

Tutela coletiva e legitimidade concorrente: a necessidade de promover a ideologia participativa

Emerson Garcia*

Não é exagero afirmar que o acesso à justiça, mais especificamente à tutela coletiva dos interesses metaindividuais, tem sido um dos principais problemas enfrentados pela moderna processualística. Principiando pela *class action* do direito anglo-saxão, passando pela *Verbandklage* germânica, até alcançar a ação civil pública do direito brasileiro, também cognominada de ação coletiva, são consideráveis as dissonâncias em relação ao rol de legitimados à utilização dessas ações.

Nos sistemas que adotam a *class action*, não é incomum o uso da técnica de certificação, exigindo que o órgão jurisdicional competente declare (modelo norte-americano) ou simplesmente não negue (modelo australiano) que o litígio merece o tratamento de *classe*, o que inclui a averiguação de que o interesse dos membros ausentes será adequadamente defendido pelo *representative plaintiff*,¹ que pode ser, inclusive, uma pessoa natural. A visão de classe tanto pode ser restritiva, exigindo-se uma pluralidade de interessados, como ampliativa, contentando-se, a exemplo do que ocorre no Canadá, com apenas dois.² Distinguem-se, assim, dos litígios individuais, já que o autor está sujeito a um filtro judicial, permitindo sejam descartados os casos inapropriados.

A *Verbandsklage* (demanda de associação) germânica encontra raízes no final do século XIX, sendo prevista na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – UWG (Lei contra a Concorrência Desleal) da época, que permitia o seu uso no caso de violação das regras de concorrência por qualquer industrial ou associação de industriais. O instituto avançou no século XX, passando a alcançar, inclusive, a tutela dos interesses violados por medidas oficiais, que não pertencem propriamente ao autor, mas ao público em geral.³ Entre outros diplomas normativos, encontra-se prevista na atual UWG (§13) e na *Bundesnaturschutzgesetz* (Lei Federal de Proteção à Natureza – §29).

No direito brasileiro, os interesses metaindividuais podem ser tutelados, em situações restritas, com o uso da ação popular, passível de ser proposta por

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da Comissão Honorária do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ Cf. MULHERON, Rachael P. *The class action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 24; e HENSLER, Deborah R. *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand Corporation, 2000, p. 9.

² Cf. TÉTRAULT, McCarthy. *Defending Class Actions in Canada*. Toronto: CCH Canadian Limited, 2002, p. 75-76.

³ DUDEN. *Recht A-Z*. Mannheim: Dudenverlag, 2007, p. 475.

qualquer cidadão, e com o manejo da ação civil pública, que pode ser ajuizada por legitimados específicos e se destina à aferição da responsabilidade pelos danos causados a inúmeros bens e interesses metaindividuais. A Constituição de 1988, em seu art. 129, §1º, adotou um modelo de legitimidade concorrente e disjuntiva, vale dizer, além do Ministério Público, outros legitimados podem manejar a ação, podendo fazê-lo isoladamente.

O sistema brasileiro, diversamente do anglo-saxão, somente permite que pessoas coletivas, públicas ou privadas, se utilizem da ação civil pública: entre as primeiras, além dos entes federados e dos entes da Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito público (*rectius*: autarquias e fundações), estão incluídos o Ministério Público e a Defensoria Pública; entre as últimas, estão os entes da Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito privado (*rectius*: empresas públicas e sociedades de economia mista) e as associações civis.

A peculiaridade do sistema brasileiro é a evidente timidez da sociedade civil no uso dos instrumentos de tutela coletiva. Apesar da legitimidade dos cidadãos e das associações civis, o histórico de demandas propostas não é propriamente um exemplo de ideologia participativa. Em verdade, a esmagadora maioria das ações existentes foi ajuizada pelo Ministério Público, que tem auferido relativo prestígio no ambiente social. O mesmo caminho, em passado mais recente, tem sido trilhado pela Defensoria Pública.