

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Natalia Duarte Kebach

A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS

Porto Alegre

2015

NATALIA DUARTE KEBACH

A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Porto Alegre

2015

NATALIA DUARTE KEBACH

A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

.....

Porto Alegre, de de 2015.

RESUMO

O objetivo central do presente trabalho é a análise do instituto da representatividade adequada nos ações coletivas, sobre uma perspectiva comparada. Sendo abordados conceitos e fatos históricos relevantes na construção de um processo coletivo realmente útil e eficaz em relação a seus objetivos.

Palavras-chave: Legitimidade, Processo coletivo, Representatividade adequada.

ABSTRACT

The main goal of this study is the analysis of the adequacy of representation for class actions on a comparative perspective. It is addressed concepts and relevant historical facts for the construction of a collective process truly useful and effective in relation to its goals.

Keywords: Legitimacy. Collective process. Adequacy of representation.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO ----- | 7 |
| 2 | OS DIREITOS COLETIVOS ----- | 8 |
| 2.1 | A tutela coletiva do direito ----- | 8 |
| 2.2 | Interesses e direitos difusos coletivos e individuais homogêneos ----- | 9 |
| 3 | BREVE RELATO HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS ----- | 12 |
| 3.1 | Antecedentes históricos relevantes ----- | 12 |
| 3.2 | Evolução da proteção aos direitos coletivos no Brasil ----- | 14 |
| 4 | A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ----- | 17 |
| 4.1 | A questão da legitimidade/representação no direito brasileiro ----- | 17 |
| 4.2 | A representatividade adequada no sistema <i>common law</i> americano ----- | 19 |
| 4.3 | A representatividade adequada no direito brasileiro ----- | 21 |
| 5 | CONCLUSÃO ----- | 25 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca fazer um estudo do processo coletivo brasileiro sob a perspectiva do direito comparado, analisando o instituto da representatividade adequada.

Primeiramente, apresenta-se um quadro geral das ações e direitos coletivas, diferenciando conceitos relevantes para a instrumentalização processual de tais direitos. Após, é realizado um breve relato histórico das ações coletivas, analisando antecedentes históricos relevantes nos direitos alienígenas, em especial, o *common law*, como também, no direito brasileiro.

Por fim, é abordado o relevante tema da representatividade adequada, apresentando os atuais legitimados em nosso sistema legal. É também exibido o funcionamento da representatividade adequada no sistema *common law* americano, (importante referência no assunto). Como último tópico, são apresentadas diferentes facetas da representatividade adequada no direito nacional.

O trabalho se mostra relevante, pois em razão das mudanças sociais se tornou necessário o estudo do processo fora do prisma exclusivamente individualista, de forma a trazer instrumentos próprios para a tutela coletiva do direito.

2 OS DIREITOS COLETIVOS

2.1 A tutela coletiva do direito

O direito processual brasileiro foi inicialmente pensado com um caráter individualista. Contudo, devido às transformações sociais, passou-se a se ter uma visão macrossocial do direito, o que conseqüentemente acarretou a necessidade de se criar um direito pensado no coletivo.

De um lado, verifica-se a alteração substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos completamente novos (basta pensar na função social do direito de propriedade, na publicização do direito privado e na privatização do direito público) e de outro, a ampliação do próprio rol dos direitos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada.¹

Assim, passou-se a desenvolver, por influência alienígena, os estudos do direito e processo coletivo, buscando criar instrumentos adequados para a tutela destes novos direitos.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 determinou, *in verbis*, que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais se referindo apenas aos direitos individuais. Em razão disso, fez-se necessária a criação de instrumentos processuais em que os direitos coletivos pudessem ser devidamente apreciados pelo sistema jurídico, a fim de garantir o amparo que lhes foi assegurado pela Carta Magna.²

Atualmente existem várias as ações de tutela coletiva de direitos como é o caso da ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, as ações do Código de Defesa do Consumidor, as ações de controle direto de inconstitucionalidade, as ações promovidas por associações, como também e o mandado de injunção coletivo.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 303.

² FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **A Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. f. 189. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 14.

2.2 Interesses e direitos difusos coletivos e individuais homogêneos

Na doutrina e na legislação brasileira há divergência quanto à aplicação dos termos “interesses” ou “direitos” coletivos. Parece correto o entendimento de que a expressão “direito” seria a mais adequada, pois possui maior operacionalidade prática em nosso ordenamento, presumindo efetividade da tutela judicial. Contudo, expõe Kazuo Watanabe³ que:

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses assumem o mesmo status de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

O processo não é um fim em si mesmo, por isso é importante que seja levado em consideração os direitos materiais tutelados no caso concreto para a adequada estruturação dos instrumentos processuais.⁴ Nesse diapasão, destaca Teori Albino Zavascki a importância da identificação da natureza do direito material lesado ou ameaçado, pois “*servirá de guia para a subsequente definição dos meios, dos modos e dos instrumentos de natureza processual que podem ser utilizados para a sua proteção em juízo.*”⁵

Dessa forma, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor especificou, no artigo 81, parágrafo único, os diferentes direitos abarcados pela tutela coletiva. Eles foram classificados em direitos e interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos.

O inciso I do parágrafo define os direitos difusos como transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São direitos pertencentes à coletividade, não podendo ser identificados individualmente os seus titulares, inexistindo entre eles uma relação

³ WATANABE, Kazuo. In: 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. 819.

⁴ SERRANO JÚNIOR, Odone. **Ações coletivas: teoria e prática** – tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e tutela de direitos metaindividuais indivisíveis (difusos e coletivos) no processo civil. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31/32.

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela de direitos. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

jurídica base subjetiva, e tendo como objeto bem jurídico indivisível⁶. É o caso, por exemplo, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado no artigo 225 da Constituição Federal.

Já os direitos coletivos *stricto sensu*, estão definidos, no inciso II, como 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. É o exemplo do direito de representação da classe dos advogados em Tribunais, do artigo 94 da Constituição Federal. Assim, apesar de indetermináveis individualmente, seus titulares são determináveis enquanto coletividade ligada por relação jurídica precedente ao fato lesivo, sendo este o elemento diferenciador entre os direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*.⁷

Por fim, no inciso III, estão os denominados direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Estes direitos, apesar de individuais e determináveis, são fictamente tratados como coletivos, nos moldes das *class actions* americanas. É exemplo desse direito o dos consumidores de requerer abatimento proporcional do preço de produto viciado, conforme artigo 18, parágrafo 1º, inciso 3º. Nesse sentido, explicam Marinoni e Arenhart:

(...) por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem – e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com a otimização da prestação jurisdicional do Estado – proteção coletiva, através de uma única ação. Assim, deve ser porque tais direitos são uniformes (nascem de um mesmo fato-gênese ou de fatos iguais), permitindo, então, resolução inequívoca.⁸

Desse modo, é reduzido o custo do que seriam múltiplas demandas individuais, facilitando o trabalho do judiciário. Como também, permite que seja levada à apreciação da justiça ações que seriam inviáveis economicamente se tratadas de forma individual (como os direitos de pequena monta lesados em massa), equilibrando as desigualdades materiais das partes.

⁶ WATANABE, Kazuo. In: 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. 821.

⁷ DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4. v. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 79.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 310.

Conforme explica Odoné Serrano Júnior:

Não fosse a tutela coletiva de direito individuais, haveria um estímulo econômico ao descumprimento da lei. Percebe-se nesse caso, que a responsabilização do infrator, via ação coletiva atende a interesses que transcendem à soma dos interesses individuais dos lesados, estando presente um interesse público em que a ordem jurídica e os direitos sejam respeitados.⁹

Desse modo, a identificação dos direitos coletivos se mostra importante para a correta instrumentalização da tutela desses direitos de forte interesse social contemporâneo, especialmente no atual contexto de uma sociedade de massa globalizada.

⁹ SERRANO JÚNIOR, Odone. **Ações coletivas: teoria e prática** – tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e tutela de direitos metaindividuais indivisíveis (difusos e coletivos) no processo civil. Curitiba: Juruá, 2011. p. 39.

3 BREVE RELATO HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

3.1 Antecedentes históricos relevantes

As primeiras ações coletivas remontam o direito romano. Naquele período havia um forte sentimento de que a república pertencia a cada um dos seus cidadãos. Em razão disso, lhes era permitida a proteção do bem público. Assim, as ações populares autorizavam, além da defesa dos interesses individuais, a defesa dos interesses de ordem pública.¹⁰

Já as ações de classe tiveram o seu berço no direito inglês no século XVII, que era dividido em *common law*, para as pretensões de natureza pecuniária e indenizatória, e o sistema de *equity* para as pretensões declaratórias e injuntivas ou mandamentais.¹¹ Com o crescente número de ações de grupo, percebeu-se a dificuldade de acesso à justiça, em razão da exigência de participação de todos os interessados no processo. Deste modo, foi criado o *Bill of Peace*, buscando eliminar as restrições na prestação jurisdicional, conforme explica Márcio Flávio Mafra Leal:

O *bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos.¹²

Destarte, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*), que julgavam pretensões declaratórias e mandamentais, passaram a admitir um modelo de demanda de representação processual dos interessados, sem que todas as partes do processo precisassem obrigatoriamente participar da lide.¹³

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 47/48.

¹¹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

¹² LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 22.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela de direitos.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

Foi sob a influência do direito inglês que surgiram as ações coletivas americanas, mantendo a dualidade de jurisdição do sistema. Os primeiros escritos sobre as *group litigations* foram feitas pelo juiz norte-americano Joseph Story, que publicou, em 1836, a obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, sobre as quais comenta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

A group litigation objetivou num primeiro momento, a supressão do litígio inútil e da multiplicação de demandas, mas, depois, passou a se colocar, muitas vezes, entre duas funções: a) a redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional seria incrementado).¹⁴

Acontece, que em continuação dos seus estudos, Joseph Story passou a defender a não-vinculação dos efeitos da sentença às partes ausentes no processo, pois não poderiam ter os seus direitos atingidos. Nestes moldes, a Suprema Corte publicou a *Federal Equity Rule 48*¹⁵, que foi muito criticada por desvirtuar o caráter coletivo do processo.¹⁶ Em razão disso, posteriormente foi pública a *Rule 38* que aplicava o efeito *erga omnes* à coisa julgada.

Foi então, em 1938, que surgiram as primeiras normas de Processo Civil Federal nos Estados Unidos, chamadas de *Federal Rules of Civil Procedure*. Nele continha a Federal Rule 23 que regulamentou as chamadas *class actions*, em que a notificação e a coisa julgada eram estabelecidas de maneira diferente, conforme o tipo de ação coletiva. Segundo explica Antônio Gidi:

¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. In: Coleção Temas de Direito Processual Civil, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 60.

¹⁵ No texto original: “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 making all of them parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”.

¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. In: Coleção Temas de Direito Processual Civil, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

Assim, as ações coletivas foram divididas em três categorias, de acordo com a natureza jurídica dos direitos objeto do processo (*character of the right*): a *true class action*, a *hybrid class action* e a *spurious class action*. Quando os direitos envolvidos fossem *joint*, *common* ou *secondary*, caberia uma *true class action*; quando os direitos fossem *several* e envolvessem uma propriedade específica, caberia uma *hybrid class action*; quando os direitos fossem *several*, e houvesse questões de direito ou de fato comuns, caberia uma *spurious class action*.¹⁷

Nas *spurious class actions* a coisa julgada só poderia atingir negativamente aqueles que intervissem no processo. Muitas críticas surgiram em relação a dificuldade de classificação das ações e o desrespeito com ao devido processo legal, pois mostrava-se injusto que os membros do grupo pudessem se beneficiar com a sentença favorável, sem correr os riscos do processo judicial.¹⁸

Em razão disso, a Regra 23 foi reformulada significativamente em 1966. Ela passou, então, a ser de que todos os interessados deveriam ser notificados e sofreriam os efeitos da coisa julgada da ação coletiva, excetuados aqueles que optassem por se afastar do seu âmbito de irradiação (*opt out*).¹⁹ Tais mudanças trouxeram grande efetividade às ações coletivas, que passaram a ser amplamente utilizadas nos Estados Unidos. Desde então, a regra sofreu várias alterações evoluindo até a *class action* conhecida atualmente.

3.2 Evolução da proteção aos direitos coletivos no Brasil

As primeiras ações coletivas brasileiras buscavam a defesa de interesses públicos. Era o caso da Ação Popular (Lei 4.127/65) e a representação de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1946 (atualmente traduzidas para ação direta de inconstitucionalidade e ação de constitucionalidade).²⁰

Contudo, estudos mais relevantes sobre o tema só surgiram na doutrina brasileira por influência de juristas italianos, sendo válido citar a exposição de Antonio Gidi:

¹⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 48.

¹⁸ *Ibidem*. p. 54.

¹⁹ TORRES, Artur Luis Pereira. **Processos Coletivos**. José Maria Tesheiner (Org.). Porto Alegre: HS Editora, 2012. p. 41.

²⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 184.

La acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los estudios académicos realizados en Itália en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Los trabajos italianos de mayor influencia en Brasil fueran escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoritti. Este movimiento académico italiano fue calorosamente recibido en Brasil por importantes juristas. Poco tiempo después, José Carlos Barbosa Moreir, Ada Pellegrini Grinover y Waldemar Mariz Oliveira junior, três de los más distinguidos juristas brasileños, publicaron importantes artículos sobre las acciones colectivas.²¹

Assim, os primeiros instrumentos significativos de tutela coletiva somente aparecem no Brasil com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública em 1985. A nova lei trouxe a previsão de tutela de interesses e direitos difusos, abarcando as matérias de proteção ao meio ambiente, consumidor, como também os direitos de valor artístico, estético, turístico e de paisagem. Eram elencados como representantes adequados as entidades públicas e associações civis.²²

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, com destaque ao artigo 129, inciso III, que permitiu a defesa de outros direitos e interesses difusos e coletivos, e ao artigo 5º, inciso XXXV, que declara, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo”, foi encerrada a limitação material de outrora, sendo assegurada a defesa de todos os direitos coletivos e individuais. A Constituição inovou, também, ao criar o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inciso LXX).

A Lei 8.070/90 positivou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual contém importantes regras procedimentais para as ações coletivas, estabelecendo: o conceito de interesses e direitos difusos e coletivos, os legitimados ativos das ações, os provimentos jurisdicionais, a extensão da coisa julgada e etc²³.

O CDC acrescentou, à Lei nº 7.347/85, dispositivo que institui a aplicação, no que couber, do disposto no Título III, a todos os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, “*tornando-se diploma nuclear para o trato do processo coletivo no*

²¹ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p.17/18.

²² LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 187.

²³ *Ibidem*. p. 187

*Brasil*²⁴. Juntos o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública estabelecem o que seria o equivalente a um Código de Processo Coletivo Brasileiro, complementando-se um ao outro. O primeiro prevê a proteção aos direitos individuais homogêneos, enquanto o segundo garante a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Além dos já mencionados, outros dispositivos legais merecem destaque²⁵, são as leis: 6.938/81 (Lei de Defesa do Meio Ambiente), 7.853/89 (Lei de Defesa dos Interesses das Pessoas Portadoras de Deficiência), 7.913/89 (Lei de Defesa dos Investidores do Mercado Financeiro), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), 8.884/94 (Lei que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e 8.625/03 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

²⁴ TORRES, Artur Luis Pereira. **Processos Coletivos**. José Maria Tesheiner (Org.). Porto Alegre: HS Editora, 2012. p. 64.

²⁵ *Ibidem*. p. 64.

4 A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

4.1 A questão da legitimidade/representação no direito brasileiro

Nos esforços para se compreender o modelo brasileiro de processo coletivo, a doutrina se preocupou em analisar a natureza jurídica da legitimação coletiva. Na teoria geral do processo esta é dividida em legitimidade ordinária e extraordinária. Há legitimação ordinária quando o processo é conduzido pelo próprio titular do direito. Já a legitimação extraordinária ocorre quando, em nome próprio, age-se na defesa de interesse alheio.

A dicotomia clássica já foi muito discutida quanto a sua dificuldade de aplicação no processo coletivo. Atualmente é entendimento majoritário que a legitimação no processo coletivo é extraordinária, pois *“autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida.”*²⁶

No direito brasileiro, de acordo com o artigo 6º do Código de Processo Civil, a postulação de direito alheio em juízo depende de expressa autorização legal. Deste modo, os legitimados para a propositura das ações coletivas encontram-se expressamente indicados em lei, sendo eles: os particulares (qualquer cidadão, como no caso da ação popular da Lei 4.717/65), as pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, no exemplo do mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX da CF) e os órgãos públicos (como por exemplo, o Ministério Público na ação civil pública, Lei 7.347/85).²⁷

Nas ações populares, que visam anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, o legitimado para ajuizar a ação é o cidadão, consoante o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e os artigos 1º e 4º da Lei 4.717/65. A prova da cidadania *“será feita com o título eleitoral, ou com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda. A falta de comprovação da qualidade de cidadão conduz à extinção do processo.”*²⁸

²⁶ DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4. v. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 205.

²⁷ Ibidem. p. 209/210.

²⁸ FERRARESI, Eurico. **A ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 179.

Já o artigo da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, dispõe que:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.²⁹

A redação desse artigo é muito semelhante a do art. 82 da do Código de Defesa do Consumidor, no qual foi acrescentado, no inciso III, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC.

Conforme explicam Marinoni e Arenhart, a legitimidade dos entes supra citados para a propositura das ações coletivas é concorrente e disjuntiva, ou seja, independente da participação dos outros. Dessa forma, os legitimados podem intentar sozinhos a ação coletiva para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo considerada facultativa a formação de eventual litisconsórcio.³⁰

Em relação ao Ministério Público, a sua legitimação está prevista na Constituição Federal, no artigo 129, inciso III, que estabelece a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No caso das ações coletivas que tutelam direitos individuais e homogêneos, a legitimidade do *Parquet* está expressamente assegurada pelo artigo 82, inciso I, do CDC e pelo artigo 6º, inciso XII, da Lei Complementar 75/1993. Contudo, a legitimação só possível nos casos em que estes direitos estejam indisponíveis aos seus interessados ou que se caracterizem pela sua relevância social (art. 127, *caput*, da CF).

²⁹ Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 313.

Quanto a legitimação da Defensoria Pública, esta fica adstrita as suas finalidades institucionais em consonância com artigo 134 da Constituição Federal, podendo ajuizar ações para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que tenham repercussão no interesse de pessoas reconhecidamente necessitadas³¹.

Em relação a legitimidade das associações, percebe-se a restrição positivada em lei da pertinência temática quando declara que o objeto da ação deve corresponder com as finalidades institucionais (art. 5º, alínea “b”, da lei 7.347/85 e art. 82, inciso IV do CDC). Além da exigência de estabilidade das associações (art. 5º, alínea “b”, da lei 7.347/85 e art. 82, inciso IV do CDC). Eventualmente, conforme informa o parágrafo 1º do artigo 82 do CDC, pode ser dispensado pelo juiz o requisito da pré-constituição das associações, quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.³² Assim, fica evidenciada a tentativa de garantir legalmente o critério da representatividade adequada das associações.

4.2 A representatividade adequada no sistema *common law* americano

Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, as ações coletivas podem ser propostas por qualquer pessoa, sem que se tenham sido conferidos poderes específicos para tanto³³, desde que auferida a representação adequada (*adequacy of representation*), a ser averiguada pelo magistrado no caso concreto. Dessa forma, uma vez admitida a demanda, o comando faz coisa julgada extensiva (*binding effect*), restando vinculados aos efeitos da sentença todos os membros da classe que tenham sido notificados e não tenham optado pelo direito de exclusão da lide (*right to opt out*).³⁴

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 313.

³² Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. In: Coleção Temas de Direito Processual Civil, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

³⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 64/65.

A regulamentação do instituto na esfera judiciária federal americana se dá pela Regra Federal de Processo Civil 23. Assim, uma ação só pode ser considerada coletiva quando estiver em conformidade com as letras (a) e (b) da *Rule 23*, cabendo ao autor da demanda demonstrar a satisfação de todas as exigências.

A letra (a) elenca os requisitos para a propositura da ação, enquanto a letra (b) determina as categorias as quais as ações devem enquadrar-se³⁵, para que se possa estabelecer os diferentes efeitos da sentença.

Assim, a Regra 23, letra (a), das *Federal Rules of Civil Procedure* institui que somente é permitido o processamento da ação, por um ou mais membros da classe, como representante de todos, quando:

- 1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável,
- 2) há questões de direito ou de fato comuns à classe,
- 3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e,
- 4) **as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.**³⁶(grifo nosso)

Observa-se, portanto, que o último, e não menos importante, requisito para aceitação da ação coletiva é o da representação adequada, essencial para que se garanta o devido processo legal em relação aos membros ausentes, e para que estes possam ser vinculados pela coisa julgada da sentença. Tal requisito, nas palavras de Ricardo Barros Leonel:

(...) envolve não somente a ausência de conflitos entre os membros da classe e os ausentes, como ainda a presença de advogado especializado, que tenha condições de lidar com a complexidade de questões que podem se apresentar no desenvolvimento do processo.³⁷

Como resultado, a regra acaba por minimizar os riscos de conluio entre as partes, além de incentivar a forte atuação do representante e do advogado do grupo e garantir que o resultado obtido represente os verdadeiros interesses dos membros. Por

³⁵ WOOLEY, Patrick. Uma introdução às ações coletivas no Direito Norte-Americano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. ed. esp. Porto Alegre: UFRGS, ago. 2002. p. 112.

³⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 506.

³⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 65.

consequente, os representantes das *class actions* se tornam verdadeiros porta-vozes dos membros ausentes da classe (*absent class members*), garantindo, o direito de ser ouvido através do de um representante adequado.³⁸

Ao juiz, resta a incumbência do controle judicial da representação adequada das partes e dos advogados. Ela é primeiramente analisada quando ocorre a certificação (*certification*) da ação coletiva. Contudo, a controle da representatividade adequada se dá *ex officio* em todas as etapas do processo, podendo até mesmo ser revogada ou modificada depois da sentença final de mérito.³⁹

4.3 A representatividade adequada no direito brasileiro

A representatividade adequada é de suma importância no exame da legitimação. É com ela que se garante que os atingidos pela decisão judicial tenham respeitado o seu direito de participação no processo,⁴⁰ e, portanto, seja efetivada a garantia constitucional do devido processo legal e ao contraditório, que confere a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo, no qual as partes tenham os seus interesses ouvidos.

Dessa forma, a representatividade adequada se difere da legitimidade, no sentido de que analisa se o legitimado por lei para a propositura da ação coletiva possui a capacidade real de agir como o porta-voz dos membros ausentes, transpondo efetivamente os seus interesses. Por conseguinte, é criado um devido processo legal adequado às demandas coletivas em que:

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

³⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

³⁹ Ibidem. p. 101.

⁴⁰ SCARPARO, Eduardo. Controle de Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, p. 125-146, jun. 2012.

representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado.⁴¹

Mesmo assim, parte da doutrina no Brasil ainda afirma ser suficiente apenas o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei para que seja aferível a legitimidade. Essa se dá *ope legis*, sendo considerado ilegal outras exigências ou distinções que restrinjam a legitimidade, fora das hipóteses expressamente enunciadas na norma.⁴² Para esse entendimento, portanto, é negada a aferição *ope judis* da legitimidade do representante, não sendo permitido ao juiz nenhum tipo de controle sobre a representatividade adequada.

Acredita-se que a origem do pensamento de que o controle de representação adequada judicial está proibido no Brasil, venha do fato de que não entrou em vigor dispositivo, de uma versão do projeto da Lei de Ação Civil Pública, chamada de Projeto Bierrenbach⁴³, em que se possibilitava ao juiz avaliar a adequação do representante no caso concreto.⁴⁴

Acontece que o simples fato do direito brasileiro trazer em lei os entes legitimados para a proposição da ação coletiva, não garante que haja uma afinidade de interesses entre eles e os seus representados. Assim, se mostra imperioso o controle da representação adequada. Conforme explica Eduardo Scarparo:

Duas formas de controle desta representatividade adequada se mostram possíveis: a que admite o controle prévio pelo legislador (*ope legis*), indicando quais os requisitos necessários a fim de legitimar determinado corpo intermediário a atuar em nome de uma coletividade, ou mediante o controle tópico do juiz (*ope judis*) que, ante as especificidades do caso concreto, avalia se aquele que se apresenta tem as condições para cumprir a representação adequadamente. Pode-se, outrossim, cumular tais formas de controle, instituindo um sistema misto.⁴⁵

⁴¹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 135.

⁴² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1652.

⁴³ Projeto de Lei n.º 3034 de 1984.

⁴⁴ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81.

⁴⁵ SCARPARO, Eduardo. Controle de Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, p. 125-146, jun. 2012.

Isto posto, acredita-se já existir o controle de representatividade adequada quando estabelecida a exigência para as associações da constituição de no mínimo um ano e da correspondência do objeto da ação com as finalidades institucionais (pertinência temática).

O instituto da pertinência temática afirma que o controle da representatividade adequada se dá através do exame do objeto da demanda coletiva, sendo inicialmente aplicada, conforme estabelecido no (art. 5º, V, b, da LACP), somente às associações civis. Analogicamente, com o tempo, ela passou a ser analisada também quanto aos demais legitimados das ações coletivas. Assim, rompeu-se o paradigma estritamente legalista do controle judicial⁴⁶, podendo ser afirmada a existência do controle de representatividade adequada no direito nacional.

Semelhante é o caminho trilhado pelas propostas de Código de Processo Civil Coletivo no sentido de assegurar em lei o controle judicial da representatividade adequada. Conforme se observa no artigo 3º do Código Modelo de Antonio Gidi⁴⁷. Na mesma linha, dispõe o art. 2º do projeto Ibero-Americano de Direito Processual⁴⁸, sem falar, contudo, do controle do advogado. O requisito da representação adequada também é abordado pelo artigo 20 do projeto USP⁴⁹ e artigo 8º do projeto UERG/Unesa⁵⁰.

⁴⁶ SCARPARO, Eduardo. Controle de Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, p. 125-146, jun. 2012.

⁴⁷ Art. 3º. Requisitos da ação coletiva. 3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros (*vide* art. 18, I). 3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores: 3.1.1. a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2. o histórico na proteção judicial dos interesses do grupo; 3.1.3. a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4. a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5. o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

⁴⁸ Art. 2º. Requisitos da ação coletiva. São requisitos da demanda coletiva: I – adequada representatividade do legitimado; Par 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;

⁴⁹ Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a - a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c - sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

⁵⁰ Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I – a adequada representatividade do legitimado; §1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado.

Assim, o controle judicial do juiz se mostra fundamental para a efetiva tutela dos direitos coletivos, pois não se limitará a verificação do interesse, englobando também a credibilidade, seriedade e postura do legitimado frente as violações de direito.⁵¹ Nesse sentido, o processo coletivo somente se justifica quando a coletividade encontra-se de fato representada, através de “valores e princípios processuais como o acesso à justiça e a participação democrática”⁵², sendo essencial o papel do juiz no controle sobre a representatividade adequada de todos interessados no processo.

⁵¹ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **A Representatividade adequada nos processo coletivos**. 2010. f. 189. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁵² SCARPARO, Eduardo. Controle de Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, p. 125-146, jun. 2012.

1 CONCLUSÃO

Dessa forma, com o presente estudo foi possível concluir que o tema da tutela coletiva do direito continua em evolução no direito pátrio, precisando ainda se desvincular da concepção individualista do processo para que se possa criar mecanismos realmente eficientes.

Além disso, pode-se observar que, apesar das ações coletivas não serem recentes, o tema só passou a ser estudado no país por influência da doutrina estrangeira, como a italiana, e de sistemas legais estrangeiros, em especial o *common law* americano.

Um dos institutos mais importantes no processo coletivo do sistema *common law* é justamente o da *adequacy of representation*. Com a representação adequada busca-se não apenas um representante que esteja legitimado em lei, mas que seja capaz de traduzir os interesses e agir como um verdadeiro porta-voz de todos os membros ausentes.

Assim, a representatividade adequada tem vital importância na busca de um processo coletivo que assegure o devido processo legal, garantindo a todos o acesso à justiça, devendo ser analisada caso a caso pelo poder judiciário.

Tal matéria ainda possui aplicação tímida no país e é vista com ressalvas por alguns doutrinadores, mas o assunto tendo a se tornar cada dia mais relevante, já sendo, inclusive mencionado nos atuais projetos para a criação do Código de Processo Coletivo Brasileiro.

REFERÊNCIAS

- DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4. v. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- FERRARESI, Eurico. **A ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **A Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. f. 189. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2004.
- _____, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. In: Coleção Temas de Direito Processual Civil, v. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SCARPARO, Eduardo. Controle de Representatividade Adequada em Processos Coletivos no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, p. 125-146, jun. 2012.
Disponível em: <http://www.scarparo.adv.br/admin/download/?arquivo=OK_-_representatividade_adequada.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2015.
- SERRANO JÚNIOR, Odone. **Ações coletivas: teoria e prática – tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e tutela de direitos metaindividuais indivisíveis (difusos e coletivos) no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2011.

TORRES, Artur Luis Pereira. **Processos Coletivos**. José Maria Tesheiner (Org.). Porto Alegre: HS Editora, 2012.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

WOOLEY, Patrick. Uma introdução às ações coletivas no Direito Norte-Americano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. ed. esp. Porto Alegre: UFRGS, ago. 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela de direitos. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.