

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA DO LEGITIMADO NO PROCESSO COLETIVO
BRASILEIRO**

Felipe André Pereira

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

RIBEIRÃO PRETO

2014

FELIPE ANDRÉ PEREIRA

N° USP 7273915

**O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA DO LEGITIMADO NO PROCESSO COLETIVO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada a Faculdade de Direito Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato.
Departamento de Direito Privado e
Processo Civil.

RIBEIRÃO PRETO

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

A282

Pereira, Felipe André.

O Controle Judicial Sobre a Representatividade Adequada do Legitimado no Processo Coletivo / Felipe André Pereira. -- Ribeirão Preto, 2014.

60 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Camilo Zufelato

Palavras-chave: 1. Tutela coletiva. 2. Representatividade adequada. 3. Controle Judicial.

PEREIRA, Felipe André. O Controle Judicial Sobre a Representatividade Adequada do Legitimado no Processo Coletivo. 60 f. Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

O direito processual coletivo tem se desenvolvido no Brasil a partir das influências recebidas de outros ordenamentos, especialmente o estadunidense. Institutos pouco utilizados ou em estado incipiente passam a tomar maior relevo diante das novas demandas sociais e do avanço na compreensão dos instrumentos de tutela coletiva. O presente projeto de pesquisa pretende estudar a legitimidade *ad causam* dos entes coletivos e, especificamente, a representatividade adequada e seu controle judicial. A representatividade adequada pode ser compreendida por dois aspectos: o objetivo (relativo à previsão e requisitos legais impostos aos legitimados e à pertinência temática) e o subjetivo (referente à competência técnica e seriedade do legitimado na condução do processo). Este projeto pretende estudar o controle *ope judicis* sobre a legitimação dos entes coletivos, considerando-se o aspecto subjetivo da representatividade adequada. A intenção é compreender de maneira mais ampla o instituto da representatividade adequada e avaliar a importância da aplicação de seu controle judicial em nosso ordenamento. Para isso, serão estudados os principais aspectos do processo civil coletivo, suas características que o tornam distinto do processo civil individual e a relevância que a representatividade adequada assume para aquele. Traçaremos os princípios que norteiam o processo coletivo brasileiro e indicaremos em que medida o controle jurisdicional da representatividade adequada pode contribuir para a caracterização de um processo justo, com a verdadeira incidência dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em dimensão coletiva.

Palavras-Chave: Direito Processual Coletivo, Legitimidade Coletiva, Representatividade Adequada, Controle Judicial.

ABSTRACT

The collective procedural law has been developed in Brazil by the influences received from other systems, especially the American. Institutes underutilized or in incipient state begin to get more important considering the new social demands and the advances in the understanding of the instruments of collective protection. This research project aims to study the *ad causam* legitimacy of collective entities and, specifically, the adequacy of representation and its judicial control. Adequacy of representation can be understood by two aspects: the objective (concerning the legal requirements imposed on the legitimate and thematic relevance) and subjective (referring to technical competence and seriousness on the conduction of the process). This project aims to study the *ope judicis* control on the legitimacy of collective entities, considering the subjective aspect of the adequacy of representation. The intention is to understand the adequacy of representation and assess the importance of applying its judicial control in our system. For this, the main aspects of collective civil process will be studied, its characteristics that make it distinct from the traditional legal process and the relevance that assumes the adequacy of representation for that. We shall trace the principles that guide the Brazilian collective process and indicate how the jurisdictional control of adequacy of representation can contribute to the characterization of a fair trial, with the true scope of the constitutional principles of due process of law, adversarial and legal defense in the collective process.

Key-words: Class Actions, Adequacy of Representation, Judicial Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. OS DIREITOS E PROCESSOS COLETIVOS.....	9
Os direitos coletivos no Brasil.....	9
A coisa julgada coletiva.....	15
As <i>class actions</i>	20
2. LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.....	24
Linhos gerais sobre legitimidade.....	24
Representatividade adequada no direito americano.....	30
Representatividade adequada no direito brasileiro.....	32
4. CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	38
5. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E AÇÃO COLETIVA PASSIVA.....	50
A ação coletiva passiva.....	51
Possibilidade jurídica e exemplos.....	52
Coisa julgada na ação coletiva passiva	54
Controle da representatividade adequada nas ações coletivas passivas.	55
CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pela crescente industrialização, urbanização e globalização. Em função disso, surgiram as chamadas “demandas de massa” e a necessidade de tutela específica para elas. São os “direitos de terceira geração”¹, direitos transindividuais vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa globalizada.

Essa evolução da sociedade é acompanhada pelo Direito ao longo de dois momentos sucessivos, encadeados de maneira lógica e necessária: em um primeiro momento, os direitos são concedidos, surgindo a legislação que protege o consumidor, o ambiente etc. Depois, é preciso que se conceda os instrumentos processuais que defendam esses direitos por meio da criação das ações adequadas. E mesmo a criação de ações adequadas é insuficiente, sendo necessária a completa remodelagem do processo civil para atender as essas novas demandas².

Trata-se de uma decorrência da fase instrumentalista na evolução do processo civil. Nessa fase, iniciada ainda no século XIX, o acesso à justiça é visto como a principal meta a ser atingida pelo processo. Em outras palavras, o processo não pode ser um fim em si mesmo, mas um instrumento de acesso à justiça, tornando efetivo o direito material. Nesse sentido, a obra “Acesso à Justiça”, de Cappelletti e Garth, aponta as “ondas renovatórias do processo civil” indicando, entre elas, a necessidade de proteção dos direitos coletivos.

Os direitos coletivos *lato sensu*, classificados em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, são marcados, conforme apontado, pela transindividualidade: sua titularidade cabe a um grupo, uma categoria ou classe e não mais a indivíduos isoladamente considerados.

De acordo com Gidi³, as ações coletivas brasileiras derivam indiretamente das *class actions* norte americanas através da doutrina italiana. Essas ações tem por

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 737.

² Ibidem, p. 737.

³ GIDI, Antoio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

objetivo assegurar o efetivo acesso à justiça para casos em que a pretensão dificilmente seria tutelada pelo judiciário. Essa dificuldade pode decorrer de vários fatores como, por exemplo, da indeterminação dos titulares do direito, da indivisibilidade do bem jurídico ou do reduzido valor financeiro do dano individualmente considerado⁴. O autor aponta três grandes objetivos das técnicas de tutela coletiva⁵: economia processual, acesso à justiça e efetivação do direito material.

Nesse contexto, os processualistas passam a se preocupar com a configuração de um “processo civil coletivo”, capaz de tutelar adequadamente os conflitos emergentes⁶.

No Brasil, o processo coletivo tem um microssistema fundado, grosso modo, em dois diplomas principais: a Lei da Ação Civil Pública⁷ e o Código de Defesa do Consumidor⁸. Os legitimados para a propositura das ações coletivas encontram-se elencados nessas leis⁹, sendo tal legitimidade autônoma e concorrente¹⁰. Não há predominância ou subordinação entre eles.

Os atuais diplomas não mencionam o requisito da representatividade adequada e também não atribuem expressamente ao magistrado o poder para realizar o controle da representatividade. Todavia, a evolução da doutrina e da prática forense exigiu atenção para o instituto da representatividade adequada, o qual consta nos projetos e anteprojetos já veiculados no Brasil.

No plano das propostas legislativas, foram publicados quatro anteprojetos de Código de Processo Coletivo no Brasil nos últimos anos. São eles: Código de Processo Civil Coletivo, de autoria de Antonio Gidi, iniciado em 1993 e terminado em

⁴ Seria a hipótese de aquisição de produtos sem informação do prazo de validade ou da correta composição química. O consumidor, individualmente considerado, não estaria disposto a ingressar com uma ação nestes casos tendo em vista a desproporção entre o dano e os custos do processo, conforme aponta Gidi (2007, p. 29).

⁵ GIDI, 2007, p. 25.

⁶ MARINONI; ARENHART, 2008, p. 737.

⁷ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

⁹ Art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ A legitimidade coletiva é, além de autônoma, concorrente e disjuntiva. Conforme Pedro Lenza: “a legitimidade de um não exclui a do outro, podendo um co-legitimado agir sozinho, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais. Todos concorrem em igualdade para a propositura da ação e, desde que preenchidos os requisitos legais, qualquer deles pode intentá-la”. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 180.

2002 (CM-GIDI). O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americanano de Direito Processual, iniciado em 2003 e aprovado em 2005, que teve como relatores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi (CMI-A). Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do programa de pós-graduação da USP, elaborado sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, posteriormente debatido no Instituto Brasileiro de Direito Processual (CPCO-IBDP). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos dos programas de pós-graduação da UERJ e Unesa (CPCO-UERJ/Unesa), elaborado sob a coordenação do professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

No ano de 2000, houve tentativa de elaboração de um Código Brasileiro de Processo Coletivo com base nos trabalhos da USP (Ada Pelegrini Grinover) e UERJ (Aluísio Gonçalves de Castro Mendes). Em 2009, a ideia foi abandonada e os esforços de aprimoramento do processo coletivo voltaram-se para a elaboração de uma nova Lei de Ação Civil Pública, com o Projeto de Lei nº 5.139.

1. OS DIREITOS E PROCESSOS COLETIVOS

Os direitos coletivos no Brasil.

O direito processual civil clássico é inadequado como instrumento para a tutela jurisdicional de direitos coletivos¹¹, uma vez que historicamente marcado pela sua função de solucionar litígios individuais. Nestes, autor e réu costumam ser os titulares da pretensão ou interesse deduzidos em juízo¹², exercendo diretamente o contraditório e a ampla defesa. Não é essa a premissa que se verifica na tutela dos direitos coletivos.

O direito processual coletivo, que teve suas raízes firmadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra *Acesso à Justiça*¹³, deve ter a legitimidade pensada de forma nova e específica. Tendo em conta que, nas ações coletivas, o contraditório não é exercido de modo direto, como no caso dos direitos individuais, é preciso que sejam feitas adaptações de alguns institutos para que se garanta um processo justo. É nesse quadro que notamos distinções claras quanto aos institutos da legitimidade processual e da coisa julgada. Esse processo, embora fundamental, é bastante complexo, sendo necessária a atribuição de uma nova conotação aos princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁴.

A legitimidade nos processos coletivos não pode ser estruturada pela mesma técnica do processo civil clássico porque a ação coletiva é uma ação representativa, não

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 198.

¹² A regra geral prevista pelo Código de Processo Civil é que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, conforme seu artigo 6º.

¹³ A obra *Acesso à Justiça* identifica os problemas especiais da tutela dos interesses difusos e relaciona sua solução à terceira onda de acesso à justiça, a qual seria, justamente, a representação dos interesses difusos em um novo modelo de processo.

¹⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49-50: “Em primeiro lugar, com relação à legitimação ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos. Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido’. **Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo** — por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região — **é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade**, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos” (grifos nossos).

sendo os titulares do direito posto sub judice aqueles que figuram como autores¹⁵. O autor, no caso, será o representante apto a ser o porta-voz do grupo.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 representou grande avanço para a tutela coletiva, pois elenca no artigo 5º, além dos direitos individuais, direitos e deveres coletivos. A Constituição fez menção a valores metaindividuals, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, os consumidores, determinou a legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos coletivos, previu o mandado de segurança coletivo.

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, podemos indicar diplomas que já objetivavam a proteção dos interesses coletivos. Em primeiro lugar, foi criada a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que possibilhava ao próprio cidadão a defesa de direitos de natureza coletiva. Depois disso, houve a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), cujo objetivo era proteger especialmente o meio ambiente, o patrimônio cultural, o erário público e os consumidores. Posteriormente, e já com a Constituição Federal de 1988 em vigor, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que, além de trazer os direitos e deveres derivados das relações de consumo, criou as regras processuais para a proteção desses direitos em juízo, destacando-se a previsão métodos coletivos para tanto.

O Código de Defesa do Consumidor teve grande importância para a disciplina do Processo Coletivo, pois trouxe disposições processuais aplicáveis a todos os direitos coletivos e a todos os instrumentos de tutela coletiva. Conforme Rodrigues¹⁶, houve a efetiva configuração de um subsistema para as ações coletivas, “um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo”¹⁷.

É no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, que podemos encontrar, por exemplo, a classificação dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*. Há

¹⁵ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 69.

¹⁶ RODRIGUES, Gizane Mendina. **O controle judicial da representatividade adequada nas ações coletivas**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

¹⁷ ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

doutrinadores que criticam tal previsão¹⁸, insinuando não haver vantagens na positivação das espécies de direitos coletivos. Além disso, Gidi¹⁹ aponta que a classificação legal pode ser prejudicial pois, caso apareça no futuro, “em face da evolução das relações sociais, uma quarta situação onde a tutela coletiva seja desejável, não haverá qualquer dispositivo legal que a autorize”.

Ainda assim, o legislador decidiu por bem estabelecer esses conceitos e até mesmo Gidi²⁰ aponta alguma vantagem nessa positivação, como o fato de tornar mais operacional a aplicação dos institutos pelo jurista de *civil law*, “habitado a operar o direito através de instrumentos conceptuais”. Além disso, a divisão dos direitos e interesses coletivos mostra-se relevante também quando se indaga a respeito do regime jurídico de coisa julgada aplicável, sendo específico de acordo com a espécie de direito ou interesse tratado.

Estabelece o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁸ Ressalte-se Márcio Flávio Mafra Leal. Para ele, “bastaria definir legalmente quem são os legitimados e as regras para a extensão ou dimensão dos comandos da sentença” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76.).

¹⁹ GIDI, 2007, p. 69.

²⁰ Ibidem, p. 69.

Essa classificação tem base no direito material, uma vez que os direitos e interesses mencionados existem antes mesmo de se cogitar de uma relação processual. Destaque-se que o Projeto de Lei nº 5.139 se utilizou dessa classificação, reafirmando-a²¹ em seu artigo 2º.

As disposições criadas pelo Código de Defesa do Consumidor são relevantes para o Processo Coletivo como um todo, e não apenas para as relações de consumo, havendo inclusive dispositivo legal determinando sua aplicação para todos os direitos coletivos *lato sensu*. Trata-se do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou à Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) o artigo 21, segundo o qual “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Havia divergência quanto à utilização dos termos “interesse” e “direito” no âmbito coletivo, pois questionava-se a possibilidade de tutelar “interesses”. Tal discussão restou superada pelo texto legal, uma vez que os termos são tratados por ele como sinônimos.

Quanto ao conceito de direito público, é importante deixar claro que não se confunde com a noção de direitos coletivos *lato sensu*. O direito público restringe-se aos casos de direitos pertencentes ao Estado, sendo direitos subjetivos desse ente. Essa distinção, entretanto, nem sempre é devidamente ponderada pelos julgadores e pela doutrina, havendo referências a um caráter híbrido dos direitos coletivos enquanto direitos estritamente privados e, ao mesmo tempo, interesse público.²² Admite-se, é verdade, que os direitos coletivos apresentam grande relevância social, havendo a ocorrência de interesses comuns a grande parte ou mesmo à totalidade da sociedade, e política²³, sendo possível, por exemplo, o controle judicial de políticas públicas.

²¹ Ainda que o artigo 2º do projeto repita a classificação já positivada no Código de Defesa do Consumidor, é importante frisar que, em seu artigo 1º, inciso V, o projeto traz abertura para outros direitos ou interesses:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:
(...)”

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.”

²² FORNACIARI, op. cit., p. 19.

²³ Para Fornaciari (op. cit., p. 20), “o exercício dos direitos coletivos pode converter-se na própria afirmação do Estado Democrático de Direito”.

As espécies de direitos coletivos estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor são, portanto, os direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. Os interesses difusos²⁴ são aqueles de natureza indivisível cujos titulares são pessoas indeterminadas e vinculadas por uma circunstância de fato, não se verificando, portanto, uma relação jurídica base. Tais direitos resultam das relações características de uma sociedade de massa e não podem ser fruídos individualmente com exclusão de outros.

Conforme lição de Ada Pellegrini Grinover²⁵:

“indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados no meio do caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo”.

Por apresentarem-se tão distintos do conceito clássico de direito subjetivo, sendo de titularidade de todos, os direitos difusos sofreram maior resistência de incorporação aos ordenamentos romano-germânicos²⁶. Sua tutela, entretanto, consiste em poderoso instrumento de participação social e de força política pois garante os meios para a atuação da coletividade inclusive perante o Poder Público.

Nesse sentido, afirma-se que os interesses difusos são marcados por uma alta carga de conflituosidade, uma vez que envolvem interesses antagônicos complexos. Conforme aponta Pedro Lenza²⁷:

²⁴ Como exemplos, podemos citar a publicidade enganosa ou abusiva, a qual afeta um número incalculável de pessoas, e a colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**. Uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 229.

²⁶ Conforme aponta Fornaciari (op. cit., p. 22).

²⁷ LENZA, op. cit., p. 87-88.

(...) demonstram, portanto, a alta conflituosidade dos interesses difusos, a sua intensa ‘litigiosidade interna’, característica inerente à sociedade de massa, que traz em seu bojo inevitáveis conflitos, também de massa, envolvendo, então, escolhas de caráter político.

Tendo em vista esta ‘intensa litigiosidade interna’ dos interesses difusos, o entrechoque de seus valores, orienta-se pela reestruturação do conceito clássico de lide, tão lembrada na concepção carneluttianaa (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida).

A resistência a um pretenso interesse difuso não reside no fato de existir uma outra pretensão em sentido antagônico. Como visto, o preterimento de uma pretensão dar-se-á em razão de escolhas políticas e não em decorrência de sua ilicitude.

Quanto aos interesses coletivos, verifica-se que são aqueles que derivam de relação jurídica pré-existente entre os titulares, os quais pertencem a determinada categoria ou classe. Para as pessoas do grupo prejudicadas em decorrência de lesão ao direito coletivo, nasce uma relação jurídica, a qual é individualizada na pessoa de cada um dos titulares do direito, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles e “isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas”²⁸. Essa determinabilidade será traduzida em determinação efetiva quando da demanda individual ou da habilitação para liquidação de sentença coletiva²⁹. Os interesses coletivos *stricto sensu*, assim como os difusos, são indivisíveis.

Os direitos individuais homogêneos são definidos como os decorrentes de origem comum. São denominados pela doutrina como accidentalmente coletivos, uma vez que são eminentemente individuais. Entretanto, o modelo individualista tradicional do processo não é adequado para tutelar esses interesses. Do ponto de vista do Estado, “pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir,

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed., ver., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 74.

²⁹ Nos casos em que não forem identificados todos os indivíduos que sofreram o dano coletivo, será possível que se proceda à liquidação e execução coletivas, sendo o produto da indenização destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. O fundo foi criado pela Lei da Ação Civil Pública (artigo 13 da Lei nº 7.347 de 85) e regulamentado pelo Decreto nº 1.306 de 1994. A liquidação e execução coletivas corresponde ao instituto da *fluid recovery*, com origens nas *class actions* norte-americanas e disciplinado no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária³⁰. Do ponto de vista social, “pelo desestímulo à busca de direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o consequente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional”³¹. Apesar disso, o tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos representa maior desafio para os operadores do direito³².

Por fim, é importante ressaltar que um mesmo fato pode ser responsável por violar as três espécies de direitos mencionadas. No âmbito do direito ambiental e do direito do consumidor, por exemplo, é frequente a ocorrência de fatos que ferem interesses difusos e, ao mesmo tempo, direitos individuais homogêneos.

Tendo em vista que os direitos coletivos apresentam alta carga social, sua defesa constitui verdadeiro instrumento de participação popular³³. Dessa forma, os princípios mais importantes do processo coletivo são o princípio do acesso à justiça; o princípio da universalidade da jurisdição; o princípio de participação; o princípio da ação; o princípio do impulso oficial; o princípio da economia; o princípio da instrumentalidade das formas.

A coisa julgada coletiva.

Coisa julgada consiste na imutabilidade dos efeitos da decisão. Trata-se de um instituto de direito processual que garante segurança jurídica, pois torna permanente os efeitos alcançados no processo, ocorrendo a estabilização da relação jurídica. Essa imutabilidade é criada para garantir a segurança jurídica e a estabilidade, sendo portanto fruto de uma opção política.

Por força do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a coisa julgada é garantida constitucionalmente no Brasil. Suas vantagens extendem-se tanto ao jurisdicionado, beneficiado pela segurança jurídica, quanto ao Poder Judiciário, pois

³⁰ ZAVASKI, op. cit., p. 161.

³¹ Ibidem, p. 161.

³² Conforme Fornaciari: “O processualista civil clássico, em sua ótica individualista, tem receio de admitir, de modo amplo e em detrimento dos indivíduos, a validade dos comandos coletivos em relação a esses direitos” (op. cit., p. 24).

³³ Cf. Fornaciari (op. cit., p. 27).

traduz-se em economia processual aos casos que, de outro modo, seriam rediscutidos sem limites temporais.

O regime de coisa julgada que envolve cada tipo de interesse coletivo está atualmente prescrito no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Nos processos coletivos, portanto, o regime da coisa julgada deve ser compreendido em conjunto com o resultado da demanda. No caso de decisão de procedência, a coisa julgada beneficia a todos, sendo *erga omnes*³⁴. Caso a decisão seja de improcedência, haverá coisa julgada *erga omnes* como regra, ressalvadas as hipóteses de insuficiência de provas, podendo o grupo propor a ação, e de direitos individuais homogêneos, sendo possível a ação de indenização a título individual.

Nas hipóteses de direitos difusos e de direitos coletivos, a coisa julgada é chamada de *secundum eventum litis*, pois sua formação depende das circunstâncias da causa, da produção suficiente de provas. No caso de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada também é considerada *secundum eventum litis*, mas, aqui, sua formação depende de outra circunstância: a sentença de procedência.

Verifica-se que a coisa julgada se forma *secundum eventum litis* e *in utilibus*, segundo a premissa de que nunca a decisão coletiva poderá prejudicar a esfera individual dos sujeitos interessados.

Para Rodrigues³⁵, quando se fala em coisa julgada *secundum eventum litis*, não se está referindo à formação da coisa julgada coletiva, mas sim de sua extensão à “esfera jurídica individual dos membros do grupo titular do direito”. Conforme a autora, nos casos de improcedência da demanda coletiva, com fundamento em material probatório suficiente, a sentença de improcedência também faz coisa julgada, de modo que não se trata de coisa julgada *in utilibus*, que se formaria apenas em caso de procedência. Nesse sentido, Gidi³⁶ afirma que “a coisa julgada coletiva se forma, portanto, *pro et contra*, independentemente do resultado do processo ter sido favorável ou contrário ao grupo titular do direito de grupo”.

Conforme Fornaciari³⁷, a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a eventuais terceiros assume particular relevância nos processos coletivos. Isso se deve ao fato de que “as questões tratadas não envolvem o direito específico daquela parte

³⁴ No caso dos interesses coletivos, a coisa julgada é *ultra partes* limitadamente ao grupo, categoria ou classe. Para Fornaciari (op. cit., p. 135), esse regime é praticamente o mesmo da coisa julgada *erga omnes*, uma vez que “os únicos indivíduos que terão interesse na demanda são aqueles pertencentes ao grupo que detém, indivisivelmente o direito”.

³⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 51.

³⁶ GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 79.

³⁷ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. São Paulo: 2010. Tese (Doutoramento em Direito). Universidade de São Paulo. p. 116.

legitimada a propor a demanda, mas direitos indivisíveis de toda a sociedade indistintamente”.

O sistema de coisa julgada coletiva brasileiro, envolvendo a coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, é pensado com base em processos nos quais o grupo não está adequadamente representado e seus membros não tem oportunidade de se manifestar³⁸. Trata-se de um sistema que busca regulamentar o processo coletivo oferecendo o mínimo risco à garantias do devido processo legal que adviriam de uma representatividade inadequada. Conforme Marinoni, há ruptura com o princípio (que é ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente”³⁹.

Quanto à limitação da coisa julgada ao território, é preciso tecer algumas considerações. O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) teve sua redação editada⁴⁰ em 1997 para restringir a coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator. Tal alteração legislativa mostra-se incoerente, assistemática e inconstitucional.

É incoerente na medida em que desconsidera a natureza dos direitos tutelados. Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são indivisíveis. Com a alteração, ficam permitidas decisões contraditórias sobre o mesmo objeto. Uma propaganda enganosa, por exemplo, poderá ser declarada ilegal em um estado, mas permanecerá legal em outros estados.

Assistemática porque o regramento da coisa julgada já passara a ser feito pelo Código de Defesa do Consumidor, no citado artigo 103, com redação mais ampla e técnica. Nesse sentido, pode-se falar que houvera revogação tácita do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Ora, a Lei nº 9.494 de 1997 tratou de editar um artigo já revogado.

³⁸ Cf. RODRIGUES, op. cit., p. 74.

³⁹ Ainda conforme o autor, há aceitação de que o legitimado “pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que essa deficiente participação no processo não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, volume 2: processo de conhecimento. 6. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007 apud RODRIGUES, op. cit., p. 74.

⁴⁰ A edição foi feita pela Lei nº 9.494 de 1997, deixando assim a redação: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (grifo nosso).

Além disso, verifica-se inconstitucionalidade formal e material. A alteração surgiu de medida provisória, ato normativo inapto a versar sobre matéria processual. Materialmente, o dispositivo é inconstitucional em virtude da perplexidade que provoca, tornando possível a coexistência de decisões contraditórias, a depender do órgão prolator.

Conforme o magistério de Ada Pellegrini Grinover:

De início, os tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada *erga omnes*, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem ajuizadas nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da justiça federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações juizadas nos diversos Estados da Federação.

Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103, CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional. (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto . 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 942)

Apesar de tudo, o Superior Tribunal de Justiça avalia o dispositivo como constitucional e continua a aplicá-lo⁴¹.

As *class actions*.

Quanto às origens da tutela coletiva, ressalta-se a importância das *class actions* americanas. A doutrina das *class actions* se desenvolveu com maior fôlego e se consolidou no direito anglo-americano. Mancuso⁴² aponta que a prática da defesa dos interesses coletivos não se limita aos Estados Unidos, difundindo-se por todos os países de *common law*. Ressalta o autor a contribuição dada pela Inglaterra através das *group litigations* ainda na Idade Média⁴³. Todavia, o estudo das *class actions* neste trabalho irá se limitar ao sistema norte-americano. Isso porque trata-se do sistema mais completo e que propicia a mais ampla análise comparativa, tendo em vista seus quase setenta anos de experiência e seu uso como modelo pelos demais ordenamentos⁴⁴.

Conforme Cassio Scarpinella⁴⁵, a *class action* pode ser definida como “o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”. Trata-se do mais importante instrumento da ação representativa, na qual os titulares do direito “são representados em

⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça atua dessa maneira conforme se verifica nos julgados: AgRg no REsp 1.349.795/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/11/2013; AgRg no REsp 1.385.686/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/11/2013; AgRg no REsp 1.387.392/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013; Resp 1.362.602/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/05/2013. Precedentes monocráticos: REsp 1.431.200/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 28/02/2014; REsp 1.415.390/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 14/11/2013; AgRg no AgRg no REsp 1.366.615/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 14/02/2014, e REsp 1.349.795/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 15/10/2013.

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada:** Teoria das Ações Coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37.

⁴³ Conforme Marinoni, As *class actions* tiveram sua origem no direito medieval inglês e se desenvolveram posteriormente no direito norte-americano do século XX. (MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 738.)

⁴⁴ Cf. Fornaciari (op. cit., p. 33).

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, 1996. p. 3.

juízo por legitimados adequados para tanto, que defendem o direito da classe em nome próprio”⁴⁶.

As *class actions* do direito norte-americano tiveram grande influência no direito brasileiro, como reconhece Ada Pellegrini Grinover: “Quando o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, introduziu no ordenamento brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, inspirou-se, sem dúvida, nas *class actions for damages* norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva”⁴⁷.

Mancuso⁴⁸ aponta ainda alguns institutos que são próprios do processo coletivo e que apresentaram variações de acordo com o país:

“*Ideological plaintiff* (autor coletivo); a *adequacy of representation* (idoneidade do portador judicial); a *class certification* (o reconhecimento da idoneidade do *class suitor*); a *defining function* (a atribuição judicial de deliberar quanto ao trato processual coletivo do conflito); a *fair notice* (a correta notificação aos sujeitos concernentes ao conflito coletivo); o regime *opt in* e *opt out* (a intromissão ou extromissão dos sujeitos na lide coletiva, em ordem à fixação dos limites subjetivos da coisa julgada); o *fluid recovery* (indenização difusa); a *former adjudication*, gênero que inclui as espécies *claim preclusion* (próxima à coisa julgada do sistema continental europeu) e o *collateral estoppel*, ou seja, as premissas necessárias à conclusão (algo semelhante ao que vinha disposto no art. 287 e § único do nosso CPC de 1939, e ao efeito preclusivo pan-processual que recobre o “deduzido e o deduzível” – art. 474 do vigente CPC)”.

⁴⁶ FORNACIARI, op. cit., p. 34.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini . Da class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 101, p. 11-27, 2001.

⁴⁸ MANCUSO, 2012, p. 37.

O desenvolvimento das *class actions* nos Estados Unidos⁴⁹ teve seu primeiro marco legislativo em 1842 com a edição da *Federal Equity Rule 48*, a qual dispunha:

“Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the Court in its discretion may dispense with dispense with making all them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interest of the plaintiffs and defendants in suit properly before it. But, in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all absent parties.”⁵⁰

Essa regra se mostrou de pouca utilidade prática porque previa expressamente a não vinculação das partes ausentes. Em 1912, com a criação da *Federal Equity Rule 38*⁵¹, que não mais proibia a vinculação das partes ausentes, abriram-se novas possibilidades para as ações representativas. Em 1938, foram estabelecidas as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP). Elas tiveram grande importância para o processo civil norte-americano⁵², unificando os sistemas da *equity* e da *law*, tendo sido as *class actions* contempladas na Regra 23. Posteriormente reformada em 1966, a *Rule 23* prevê a chamada “*adequacy of representation*”, sendo ela

⁴⁹ No início, é de se destacar que havia diferenças entre a *law jurisdiction* (mais formal) e a *equity jurisdiction* (mais flexível) que foram responsáveis por um maior avanço das *representative actions* na *equity*, o qual foi posteriormente incorporado pelo sistema da *law*. É importante ainda indicar o *Bill of Peace*, o qual criou exceções à regra do litisconsórcio e possibilitou as ações representativas. Para Gidi, “historicamente, a criação das *class actions* deveu-se à necessidade e conveniência de ‘contornar’ a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados” (GIDI, 2007, p. 42).

⁵⁰ A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Smith v. Swormstedt* (WILLIAM A. SMITH AND OTHERS v. LEROY SWORMSTEDT AND OTHERS. 57 U.S. 288. 1854), assim explicou a regra: “Where the parties interested in the suit are numerous, their rights and liabilities are so subject to change and fluctuation by death or otherwise, that it would not be possible, without very great inconvenience, to make all of them parties, and would oftentimes prevent the prosecution of the suit to a hearing. For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court. The legal and equitable rights and liabilities of all being before the court by representation, and especially where the subject-matter of the suit is common to all, there can be very little danger but that the interest of all will be properly protected and maintained”.

⁵¹ “When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole”.

⁵² ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions**. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 53.

um dos requisitos de admissibilidade previsto na alínea (a)(4). Conforme a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*:

- (a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*
 - (1) *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*
 - (2) *there are questions of law or fact common to the class;*
 - (3) *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*
 - (4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

O quarto requisito trazido pela Regra 23, alínea (a)(4) é a representatividade adequada, devendo o representante proteger justa e adequadamente os interesses da classe. Trata-se de requisito necessário à garantia do devido processo legal em relação aos membros ausentes da classe.

Como regra, o devido processo legal exigiria que a vinculação da decisão judicial ficasse restrita às partes do processo, devendo as partes ter seu ‘*day in court*’. As *class actions*, todavia, são exceções, envolvendo processos de natureza representativa. Os processos de natureza representativa são admissíveis e desejáveis na medida em que são capazes de proporcionar economia processual e “permitir que sejam apreciadas pretensões que, de outra forma, jamais seria submetidas ao Poder Judiciário”⁵³.

⁵³ ROQUE, op. cit., p. 132.

2. LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Linhas gerais sobre legitimidade.

O conceito de legitimidade funda-se na análise da parte. Conforme lição clássica de Chiovenda, parte é “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”⁵⁴. E condição imprescindível para que a pessoa seja parte é a legitimidade, somente podendo figurar no polo passivo ou ativo de um processo aquele a quem a lei autoriza estar em juízo. Nesse sentido, a legitimidade seria a qualidade daquele que é permitido estar em juízo. Tendo em vista sua grande importância, a legitimidade é uma das condições da ação⁵⁵, ou seja, uma exigência indispensável para a existência do processo. Trata-se de um requisito obrigatório sem o qual uma ação, independentemente do direito discutido em seu mérito, deverá ser julgada extinta⁵⁶.

O critério utilizado para se atribuir legitimidade a alguém é o interesse direto dessa pessoa na demanda, de acordo com expressa determinação legal⁵⁷. A legitimação corresponde à pertinência subjetiva da ação. Conforme Liebman⁵⁸, “a ação não pode caber senão a quem invoca a tutela jurisdicional para si, com referência a uma relação jurídica da qual é possível pretender uma razão de tutela a seu próprio favor”.

Dessa forma, via de regra, o legitimado, para sê-lo, deve deter a titularidade do direito material em controvérsia, opção que demonstra o enfoque eminentemente individualista do diploma⁵⁹, sendo o nosso processo civil, como um todo, fundado na ação individual⁶⁰. O interesse é visto como um patrimônio do indivíduo⁶¹, privilegiando-

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2. p. 234.

⁵⁵ Conforme o artigo 3º do Código de Processo Civil, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

⁵⁶ Conforme o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, o processo extingue-se sem resolução de mérito “quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

⁵⁷ O artigo 6º do Código de Processo Civil prescreve que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1. p. 141.

⁵⁹ FORNACIARI, op. cit., p. 67.

⁶⁰ Nesse sentido: ZAVASKI, op. cit., p. 17-18; DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPODIUM, 2006. v. 4. p. 33.

se a autonomia da vontade na medida em que é o titular do direito que decidirá se, como e quando buscará sua tutela.

Apenas em casos excepcionais é que a legitimidade poderá ser atribuída a alguém que postula em juizo tutela jurisdicional em prol de outrem. Conforme visto, a regra é caber a legitimidade ao titular da relação jurídica de direito material. Chamamos essa legitimidade de ordinária. O indivíduo atuará em juízo em nome próprio, para proteger um direito próprio e será atingido diretamente pela decisão.

Cabe aqui procedermos à distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária. A legitimidade extraordinária ocorre quando a lei autoriza indivíduos que não são titulares da relação jurídica a atuarem como partes no processo. São duas as modalidades de legitimidade extraordinária: a representação e a substituição. Na representação, há a defesa de um direito alheio realizada pelo representante, que atua também em nome alheio. Nesse caso, é como se o próprio representante atuasse no processo, pois é sem seu nome que são realizados os atos. Na substituição⁶², ocorre a defesa de direito alheio pelo substituto processual, mas que, dessa vez, atua em nome próprio. Neste caso, o substituto é parte, diferentemente do representante. O substituto atua em nome próprio, mas os efeitos da decisão recarão sobre o titular da relação material, recarão sobre o substituído.

A legitimação extraordinária, quando não decorrer da vontade do titular da relação jurídica, somente é possível se houver autorização legal. Além disso, não é necessário que se analise, no caso concreto, outros requisitos para a sua configuração: “a autorização legal é suficiente para tanto, bastando o preenchimento dos requisitos especificados na norma para dar-se a substituição”⁶³.

Como se pode ver, o processo civil clássico é construído com base em noções individualistas para a defesa de direitos subjetivos de atores que se manifestam de forma direta, exceto em situações específicas de autorização legal. A legitimidade no processo coletivo, por outro lado, não pode ser pensada da mesma forma. O modelo de legitimação da tutela individual não pode ser transplantado para a proteção dos direitos

⁶¹ VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva**: fundamentos e perfis. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 47.

⁶² Como exemplos de substituição, podemos citar o gestor de negócios quando defende os interesses do gerido (artigo 861 do Código Civil) e o denunciado da lide quando atua na defesa dos direitos do denunciante (artigos 71, I e 74 do Código de Processo Civil).

⁶³ FORNACIARI, op. cit., p. 68.

metaindividuals, “seja em função da inviabilidade de se atribuir a titularidade da pretensão material deduzida, com exclusividade, a quem quer que seja, seja diante da impraticabilidade da presença em juízo de todos os seus titulares”⁶⁴.

A essência da ação coletiva, cuja natureza é herdada do sistema de *common law*⁶⁵, é a representatividade. Os titulares da relação jurídica de direito material não coincidem com os autores da ação coletiva. A parte, nesse caso, será o representante apto a proceder à defesa do grupo, a pessoa habilitada a ser porta-voz do grupo.

A necessidade de que se proceda mediante representação é característica dos processos coletivos. Pode ser decorrência da numerosidade dos titulares dos direitos ou da indeterminação dos mesmos. No primeiro caso, verifica-se que não haveria interesse dos titulares em buscar a tutela jurisdicional porque um litisconsórcio seria inviável na prática. Já a hipótese de indeterminação dos titulares pode ser bem ilustrada pelos direitos difusos, cuja titularidade pode caber a toda a sociedade. Dessa forma, para garantir-se o acesso à justiça, foi preciso superar a noção tradicional de legitimidade que rege os processos individuais. É nesse contexto que surgiu a figura do representante adequado, o terceiro com aptidão para agir em juízo como porta-voz do grupo ou classe cujos direitos carecem de tutela.

Tendo em vista essa impossibilidade de se fazer com que o titular do direito coincida com o titular da ação processual, a legitimidade coletiva é uma das questões mais complexas relacionadas às ações coletivas⁶⁶. Não podendo os titulares do direito material figurar pessoalmente como autores no processo, a lei processual concebe espécie de legitimação extraordinária. Contudo, ainda que seja majoritário o entendimento de que se trata de legitimação extraordinária por substituição processual, a natureza jurídica da legitimação coletiva é controversa⁶⁷.

⁶⁴ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 164.

⁶⁵ FORNACIARI, op. cit., p. 69.

⁶⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 744.

⁶⁷ Há divergência doutrinária quanto à propriedade em se utilizar o termo “legitimação extraordinária”. Para Marinoni e Arengart, “não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva” (op. cit., p. 744). Da mesma forma, discordam Mancuso (**Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004), Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que consideram de natureza ordinária a legitimação dos entes (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante, nota 2 ao art. 5.º da Lei 7.347/85), sendo acompanhados por Ricardo Barros Leonel (**Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos

Para Lenza⁶⁸, trata-se de uma “releitura do instituto clássico da legitimação extraordinária, tomada, agora, sob a perspectiva coletiva”, uma vez que sempre se verifica a substituição de toda uma coletividade e não apenas de indivíduos ou de grupos bem determinados. Rizzato Nunes⁶⁹ avalia como extraordinária a legitimação nos casos de direitos individuais homogêneos, mas como autônoma quando se trata de direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Mancuso⁷⁰, por seu turno, entende ser ordinária a legitimidade das associações quando houver previsão nos fins institucionais, caso em que estaria a defender seu próprio interesse.

No âmbito coletivo, a escolha do legitimado mostra-se delicada quando se cogita “atrelar a todos os titulares da pretensão meta-individual, indistintamente, o resultado de um julgamento ao qual foram submetidos impessoalmente”⁷¹. Na Europa-Continental, a legitimação ativa cabe a associações a quem são concedidas autorizações pelo poder central⁷².

Atualmente, a atribuição de legitimação coletiva no Brasil se dá, em um primeiro momento, pelas leis, que estabelecem um rol de legitimados⁷³ para a propositura da ação coletiva. Os entes constantes da lista de legitimados não tem preferência ou predominância em relação aos outros, sendo a legitimidade autônoma e concorrente disjuntiva, ou seja, qualquer um dos legitimados do artigo poderá propô-la, independentemente da presença dos outros entes.

Tribunais, 2002. p. 159-161). No sentido de que se trataria de legitimação extraordinária: Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2. p. 310-312); Márcio Flávio Mafra Leal (**Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 125-126); Gonçalves Castro Mendes (**Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 310-312); Pedro Lenza (op. cit., P.185); Diogo Maia (**Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2009. p. 48-50) e Pedro da Silva Dinamarco (**Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 203-207).

⁶⁸ LENZA, op. cit., p. 185.

⁶⁹ NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 767-768.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 132-135.

⁷¹ VENTURI, op. cit., p. 165.

⁷² Conforme Rodrigues (op. cit., p. 18): “O modelo da Europa-Continental (também chamado de modelo da Verbandsklage) tem como principais características a legitimação ativa de associações, havendo a designação de um ‘sujeito superindividual’ para ‘tutelar em nome próprio o direito que passa a ser considerado como direito próprio (tutela dos consumidores pelas associações de consumidores, tutela do meio ambiente pelas associações de ambientais)’. Ademais, a tutela de direitos individuais encontra-se distanciada, e a nenhuma associação é conferido o poder de representar interesses coletivos, sem uma autorização burocrática concedida pelo poder central. No que respeita às formas de tutela, ou a associação recebe autorização de um indivíduo titular de uma relação jurídica individual ou realmente defende um direito supraindividual em juízo”.

⁷³ O rol encontra-se no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública.

Quanto à pertinência temática, é importante frisar que as leis não fizeram ressalvas ao que cada ente poderia defender em juízo, havendo restrições expressas apenas para as associações. Contudo, devem ser consideradas restrições derivadas da pertinência temática para cada ente⁷⁴.

O Brasil, na esteira de países de *civil law* como Alemanha, Itália e França, conferiu legitimidade a entes públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, unidades da Administração Pública) bem como para associações privadas para a tutela dos direitos coletivos. Tal escolha demonstra uma “profunda desconfiança no indivíduo”⁷⁵ e nos afasta da experiência norte americana. Isso porque, a base das *class actions* está no indivíduo que, buscando seu próprio interesse, acaba defendendo reflexamente também os interesses de todo o grupo a que pertence. Vislumbra-se, assim, uma garantia de representatividade adequada pois o indivíduo, para proteger seus direitos, deve atuar também na defesa dos outros. Seria, paradoxalmente, uma espécie de individualismo posto a serviço da coletividade:

*The basic philosophy of class actions has remained unchanged through the centuries. Self-interest, the motivating force that sparks the adversary system, also sustains the doctrine of class action. We may trust man to help his fellow man if by doing so helps himself – particularly if only by helping others will he be able to protect and promote his own interests. Building on that simple premise, the device provides for the use of man's natural instinct to act in his own best interest in order to achieve justice and procedural efficiency in mass litigation.*⁷⁶

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado nos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA)⁷⁷ assim como o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América⁷⁸ preveem a legitimidade individual.

⁷⁴ Cf. FORNACIARI, op cit., p. 74.

⁷⁵ GIDI, Antonio, 2007. p. 138.

⁷⁶ HOMBURGER, Adolf. State class actions and the Federal Rules. 71 Columbia Law Review, v. 609/610 (1971) apud GIDI, 2007. p. 138.

⁷⁷ Há previsão de legitimidade de qualquer pessoa física no art. 9º, inciso I.

⁷⁸ O artigo 3º, inciso I, prevê a legitimidade de qualquer pessoa física.

A bem da verdade, a eleição do Ministério Público como principal defensor dos interesses coletivos pode ser justificada pela sua aptidão abstrata para atuar judicialmente. O Ministério Público é um ente que goza da confiança e do respeito da sociedade. Além disso, trata-se, conforme as lições de Marc Galanter, de um “*repeat player*”, que apresenta, portanto, melhores condições para atuar do que os “*one shotters*”⁷⁹.

Na clássica obra “Acesso à Justiça”, os autores já identificavam o problema da mobilização dos representantes. Para eles, “é profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental”⁸⁰. A legitimação individual esbarraria no problema do despreparo do cidadão comum, que tende a não compreender direitos ou interesses enquanto “coletivos”⁸¹.

Todavia, a legitimação individual é tema recorrente nas propostas de leis para os processos coletivos. Para Fornaciari⁸², “seria saudável que a atuação popular fosse mais presente e efetiva, por meio da organização da sociedade”. Para a autora, isso seria possível com a “conscientização da população quanto à importância de sua atuação”.

O Projeto de Lei 5.139/09 pretende incluir no rol de legitimados a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. O anteprojeto, com rol amplo, conferia legitimidade inclusive à pessoa física e ao membro do grupo, com a exigência do reconhecimento da representatividade adequada destes. Tal disposição está prevista no código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Todavia, a pessoa física e o membro do grupo foram suprimidos e não constam do projeto de lei.

⁷⁹ Em seu artigo “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, Marc Galanter tece considerações sobre a influência das partes no processo; em outras palavras, como os processos podem ser diferentes a depender de quem está litigando. Muito conhecidas ficaram suas caracterizações do “jogador habitual” e do “jogador esporádico”, demonstrando que aqueles que são litigantes habituais tem vantagens não somente no processo, mas também antes dele, na elaboração das leis, e depois dele, na formulação de estratégias futuras de litígio. Cf. GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One. 1974, pp. 95-160.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. p. 28.

⁸¹ “(...) a ideia de direitos é citada nos grupos sempre como algo que se aplica ao indivíduo, nunca ao coletivo, o mesmo ocorrendo na prática reivindicatória quando há direitos lesados – não há referência à possibilidade de reclamações coletivas”. OLIVEIRA, Fabiana Luci de; WADA, Ricardo Morishita. O comportamento da nova classe média brasileira nas relações de consumo. In: PORTO, Antônio José Maristrello et al. **Direito do consumidor**: os 22 anos de vigência do CDC. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

⁸² FORNACIARI, op. cit., p. 27.

A verificação da pertinência temática foi objeto de dispositivos do projeto de lei, o qual trouxe requisitos para a legitimidade de alguns entes conforme entendimento já aplicado pela jurisprudência.

Para Mancuso, o juiz brasileiro “não se encontra de todo desprovido do poder análogo ao de seu colega notre-americano para aferir no caso concreto (*defining function*) acerca da adequada representação do portador judicial do interesse metaindividual”⁸³. Ressalta o autor que, além de poder dispensar o requisito da prévia constituição da associação, o juiz deve verificar a pertinência temática em cada caso.

Representatividade adequada no direito americano.

Tendo em vista que as questões discutidas em âmbito coletivo não envolvem o direito específico da parte legitimada a propor a demanda, mas direitos indivisíveis da coletividade, “a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a eventuais terceiros assume particular relevância”⁸⁴. Nessa medida, torna-se essencial que o representante dos interesses apresente qualidades que comprovem sua aptidão para conduzir o processo, que comprovem a representatividade adequada, ainda que, atualmente, nosso modelo de coisa julgada coletiva permita apenas que haja sua formação em benefício da coletividade.

Conforme apontado no primeiro capítulo⁸⁵, o direito anglo-americano desenvolveu a doutrina das *class actions*⁸⁶, originária do direito medieval inglês. Nos Estados Unidos da América, há previsão da “*adequacy of representation*”, sendo ela um dos requisitos de admissibilidade das ações coletivas previsto na *Rule 23*.

No direito norte-americano o instituto da *adequacy of representation* é de extrema relevância tendo em vista: legitimação individual

No direito norte-americano, a representatividade adequada é requisito para a certificação da ação, previsto na alínea (a)(4) da Regra 23. Dessa forma, um processo coletivo só poderá ter andamento se o juiz afirmar expressamente que as partes estão

⁸³ MANCUSO, 2012, p. 466.

⁸⁴ FORNACIARI, op. cit., p. 116.

⁸⁵ Item 1.4 do trabalho.

⁸⁶ “A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”. (BUENO, 1996, p. 3.)

sendo adequadamente representadas. Isso se mostra de grande importância, uma vez que o representante age independentemente de autorização dos membros do grupo representado: basta que seja um membro da classe e que cumpra os requisitos presentes na Regra 23.

O representante deve apresentar duas qualidades indispensáveis para ser considerado adequado. A primeira é a aptidão para tutelar os interesses do grupo com o devido rigor; a segunda é a ausência de antagonismo dos interesses do representante com os do grupo representado.

O propósito da rígida verificação, pelo magistrado, da adequada representação do grupo é assegurar o princípio do devido processo legal. É dessa forma que fica garantido que o verdadeiro interesse do grupo seja esclarecido e a sua efetiva defesa seja realizada.

O devido processo legal, de maneira geral, exige que, para que haja vinculação de um indivíduo a uma decisão judicial, esse indivíduo deveria ter sido parte ou, ao menos, ter atuado no processo. Todavia, as ações representativas constituem exceções. Nessas ações, os membros do grupo, ainda que não participem efetivamente do processo, poderão ficar vinculados à decisão se tiverem sido representados adequadamente. Conforme esclarece a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Hansberry v. Lee*, no qual trata do princípio do devido processo legal nas ações representativas:

To these general rules there is a recognized exception – that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a "class" or "representative" suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it.

It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually

participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties (...).⁸⁷

Além de garantir o devido processo legal, o controle da representatividade adequada apresenta a importante função de assegurar que a decisão a ser proferida irá vincular todos os membros do grupo, de modo que a discussão se encerrará naquele único processo. Trata-se de um método de economia processual que traz vantagens tanto para as partes quanto para o Poder Judiciário. Conforme André Vasconcelos Roque:

O controle da representatividade adequada possui duas funções muito importantes: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da class action vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros.⁸⁸

O instituto da representatividade adequada é um dos mais importantes nas ações representativas norte-americanas. Conforme Roque, a representatividade adequada seria “sem dúvida nenhuma, o mais importante de todos os requisitos gerais de admissibilidade e geralmente consiste no ponto mais controvertido em uma decisão de certificação”⁸⁹. Para Fornaciari⁹⁰, é um dos institutos mais relevantes nos sistemas de *common law*.

Representatividade adequada no direito brasileiro.

A representatividade adequada é vista por grande parte da doutrina como integrante do conceito de legitimidade coletiva, sendo um dos institutos mais importantes para a efetiva tutela coletiva, pois é responsável por “agregar segurança a uma relação processual que não tem essa garantia facilmente vislumbrada”⁹¹. A essência do instituto está relacionada à necessidade de assegurar que as garantias constitucionais do processo justo sejam resguardadas. Entretanto, seu conceito tem

⁸⁷ UNITED STATES SUPREME COURT. **Hansberry v. Lee**, 311 US 32, 40 (1940). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/311/32/case.html>> Acesso em: 14 jul. 2014.

⁸⁸ ROQUE, op. cit., p. 133.

⁸⁹ Ibidem, p. 134.

⁹⁰ FORNACIARI, op. cit., p. 57.

⁹¹ Ibidem, p. 47.

contornos de direito material, pois o instituto apresenta características que extrapolam os limites da legitimidade processual.

A figura do representante, no processo coletivo, não se confunde com as figuras do representante ou mandatário existentes no Direito Civil⁹². No contexto da representatividade adequada, o representante é aquele que falará em nome de todos os integrantes de determinado grupo quando for necessário. Assim, fica justificada a expressão “porta-voz” usada por Gidi para definir o representante da classe.

Para Fernandes⁹³, o conceito de representatividade adequada deve ser realizado sob dois prismas: o extraprocessual e o endoprocessual. Desse modo, o instituto poderia ser compreendido de forma global, sem estar necessariamente adstrito à existencia de um processo. Isso porque, conforme Fornaciari⁹⁴, o representante adequado “assim o é antes mesmo da existência do processo; ou seja, o conceito é material, inerente à própria figura do representante”. Para a autora, a representatividade adequada, quando analisada dentro do processo, constitui uma das condições da ação. Contudo, não é somente dentro do processo que a figura existe. Fornaciari segue criando uma definição para o instituto:

“(...) a representatividade adequada é uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial”⁹⁵.

Nos processos coletivos, a representatividade adequada deve ser encarada enquanto instituto que confere efetividade aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça. Para Scarparo, “é de tutela

⁹² A representação tem previsão nos artigos 115 a 120 do Código Civil e o mandato está previsto nos artigos 653 e seguintes do mesmo diploma.

⁹³ FERNANDES, Débora Chaves Martines. **Controle judicial da representatividade adequada das associações civis**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 115.

⁹⁴ FORNACIARI, op. cit., p. 49.

⁹⁵ FORNACIARI, op. cit., p. 50.

constitucional ao devido processo legal e ao contraditório que trata a representatividade adequada”⁹⁶.

A análise da pertinência temática necessária às associações para a defesa dos interesses do grupo consiste em espécie de análise concreta da adequação da representação do grupo⁹⁷. A pertinência temática é aliás requisito para as ações diretas de constitucionalidade.

O controle judicial da representatividade adequada, todavia, não se resume à questão da pertinência temática. O juiz deve ter poderes para avaliar ainda a seriedade e aptidão do ente legitimado para a defesa do grupo. Quantitativamente, pode-se falar na economia processual que se obtém, uma vez que “não é racional deixar que a máquina judiciária seja movimentada e despenda tempo em processo que será eventualmente reproposto por outro legitimado”⁹⁸. Qualitativamente, o controle judicial da representatividade é desejável na medida em que garante o efetivo contraditório e ampla defesa. Isso porque, em casos cuja sentença for dada com material probatório suficiente e sem que haja o devido controle da representatividade, a coisa julgada poderá se formar para o grupo, ainda que se verifique má redação da peça ou falta de argumentação apropriada.

A representatividade adequada pode ser melhor compreendida se estudada a partir de dois aspectos: o objetivo (relativo à previsão e requisitos legais impostos aos legitimados e à pertinência temática) e o subjetivo (referente à competência técnica e seriedade do legitimado na condução do processo).

Considerando-se seu aspecto objetivo, a representatividade adequada consiste na previsão legal do rol de legitimados e dos requisitos mínimos para sua atuação enquanto representantes judiciais. Como exemplo de requisito mínimo, podemos citar a disposição legal de que as associações devem ter sido “constituídas há pelo menos um ano”⁹⁹.

Em seu aspecto subjetivo, a representatividade adequada pode ser traduzida como conjunto de qualidades verificadas no ente coletivo capazes de convencer o juiz

⁹⁶ SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 139.

⁹⁷ Cf. FORNACIARI, op. cit., p. 59.

⁹⁸ Ibidem, p. 60.

⁹⁹ Artigo 82, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

da sua idoneidade para conduzir o processo, despendendo eficazmente todos os esforços necessários à defesa dos direitos em análise. Tais qualidades são aferíveis casuisticamente e podem corresponder a, por exemplo: (a) credibilidade do ente; (b) capacidade e prestígio; (c) experiência em juízo; (d) histórico na proteção dos direitos da coletividade, (e) conduta em outros processos; (f) condução do processo com técnica e seriedade.¹⁰⁰

Os ordenamentos jurídicos podem dar mais ênfase a um ou outro aspecto, mas, ainda que variem os critérios adotados para a aferição da representatividade adequada dos legitimados, o controle da representatividade sempre é realizado¹⁰¹.

Em um sistema que confere abertura para o controle subjetivo da representatividade, o juiz faz o controle *in concreto* para aferir se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada (fase *ope judicis* da verificação da representatividade adequada).

Entretanto, alguns autores consideram que, no nosso ordenamento, a verificação da representatividade adequada é uma tarefa exclusiva do legislador, não cabendo ao magistrado fazer essa avaliação caso a caso; para eles, o controle *ope legis* é suficiente. Outros, baseados na experiência americana, tendem a admitir o controle judicial da representatividade adequada, considerando possível que o magistrado examine a aptidão do legitimado ativo para a boa condução da ação coletiva no caso concreto.

Entre os autores que defendem que o controle deve ser feito apenas pela lei, não devendo haver controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas, podemos citar Pedro da Silva Dinamarco, Nelson Nery Junior e Rosa Nery¹⁰². Para eles,

¹⁰⁰ Há previsão, no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, da representatividade adequada enquanto requisito da ação coletiva e, para a sua aferição, são elencadas condições desse tipo, conforme se verifica no parágrafo 2º do Art. 2º:

“Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: (a) – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; (b) – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; (c) – sua conduta em outros processos coletivos; (d) – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; (e) – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

Requisitos semelhantes são previstos no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo UERJ-UNESA no artigo 8º, § 1º.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

¹⁰² DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 212.

bastaria que o representante do grupo fosse um dos entes legitimados pelo art. 82 do CDC para que pudesse livremente representar os interesses do grupo em juízo. O controle realizado pelo juiz seria meramente aquele previsto em lei, como no caso do inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, que prevê as condições para que as associações sejam legitimadas, impondo-lhes a constituição “há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”.

Em geral, os fundamentos utilizados pelos que defendem essa posição costumam estar relacionados à natureza da coisa julgada para essas ações. Argumentam que, conforme determinação legal¹⁰³, a coisa julgada para os casos de tutela coletiva opera-se apenas em favor dos membros do grupo, nunca em seu prejuízo.¹⁰⁴ Elton Venturi¹⁰⁵ nega a possibilidade de controle *ope judicis* alegando que não se verifica, no Brasil, a mesma necessidade de controle como nas ações coletivas norte-americanas. Isso porque, nos Estados Unidos, a coisa julgada se opera também para os membros ausentes, ainda que a decisão seja desfavorável¹⁰⁶. Já no Brasil, tal prejuízo não ocorreria e, portanto, o controle judicial da representatividade adequada seria dispensável. A negativa, portanto, baseia-se na coisa julgada *secundum eventum litis*, adotada em nosso ordenamento.

Por outro lado, há posição doutrinária que defende o controle judicial da representatividade adequada, o controle *ope judicis*, pelo qual o magistrado deveria ter poderes para determinar a ilegitimidade *ad causam* com o objetivo de garantir a representatividade adequada. Para eles, o controle seria feito em duas fases. Primeiro, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente substitua os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo (verificação objetiva da representatividade, fase do controle *ope legis*). Fica autorizada, por exemplo, a propositura das ações coletivas às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos. Em um segundo momento, tendo passado pelo crivo legal, cumpre ao magistrado avaliar o preenchimento das condições, outorgando ao representante a legitimidade para

¹⁰³ Artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, 2003. p. 63.

¹⁰⁵ VENTURI, op. cit., p. 225.

¹⁰⁶ Um mecanismo de compensação desse ônus é o direito de retirada (*right to opt out*). Os integrantes do grupo são notificados da ação coletiva e podem decidir não se vincular a ela.

a postulação do interesse. O juiz faz então o controle *in concreto* da legitimidade para aferir se estão presentes os elementos que assegurem a representatividade adequada dos direitos em tela (verificação subjetiva da representatividade, fase *ope judicis*). Conforme Rossi:

“O controle da atuação ou representação adequada, nas ações coletivas ativas e, com mais razão ainda, nas ações coletivas passiva, dá-se de forma mista ou híbrida, ou seja, por meio de um primeiro juízo *ope legis* e, posteriormente, *ope judicis*, aferindo-se, desta forma, a efetiva representatividade do legitimado extraordinário na defesa dos interesses da coletividade a qual defende em juízo.”¹⁰⁷

Para Fornaciari¹⁰⁸, “o entendimento de que a norma teria sido exauriente ao definir quem seriam os legitimados nas ações coletivas, sendo bastante para sua averiguação o simples exame do texto legal, não se mostra de rigor”. Se assim o fosse, o controle concreto da representatividade adequada estaria afastado dos poderes do magistrado, bastando o controle prévio e abstrato feito pelo legislador quando da elaboração do rol de legitimados.

Entretanto, a tradição americana no tratamento das *class actions* trabalha com o controle judicial da representatividade adequada, sendo desejável que nosso ordenamento se aproxime dessa tradição. Conforme veremos no próximo capítulo, a abertura para a realização do controle subjetivo do legitimado pelo magistrado em cada caso concreto é vantajosa.

¹⁰⁷ ROSSI, Júli Cesar. A ação coletiva passiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 2012. p. 268.

¹⁰⁸ FORNACIARI, op. cit., p. 73.

4. CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Conforme visto, a representatividade adequada sempre é controlada, seja pela verificação objetiva dos requisitos inseridos nos diplomas legais, seja pela análise do caso concreto em atuação *ope judicis*. Para Oliveira¹⁰⁹, “o rígido controle da representatividade adequada será essencial para que se garanta o devido processo legal”. Caberá aqui um estudo mais profundo do controle subjetivo realizado pelo magistrado diante das peculiaridades de cada caso.

No modelo norte-americano, o controle da representatividade adequada é feito especialmente pelo juiz. Conforme Roque, “repousa sobretudo no juiz a tarefa de controlar a adequação de ofício, em todas as fases do processo: antes, durante e depois da certificação e até mesmo depois da própria sentença, em hipóteses extremas”¹¹⁰.

No Brasil, a discussão acerca do controle concreto da representatividade adequada recrudesceu diante da alusão à legitimidade individual prevista nos anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado nos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA)¹¹¹ assim como o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América¹¹² preveem a legitimidade individual.

Para Fornaciari¹¹³, o controle judicial da representatividade adequada consiste na “análise do vínculo existente entre o representante legitimado e o objeto litigioso, uma verdadeira análise da adequação dessa representação, em grau mais aprofundado do que uma mera verificação da pertinência temática”. Para a autora ainda, o sistema *ope judicis* é muito superior ao sistema da aferição legal na medida em que permite ao magistrado a análise da parte não meramente com relação ao interesse, mas também da própria credibilidade e seriedade do ente. Dessa forma, o ente que pretende ser legítimo na defesa da causa coletiva deveria, inclusive, ter histórico e postura compatíveis com a defesa dos direitos tratados, evitando-se, por exemplo, hipóteses de

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66.

¹¹⁰ ROQUE, op. cit., p. 135

¹¹¹ Há previsão de legitimidade de qualquer pessoa física no art. 9º, inciso I.

¹¹² O artigo 3º, inciso I, prevê a legitimidade de qualquer pessoa física.

¹¹³ FORNACIARI, op. cit., p. 74.

promoção pessoal do legitimado em detrimento da adequada tutela do interesse.

Como dito no capítulo anterior, parte da doutrina entende que, no Brasil, o controle da representatividade adequada deveria se operar apenas pela lei. Em geral, os fundamentos utilizados pelos que defendem essa posição costumam estar relacionados à natureza da coisa julgada para essas ações. Os autores argumentam que, conforme determinação legal¹¹⁴, a coisa julgada para os casos de tutela coletiva opera-se apenas em favor dos membros do grupo, nunca em seu prejuízo.¹¹⁵

Contudo, verifica-se possível o prejuízo do grupo em alguns casos. A sentença de improcedência, se dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e impede a propositura da mesma ação coletiva. Até mesmo a procedência da ação coletiva pode trazer prejuízos para o grupo caso a representação de um ente legalmente legitimado seja inadequada, podendo o representante do grupo ser negligente ao longo do desenrolar do processo coletivo.

Antonio Gidi¹¹⁶ supõe uma situação em que uma pequena e desaparelhada associação propõe uma ação e, durante o processo, torna-se evidente que o advogado é incompetente ou não demonstra interesse pelo processo ou, ainda, que a associação conduz o processo em interesse próprio. Observando-se apenas a lei, há o risco da ação coletiva ser proposta por associação manifestamente incapaz de defender adequadamente os interesses do grupo, seja por incompetência, falta de interesse real, existência de interesses conflitantes ou mesmo má-fé.

Ainda que os direitos individuais dos membros do grupo representado não sejam afetados por eventual decisão em seu prejuízo, já que a coisa julgada se opera apenas em seu benefício, os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* ficam sujeitos aos efeitos da coisa julgada¹¹⁷. Isso porque os particulares, individualmente, não tem legitimidade para reabrir a questão de âmbito coletivo, pois não detêm legitimação coletiva, ainda que o tenham para postular os seus próprios interesses lesados. E, se fundamentada em material probatório suficiente, a sentença de improcedência faz coisa julgada. Nesse caso, embora a coisa julgada não prejudique o direito individual dos membros do grupo, não seria possível repropor a ação coletiva.

¹¹⁴ Artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹⁵ GIDI, 2003, p. 63.

¹¹⁶ Ibidem, p. 62.

¹¹⁷ VIOLIN, op. cit., p. 66.

Conforme Venturi¹¹⁸, são comuns ajuizamentos de ações coletivas por “entidades que não revelam qualquer comprometimento real com a defesa de interesses meta-individuais ou, mesmo, idoneidade técnica e financeira para conduzir com êxito a demanda coletiva”. Dessa forma, questiona Gidi¹¹⁹ se deveríamos aceitar que um representante possa ser “incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e ainda assim sua conduta poderá vincular todo o grupo que ele representa”.

Ainda mais grave que a inaptidão do ente representante seria a hipótese de conluio entre autor e réu, um problema a ser considerado na prática forense. Seria o caso, por exemplo, de associação que aceita, de má-fé, propor ação coletiva, oferecendo material probatório suficiente, mas sem apresentar argumentação jurídica adequada. Eventual sentença de improcedência poderia formar coisa julgada no âmbito coletivo e blindaria o réu para processos futuros. Mafra Leal¹²⁰ aponta que a intervenção do Ministério Público¹²¹, obrigatória pela Lei da Ação Civil Pública¹²², seria a solução para esses casos, evitando, inclusive, acordos temerários e apressados. Todavia, a atuação do Ministério Público seria frustrada se, diante da inadequação do representante, nada pudesse fazer, uma vez que o juiz não tivesse poderes para realizar o controle concreto da representação. A participação do Ministério Público na fiscalização da representação “somente reforça a necessidade do controle judicial da representação adequada”¹²³, vez que será o órgão decisor que deverá afirmar ou negar a adequação do representante.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o juiz deve zelar pela representatividade adequada, prevenindo o “desvirtuamento da ação coletiva, que de outro modo poderia servir como instrumento em favor de interesses subalternos ou mesmo escusos”.

Para Violin¹²⁴, a ausência de um efetivo controle da representatividade

¹¹⁸ VENTURI, op. cit., p. 220-221.

¹¹⁹ GIDI, 2003, p. 65.

¹²⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletiva**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. p. 215.

¹²¹ Antonio Gidi (2007, p. 131), aliás, considera que, em caso de representante manifestamente inadequado, o Ministério Público deve alertar o juiz, “devendo obrigatoriamente se substituir ao autor coletivo e assumir o controle do litígio, ainda que não esteja preparado para fazê-lo e ainda que considere o momento inadequado”.

¹²² Segundo o artigo 5º, § 1º, da Lei 7.347/85: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

¹²³ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

¹²⁴ VIOLIN, op. cit., p. 69-70.

adequada, ainda que a coisa julgada coletiva só opere em benefício dos particulares, representa enormes prejuízos, tendo em vista que o bem coletivo poderá continuar lesado, sem possibilidade de rediscussão. Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe¹²⁵ são favoráveis ao controle judicial da representatividade adequada, devendo o juiz proceder a ele em cada caso concreto, negando a admissibilidade de ações coletivas sempre que se mostrar inadequado o representante. Ambos argumentam que, ainda que nosso ordenamento não afirme expressamente o controle *ope judicis*, o mesmo também não é vedado.

Além disso, a previsão legal dos entes legitimados não se confunde com representação adequada¹²⁶. Parte da doutrina entende que estão positivados indícios do poder do magistrado de controlar a representatividade adequada. É o caso da possibilidade de dispensa, pelo magistrado, do requisito da pré-constituição das associações há pelo menos um ano. Tal possibilidade se verifica no caso de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, conforme o art. 82, §1, do CDC. Para Pedro Lenza, o reconhecimento dessa possibilidade importa no reconhecimento de um poder mais amplo de controle:

“se é possível reconhecer representatividade adequada nas hipóteses de associação que não preencha o requisito da pré-constituição ânua, no mesmo sentido, seguindo a coerência que decorre do sistema, poder-se-á declarar a falta de capacidade de representação da classe para as situações em que o autor coletivo, muito embora se enquadre nos requisitos legais, mostra-se inidôneo para o ajuizamento da ação”.¹²⁷

Nesse sentido, o magistrado deve ter poderes para determinar a ilegitimidade *ad causam*, tendo em vista a ausência de representatividade adequada. O controle poderia ser feito em duas fases. Primeiro, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente substitua os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir

¹²⁵ WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 97-99.

¹²⁶ VIOLIN, op. cit., p. 73.

¹²⁷ LENZA, op. cit., p. 201.

o processo coletivo (verificação objetiva da representatividade, fase do controle *ope legis*). Fica autorizada, por exemplo, a propositura das ações coletivas às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos. Em um segundo momento, tendo passado pelo crivo legal, cumpre ao magistrado avaliar o preenchimento de condições subjetivas, outorgando ao representante a legitimidade para a postulação do interesse. O juiz fica responsável pelo controle *in concreto* da adequação da representatividade para os direitos em tela (verificação subjetiva da representatividade, fase *ope judicis*).

Conforme mencionado no capítulo anterior a representatividade adequada, em seu aspecto subjetivo, deve ser compreendida como conjunto de qualidades verificadas no ente coletivo capazes de convencer o juiz da sua idoneidade para conduzir o processo, despendendo eficazmente todos os esforços necessários à defesa dos direitos em análise.¹²⁸ Não se verificando no autor da ação coletiva essas qualidades, seria impróprio que se conferisse a ele o poder de pleitear em nome de um grupo, sendo seu porta-voz. Para Gidi, sendo inadequado o representante, deve ele ser considerado um não-representante:

“O representante inadequado, portanto, é um não-representante. Essa é uma questão extremamente delicada no caso das ações coletivas, em que o representante não foi eleito, selecionado ou sequer aprovado pelos representados. O representante obtém essa posição por manifestação da sua própria vontade, ao propor a ação em benefício de uma coletividade. O mínimo que esse estranho tipo de ‘representante’ deve ser é adequado. Essa adequação deve ser submetida a um rigoroso controle judicial.”¹²⁹

¹²⁸ Conforme apontado, tais qualidades são aferíveis casuisticamente e podem corresponder a, por exemplo: (a) credibilidade do ente; (b) capacidade e prestígio; (c) experiência em juízo; (d) histórico na proteção dos direitos da coletividade, (e) conduta em outros processos; (f) condução do processo com técnica e seriedade. Há previsão, no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, da representatividade adequada enquanto requisito da ação coletiva e, para a sua aferição, são elencadas condições desse tipo, conforme se verifica no parágrafo 2º do Art. 2º:

“Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: (a) – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; (b) – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; (c) – sua conduta em outros processos coletivos; (d) – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; (e) – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

Requisitos semelhantes são previstos no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo UERJ-UNESA no artigo 8º, § 1º.

¹²⁹ GIDI, 2007, p. 135.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, responsável por trazer indicações quanto aos rumos que o processo coletivo tende a tomar nos países ibero-americanos, traz a exigência expressa de representatividade adequada, a qual é tratada como segue:

“Art. 2º Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

(...)

§ 2º Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.”

Infelizmente, nossas leis não prevêem expressamente o controle da representatividade adequada. Diante disso, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe defendem a possibilidade de controle judicial da representatividade do legitimado de *lege lata*. Afirmam que nosso ordenamento não é avesso ao controle, pouco importando a ausência de autorização legal. Para os autores, o controle judicial “pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva”¹³⁰, especialmente se considerado o art. 4º da LINDB¹³¹, que indica os princípios gerais do Direito como fonte de Direito.

Do mesmo modo entende Didier. Ainda que não haja permissão legal expressa, em nosso ordenamento, de controle judicial da representatividade adequada, ela deve ser realizada uma vez que é exigida pela “garantia constitucional advinda do

¹³⁰ WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 826.

¹³¹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

devido processo coletivo”¹³². O autor sugere então as duas fases para aferição da representatividade adequada: a primeira de caráter objetivo, na qual “verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado”; a segunda de caráter subjetivo, na qual “o juiz faz o controle *in concreto* da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela”¹³³.

Gidi vai além e afirma que o juiz não somente pode, como tem o dever de realizar o controle da representatividade:

“Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente *pode*, como *tem o dever* de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado. Esta proposta, porém, não é de *lege ferenda*, mas de *lege lata*. Ou seja, é independente de reforma legislativa. Basta um juiz competente e interessado.”¹³⁴

A lei posta deve resguardar os princípios e valores constitucionais. Nesse sentido, o princípio do contraditório exige que a representação praticada nas ações coletivas seja efetivamente adequada e não que apenas cumpra os pressupostos legais. Os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal são incompatíveis com a mera verificação *ope legis* da representatividade adequada.

Para Fornaciari¹³⁵, a evolução de nosso ordenamento em direção ao controle judicial da representatividade adequada segue uma “tendência generalizada do processo

¹³² DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 235.

¹³³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3^a ed. Salvador: JusPODIUM, 2008, v. 4. p. 231.

¹³⁴ GIDI, 2007, p. 134.

¹³⁵ FORNACIARI, op. cit., p. 63.

“civil” de conferir maiores poderes ao magistrado. Com o objetivo de evitar que “vícios processuais maculem ou impeçam a solução da relação jurídica material trazida a juízo” o magistrado pode “e deve” verificar a presença de adequada representação.

Quanto ao momento da efetivação do controle judicial, Rodrigues¹³⁶ ressalta que ele deve ser feito ao longo de todas as etapas do processo judicial, “conforme a compreensão do processo como um procedimento em contraditório”. Tendo em vista que a ação é exercida ao longo do procedimento, o poder do magistrado para controlar a representatividade adequada se estende por toda a demanda.

No direito norte-americano, o controle da representatividade adequada pode ser realizado até mesmo após a decisão de mérito. Gidi¹³⁷ aponta os meios de controle que estão à disposição do magistrado norte-americano conforme previsão na *Rule 23*. O juiz pode delinear melhor o grupo que está sendo devidamente representado pelo portavoz; notificar a coletividade para que seus integrantes se manifestem acerca da adequação do representante ou intervenham em seu auxílio; convidar outros advogados para substituir ou auxiliar o representante; dividir a coletividade em sub-grupos homogêneos e nomear representantes adequados para cada sub-grupo; negar prosseguimento à ação na forma coletiva por ausência de representatividade adequada.

Nos Estados Unidos, a certificação (*certification*) da ação é a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos indispensáveis para que uma ação seja tratada como coletiva¹³⁸. Nessa decisão, ocorre também a certificação dos grupos (*certification of the class*), que é a fixação dos exatos limites do grupo e seu “reconhecimento jurídico como entidade”¹³⁹. É preciso que fique bem definido qual o grupo representado. Conforme Rodrigues¹⁴⁰, “sem saber quem são os representados, não há como saber se seus interesses estão sendo bem representados”.

A delimitação dos grupos é importante ainda para o processo de notificação. No direito norte-americano, a notificação é o instrumento pelo qual os membros ausentes são inteirados da demanda. Além disso, é na exata delimitação dos grupos que se poderá extender a coisa julgada.

¹³⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 51.

¹³⁷ Cf. GIDI, 2007, p. 129.

¹³⁸ Ibidem, p. 466.

¹³⁹ Ibidem, p. 193.

¹⁴⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 61.

Um exemplo de delimitação dos grupos pode ser encontrado no caso *Johnson v. Uncle Ben's*¹⁴¹. Nele, negros e descendentes de mexicanos demandam em face da empresa Uncle Ben's em razão de discriminação. A representação no processo foi adequada para o grupo dos negros, mas não para o grupo dos descendentes de mexicanos. Desse modo, ao fim do processo, ficou decidido que a coisa julgada somente atingiria o grupo dos negros. Isso demonstra ainda que o momento processual do controle da representatividade adequada não se restringe à distribuição da ação, mas dura por todo o processo.

Conforme apontado, a notificação dos integrantes da classe é procedimento de grande relevância nos Estados Unidos. No Brasil, a figura praticamente não existe. Na prática, é possível que um processo coletivo seja proposto, conduzido e julgado sem o conhecimento de nenhum dos integrantes da classe¹⁴².

Para Rodrigues¹⁴³, a verdadeira representatividade adequada exige que se realize a notificação, pois somente descobrindo o que pensam os membros é que o juiz saberia se o representante está transmitindo as reais intenções do grupo.

O instituto da representatividade adequada tem tamanha relevância que começa a ser utilizado para além dos seus tradicionais destinatários, os entes legitimados para as ações coletivas. O Supremo Tribunal Federal valeu-se recentemente do instituto para avaliar um caso de intervenção de *amicus curiae*.

Conforme veremos a seguir, a corte suprema se baseia na representatividade adequada para exercer controle sobre aqueles que podem ou não “falar” no processo. Por meio da análise desses casos, podemos obter uma sugestão dos parâmetros utilizados para efetivar tal controle concreto.

Os casos analisados serão um Recurso Extraordinário¹⁴⁴ e um *Habeas*

¹⁴¹ *Johnson v. Uncle Ben's Inc.*, 628 F.2d 419 (5st Cir 1980). Disponível em: <<http://openjurist.org/628/f2d/419>>. Acesso em: 22 ago 2014.

¹⁴² Cf. GIDI, 2008, p. 64.

¹⁴³ RODRIGUES, op. cit., p. 67.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 659.424**. Recorrente: Instituto da Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Recorrido: Daniel Souza Nunes. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2013.

*Corpus*¹⁴⁵, ambos com decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Extraordinário trata de um caso em que se discutem prestações previdenciárias em face do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPERGS). O processo teve reconhecida sua repercussão geral. Trataremos da decisão monocrática que negou a Irineo Giacomolli, pessoa física e um dos potenciais atingidos pelo resultado da demanda, a sua participação como *amicus curiae* no processo, e que ficou assim ementada:

EMENTA: “AMICUS CURIAE”. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO “mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional” (GILMAR MENDES). POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS, NA CONDIÇÃO DE “AMICUS CURIAE”, EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. NECESSIDADE, CONTUDO, DE PREENCHIMENTO, PELA ENTIDADE INTERESSADA, DO PRÉ-REQUISITO CONCERNENTE À REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. DOUTRINA. CONDIÇÃO NÃO OSTENTADA POR PESSOA FÍSICA OU NATURAL. CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DE SEU INGRESSO, NA QUALIDADE DE “AMICUS CURIAE”, EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PRECEDENTES. PEDIDO INDEFERIDO

Verifica-se a negação da compatibilidade entre a adequação da representatividade e a figura da pessoa natural. Com esse posicionamento, a corte contraria grande parte da doutrina brasileira¹⁴⁶, e todo o histórico das *class actions* norte-americanas. A decisão prossegue afirmando:

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003.

¹⁴⁶ Ainda que a legitimidade individual para as ações coletivas esteja, de fato, vedada pela legislação brasileira, isso não significa reconhecimento de incompatibilidade entre representatividade adequada e atuação de pessoa natural. Trata-se de mera opção de política legislativa.

“Impende destacar, contudo, no tocante ao pleito em causa, um aspecto que se revela essencial à compreensão do tema, considerada a fórmula da “adequacy of representation”. Refiro-me à questão concernente ao que a doutrina, notadamente nos processos **tendentes** a sentenças coletivas, denomina “representatividade adequada”, que constitui – consoante observa ADA PELLEGRINI GRINOVER (“**Novas Tendências do Direito Processual**”, p. 152, 1990, Forense Universitária), com fundamento no magistério de MAURO CAPPELLETTI (“**Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi**”, in “**Le azioni a tutela di interessi collettivi**”, p. 200 e segs., 1976, Padova, Cedam) e de VICENZO VIGORITI (“**Interessi collettivi e processo**”, p. 245, 1979, Milano) – “importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas” (**grifei**).

É por tal razão (falta de representatividade adequada) que a **jurisprudência** desta Corte Suprema **tem negado**, a pessoas físicas ou naturais, a possibilidade de intervirem, na condição de “*amicus curiae*”, em recursos extraordinários nos quais, como sucede na espécie, tenha sido reconhecida a existência de controvérsia constitucional impregnada de repercussão geral.”

O que se nota é a seletividade, baseada na representatividade adequada, para a intervenção no processo como *amicus curiae*. Contudo, agiu mal a corte suprema ao desvincular o requisito da representatividade adequada à condição de pessoa natural. Conforme veremos no próximo caso analisado, a pessoa física pode atuar, como de fato já atuou, como *amicus curiae*, estando sua adequação condicionada por outros critérios.

No *Habeas Corpus*, a questão de direito envolvia o crime de racismo e anti-semitismo. O paciente era Siegfried Ellwanger e o agente coator, o Superior Tribunal de Justiça. Os ministros do Supremo Tribunal Federal adotaram os argumentos contidos em um parecer elaborado por Celso Lafer, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O Ministro Celso Mello assim cita o parecer:

“**Irrepreensível**, neste ponto, o magistério, **sempre** douto e erudito, do eminente Professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (que é a minha “alma mater”), **cujo parecer** – oferecido na

legítima e informal condição de **amicus curiae** – bem analisa a questão em foco.”¹⁴⁷

Note-se, portanto, que não é a condição de pessoa natural que torna inapta e inadequada a atuação do *amicus curiae*. A diferença na aceitação dos indivíduos em cada caso reside em algumas das já mencionadas qualidades que deve apresentar o representante adequado nas ações coletivas: (a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; (b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; (c) sua conduta em outros processos coletivos; (d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; (e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Verifica-se que nem todas as características indicadas se aplicam ao *amicus curiae*. O *amicus curiae* tem a função de trazer informações ao orgão julgador, auxiliando-o na compreensão do tema a ser julgado. Conforme afirmado na decisão monocrática no Recurso Extraordinário citado, o *amicus curiae* tem o objetivo de “pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedural, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte”.

Assim sendo, o *amicus curiae*, para ser considerado representante adequado, deve apresentar qualidades como: credibilidade, capacidade, prestígio, experiência, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo. Todavia, outras qualidades exigidas do representante nas ações coletivas, como a aptidão para conduzir processos, mostram-se desnecessárias, uma vez que o *amicus curiae* não é parte no processo.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003.

5. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E AÇÃO COLETIVA PASSIVA

A representatividade adequada, além dos casos de legitimação ativa, assume contorno especialmente relevante quando se fala em ações coletivas passivas. A ação coletiva passiva, grosso modo, é aquela cujo polo passivo é ocupado por uma coletividade. Adicionalmente, Gidi afirma que não basta que o polo passivo seja ocupado por uma coletividade, sendo seu objeto mais restrito e devendo corresponder a “deveres e estado de sujeição coletivos”¹⁴⁸. A ação coletiva passiva, assim, é aquela cujo polo passivo é ocupado por uma coletividade e cujo objeto tutelado corresponda a um dever ou estado de sujeição desta coletividade objetivando-se uma potencial vantagem ao interesse público.

Tendo em vista que os direitos transindividuais apresentam intensa litigiosidade interna, com frequente conflituosidade de interesses contrapostos entre grupos distintos, pode ser necessário que o juiz imponha limitações ao direito transindividual, delimitando a exata medida ao seu exercício¹⁴⁹. Ainda que muitos doutrinadores não admitam o ajuizamento dessas ações contra a coletividade, verifica-se a sua ocorrência no Judiciário¹⁵⁰, especialmente na seara trabalhista. Para Didier¹⁵¹, “negar a possibilidade de ação coletiva passiva é fechar os olhos para a realidade”. Dentro desse quadro, assume grande relevância o controle da representatividade adequada desses entes para atuar na defesa dos indivíduos titulares do direito.

¹⁴⁸ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 400.

¹⁴⁹ ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos:** estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 89-142.

¹⁵⁰ Como exemplos de ações coletivas passivas, Gidi (GIDI, 2008, p. 348.) cita a ação proposta pelo Ministério Público da Bahia, em benefício de todos os estudantes, contra todas as escolas do Estado, representadas pelo sindicato que as congregava. Tratava-se de demanda coletiva bilateral, por haver um grupo tanto no polo passivo quanto no polo ativo.

Além disso, verifica-se uma série de outras situações reais de ações coletivas passivas, como exposto por Zufelato (ZUFELATO, 2010, p. 105.): Ação proposta pelo Ministério Público do Paraná em face do Sindicato dos Postos Revendedores de Combustíveis do Estado do Paraná visando à fixação de um teto ao lucro dos postos da região com fundamento na proteção do consumidor e na livre concorrência, tendo o sindicato representado todos os postos de gasolina a ele subordinados. Ação proposta pelo Governo Federal em face dos policiais federais que realizaram greve nacional, para que retomassem suas atividades. Ação proposta pela Universidade de Brasília em face da coletividade de alunos que ocupara o prédio de sua Reitoria (tendo sido o Diretório Central dos Estudantes considerado representante adequado do grupo). Ação julgada pelo Supremo Tribunal Federal relativa à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, que determinou a saída dos proprietários rurais não índios da região.

¹⁵¹ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 204.

Quando se trata de ações coletivas passivas, a representatividade adequada torna-se especialmente relevante. Somente por meio dela é que se pode: (a) assegurar o devido processo legal, com a correta defesa dos direitos da coletividade; (b) assegurar a vinculação dos indivíduos à decisão em que o ente coletivo é condenado.

A ação coletiva passiva.

A ação coletiva passiva, grosso modo, é aquela cujo polo passivo é ocupado por uma coletividade. Sua origem está nas *defendant class actions* norte-americanas. As demandas coletivas são classificadas, nos Estados Unidos, em *plaintiff class actions* (ação coletiva ativa) quando o truplo representado ocupa o polo ativo, e *defendant class actions* (ação coletiva passiva) quando há um grupo ocupando também o polo passivo da relação processual¹⁵².

Entretanto, a mera verificação de uma coletividade no polo passivo da demanda não é suficiente para qualificá-la como ação coletiva passiva. Gidi¹⁵³ explora a subversão que teria sofrido o instituto por parte da doutrina brasileira, quando utilizam como exemplos de ações coletivas passivas casos de empresas que pedem tutelas declaratórias negativas em face de coletividades vulneráveis, como grupos de trabalhadores, de consumidores ou mesmo de entidades defensoras do meio ambiente. Os exemplos são variados: (a) demanda proposta por indústria contra seus consumidores alegando que seu produto não é defeituoso; (b) demanda proposta pelo empregador visando a declaração de inexistência de insalubridade ou periculosidade no ambiente de trabalho; (c) demanda proposta por empresa antes da instalação da sua fábrica com pedido de declaração de regularidade de seu projeto do ponto de vista ambiental. Tais processos são chamados por ele de “processos coletivos por emboscada”, consistindo em um “uso sórdido das demandas coletivas passivas, que não se devem prestar a isso”. As verdadeiras ações coletivas seriam aquelas propostas contra um grupo acusado cometer um ilícito, não as propostas por um autor acusado de cometer um ilícito.

¹⁵² GIDI, 2007, p. 390-416.

¹⁵³ GIDI, 2008, p. 350-354.

Visto por esse prisma, conforme destacado, não basta que o polo passivo seja ocupado por uma coletividade para que se caracterize a ação coletiva passiva. Seu objeto é mais restrito, devendo corresponder a “deveres e estado de sujeição coletivos”¹⁵⁴. Dessa perspectiva, a ação coletiva passiva é manejada nos casos em que a coletividade é titular de determinado dever (contraposto ao direito subjetivo a certa prestação) ou estado de sujeição (contraposto a um direito potestativo)¹⁵⁵. Para que se caracterize a ação coletiva passiva, segundo Didier¹⁵⁶, “é preciso que uma situação coletiva passiva seja afirmada”. Ainda segundo o autor, deve haver uma potencial vantagem para o interesse público:

“E mais, é preciso reconhecer, como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais (o que legitima a ficção jurídica que conhecemos como direitos individuais homogêneos é a particular circunstância da presença do interesse público na tutela destes, que ficaria prejudicado em face de uma tutela fragmentada e individual).”¹⁵⁷

Possibilidade jurídica e exemplos.

Alguns autores questionam a possibilidade jurídica de se figurar no polo passivo da relação processual o ente coletivo. Entretanto, verifica-se que tais ações já ocorrem efetivamente em nosso ordenamento, de modo que “negar a possibilidade de ação coletiva passiva é fechar os olhos para a realidade”¹⁵⁸

A aceitação das ações coletivas passivas *de lege lata* se fundamenta em princípios constitucionais, quais sejam: a inafastabilidade da jurisdição, o acesso à justiça, a efetividade das normas processuais e a economia processual.

O princípio do acesso à justiça tem fundamento constitucional no art. 5º, XXXV, que garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Para Violin¹⁵⁹, tal

¹⁵⁴ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 400.

¹⁵⁵ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 169

¹⁵⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 406.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 406.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 204.

¹⁵⁹ VIOLIN, op. cit., p. 112.

princípio “sustenta a possibilidade de se demandar em face de uma classe ou categoria de pessoas”. Conforme o autor:

“A ação coletiva passiva amplia a tutela de conflitos de massas, permitindo a judicialização de conflitos entre massas. Vem, assim, ao encontro do reclamo social por acesso à justiça, porquanto alarga o campo de atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos coletivos.”¹⁶⁰

Para Gidi¹⁶¹, a possibilidade das demandas no Brasil fica vinculada à análise sistemática do direito positivo, condicionada a uma disciplina processual adequada. Pode-se falar em uma tendência à regulamentação destas ações, tendo em vista os anteprojetos veiculados no país, os quais contém dispositivos que contemplam as ações coletivas passivas.

Como exemplos de ações coletivas passivas, Gidi¹⁶² cita a ação proposta pelo Ministério Público da Bahia, em benefício de todos os estudantes, contra todas as escolas do Estado, representadas pelo sindicato que as congregava. Tratava-se de demanda coletiva bilateral, por haver um grupo tanto no polo passivo quanto no polo ativo. O autor menciona exemplos típicos do direito norte-americano¹⁶³: uma empresa titular de uma patente propõe demanda coletiva contra um grupo de empresas que a estão violando ou presidiários propõe demanda coletiva contra todos os presídios do Estado; assim como exemplos mais tipicamente brasileiros: uma associação propõe demanda coletiva contra moradores que fecharam ilegalmente uma rua (representados pela associação de moradores), consorciados (representados por uma associação de consumidores) propõe demanda coletiva contra todas as empresas de consórcio (representadas pela associação que as congrega).

No Brasil, verifica-se uma série de situações reais de ações coletivas passivas, como exposto por Zufelato¹⁶⁴: Ação proposta pelo Ministério Público do Paraná em face do Sindicato dos Postos Revendedores de Combustíveis do Estado do

¹⁶⁰ VIOLIN, op. cit., p. 112.

¹⁶¹ GIDI, 2008, p. 343.

¹⁶² Ibidem, p. 346.

¹⁶³ Ibidem, p. 348.

¹⁶⁴ ZUFELATO, 2010, p. 105.

Paraná visando à fixação de um teto ao lucro dos postos da região com fundamento na proteção do consumidor e na livre concorrência, tendo o sindicato representado todos os postos de gasolina a ele subordinados¹⁶⁵. Ação proposta pelo Governo Federal em face dos policiais federais que realizaram greve nacional, para que retomassem suas atividades¹⁶⁶. Ação proposta pela Universidade de Brasília em face da coletividade de alunos que ocupara o prédio de sua Reitoria (tendo sido o Diretório Central dos Estudantes considerado representante adequado do grupo)¹⁶⁷. Ação julgada pelo Supremo Tribunal Federal relativa à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, que determinou a saída dos proprietários rurais não índios da região¹⁶⁸.

Coisa julgada na ação coletiva passiva

Vimos no primeiro capítulo deste trabalho o regime de coisa julgada aplicado para as ações coletivas. As ações coletivas passivas, entretanto, apresentam peculiaridades que exigem um regime específico de coisa julgada. Sua finalidade é a condenação de determinada coletividade e o consequente impedimento de que seus integrantes atuem enquanto membros dessa coletividade. O modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, nesse caso, iria de encontro à eficácia e efetividade da prestação jurisdicional.

Se os sujeitos pudessem individualmente questionar a decisão coletiva, esta não teria qualquer eficácia prática. Além disso, ninguém proporia ação que só transitaria em julgado em prejuízo de seus próprios interesses. Faz-se necessária a construção de um modelo de coisa julgada que se harmonize com a natureza das ações coletivas passivas. Nesse sentido, o modelo de coisa julgada a ser adotado é o *pro et contra*. E não deve ser condicionada ao resultado, mas à adequada representação da coletividade, conforme defendem Ada Pellegrini e Diogo Maia¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Ação Civil Pública 1.016/2004. 2^a Vara Cível de Curitiba.

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1^a Região. **Processo n. 2004.34.00.010685-2** do Tribunal Regional Federal da 1^a Região.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1^a Região. **Processo n. 2008.34.00.010500-5** do Tribunal Regional Federal da 1^a Região.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4. 2009.**

¹⁶⁹ Cf. FORNACIARI, op. cit., p. 152.

Exatamente por esse motivo, pela coisa julgada dever ser necessariamente *pro et contra*, é que se torna essencial o controle da adequação do representante. A coisa julgada deve se formar inclusive com prejuízo para a coletividade acionada. Não há que se falar em coisa julgada *secundum eventum litis* nesses casos.

Gidi¹⁷⁰ destaca ainda que os membros do grupo devem ser notificados adequadamente, para que possam intervir no processo, auxiliando o representante e garantindo sua adequação. A notificação, entretanto, não servirá para que os membros da coletividade se retirem do processo, exercendo um direito de auto exclusão (*right to opt out*). Isso porque, o direito de auto exclusão esvaziaria o instituto das ações coletivas passivas¹⁷¹. Ora, se o indivíduo puder não participar do processo e, assim, não sofrer uma condenação, não haveria motivos para que fosse outra a sua escolha.

Controle da representatividade adequada nas ações coletivas passivas.

A representatividade adequada adquire ainda maior relevo para as ações coletivas passivas. Uma vez que a coisa julgada deve atingir todos os membros do grupo, com formação de coisa julgada *pro et contra*, é preciso que se garanta a representatividade adequada. Somente por meio dela é que se pode assegurar o devido processo legal, com a correta defesa dos direitos da coletividade e assegurar a vinculação dos indivíduos à decisão em que o ente coletivo é condenado.

No caso das ações coletivas passivas, o representante adequado deve poder ser coagido a cumprir a decisão em nome dos seus representados. É por isso que as ações contra torcidas organizadas são um excelente exemplo de ação coletiva passiva. É viável que se imponham penalidades ao ente, as quais, de maneira eficiente, trarão o resultado esperado.

O representante adequado, portanto, deve ter um vínculo material com os membros do grupo; sua legitimidade processual deriva de sua legitimidade para representar o grupo em outras esferas. Por isso o art. 38 do Anteprojeto USP prescreve que o Ministério Público não poderá ser considerado representante adequado da

¹⁷⁰ GIDI, 2008, p. 360.

¹⁷¹ “O direito de auto-exclusão é, por definição, incompatível com o processo coletivo passivo.” (GIDI, 2008, p. 363.)

coletividade no caso de processos coletivos passivos. Da mesma forma, o Anteprojeto Original foi além e previu as possibilidades daqueles que deveriam ser representante no processo coletivo passivo em seus artigos 28 e 28.2. Para este, o representante do grupo-réu deve ser uma associação que congregue os membros do grupo acionado ou, em sua ausência, membros individuais do grupo¹⁷².

Em conclusão, podemos dizer que as ações coletivas passivas já são possíveis hoje com base nos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do acesso à justiça, da efetividade das normas processuais e da economia processual. Entretanto, haveria um ganho muito grande se a matéria fosse regulamentada de forma sistemática, indicando-se expressamente a representatividade adequada enquanto *conditio sine qua non* para seu exercício. Para Gidi¹⁷³, a falta de regulamentação das ações coletivas passivas é “uma lacuna do sistema brasileiro que precisa ser remediada”.

Além disso, a representatividade adequada deve ser erguida à posição de princípio geral do processo coletivo. Para Fornaciari¹⁷⁴, “é imperioso que a representatividade adequada seja galgada, no ordenamento brasileiro, a princípio inerente aos processos coletivos”. Conforme Vigliar¹⁷⁵, “a análise da representatividade continua sendo um dos temas principais para o futuro ‘Código de Processos Coletivos’ (para todas e quaisquer demandas coletivas)”.

Juntamente com a adequada notificação dos membros do grupo, a representatividade adequada é uma das condições essenciais para o bom funcionamento das ações coletivas passivas. A representatividade adequada deve ser avaliada ao longo de todas as etapas do processo. Num primeiro momento, enquanto condição da ação. Depois, enquanto pressuposto para a formação da coisa julgada.

Para Rossi¹⁷⁶, “o controle da representação adequada é crucial para darmos os primeiros passos na busca de uma regulamentação própria da coisa julgada nos

¹⁷² Gidi justifica a legitimidade individual por um motivo pragmático: “Se a lei insistisse que o grupo-réu deveria ser sempre representado em juízo por uma associação que congregasse os seus membros, o efeito colateral seria desestimular a criação de associações com o objetivo de impedir a propositura de demandas coletivas passivas contra o grupo.” Cf. GIDI, 2008, p. 368.

¹⁷³ GIDI, 2008, p. 340.

¹⁷⁴ FORNACIARI, op. cit., p. 155.

¹⁷⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processo Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 319.

¹⁷⁶ ROSSI, op. cit., p. 275.

processos coletivos passivos e caminharmos para a concretização da coisa julgada pro *et contra*, ao menos nas genuínas ações coletivas passivas, em vista de suas particularidades”.

CONCLUSÃO

A evolução da sociedade nos trouxe a um paradigma em que se vislumbram novas categorias de direitos, os direitos transindividuais. Nesse paradigma, o que predomina é a perspectiva coletiva: não mais o indivíduo estará tutelando seu próprio interesse, mas haverá uma coletividade que necessita de instrumentos para tutelar seus interesses. Diante disso, o processo civil tradicional teve de se modelar à nova realidade, com adaptações especialmente sensíveis nos institutos da legitimidade e da coisa julgada.

A principal adaptação da legitimidade para os processos coletivos reside na figura do representante. Uma vez que não seria possível, por variadas razões, que todos os membros do grupo atuassem no processo, foi preciso criar um meio para que, ainda assim, os interesses pudessem ser tutelados, surgindo então essa figura, que seria o “porta-voz” da coletividade em juízo.

Garantida a voz à coletividade, em seguida é necessário que se garanta também que essa voz corresponda efetivamente aos seus anseios. O verdadeiro contraditório só pode ser realizado por um ente que apresente condições idôneas, que apresente qualidades que o tornem apto para ser representante. A este representante apto, portador de algumas qualidades essenciais, damos o nome de representante adequado. Conforme Gidi, “os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado”.¹⁷⁷

No Brasil, os entes legitimados para a propositura das ações coletivas estão taxativamente indicados pela lei. Todavia, não há menção à representatividade adequada, silêncio que, por algum tempo, foi considerado como indicação de presunção absoluta de representatividade adequada dos legitimados. O estudo mais aprofundado do instituto, por outro lado, trouxe a compreensão de que não é possível à lei controlar apropriadamente a adequação do representante. O controle *ope legis* é insuficiente, havendo situações concretas nas quais se pode vislumbrar prejuízo à coletividade. Mais do que isso, o mero controle *ope legis* seria ineficaz para evitar eventual conluio entre

¹⁷⁷ GIDI, 2003, p. 69-70.

representante e parte contrária.

Diante disso, e com base nos princípios do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório, da segurança jurídica, da efetividade da tutela coletiva e do processo justo, desenvolveu-se e tomou força a teoria do controle *ope judicis* da representatividade adequada. O controle judicial da representatividade adequada, visto por esse prisma, decorre da Constituição Federal, sendo irrelevante a ausência de previsão legal. O devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição e, conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo, tem aplicação imediata. Dessa forma, cabe ao juiz brasileiro o dever de realizar o controle concreto da representatividade adequada *de lege lata*, independentemente de alteração legislativa.

Além dos casos de legitimação ativa, o devido controle da representatividade adequada mostra-se fundamental nas chamadas ações coletivas passivas. A representatividade adequada, assim como as ações coletivas passivas, está prevista em todos os anteprojetos de Código de Processo Coletivo recentemente veiculados no Brasil, o que demonstra a tendência de nosso ordenamento em positivar os institutos¹⁷⁸. Conforme Vigliar¹⁷⁹, “a análise da representatividade continua sendo um dos temas principais para o futuro ‘Código de Processos Coletivos’ (para todas e quaisquer demandas coletivas)”.

¹⁷⁸ Para Fornaciari, “é imperioso que a representatividade adequada seja galgada, no ordenamento brasileiro, a princípio inerente aos processos coletivos”. FORNACIARI, op. cit., p. 155.

¹⁷⁹ VIGLIAR, op. cit., p. 319.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 28.424-2.** Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasilia, DF, 17 de setembro de 2003.

_____. **Habeas Corpus nº 28.424-2.** Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasilia, DF, 17 de setembro de 2003.

_____. **Petição 3.388-4. 2009.**

_____. **Recurso Extraordinário nº 659.424.** Recorrente: Instituto da Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Recorrido: Daniel Souza Nunes. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasilia, DF, 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo n. 2004.34.00.010685-2** do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

_____. **Processo n. 2008.34.00.010500-5** do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, v. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, 1996.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil.** 6. ed. Salvador: JusPODUM, 2006. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo.** São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Débora Chaves Martines. **Controle judicial da representatividade adequada das associações civis.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos.** 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GALANTER, Marc. **Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.** Law & Society Review, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One. 1974, pp. 95-160.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos.** As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, 2003.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo:** a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 361, p. 00-00, maio/jun 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed., ver., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

_____. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 101, p. 11-27, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law.** Uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletiva:** história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo Barros. **Manual de Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Tocantins: Intelectos, 2003. v. 1.

MAIA, Diogo. **Ação coletiva passiva.** Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada:** Teoria das Ações Coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada:** Teoria das Ações Coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MENDES, Gonçalves Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209.

MULLENIX, Linda et al. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; WADA, Ricardo Morishita. O comportamento da nova classe média brasileira nas relações de consumo. In: PORTO, Antônio José Maristrello et al. **Direito do consumidor:** os 22 anos de vigência do CDC. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Gizane Mendina. **O controle judicial da representatividade adequada nas ações coletivas**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions**. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ROSSI, Júli Cesar. A ação coletiva passiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 2012.

SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208.

TEMER, Sofia Orberg. **A representatividade adequada na tutela dos direitos individuais homogêneos**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 3.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Hansberry v. Lee**, 311 US 32, 40 (1940). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/311/32/case.html>> Acesso em: 14 jul. 2014.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processo Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva**: fundamentos e perfis. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 97-99.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIACI, Mirna; CALMON,

Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 89-142.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa Julgada Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.