

ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

Pós Graduação em Direito Processual Cível e do Trabalho

3º. Semestre – Turma de 6as. Feiras

**O ATIVISMO JUDICIAL ATRAVÉS DE AÇÕES COLETIVAS COMO FORMA
DE EFETIVAÇÃO DO POSTULADO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO**

Eduardo Bottura

(Luiz Eduardo Auricchio Bottura)

O ATIVISMO JUDICIAL ATRAVÉS DE AÇÕES COLETIVAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO POSTULADO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO

I) DO DIREITO DE INFORMAÇÃO

Primeiramente, são aqueles que fazem parte da cadeia de fornecimento que detém, em via de regra, o domínio do conhecimento sobre o produto ou serviço e sua forma de ser ofertado e colocado ao alcance do seu consumidor final.

No caso de produto, naturalmente, é o fabricante quem melhor o conhece, pois o acompanha do projeto até a plena confecção e distribuição.

No caso de serviço (que é sempre bifásico: produção e consumo), por sua vez, quem o cria ou pratica precisa ser profissional do que faz, dominando tanto os aspectos e técnicas da sua realização, mas todo o processo de fornecimento, incluindo seus efeitos e prováveis conseqüências dos serviços prestados.

Dessarte, o fornecimento de informação esclarecedora é pressuposto para existência de uma boa relação consumerista, máxime num mercado com alto nível de competitividade, onde uma omissão poderá induzir o consumidor a uma escolha que teria feito de forma diversa caso tivesse amplo conhecimento das informações relevantes, sob sua óptica, para a tomada de uma escolha mais acertada.

Explica-se.

Quando um consumidor escolhe em que hospital será internado, deveria ter amplo e fácil acesso aos dados de ações contra cada hospital, índice oficiais de infecção hospitalar e todo o tipo de informação que é sempre omitida.

Outro bom exemplo, é concernente aos leites longa vida. Que consumidor que conhece os índices de impurezas de cada marca de leite no mercado? Será que a escolha dos consumidores não seria diferente, se cada um dos fabricantes fosse obrigado a indicar dados técnicos sobre a qualidade do leite vendido?

Em suma, mais do que um dever imposto pela legislação, deveria fazer parte da honestidade do fornecedor, comunicar bem ao consumidor sobre os aspectos essenciais e relevantes do fornecimento para que este possa fazer uma boa escolha, decidindo se deseja ou não o produto ou serviço, qual dos ofertados no mercado atende melhor às suas necessidades, como pode usá-lo melhor e sem riscos desmesurados e quais os resultados que realmente pode esperar da relação de consumo.

No Brasil, a relevância do direito à informação é sinalizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90). O inciso III, do artigo 6.º, do CDC, diz ser direito básico do consumidor: “**a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, e preço, bem como sobre os riscos que apresentam**”.

Doutrina Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

“O princípio da transparência, essencialmente democrático que é, ao reconhecer que, em uma sociedade, o poder não é só exercido no plano da política, mas também da economia, surge no Código de Defesa do Consumidor, com o fim de regulamentar o poder econômico, exigindo-lhe visibilidade, ao atuar na esfera jurídica do consumidor”. (SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar, 3ª ed. – São Paulo: Saraiva 2003)

O dispositivo citado, mesmo que ainda aplicado de forma tímida, provocou uma revolução nas práticas habituais no mercado de consumo pátrio.

Mister consignar que o direito à informação não se resume ao esculpido no inc. III, do art. 6.º, do CDC, fazendo parte de vários outros dispositivos do mesmo CODEX, v .g, do inc. IV, do art. 5.º, do parágrafo único, do art. 8.º, do parágrafo 1.º, do art. 10, etc. Outro ponto de suma relevância: o direito à informação inclui, mas não se limita exclusivamente à noção de contrato, **permeando todas as fases das práticas de mercado, da pré-contratual até a pós-contratual.**

Neste ponto, relevante a lição de Cláudia Lima Marques:

“Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.” (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4.ª ed.rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. P. 594-595)

Sumulando: os dispositivos supracitados positivam o dever de haver informação ampla para o consumidor em todas as fases que um produto ou serviço percorre no mercado, da sua oferta até depois de encerrada a contratação

Porém, este direito não pode se limitar a dados genéricos.

A lei é clara. O consumidor tem direito a informação adequada e clara, sob todos os riscos e pontos importantes para a escolha de consumo.

Sobre tal obrigação legal, ensina Fábio Ulhoa Coelho:

*“De acordo com o princípio da transparência, **não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento.**”* (COELHO, Fábio Ulhoa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia, Revista da Escola Paulista de Magistratura, 1/96, set./dez. 1996, grifou-se)

Neste diapasão, elucidatório o artigo 4º., da Lei 8.078:

“Art. 4º da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;”

Neste raciocínio, oportuna a doutrina de Rizzato Nunes:

*“Dever de informar: com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, **o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço,** suas*

características, qualidades, riscos, preços e etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.” (NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. Saraiva, 2005. p.129. g. n.)

Noutros falares, é direito legal do consumidor obter todo o tipo de informação esclarecedora que poderia influenciar na sua escolha de compra.

Ou seja, todos os detalhes que importam para o conhecimento que o consumidor precisa ter sobre o produto ou serviço a fim de poder fazer a escolha que mais lhe interessa e uma fruição que, sem riscos desnecessários e não compensadores ou não desejados, satisfaça sua legítima expectativa de consumo.

Repita-se.

O dever de informação inclui todas as informações, sob a óptica do consumidor, que são relevantes para a escolha de compra do produto/serviço:

*“O princípio da transparência consagra que o consumidor tem o direito de ser informado sobre **todos os aspectos de serviço ou produto exposto ao consumo**, traduzindo assim no princípio da informação.”* (MARTINS, Plínio Lacerda. O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.p.104 e 105, grifou-se)

O fato é que ao fornecedor cabe o dever de apresentar as informações substanciais para o consumidor e, por conseguinte, assumir a responsabilidade por eventual omissão, fornecimento errôneo de dados, elementos ou detalhes e até excesso de informação que seja fator de confusão e desinformação para o adquirente final. Fornecedor que não cumpre este dever perde, desde o início, justificações e excludentes para problemas que podem surgir na relação de consumo.

II) DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL POR MEIO DE AÇÕES COLETIVA

Como visto, pelo Código de Defesa do Consumidor, a transparência passou a ser obrigatória para o fornecedor, que só não é mais transparente pela falta de ativismo judicial do cidadão brasileiro. Noutros termos, data venia, num país onde só se respeita a Lei de Gerson, somente com o ativismo judicial de consumidores reunidos em associações ajuizando ações coletivas que o direito de informação será efetivamente aplicado e respeitado.

Explica-se.

O empresário pátrio respeita a legislação na medida em que a sua violação resulta em custos maiores que a sua aplicação parcial ou distorcida.

A lei é respeitada a conta gotas, sempre dentro de uma análise econômica, que envolve o custo jurídico, de imagem, marketing e riscos penais.

Noutros dizeres, uma construtora somente irá informar que está repleta de dívidas ou atolada em processos por práticas abusivas, se entender que os riscos de tal omissão serão mais perigosos que os efeitos comerciais da divulgação de tais informações. E, no Brasil, a cultura é de que tudo se resolver depois.

Há uma mitigação do cumprimento da legislação em função dos efeitos e riscos práticos decorrentes do “*planejamento jurídico*” adotado.

Aureliano Albuquerque Amorim tece sobre tal questão:

“Surge então o conflito de interesses. De um lado o grande comerciante ou industrial, munido de capacidade financeira e

tecnológica, enquanto de outro fica o consumidor munido de pouco poder e quase nenhuma capacidade econômica. A luta é desigual e inglória para o consumidor, que se não for protegido pela legislação, fatalmente sucumbirá na querela judicial em face da sua condição de hipossuficiente.

Outro fator interessante e com grande repercussão na busca da verdadeira Justiça, é que a reclamação por parte dos consumidores se revela bem inferior aos problemas causados, notadamente em face das dificuldades econômicas para o exercício do direito reclamado.

Deve-se contratar advogado, pagar custas, procurar os órgãos da Justiça, com grande perda de tempo e de dinheiro. A maioria prefere suportar o prejuízo justamente porque a procura pela indenização importará em gastos maiores que o prejuízo sofrido, nem sempre indenizados pelo fornecedor.

*A conclusão a que se chega é que produzir sem qualidade pode ser uma vantagem. A redução dos custos importa em maior venda e por conseqüência maiores lucros. As reclamações não se fazem suficientes para por em risco os lucros, e com isso não há preocupação em mudar este estado de coisas. **A saída para isso está nas ações coletivas, interpostas pelos órgãos de defesa do consumidor (Procons), resultando em regra grandes dispêndios ao fabricante do produto com defeito, provocando com isso a mudança nos paradigmas.** Temos exemplos recentes a respeito de telefones celulares e também do Recall na indústria automotiva.” (AMORIN, Aureliano Albuquerque. A Defesa do Consumidor e o Abuso do Poder Econômico. (s/d). p.5)*

Realmente, somente as ações coletivas que possuem o poder para compelir as empresas a cumprir a lei, em sua correta e ampla interpretação.

III) DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA DA POPULAÇÃO PARA ENFRENTAR AS GRANDES EMPRESAS

Como é notório, no Brasil, infelizmente, as instituições oficiais não estão devidamente aparelhadas para tutelar os interesses dos consumidores.

Há casos, v. g., como a reiterada negativa de implantação de aparelhos de “marca-passo” pelos planos de saúde, que, malgrado haver até súmula dizendo que tal negativa é ilegal e não haver um único julgado sustentando a legalidade de tal recusa, não há notícias de nenhuma providência judicial de iniciativa das instituições governamentais dotadas de legitimidade para aforar ações populares.

Por conseguinte, havendo lei que tutele o direito à ampla informação, cabe aos cidadãos se unirem em associações para aforar ações coletivas.

Neste contexto, se destaca que as associações civis foram legitimadas pelo legislador, respeitados alguns requisitos legais, ao ajuizamento de ações coletivas com o objetivo de defesa dos interesses metaindividuais. **É um verdadeiro convite do legislador para a efetiva participação da sociedade na administração da justiça.** Dessarte, na lei brasileira, as associações civis são consideradas representantes naturais dos direitos do grupo (latu sensu) que representam, não em virtude estritamente de suas próprias declarações estatutárias, mas em razão de existir uma correspondência natural entre o caráter transindividual do direito deduzido em Juízo e a necessidade de um representante transindividual.

Frise-se, neste diapasão, que a supraencimada legitimação das associações está esculpida no artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre tal tema, ensina o festejado Prof. Kazuo Watanabe:

“É necessário que a própria sociedade civil se estruture melhor e participe ativamente da defesa dos interesses de seus membros, fazendo com que a nova mentalidade que disso resulte, pela formação de uma sociedade mais solidária (art. 30, I, da CF), seja a grande protetora de todos os consumidores. Foi justamente objetivando a formação dessa sociedade mais solidária e justa que a constituinte procurou estimular a criação de associações (incs. XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, do art. 50 da CF) e no cap. Da Ordem Econômica e Financeira estabeleceu a defesa do consumidor como um dos princípios em que se assenta a atividade econômica do País (art. 170, V, da CF) e declarou, expressamente, que “a lei apoiará e estimulará o corporativismo e outras formas de associativismo (art. 174, § 2º, da CF)” (WATANABE, Kazuo – Comentários ao Código do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 760)

São dois os requisitos para a legitimação da associação para ajuizar ações coletivas: constituição há pelo menos um ano e pertinência temática.

O prazo de um ano é contado a partir do ato de inscrição dos estatutos da associação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. A razão lógica deste requisito é prevenir tanto o abuso de associações criadas para fins oportunistas.

Porém, o artigo 82, §1º, do Códex de Defesa do Consumidor, permite certa flexibilidade, autorizando, em situações de relevante interesse social, o juiz a dispensar o requisito da criação prévia, autorizando, desta feita, que uma associação ad hoc, estabelecida ex post factum, aforasse uma ação coletiva.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem dispensando a necessidade da pré-constituição mínima de um ano das associações em diversos casos: *“o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando manifesto o interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela*

relevância do bem jurídico a ser protegido” (art. 5º, § 4º, da citada Lei nº 7.347/85, c.c. o art. 82, § 1º, da Lei nº 8.078, de 1990)” (Trecho do Voto do Min. Rel. Barros Monteiro, no REsp 520454/PE, QUARTA TURMA, j. em 15/04/2004, DJ 01/07/2004, p. 204).

São vários os julgados do STJ neste exato mesmo sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONJUNTO RESIDENCIAL. MUTUÁRIOS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MUDANÇA DOS MORADORES DIANTE DO RISCO DE DESABAMENTO. REQUISITO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO HÁ UM ANO DISPENSADO.

- Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação.

Recurso especial não conhecido.” (REsp 520454/PE, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2004, DJ 01/07/2004, p. 204)

“AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITOS TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

(...)

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

(...)

3 - *Recurso especial não conhecido.*” (REsp 706.449/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/2008, DJe 09/06/2008)

Destarte, para o Superior Tribunal de Justiça, v. g., o risco de desabamento de conjunto residencial (REsp. nº 520.454), o pedido de ressarcimento de crédito por clientes de instituições financeiras (REsp. nº 145.650), a falência de empresa construtora em face do elevado número de adquirentes de imóveis da ré (REsp. nº 399.859) e a defesa dos fumantes contra companhias fabricantes de cigarros (REsp. nº 140097-SP), caracterizam o “*manifesto o interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido*” necessário para afastar o requisito de constituição mínima de um ano da associação.

No concernente a pertinência temática - segunda exigência legal para a legitimação ativa das associações para a propositura de demanda coletiva -, a mesma é constatada mediante o cotejo entre os fins institucionais da associação e o interesse, no caso concreto, a ser tutelado judicialmente na ação coletiva.

Em outro giro verbal, a aferição da pertinência temática deve provir da análise do nexos material entre os fins institucionais do legitimado ativo, no caso em estudo, a associação, e a tutela pretendida na ação.

Na oportuna doutrina de Fredie Didier Junior é o “vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso” (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Volume 4. 1. Ed. Salvador-BA: Editora Podivm, 2007, pág. 212, grifou-se).

Na pena de Pedro da Silva Dinamarco o conceito de pertinência temática constituiria, em suma, na “*proteção específica daquele bem que é objeto da ação civil pública ajuizada pela associação, ou com ela compatível*” (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: SRS, 2008, p. 244)

Para Motauri Ciocchetti de Souza, significa a “*harmonização entre as finalidades institucionais das associações civis ou órgãos públicos legitimados e o objeto a ser tutelado na ação civil pública*” (SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 46).

Para o festejado Hugo Nigro Mazzilli, “*significa que as associações civis devem incluir entre os seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivos na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras, **a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional***” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pág.260, g. n.)

Sobre o critério prático de análise da pertinência temática em cada caso, discorre Arruda Alvim que a “*entidade associativa, por exemplo, ao utilizar o direito de ação para a proteção de interesse ou direito coletivo (art. 81, parágrafo único, II), tal como conceituado por este Código, deve ser considerada parte legítima, tendo-se presente o disposto no art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal, **desde que, dentre as suas finalidades esteja inserida a defesa dos consumidores***” (ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo, RT, 195, p. 387)

A jurisprudência tem sido bastante reflexível na questão:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE. CADERNETAS DE POUPANÇA.

PLANOS COLLOR I E II.

1. As associações que tenham como finalidade institucional a proteção de consumidores possuem legitimidade para propor ação civil pública visando o pagamento de diferenças de correção

monetária que porventura, em virtude dos planos econômicos Collor I e II, não tenham sido depositadas em contas de cadernetas de poupança.

2. *Recurso especial não-provido.*” (REsp 416448/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 232)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS RESULTANTES DE PLANOS ECONÔMICOS. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DE INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR. CONSTITUIÇÃO HÁ MAIS DE ANO. LEGITIMIDADE. SÚMULA 83/STJ.

1. *Consoante o entendimento sedimentado desta Corte Superior, as associações constituídas há mais de ano que tenham como finalidade institucional a proteção de consumidores possuem legitimidade para propor ação civil pública visando o pagamento de diferenças de correção monetária que, em virtude de planos econômicos, não tenham sido depositadas em contas de cadernetas de poupança.*

2. *Agravo regimental desprovido.*” (AgRg no Ag 794.594/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 29/09/2008)

“Processo civil. Recursos especiais interpostos por instituições financeiras. Ação civil coletiva ajuizada pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores. Revisão de contratos de arrendamento mercantil. Legitimidade ativa. Substituição da

variação cambial pelo INPC. Possibilidade. CDC. Honorários advocatícios. Sucumbência.

Prequestionamento. Comissão de permanência. Taxa de mercado.

- O Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação revisional de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores de Minas Gerais.

(...)"

(REsp 579096/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 173)

Com fulcro na aula de Hugo Nigro Mazzili, o Ministro Luiz Fux, ainda como membro do Superior Tribunal de Justiça, deu uma aula do tema:

"(...) "A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional.

As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses

de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses." in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278" (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009)

Cada vez mais, a tendência da doutrina e da jurisprudência é tornar a verificação da "pertinência temática" bem flexível e ampla:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ASSOCIAÇÃO DE BAIRRO. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PODE SER AJUIZADA TANTO PELAS ASSOCIAÇÕES EXCLUSIVAMENTE CONSTITUIDAS PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE, QUANTO POR AQUELAS QUE,

FORMADAS POR MORADORES DE BAIRRO, VISAM AO BEM ESTAR COLETIVO, INCLUIDA EVIDENTEMENTE NESSA CLAUSULA A QUALIDADE DE VIDA, SO PRESERVADA ENQUANTO FAVORECIDA PELO MEIO AMBIENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (REsp 31150/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/1996, DJ 10/06/1996, p. 20304)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL À COMUNIDADE DE PESCADORES - DEFESA DO MEIO AMBIENTE - CONSTRUÇÃO - FÁBRICA DE CELULOSE.

Embora não constando expressamente em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, é a fundação de assistência aos pescadores legitimada a propor ação civil pública para evitar a degradação do meio em que vive a comunidade por ela assistida.

Justifica-se a ação rescisória somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade.

Ação rescisória improcedente.” (AR 497/BA, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/1998, DJ 22/11/1999, p. 142)

Como se nota dos arestos acima, a exigibilidade tocante à pertinência temática tem sofrido interpretações que atenuam o rigor legal, admitindo, desta feita, uma muito maior abertura quanto ao universo de associações legitimadas.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº. 31.150, entendeu que a Associação de Amigos de Sete Praias - cujo estatuto prevê “incentivar o espírito de solidariedade entre os moradores do bairro, com o desenvolvimento de

esforços para a consecução do bem estar coletivo” -, tinha legitimidade para ajuizar ação coletiva contra o Município de São Paulo com a finalidade de sustar a execução de alvará por ele expedido para a implantação de um cemitério em Sete Praias, junto à Represa Billings, em zona de proteção ambiental. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a cláusula de “consecução do bem estar coletivo” implicava também, mesmo que reflexamente, na defesa de um meio ambiente saudável aos moradores daquele local.

O Tribunal de Justiça Estadual Bandeirante também têm sido bem flexível na análise da pertinência temática: “*Assim, não é necessário que o partido político tenha consignado minuciosamente em seu estatuto os interesses que pretende defender. É necessária uma certa flexibilidade na exegese, propiciando-se, assim, uma tutela mais abrangente dos interesses metaindividuais atingidos.*” (Agravo de Instrumento, 0513151-30.2010.8.26.0000, 7ª. Câ. de Direito Público, Des. Rel. Moacir Peres, j. em 23.5.11)

Em síntese, com base na jurisprudência pátria, conclui-se que o juízo de verificação da pertinência temática há de ser o mais flexível e amplo possível, em homenagem ao postulado constitucional do acesso à Justiça e a relevância de se prestigiar a demanda coletiva, até para o “descongestionamento” do judiciário.

Neste ponto, relevantes as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Carth, ao constatarem três ondas renovatórias da Era Instrumentalista do Direito Processual, no vento de garantir o acesso à Justiça, e a segunda onda representa a consagração das formas coletivas de se promover a tutela jurisdicional: “*O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*” (CAPPELLETI, Mauro e CARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1998)

Sublinhe-se que o processo coletivo deve ser incentivado, de todas as formas possíveis, como uma expressão poética de um Estado Democrático de Direitos, onde os cidadãos se reúnem para enfrentar uma grande empresa ou entidade.

A ação coletiva é uma das mais importantes ferramentas para que o cidadão promova cidadania, obtendo uma tutela de assustadora efetividade.

Oportuno, demais disso, consignar que a pertinência temática não se confunde com a representatividade adequada, malgrado alguns autores insistem em incluir a primeira como requisito da segunda. Hugo Nigro Mazzilli, *verbi gratia*, quando discorre sobre a legitimidade ativa das associações civis, doutrina que essa representatividade é aferida na análise do preenchimento de somente dois requisitos legais: a) a pertinência temática; e b) a pré-constituição a mais de um ano.

No direito alienígena, a representatividade adequada é um dos requisitos da *class action* norte-americana, que pode ser resumida como a aptidão técnica, institucional e financeira do órgão ou entidade que maneja a tutela coletiva.

Sua função, em apertada síntese, é qualificar o pólo ativo para fins de se evitar demandas coletivas precárias que poderiam prejudicar a coletividade, eis que a coisa julgada naquele sistema não é “*secundum eventum litis*”.

No sistema nacional, em contrário sensu, não se cogita de representatividade adequada, já que, no direito indígena, existe um rol legal de legitimados ativos e a coisa julgada coletiva não prevalece para prejudicar interessados.

“Esta uma das notas distintivas entre o modelo norte-americano puro e a recepção brasileira, aqui a coisa julgada terá extensão erga omnes ou ultra partes secundum eventum litis, estendendo seus efeitos apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais. Muito embora não se possa repetir a demanda coletiva, nem mesmo com a propositura por outro legitimado, as demandas individuais não ficam prejudicadas em caso de improcedência (mérito) das ações coletivas” (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de Direito

Processual Civil – Processo Coletivo. V. 4. Salvador-BA:
Editora Podivm, 2007, p.57.)

De forma oposta, no sistema ianque, a coisa julgada vincula todos interessados, ainda que não tenha participado da ação coletiva, seja para beneficiar, seja para prejudicar. Destarte, naquele sistema, a adequada representação significa exigir que o autor seja potencialmente apto a defender direitos alheios, como corolário dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

“Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada” (GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p.99)

No Brasil, a legislação somente requer o nexo entre a finalidade ou os objetivos institucionais da associação figurante no pólo ativo e o objeto da demanda coletiva, como uma forma de qualificar minimamente o elenco de legitimados ativos, fundada, tal exigência, que a tutela coletiva significava, quando de sua criação, uma quebra de paradigmas, cujos resultados práticos não se saberia prever.

À guisa de conclusão sobre a questão discorrida acima, há uma significativa diferença entre as naturezas teleológicas dos institutos da pertinência temática e da representatividade adequada, já que a primeira associa-se à idéia liberal-individualista de limitação, de outra banda, a segunda está mais próxima do conceito de viabilidade da legitimidade, como meio de garantir o postuldo do “*due process of law*”.

Ainda, o CDC não exige que haja uma autorização prévia da assembléia geral de seus membros para que a associação promova a ação coletiva.

Sobre o tema supramencionado, leciona Kazuo Watanabe:

“Para os fins de defesa dos interesses ou direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em Juízo, 16^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, P. 10)

IV) CONCLUSÕES

Como visto, a legislação pátria, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, é bastante rígida quanto ao dever de informação das empresas, que só não a cumprem integralmente pela análise “econômica-jurídica” dos riscos.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência nacional, têm outorgado um imenso e avassalador poder para que os cidadãos se reúnam em associações para tutelar seus interesses e sem sequer estarem sujeitos ao pagamento de custas judiciais e até verbas de sucumbência, salvo por má fé.

Portanto, os instrumentos legais e processuais estão prontos para que o cidadão exerça cidadania, se utilizando da Ação Coletiva como uma verdadeira “bomba atômica” capaz de levar a bancarrota qualquer empresa que ouse desafiar a lei e o povo, já que a ação coletiva, mormente em função do instituto da tutela antecipada, possui um poder nefasto ao negócio de qualquer empresa brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003

BARROSO, Luis Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da Class Action Norte-Americana*. São Paulo: RT, 2005, Revista de Processo, v 130

CAPPELETTI, Mauro e CARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 5ª. ed. Malheiros, 2003.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª. ed., 2001, RJ: Forense Universitária, p.721.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: Editora SRS, 2008

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., SP: Ed. RT, 2004, P.93.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*, 16ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, P. 10.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*, in *Temas de Direito Processual*, 3ª. série, Saraiva, 1984, p.193-194.

WATANABE, Kazuo – *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 760.