

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

GIZANE MENDINA RODRIGUES

**O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS**

Porto Alegre

2010

GIZANE MENDINA RODRIGUES

**O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA
NAS AÇÕES COLETIVAS**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Co-orientador: prof. Eduardo Kochenborger Scarparo

Porto Alegre

2010

GIZANE MENDINA RODRIGUES

**O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA
NAS AÇÕES COLETIVAS**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

Conceito:.....

Porto Alegre, de de

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pela confiança depositada em meu trabalho. E ao professor Eduardo Kochenborger Scarparo por ter sido meu guia nessa caminhada, fazendo com que o monstro chamado trabalho de conclusão de curso se tonasse uma agradável pesquisa acadêmica.

Agradeço aos amigos que fiz no Núcleo do Consumidor da Procuradoria Regional do Rio Grande do Sul, onde nasceu meu gosto pelas demandas de interesse coletivo. E aos colegas do grupo de tutela coletiva da Faculdade de Direito da UFRGS, coordenado pelo professor Eduardo Scarparo, local em que tive a oportunidade de aprofundar o estudo sobre a matéria.

Agradeço aos amigos da época de Colégio Militar, por terem compreendido o meu distanciamento nesses últimos meses, e aos amigos que fiz na ao longo da faculdade.

Por terem me encorajado e dado suporte nessa empreitada, agradeço a meus familiares, Vi o apoio de vocês em cada palavra de incentivo. Agradeço a meus irmãos, Elton Luiz e Lizania, pelo companheirismo, amizade e amor e pelos conselhos oferecidos a sua irmã caçula. E, em especial, a meu pai, Luiz, e a minha mãe, Lia, por serem o exemplo de vida que eu quero seguir. As palavras sábias, a paciência, a dedicação e o amor de vocês foi o que me guiou até esta conquista.

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de compreender o instituto da representatividade adequada e de verificar a possibilidade de um controle judicial no direito brasileiro. Para tanto, far-se-á uma breve análise dos modelos de legitimidade coletiva, bem como dos aspectos e dos princípios da representatividade adequada, demonstrando-se que esta é a forma de legitimação que melhor atende às exigências constitucionais de um processo justo. Ainda, será debatida a controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de controle em nosso País e, após, serão analisados os reflexos e a abrangência que o controle judicial da representatividade adequada possui.

Palavras-chave: Legitimidade, Processo coletivo, Representatividade adequada, Controle judicial

ABSTRACT

The aim of this study is to understand the institution of the “adequacy of representation” and to verify the possibility of a judicial control under Brazilian Law. So a brief analysis of the models of collective legitimacy, as well as the aspects and principles of the adequacy of representation will be conducted in order to demonstrate this model meets the constitutional requirements of due process. Furthermore, will be discussed the doctrinal controversy about the possibility of control in our country and, after, will be analyzed the reflections and broad scope that the judicial control of adequacy of representation has.

Keywords: Legitimacy. Collective process. Adequacy of representation. Judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. PROCESSO COLETIVO X PROCESSO INDIVIDUAL	
1.1. Do processo individual ao processo coletivo	10
1.2. Os modelos de legitimidade coletiva	18
2. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	
2.1. Princípios processuais da representatividade adequada	27
2.2 Aspectos e requisitos da representatividade adequada	32
3. O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	
3.1. Os modelos de controle e a negativa de um controle judicial no Brasil	41
3.2. A afirmação de um controle judicial no Brasil e sua derivação constitucional	47
4. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO	
4.1. Abrangência do controle da representatividade adequada	58
4.2. Reflexos da representatividade adequada no processo coletivo	67
SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ELABORADAS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

O surgimento de uma nova categoria de direitos, chamados de direitos de terceira geração, tais como os direitos do consumidor e do meio-ambiente, reclama também novas formas de tutela judicial, através de institutos de processo civil aptos e adequados a tal finalidade.

Esses direitos, em nosso ordenamento subdivididos em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹, são caracterizados pela transindividualidade, ou seja, transcendem o âmbito meramente individual, de modo que sua titularidade não pode ser conferida a uma pessoa específica, senão a uma coletividade, um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas. Em virtude dessa característica, eles não se amoldam à tutela concebida no âmbito do processo civil individual, no qual há a verificação da pertinência subjetiva entre autor da ação e pretensão de direito material deduzida em juízo.

Nesse contexto, o tema da legitimidade se torna central na proteção dos direitos transindividuais, inclusive para que eles não fiquem marginalizados, sem possibilidade de tutela efetiva pelo Poder Judiciário, através de um processo justo e pautado por princípios processuais fundamentais, como o contraditório.

No Brasil, surgiram alguns institutos capazes de tutelar esses novos direitos, como são principais exemplos a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Este microssistema de processo coletivo optou por atribuir legitimidade para agir a determinados entes, sem referir expressamente em lei ao critério da representatividade adequada, nem à possibilidade de controle pelo juiz da causa.

Após duas décadas de aplicação conjunta dos institutos, emerge a necessidade de superar as controvérsias interpretativas, para alcançar um aperfeiçoamento da prestação de tutela jurisdicional.

Na busca por demonstrar a necessidade de um controle judicial sobre a representatividade adequada dos legitimados coletivos, inicialmente, demonstrar-se-á a inaplicabilidade do modelo de legitimação das ações individuais às ações coletivas e apontar-se-á porque o modelo que melhor se conforma à tutela dos direitos transindividuais é aquele

¹ Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

em que se utiliza um representante idôneo, portador dos interesses dos membros ausentes em juízo.

Nesse intento, imprescindível será a compreender os princípios processuais fundamentais que sustentam e, ao mesmo tempo, exigem a representatividade adequada nas ações coletivas. Necessária também será a análise do instituto da *adequacy of representation* do modelo norte-americano de ações coletivas, as *class actions*; bem como a referência aos diversos anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo surgidos em nosso País, que já apontam para um novo modelo de legitimação para as ações coletivas, através de uma representação adequada.

O controle judicial da representatividade adequada será visto a partir da controvérsia existente entre os doutrinadores nacionais acerca da possibilidade de utilização ou não em nosso País, em oposição a um controle legislativo. O principal, entretanto, será analisar em que medida o controle judicial é exigido pelo nosso ordenamento jurídico. Essa compreensão será feita sob o prisma da Constituição Federal.

Por fim, serão analisados a abrangência que o controle judicial da representatividade pode adquirir no processo, bem como seus reflexos em todas as etapas do processo.

1. PROCESSO COLETIVO X PROCESSO INDIVIDUAL

1.1. Do processo individual ao processo coletivo

Nas ações individuais, a legitimação para agir corresponde à pertinência subjetiva da ação, ou seja, "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"². Sendo assim, o direito de postular a tutela jurisdicional pertence apenas à pessoa que invoca para si o direito, fazendo-se necessária a referência a uma relação jurídica da qual seja possível pretender uma razão de tutela a seu favor.

Somente em casos excepcionais, a *legitimatio ad causam* das demandas individuais, poderá ser conferida para que alguém, em nome próprio, postule em juízo tutela jurisdicional em prol de outrem.

O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, que tem objetivo precípuo de “atender à prestação jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado”³, segue este modelo.

A doutrina nacional, a exemplo de Teori Zavascki⁴ e de Fredie Didier⁵, é assente ao afirmar que nosso processo civil se funda na ação individual, cabendo somente ao titular do direito pleiteá-lo em juízo. A letra da lei é que encaminha a tal conclusão: a regra geral, contida no artigo 6º, determina que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Nosso Código de Processo ainda prevê as hipóteses de litisconsórcio ativo, com as limitações impostas no artigo 46, parágrafo único⁶, e de

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito processual civil vol.1*. Tocantins: Intelectos, 2003. p. 141

³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 17-18

⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 17-18

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 33

⁶ Art. 46. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

legitimação extraordinária decorrente de lei expressa, contida no artigo 6º (“salvo quando a lei autorizar”). No entanto, tais figuras não se confundem com instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais, tampouco com instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais.

O litisconsórcio ativo decorre do exercício conjunto da ação por diversos litigantes, o que pode ocorrer também no pólo passivo, e representa tão somente a união de sujeitos na defesa de direitos subjetivos⁷. No mais das vezes, afora as situações em que a lei ou a natureza da relação jurídica o impõem, o litisconsórcio, além de uma cumulação subjetiva, representa uma cumulação objetiva, ou seja, são cumuladas várias ações num mesmo processo, que poderiam tranquilamente ser demandas individualmente por cada uma das partes⁸.

Na legitimação extraordinária⁹, por outro lado, são tutelados os mesmos direitos individuais tutelados por meio da legitimação ordinária, quando há identidade entre legitimação para a causa e titularidade do direito afirmado em juízo¹⁰, porém postulado em juízo por quem não possui identidade com o direito material pretendido.

Ao passo que a tutela coletiva se caracteriza pela relação entre a matéria litigiosa e a coletividade, sendo que a coletividade precisa da tutela para resolver o litígio. O que importa para a tutela coletiva é a matéria litigiosa, que independentemente de pertencer a sujeitos diversos, identificáveis ou não, será defendida por uma única pessoa¹¹.

Já a partir dessa descrição sumária, é possível perceber a impossibilidade de adequação do modelo de legitimação da tutela individual à proteção jurisdicional dos direitos metaindividuais, “seja em função da inviabilidade de se atribuir a titularidade da pretensão

⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 35-36

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 164.

⁹ Há doutrina que entende que a legitimação extraordinária é forma de tutela coletiva: “Sob o ponto de vista formal, é de notar que, com exceção da previsão genérica da possibilidade de legitimação extraordinária decorrente de lei expressa, contida no art. 6º, o Código de Processo Civil não contém absolutamente nada em termos de normas voltadas para a tutela coletiva” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.16-17). Para mais informações nesse sentido, consultar a obra acima referida.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101

¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 36

material deduzida, com exclusividade, a quem quer que seja, seja diante da impraticabilidade da presença em juízo de todos os seus titulares" ¹².

Ao analisar a legitimação para agir um juízo na tutela dos interesses coletivos, Vincenzo Vigoriti também conclui pela inaplicabilidade dos critérios utilizados para a tutela dos interesses individuais, sendo o abandono da coincidência entre o titular do direito material e autor da ação uma de suas principais características ¹³.

Teori Zavaski, ao tratar da defesa de direitos individuais homogêneos, ou seja, daqueles que “derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relações de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhe servem de base”, apontou com precisão a dificuldade de tutelá-los conforme o modelo tradicional individualista de processo civil. A defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é inviável do ponto de vista prático; e a opção de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é desanimadora, tanto do ponto de vista do titular do direito, pelo custo financeiro, emocional, profissional e social que representa ir a juízo, como do ponto de vista do Estado, “pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária”. Também do ponto de vista social, seria desanimador, “pelo desestímulo à busca de direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional” ¹⁴.

Ainda mais distante restaria a possibilidade de tutela dos chamados direitos meta ou transindividuais, os difusos e os coletivos ¹⁵.

¹² 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: Editora Malheiros, 2007. p. 164

¹³ VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Dott.A. Guifferrè Editore, 1979. p. 101-106

¹⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 161

¹⁵ Direitos difusos pertencem ao gênero dos interesses metaindividuais, pois extrapolam a órbita individual, inserindo-se numa ordem coletiva *lato sensu*. São direitos marcados pela impessoalidade e não comportam atribuição a um titular definido, visto que pertencem indistintamente a todos. A “difusão” surge não por estarem coalizados por um liame jurídico, mas sim por decorrência de um fato. Ademais, não atingem grau de agregação ou organização capaz de afetá-los institucionalmente a entidades ou órgãos representativos de interesses socialmente definidos, justamente estarem dispersos, por assim dizer, pela sociedade como um todo. São exemplos clássicos o direito à preservação do meio ambiente e de bens históricos e artísticos. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 144-153). De acordo com o art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, são direitos ou interesses “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Direitos coletivos são direitos que extrapolam a mera soma de interesses pessoais agrupados. Encontram-se entre os interesses particulares e os interesses públicos, mais ou menos coesos em torno de uma organização ou estrutura, a depender da proximidade existente entre os membros do grupo. Possuem um vínculo jurídico básico,

No que tange aos direitos difusos, sua defesa em juízo esbarraria no fato de não comportarem agregação definitiva, seja pela indeterminação dos sujeitos, seja pela fluidez e generalidade do objeto¹⁶. Por outro lado, mesmo havendo alguém a quem se possa conferir tal legitimidade¹⁷, como ocorre particularmente com os direitos coletivos, remanesceriam situações em que tais direitos não se apresentariam necessariamente organizados, junto a um órgão ou ente predeterminado; e situações, em que a efêmera difusão desses direitos, daria origem a grupos ocasionais.

Portanto, em face das novas categorias de direitos surgidas, características da sociedade contemporânea¹⁸, sobreveio a constatação “da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos”¹⁹.

O critério tradicional da legitimação ativa “não encontra solução satisfatória a partir da adoção do parâmetro classificatório tradicional referente à titularidade do direito subjetivo tutelado”, não porque seja equivocado, mas simplesmente porque “não se presta a definir com precisão o fenômeno ocorrente com a defesa judicial dos direitos transindividuais”²⁰. Tudo isso, como dito acima, porquanto os direitos e interesses atingidos não mais pertencem a um indivíduo específico e identificável, ou, quando pertencem, podem ser reconhecidos a partir de uma “origem comum”, atingindo, dessa forma, a transindividualidade.

Por outro lado, o critério tradicional de legitimação, por si só, também não é capaz de equacionar o problema atinente à representatividade adequada nas ações coletivas, nem aos

comum a todos os participantes, o que lhes confere uma situação jurídica diferenciada. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 57-63). Conforme o art. 81, parágrafo único, II, do CDC, são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base”.

¹⁶ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.178

¹⁷ “[...] é preciso considerar que nem todos os interesses do gênero metaindividual ensejam problemas complexos de no âmbito da legitimação para agir. Assim, o interesse social (nesse sentido estrito do interesse concernente a uma pessoa jurídica que pretende defender seu patrimônio) será sustentado pelo órgão ou pela pessoa a quem os estatutos conferirem o poder de agir em juízo ou pela pessoa a quem os estatutos conferirem tal poder de agir em juízo”(MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.178)

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 724.

¹⁹ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34

²⁰ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 212-213

limites da participação coletiva no procedimento judicial, seja a coletividade autora ou ré²¹ (por exemplo, as restrições quanto a transações), nem “aos limites da operatividade da eficácia dos provimentos e à incidência da autoridade da coisa julgada”²².

A alteração de perspectiva (da individual para a coletiva) reflete no processo civil, sensivelmente, em dois institutos²³: a legitimação ativa e passiva, que, para permitir que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos, deve despojar-se de seus vínculos estritamente individualistas; e a coisa julgada²⁴, que, para ser capaz de vincular todos os membros, mesmo sem que tenham sido ouvidos em juízo, deve assumir contornos mais objetivos. José M. M. Vigliar “sem qualquer receio de incorrer em erro, e do ponto de vista puramente técnico processual”²⁵, corrobora tal entendimento, afirmando que, através da aferição da legitimidade de agir e das considerações sobre o alcance subjetivo da coisa julgada, se viabiliza a tutela coletiva.

A reestruturação desses dois conceitos passa não apenas pela necessidade de proteção dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, como também pela “necessidade de participação dos cidadãos na reivindicação desses direitos”²⁶: são eles as vias por meio das quais o cidadão tem possibilidade de participar da vida social e alcançar o respeito de tais direitos pelo poder público e pelos particulares.

O movimento em direção à criação de institutos de legitimidade capazes de tutelar os interesses difusos e coletivos iniciou com o tema do meio ambiente e da defesa do consumidor, conquanto não de forma exclusiva. A partir desses temas, nasceram, primeiramente, regras de direito material (civil e penal) com o intuito de tutelar os bens jurídicos ameaçados e, em seguida, “mecanismos de natureza processual para operacionalizar

²¹ “Haverá ação coletiva passiva quando um agrupamento humano (titular do direito coletivamente considerado) for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial – formula-se a demanda contra os interesses de uma dada comunidade, coletividade ou grupo de pessoas” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo* (vol. 4). 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 218). A doutrina brasileira não é assente sobre a possibilidade de legitimação coletiva passiva. Para esclarecimentos sobre o tema e sobre a divergência, remete-se à obra precitada (p. 218-225).

²² 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: Editora Malheiros, 2007. p. 212-213

²³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35

²⁴ No que diz respeito a este trabalho acadêmico, por trata-se de uma abordagem sobre o controle da representatividade adequada, dentro, portanto, da análise da legitimidade ativa, não serão detalhadas as repercussões da coisa julgada nas ações coletivas, senão sob a perspectiva da representação adequada e em momento oportuno.

²⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 57

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 102-103

sua defesa em juízo”²⁷. No Brasil, foi com a reforma de 1977 da Lei da Ação Popular que os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão²⁸; no entanto, desde 1965, já recebiam tutela pelo cidadão os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, conforme art. 1º, §1º, da Lei 4.717/65 (em sua redação original).

Um marco importante na evolução legislativa dos direitos transindividuais ocorreu com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública, em 1985. A partir de então, a tutela dos direitos coletivos e difusos passou a se estruturar.

Com a Lei nº 7.374/85 (Lei da Ação Civil Pública), os interesses transindividuais passaram a receber tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, ao mesmo tempo, acabaram influenciando no Código de Processo Civil. Porém, era uma tutela restrita a objetos determinados, o meio ambiente e os consumidores, até que a Constituição de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direito transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Por fim, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o Brasil pode contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo CDC, que introduziu a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos, e pela Lei nº 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca das disposições dos dois diplomas²⁹.

Então, conquanto haja antecedentes legislativos na proteção dos direitos e interesses difusos, como a iniciativa da Lei da Ação Popular, a configuração de um subsistema³⁰ para as ações coletivas ocorreu de fato com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que, passou ser aplicado em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, “não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais

²⁷ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 11

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 11

³⁰ “O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo.” (ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27)

homogêneos”³¹, na forma do art. 21 da Lei 7.347/85³², acrescentado pelo art. 117 da Lei 8.078/90, e na forma do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor³³.

Tal abertura do sistema processual teve por fundamento a “valorização do acesso à justiça”, já que os direitos difusos e coletivos, que se encontravam desprovidos de tutela jurisdicional efetiva, passaram a contar com a via coletiva de defesa, por meio de entes “previamente e exclusivamente autorizados a tanto”; também os direitos individuais, quando homogêneos, passaram a “contar com a proteção mais qualificada por via das ações coletivas”, tanto por meio das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, como através da procedência de ações civis públicas, nos termos do (art. 103, §3º, do CDC)³⁴.

Então, sob a perspectiva da legitimidade para agir nas ações coletivas, passamos da representação individual de direitos difusos e coletivos em juízo, que era autorizada pela Lei da Ação Popular, para a legitimidade de ajuizamento de ações coletivas por entidades públicas e privadas³⁵, “às quais se passou a imputar uma espécie de presunção de representatividade adequada dos interesses da coletividade”³⁶.

³¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.16-17

³² Art. 21. 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. (BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

³³ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

³⁴ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 214

³⁵ 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 meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; 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 por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

³⁶ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 172

No entanto, tendo ciência de que tutelas individuais e coletivas não comportam legitimidade ativa de mesma ordem, como proceder à defesa de interesses e direitos difusos e coletivos em juízo, a despeito da legitimação tradicional? Como mediante um representante garantir o efetivo exercício do direito ao contraditório pelo representado?

Vincezo Vigoriti afirma que, nas demandas coletivas, a presença de todos os titulares do direito não é uma condição necessária para a eficácia e justiça da decisão que lhes afetará. Nestes casos, na verdade, importa mais que as razões invocadas por quem está em juízo atendam corretamente aos interesses de todos os representados³⁷.

Em nosso ordenamento, conforme referido acima, a ação coletiva surge pela “particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio” e que, conforme as regras de legitimidade ativa propostas pela Lei 7.347/85 e pela Lei 8.078/90, “existe a permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa”³⁸.

Por esta razão, a “superação do esquema de legitimação tradicional” passa a depender da escolha de alguém que, embora não seja o titular exclusivo do direito material reivindicado, “apresente condições idôneas para a propositura de demandas coletivas”³⁹.

Rodolfo Camargo Mancuso, na mesma linha, apontou, ao tratar da defesa de interesses difusos em juízo, que, na *legitimatío ad causam* nos conflitos superindividuais, há necessidade de perquirir “quem é idôneo, adequado, apto e, pois, a justa parte para vir a juízo em nome daqueles interesses superindividuais”⁴⁰.

Tais considerações nos encaminham à conclusão de que, na tutela de direitos e interesses coletivos, a legitimidade não só foge àquela clássica do modelo tradicional de tutela individual, como requer, ainda, a averiguação de quem é o ente ou pessoa capaz de representar adequadamente tais interesses em juízo.

³⁷ VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Dott.A. Guifferè Editore, 1979. p. 101.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 36

³⁹ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 165

⁴⁰ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.177

1.2. Os modelos de legitimidade coletiva

As soluções encontradas para legitimidade coletiva pelos diversos ordenamentos jurídicos variam em virtude da livre atuação do proponente e em virtude do problema da correlação entre adequada representatividade do legitimado e a extensão subjetiva do julgamento⁴¹.

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)”⁴². 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.

Já nos países de *civil law* em geral a legitimação ativa recai entre uma das seguintes opções: ou se atribui legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou associações, que é a chamada legitimação privada; ou se ampliam os esquemas de legitimação para alcançar pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos (Ministério Público, *Ombudsman* ou Defensor do Povo, outros órgãos especializados), que é a legitimação mista (independe e autônoma)⁴³. A primeira forma de legitimação tem por fundamento o receio de que a abertura da legitimação possa levar a abusos. A segunda, ao vislumbrar o maior acesso à justiça e o princípio da universalidade da jurisdição, para evitar possíveis abusos, adota instrumentos adequados, como o controle de órgãos públicos e os pesados encargos para a litigância de má-fé.

⁴¹ 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: Editora Malheiros, 2007. p.165

⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 56-57

⁴³ GRINOVER, ADA Pellegrini. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 236-327

No modelo das *class actions*, originário dos Estados Unidos, a legitimidade é conferida a qualquer pessoa, desde que seja membro do grupo lesado. A saída encontrada para suprir a impossibilidade da presença real de todos os interessados em juízo, foi conferir legitimidade à pessoa, representante do grupo ou segmento social, que realmente seja um representante idôneo, adequado. Com essa mudança de paradigma, a lide estará validamente instaurada quando houver “presunção de que naquele representante idôneo estão subsumidas as situações subjetivas dos integrantes da *class*”⁴⁴, e não mais quando o titular do direito subjetivo for o autor da ação, o que é decisivo nos conflitos individuais.

A Rule 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* assim declara

(a) Pré-requisitos: um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se:

- 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.⁴⁵ (grifos ausentes no original)

Portanto, em virtude da inviabilidade de se obter consenso, muitas vezes em grupos extremamente heterogêneos, e da impraticabilidade de trazer todos os integrantes ao processo, o critério utilizado é o da representação adequada⁴⁶.

A deliberação acerca da representatividade adequada do portador do interesse coletivo é feita pelo juiz, que sai de sua posição de radical neutralidade⁴⁷, comum no modelo tradicional de litígio, para assumir amplos poderes já que se trata de processo civil de interesse de uma coletividade representada em juízo e que o representante do grupo ou classe age “independentemente de autorização e fora do controle dos representados”⁴⁸. O juiz tem a responsabilidade de garantir um processo coletivo adequado, por isso acompanha todas as fases do processo, controlando a atividade da partes.

⁴⁴ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 272

⁴⁵ 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

⁴⁶ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 272-273

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 59-60

⁴⁸ 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. 101-102

Ademais, no modelo americano, há notificação do feito coletivo aos integrantes da classe, que é a comunicação de que a demanda coletiva foi proposta, para o que possam exercer o direito à exclusão da eficácia da coisa julgada (*right to opt out*). Isso ocorre especialmente porque a coisa julgada, seja ela benéfica ou prejudicial à classe (procedente ou improcedente), vincula todos os que estavam sendo representados pelo representante.

Já no Brasil, diversos procedimentos asseguram a tutela de direitos coletivos e difusos, dentre eles, destacam-se a ação popular (Lei Federal nº 4.717/65), a ação civil pública (Lei Federal nº 7.347/85), o mandado de segurança coletivo (Lei Federal 12.016/09), as ações coletivas para defesa de direito individuais homogêneos (Código de Defesa do Consumidor) e a ação de improbidade administrativa (Lei Federal nº 8.429/92)⁴⁹.

A ação popular visa, a teor da Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII), a 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. A legitimação ativa é conferida a qualquer cidadão⁵⁰, que, em nome próprio, defende interesse da comunidade, consagrando assim não apenas um importante atributo de cidadania, mas também uma inédita forma de tutela de interesses transindividuais por indicativa do povo⁵¹.

Malgrado a tutela de direitos transindividuais a partir do modelo de legitimação dessa ação sirva “à nobre causa da participação popular através da justiça”, a doutrina⁵² aponta seus inconvenientes. Em primeiro lugar, se não for contida em determinados limites, “poderá ser utilizada para fins de retaliação, ou por espírito de emulação, onde a alegada proteção do interesse público aparecerá como *fachada*, mal disfarçando interesses egoísticos ou de grupos”. Em segundo lugar, sempre há o risco de ser intencionalmente *mal* proposta, “justamente para se obter uma sentença de improcedência, e, assim, jogar-se uma pá de cal

⁴⁹ Gregório Assagra de Almeida considera que o mandado de injunção, o dissídio coletivo, as ações de impugnação de mandado eletivo e a ação direta interventiva também são modalidades de tutela coletiva, integrando o chamado “direito processual coletivo brasileiro” (pp. 270-329). Da mesma forma, para o autor, as ações direta de inconstitucionalidade, direta de inconstitucionalidade por omissão, direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, que integram o denominado “direito processual coletivo especial brasileiro” (p. 157 e ss.). (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003)

⁵⁰ “Tem-se admitido a demonstração do status de “cidadão” por via da juntada de cópia do título de eleitor, que faz presumir a condição de elegibilidade do indivíduo”. (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: Editora Malheiros, 2007. p. 166)

⁵¹ ZAVASKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35

⁵² MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 193

sobre o assunto”. Por fim, “é possível que esse tipo de ação, ao invés de configurar uma colaboração, acabe por ser fator de perturbação da boa ordem dos serviços, quando não é ajuizada por motivos sérios e relevantes”.

Não por outro motivo, ao regulamentar o exercício da ação popular, o legislador infraconstitucional desconfiou⁵³ da adequada representatividade da sociedade por “qualquer cidadão” e fez bem ao desestimular a propositura de ações destituídas de seriedade ou com espírito de emulação e evitar a colusão entre autor e réu.

Nesse sentido, conferiu ao Ministério Público a legitimidade para prosseguir na ação na hipótese de desistência (art. 9º da Lei 4.717/65), determinou sua intervenção obrigatória e ainda lhe incumbiu de zelar pela produção de provas (art. 6º, §4º, da Lei 4.717/65).

Afora isso, determinou que a improcedência da ação popular em virtude de precariedade probatória não opera o efeito da coisa julgada material, “inaugurando um sistema diferenciado de formação da autoridade da coisa julgada *secundum eventum probationis*”⁵⁴ (art. 18 da Lei 4.717/65). E, nos casos de ações propostas temerariamente, o autor é condenado ao décuplo das custas (art. 13 da Lei 4.717/65; art. 5º, LXXIII, CF), sem prejuízo de responsabilidade residual civil e penal, quando for o caso.

Entre o modelo das *class actions* norte-americanas e a ação popular brasileira identificam-se similaridades e diversidades quanto à legitimação. Ambas atribuem-na a indivíduos, porém, a perspectiva do modelo norte-americano é mais ousada, pois permite que uma pessoa seja o “representante ideológico” de toda uma categoria social ou classe, conquanto que comprove que a representação é adequada; enquanto que, na ação brasileira, o autor não é “representante”, mas apenas exerce “direito subjetivo público à proba e eficaz administração da coisa pública”⁵⁵.

Outro instrumento da tutela coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo, regulamentado pela Lei 12.016/09. A Constituição Federal (art. 5º, LXX) é que define os legitimados a, em nome próprio, buscar proteção de direitos líquidos e certos pertencentes a terceiros. São eles: a) partido político com representação no Congresso

⁵³ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 169

⁵⁴ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-194

⁵⁵ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. pp. 199-200

Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Também a ação de improbidade administrativa, prevista no art. 37, §4º, da Constituição Federal e regulada pela Lei 8.429, de 02.06.1992, é instrumento de tutela do direito transindividual. Por meio dela, busca-se assegurar aos cidadãos “um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas”⁵⁶. Diferencia-se por objetivar a punição dos responsáveis por ilícito de improbidade e não a preservação ou recomposição do patrimônio público ou a higidez dos atos da Administração.

Já com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), nosso sistema, atribuiu legitimidade⁵⁷ para a defesa dos direitos e interesses difusos em juízo, tanto a organismos públicos como a organismos privados. Não há um legitimado exclusivo para o exercício da ação, sendo a legitimidade de cada um independente da do outro.

No que tange aos direitos tutelados, a partir da aplicação conjunta⁵⁸ da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, o sistema de tutela coletiva brasileiro passa a proteger tanto direitos essencialmente metaindividuais, caracterizados pela transcendência individual da titularidade e pela indivisibilidade da pretensão de direito material (LACP), como, igualmente direitos individuais não coletivos (CDC) através de ações coletivas⁵⁹. Porém a dedução de pedidos de tutela de direitos individuais pela via coletiva só é possível quando adequadamente qualificados como homogêneos⁶⁰.

⁵⁶ ZAVASKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35

⁵⁷ A doutrina diverge sobre a classificação da legitimação *ad causam* nas ações coletivas, se seria caso de substituição processual, de legitimação extraordinária, de legitimação anômala ou de legitimação autônoma. Por não ser tema central do presente trabalho, para maiores detalhes sobre a divergência e sobre o tema, remete-se às seguintes obras: MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 260; GIDI, Antonio. *Cosia julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 39-44.

⁵⁸ Art. 21 da Lei da Ação Civil Pública e Art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁹ Em sentido contrário, entendendo que a ações coletivas tutelam apenas direitos individuais homogêneos: “A tutela dos direitos individuais homogêneos tem como instrumento básico a ação civil coletiva, disciplinada, fundamentalmente, nos arts. 91 a 100 do CDC (Lei 8.078/90)”. (ZAVASKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35-36). O autor aponta ainda quatro características fundamentais, moldadas pela própria natureza dos direitos tutelados, da ação civil coletiva que a diferenciam da ação civil

De acordo com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, são legitimados: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações de proteção de direitos metaindividuais específicos (meio ambiente, consumidor, ordem urbanística, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, e por infração da ordem econômica e da economia popular).

Rol semelhante a esse foi introduzido no art. 82 do CDC, tendo sido acrescentada a legitimação de 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 (inciso III).

Expressamente exigido em lei, apenas quanto às associações há requisitos necessários e suficientes para demonstrar sua adequada representatividade dos interesses da coletividade na proteção dos direitos e interesses difusos. Em primeiro lugar, deve estar constituída nos termos da lei civil, ou seja, ter personalidade jurídica, há pelo menos um ano quando da propositura da ação coletiva, afora a hipótese prevista no art. 5º, §4º, da Lei 7.347/85 e no art. 82, §1º, da Lei 8.078/90, quando poderá ser dispensado se houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Em segundo lugar, a pertinência temática⁶¹, ou seja, a associação deve ter como finalidade institucional, definida no seu estatuto, a proteção dos direitos e interesses difusos por ela própria definidos como objeto de tutela. Esse requisito não pode ser dispensado pelo juiz.

O direito brasileiro opta, portanto, pela determinação em lei dos representantes dos interesses do grupo.

Tal previsão em lei, entretanto, não basta para alcançar aos legitimados representatividade idônea dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nem são capazes de garantir uma atuação escrupulosa e eficiente na sua defesa.

Comparando-se o nosso modelo de ação coletiva com o da *class action* norte-americana, chamam atenção duas diferenças de perspectiva quanto à legitimidade para ação:

pública: a repartição da atividade cognitiva em duas fases; a dupla forma da legitimação ativa; a natureza da sentença, que é sempre genérica; e a autonomia da ação coletiva em relação à ação individual.

⁶⁰ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 62-63

⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309

i) no Brasil, os representantes agem *ex lege* e são inequívoca e taxativamente os indicados na lei, sobre eles paira uma espécie de presunção de representatividade adequada, aproximando-se dos modelos da *civil law*; enquanto que o modelo americano baseia-se inteiramente na noção de “representante adequado”; ii) embora através de uma leitura constitucional das ações coletivas seja possível afirmar a necessidade do controle judicial, no direito brasileiro, por não estar expressamente previsto na lei, em princípio, não é admitido o controle em relação à representatividade adequada dos legitimados, apenas quanto às associações há limites estabelecidos no art. 5º, I e II, da Lei 7.347/85, e art. 82, IV, da Lei 8.078/90⁶².

No Brasil, existem ainda anteprojetos de código de processo coletivo que, visando aperfeiçoar os instrumentos de tutela coletiva, além dos legitimados previstos na LACP e no CDC, prevêm outros modelos de legitimidade ativa.

O Código de Processo Civil Modelo para Países de Direito Escrito, formulado pelo jurista Antonio Gidi, no item 2, atribui legitimção ativa ao Ministério Público (inciso I), à União, aos Estados ou Províncias, aos Municípios e ao Distrito Federal (inciso II); às entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica (inciso III); e às associações sem fins lucrativos, legalmente constituídas há pelo menos dois anos (inciso IV). Inova, inspirado no modelo da *class action*, ao determinar que o grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo (item 2.1) e ao estabelecer que a ação só poderá ser conduzida na forma coletiva, dentro outros requisitos, se o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente aos direitos do grupo e de seus membros (item 3, II)⁶³.

Ademais, confere ao juiz mais poderes para a condução da ação coletiva (item 10).

O Anteprojeto De Código Brasileiro De Processos Coletivos⁶⁴ traz como novidade a legitimação de qualquer pessoa física, para defesa dos interesses ou direitos difusos e do membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e

⁶² Será tratada em detalhes, no capítulo III deste trabalho de conclusão de curso (O controle judicial), a divergência doutrinária que cerca a possibilidade ou não do controle judicial sobre a representatividade dos colegitimados coletivos, bem como as justificativas que levam a necessidade de um controle.

⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 439-451.

⁶⁴ Proposta de Código de Processo Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, “elaborado sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual e posteriormente ao Ministério da Justiça” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 64)

individuais homogêneos (art. 20, I e II). Em ambos os casos, a demanda só será aceita se o juiz reconhecer a representatividade adequada, que poderá voltar a ser analisada em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 20, §2º). Também confere legitimidade às entidades sindicais e de fiscalização do exercício profissional e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais (art. 20VII e VIII).

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América⁶⁵ também confere legitimidade ativa a qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, e ao membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, I e II)⁶⁶.

Por este Código Modelo, toda demanda coletiva tem como requisito a adequada representatividade do legitimado ativo e a relevância social da tutela coletiva, evidenciada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão e pelo elevado número de pessoas atingidas (art. 2º, I e II). Ademais, o juiz tem dever de averiguar a representatividade adequada do legitimado ativo no caso concreto, a partir de critérios enumerados exemplificativamente no art. 2º, §2º, válidos, em princípio, não só para as pessoas físicas e os membros representantes, mas para todos os demais legitimados.

Por fim, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁶⁷ reproduz as mesmas novidades quanto ao rol de legitimados (pessoa física e membro do grupo, categoria ou classe) e também traz como requisito específico da ação coletiva a adequada representatividade, que pode ser aferido pelo juiz a qualquer tempo em qualquer grau do procedimento (art. 8º, I e §2º).

⁶⁵ “É um projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Foi inicialmente elaborado por Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi e posteriormente revisado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo* (vol. 4). 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 64.)

⁶⁶ Disponível em <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/76/1>>. Acesso em 09.10.10

⁶⁷ “Elaborado em conjunto nos Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) nas disciplinas pioneiras de Direito Processual Coletivo (UERJ) e Tutela dos Interesses Coletivos (UNESA) sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, responsável como docente nas disciplinas”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo* (vol. 4). 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 64)

Como se observa, passa-se por um momento de repensar a estruturação do processo civil coletivo. Se de um lado o modelo instituído pela Lei da Ação Civil Pública, há mais de vinte anos, dá força à regulamentação da lei sobre a legitimação das partes (no plano abstrato, pois), os projetos de modernização do processo coletivo, demonstrando o amadurecimento do tema, passam por uma reelaboração acerca do papel do juiz (no plano concreto, portanto). Essa transição tem por marca a dissociação da legitimidade para a ação coletiva da estrutura processual do processo individual (legitimação ordinária ou extraordinária), e a posterior aproximação com o conceito de representatividade adequada, herdado do direito americano.

2. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

2.1. Princípios processuais da representatividade adequada

Com a mudança de perspectiva das ações individuais para as ações coletivas, torna-se necessária a alteração de papel do juiz, bem como de conceitos básicos como a citação e o direito de ser ouvido em juízo, para que se concretize a tutela dos direitos metaindividuais.

Nas ações coletivas, como já enfatizado, a forma de legitimação é diversa: há um “distanciamento entre a titularidade da pretensão material e o poder de agir em juízo”, o que também pode ocorrer nas ações individuais, quando há expressa autorização em lei, nos moldes do art. 6º do CPC. Porém, ainda quando for autorizado esse distanciamento nas ações individuais, “o efeito prático do julgado recai sobre o substituído”, enquanto que no plano coletivo “esse feito é bifronte, projetando-se em face da coletividade concernente ao conflito e, também, e face do autor ideológico”⁶⁸.

No entanto, as garantias do devido processo legal permanecem essenciais nessas demandas, assim como o acesso à justiça, o princípio da segurança jurídica, da efetividade da tutela coletiva e, fundamentalmente do justo processo. Só que agora devem ser vistas sob a perspectiva da adequada representatividade⁶⁹.

Nossa Constituição “privilegia, inegavelmente, enfoque mais consentâneo com a realidade atual, preocupada com o aspecto social do processo, potencializando os meios postos à disposição do cidadão na sua luta contra a opressão política ou econômica”, razão por que assegurou acesso à justiça não apenas aos direitos individuais, mas também aos coletivos⁷⁰.

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006. p. 269

⁶⁹ Fredie Didier chega a referir que a adequada representação pode ser considerada um princípio das ações coletivas (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 138)

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.148

O acesso à justiça, assegurado na forma do art. 5º, XXXXV, da Constituição Federal, não se conforma apenas com o ingresso em juízo para cessar lesão ou ameaça de lesão a direito, exige, conforme demonstra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, uma prestação jurídica “tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa”⁷¹, se afastando do mero direito formal de invocar a jurisdição, para se satisfazer com uma decisão justa.

Nesse sentido, “o direito fundamental de acesso à justiça implica o direito fundamental ao devido processo legal”, sendo este o instrumento para a produção de decisões justas. Através da observância do devido processo legal é possível a “reconstrução, tão completa quanto possível, dos fatos relevantes da causa”⁷².

O devido processo legal, por sua vez, não pode ser entendido apenas como o respeito à lei, ou seja, como uma “simples garantia de legalidade”. Fosse o devido processo legal apenas o processo da lei, qualquer procedimento poderia ser qualificado como tal, desde que regulado em lei⁷³.

Ele compreende o direito fundamental ao um processo justo ou adequado, “sem a observância do qual, logicamente, ninguém deve ser privado da liberdade ou de seus bens”. E um processo justo é basicamente um processo informado por direitos fundamentais, tanto implícitos quanto explícitos na Constituição Federal, mas, em especial, direitos fundamentais processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Além do mais, “o direito fundamental ao devido processo legal compreende o direito a um procedimento adequado ao direito material e às peculiaridades do caso concreto”. O que significa que ele exige formas instrumentais adequadas⁷⁴.

Para que estes conceitos básicos de justiça sejam respeitados e os membros ausentes possam ser vinculados pelo resultado da demanda, a ação coletiva deve ser conduzida por uma pessoa que seja *real* representante de seus interesses, ou seja, impõe-se que essa representação seja adequada.

A cláusula da representatividade adequada tem “fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas,

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.126

⁷² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 180

⁷³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 194

⁷⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 194

cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria”⁷⁵. São levados a juízo os interesses metaindividuais por meio de um portador que representa concretamente o grupo titular do interesse, de modo que a coletividade exerce seus direitos processuais através das garantias de defesa e do contraditório asseguradas ao representante.

Mauro Cappelletti, falando sobre o contraditório no processo civil, afirma que parece ser um requisito “inderrogável de *natural justice*”, que cada litigante tenha, em juízo, uma “efetiva oportunidade de ser ouvido, sem o que a sentença não deveria assumir autoridade de coisa julgada nesses confrontos”⁷⁶.

No mesmo sentido, refere Daniel Mitidiero que o contraditório configura-se como “sendo um direito a influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causa (fáticas, jurídicas e mistas, materiais e processuais)” e que, em virtude disso, “tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo sua visão jurídica das questões postas em juízo”. Segundo o autor, essa constatação “acaba por implicar nova organização do formalismo processual, forçando a uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes e do juízo no processo mais cooperativo e menos rígido para uma ótima consecução da justiça no caso concreto”⁷⁷.

Em se tratando de direitos transindividuais, nos quais estão envolvidos um número muito grande e até mesmo imensurável de sujeitos, impor uma rígida observância da garantia do contraditório, no sentido de querer que todos sejam levados a juízo para serem ouvidos, representaria, muitas vezes, a impossibilidade a tutela judiciária daquelas relações, “pela impossibilidade material de identificar todas as ‘partes ausentes’ de intimar todos dos atos do juízo, de oferecer, em suma, a todos a real possibilidade de participar em juízo”⁷⁸.

Estas são as razões que levam à necessidade de adequação dos princípios de defesa e de contraditório às ações coletivas, porquanto de outra maneira, se revelariam insuficientes para garantir a existência de um justo processo. Tal insuficiência, todavia, não significa abandono, mas, sim, superação. O sistema de garantismo processual de caráter meramente individualístico cede lugar a um tipo mais adequado de garantismo, que

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 43, ano 11 (jul-set.1986). p. 25

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. As formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 5 (jan-mar.1977), p. 127-161

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 91-93

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. As formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 5 (jan-mar.1977), p. 127-161

Cappelletti chama de “social” ou “coletivo”. Em poucas palavras, o autor resume que a fórmula capaz de salvaguardar os “múltiplos e extremamente importantes novos grupos e corpos intermediários que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses” é a adequada representatividade⁷⁹.

Tratando do princípio da adequação procedimental⁸⁰, Sérgio Luís Wetzel de Mattos já havia asseverado que “não há um processo único que dispense uma forma de tutela única para todas as situações de vantagem, “há uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicional”. O procedimento deve se adaptar às exigências do caso concreto. Entretanto, “na adaptação procedimental impõe-se, igualmente, respeito aos direitos fundamentais, sobretudo a garantia constitucional do contraditório”.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao analisar do papel do contraditório no formalismo⁸¹, sustenta que “a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual”, mostrando-se imperiosa “a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica”. Tal participação deve ocorrer da forma mais paritária possível, “com efetiva correspondência e equivalência entre posições contrapostas”, o que influencia a própria estrutura do procedimento.

O devido processo legal deve ser concebido de maneira diversa, apartada daquela visão individualista e ceder lugar a uma concepção social, coletiva do devido processo legal, visto que “apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direito públicos” relativos aos interesses difusos”⁸².

O chamado “devido processo social”, sem representar um rompimento indevido com as garantias do processo individual, atende aos anseios de adaptação da tutela jurisdicional ao novo paradigma do processo coletivo, superando as limitadas concepções privatísticas, somente justificáveis no processo *inter partes* de cunho liberal⁸³.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. As formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 5 (jan-mar.1977), p. 127-161

⁸⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199-200

⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.158-159

⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 51

⁸³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 139

Nesse sentido, é indispensável a figura de um representante para “agir em benefício da coletividade, mesmo que seus membros não sejam citados individualmente”⁸⁴, respeitando-se, assim, o devido processo legal em relação aos ausentes e, da mesma forma, para que a decisão possa obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos diretamente, mas somente através de um representante adequado, vinculando-os à coisa julgada produzida na ação coletiva.

Também a segurança jurídica e a efetividade são valores que devem estar presentes, assim como em qualquer outro ambiente processual⁸⁵, nas demandas coletivas.

A efetividade, além de acesso à justiça, implica “o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo que seja plenamente satisfeita a necessidade de tutela manifestada na demanda”. O instrumento processual deve ser efetivo ainda em termos de tempo, mas sem nunca perder de vista o direito fundamental ao processo justo⁸⁶.

A segurança jurídica, “inafastável da própria noção de Estado Democrático de Direito”, tem como maior corolário no âmbito do processo, o devido processo legal. Porém não deve ser compreendida sob uma perspectiva estática, mas, sim, um meio de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime⁸⁷.

Sem a idéia de representatividade adequada no processo coletivo, analisada sob todos os aspectos mencionados no próximo subcapítulo, não há aproximação suficiente do juiz à realidade dos fatos para proferir uma decisão justa, obtida em processo que observou os direitos fundamentais do processo. A representação adequada se torna, assim, regra fundamental, sem a qual, não se pode conceber um sistema processual coletivo que funcione adequadamente, respeitando o devido processo legal. Ou seja, é princípio básico do direito processual civil coletivo⁸⁸. É através do paradigma da representatividade adequada que ao juiz é atribuído o poder de assegurar o contraditório entre as partes.

No direito norte-americano, onde surgiu a noção de a *adequacy of representation*, ela é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, pois assegura que

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p 50

⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.124

⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.127-129

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.129-130

⁸⁸ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 77

ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, Day in court*⁸⁹), considerada inclusive suficiente para satisfazer a garantia de oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo. Segundo Antonio Gidi, a exigência de que o representante proteja adequadamente os interesses dos ausentes se justifica porque, “se alguém representa outra pessoa em juízo, trazendo suficientes argumentos e provas em seu benefício e tutelando adequadamente os seus interesses, é muito provável que, se essa mesma pessoa estivesse litigando pessoalmente o seu direito, o juiz chegaria à mesma decisão”. Assim, “é natural que, nos processos em que não haja representatividade adequada, vincular os membros ausentes em uma decisão desfavorável viole o princípio do devido processo legal.”⁹⁰

A interpretação que o princípio do devido processo ganha nas *class actions*, repousa em duas ordens de argumentos: o primeiro é que, em se tratando de direitos metaindividuais, o homem não é tomado em sua acepção singular, senão em uma dimensão coletiva, como integrante de uma coletividade. Por isso que o critério para a *legitimatío ad causam* é diverso daquele empregado para os conflitos individuais (*uti singuli*). O segundo argumento é que as garantias individuais do *due processo of law*, em especial aquelas referentes à defesa, a contraditório e a limites subjetivos do julgado, devem ser vistas sob a óptica de garantias de índole coletiva. Essa é a razão pela qual, nas ações coletivas, “o conceito de ‘representação adequada’ veio substituir o critério da legitimação fundada na coincidência ou correspondência entre titularidade do direito subjetivo material e autor da ação”⁹¹.

2.2. Aspectos e requisitos da representatividade adequada

O modelo de legitimação que melhor atende aos anseios dos princípios da representatividade adequada é o modelo da *class action*, por ser requisito controlado pelo juiz,

⁸⁹ 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. 99-100

⁹⁰ 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. 103

⁹¹ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 274

no caso concreto, em qualquer fase do processo. Esse controle efetivo da representação é a garantia de que o devido processo legal na ação coletiva está assegurado a todos aqueles que estão ausentes.

No modelo de legitimação da *class action*, a representatividade adequada consiste na possibilidade de “assegurar vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e na ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo”⁹². Estes dois elementos devem ser analisados sob a perspectiva do representante e do advogado, sendo assim temos os seguintes aspectos, que embora não previstos expressamente em lei, devem ser averiguados pelo juiz do caso: a vigorosa tutela pelo representante, a vigorosa tutela pelo advogado, o conflito de interesse entre representante e grupo e o conflito entre advogado e grupo.

Passa-se, então, a análise detalhada de cada aspecto da representatividade adequada, como feita nos Estados Unidos⁹³.

A vigorosa tutela pelo representante é a aptidão demonstrada por ele para assegurar a defesa do grupo de forma a não violar o devido processo legal. Não se trata de buscar o melhor representante dentre todos os possíveis, mas apenas de buscar um que represente o grupo adequadamente.

A possibilidade de colusão entre as partes, por outro lado, não é averiguada dentro da representatividade adequada, mas sim considerada pelos norte-americanos como questão preliminar, visto que respeita à existência real de uma controvérsia entre os litigantes.

Os tribunais dos Estados Unidos, em geral, não têm considerado os reais motivos para propositura da ação, o nível de conhecimento dos fatos e dos fundamentos jurídicos da causa ou as circunstâncias individuais do representante como comprometedoras de sua adequada representatividade. No entanto, esses fatores, no direito americano, podem indicar que o representante não tem os mesmos interesses do grupo ou não sofreu o mesmo ilícito que os demais sofreram, o que influi no cabimento ou não da lide coletiva; ou, ainda, demonstrar que há conflito de interesses entre representante e membros, o que poderia conduzir à inadequação.

⁹² 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 104

⁹³ A análise feita sobre os aspectos da representatividade adequada sob o prisma do sistema norte-americano é baseada no livro *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, de Antonio Gidi, páginas 99-129.

O excesso de conhecimento sobre os fatos ou sua completa ausência pode comprometer a representação adequada, por exemplo, porque um membro mais esclarecido pode não ter sido enganado da mesma forma que os demais membros, enquanto que um total alienado não pode alegar em juízo um direito que sequer tomou conhecimento, assim como pode significar que o representante é mero instrumento e seu advogado.

A conduta pessoal do representante (imoral, antiética, desonesta, etc.) só tem importância se puder comprometer a representação vigorosa dos interesses do grupo. O mesmo se diga da condição física (um representante com doença grave ou com idade avançada, por exemplo).

Quanto à condição financeira, a jurisprudência americana não é pacífica, se seria imprescindível que o representante tenha condições de conduzir a ação até o final, com todas as suas despesas. No entanto, o sistema americano apresenta a particularidade de que os advogados ou escritórios de advocacia se empenham em questões que envolvam grandes montantes de indenizações financeiras, arcando com as despesas do litígio, na expectativa de obterem, ao final, um retorno maior desse investimento.

Por este mesmo motivo, não se exige que a pretensão do representante seja de alto valor econômico, já que “quem inicia, financia e controla a ação coletiva é o advogado do grupo, e é ele quem deve estar suficientemente motivado para tutelar os interesses do grupo que representa”⁹⁴.

O segundo aspecto é a vigorosa tutela pelo advogado, que é medida em face dos interesses do grupo e não de seu representante, já que os interesses defendidos são daquele e não deste. Deve, então, representar os interesses do grupo, ainda que em conflito com o representante que o contratou.

O advogado é avaliado em vários aspectos pelo juiz: experiência, atuações anteriores, conhecimento do direito aplicável, recursos financeiros, tempo disponível, estrutura material. No entanto, tal adequação é presumida, sendo ilidida apenas com a análise do caso concreto. A doutrina consente que a perspectiva de vencer a causa e de receber honorários pode ser considerada um incentivo natural à boa atuação do advogado.

Ações coletivas, por envolverem interesses contrapostos, são fontes consideráveis de conflitos. No modelo americano, acrescenta-se que todos os membros do grupo ou classe

⁹⁴ 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. 106

são notificados, a fim de que exerçam o direito de ficar a salvo da coisa julgada formada naquele processo. Sendo assim, não é surpresa haver conflitos de toda ordem entre representante e grupo.

Nesse sentido, um terceiro aspecto a ser averiguado são esses conflitos, que podem apresentar-se tanto entre o portador dos interesses do grupo e os demais membros, como entre membros do grupo, de modo a formar agrupamentos menores, subgrupos com interesses antagônicos.

Nesse âmbito, para que o devido processo legal não seja violado, ou seja, para que interesses dos membros do grupo ou classe sejam adequadamente representados, deve haver interesses comuns nas questões comuns.

Havendo conflito entre alguns membros e entre outros não, deve o juiz limitar a representação àqueles que não estão em conflito ou garantir que os interesses divergentes estejam adequadamente representados. A coisa julgada só alcançará àqueles que não estão em conflito e que tiveram representação adequada. O mesmo ocorre quando há conflito em relação a alguns itens do litígio: a ação correrá somente quanto aos pontos pacíficos.

Porém, não é todo conflito entre representante e grupo que leva a inadequação da representação. Muitos conflitos são irrelevantes juridicamente. Entretanto, ainda que o conflito diga respeito a questões relevantes, como a propositura da ação, a forma de condução do processo ou o tipo de pedido, não se exige consenso entre todos os membros. O conflito deve ser real e atual, e é preciso comprovar sua seriedade e extensão.

É natural que haja divergências internas sobre pontos importantes. A complexidade da situação, por si só, não inviabiliza a tutela coletiva de uma pretensão válida, sob pena de beneficiar a parte ré. Também pode ser que alguns membros do grupo não queiram exercer seus direitos em juízo, não há problemas.

O que não pode ocorrer é negligência por parte do juiz em face dos conflitos existentes, pois a ele é dado o poder de controlar e avaliar a totalidade da situação.

Conforme dito, no direito americano há a particularidade de as *class actions* serem propostas sob a responsabilidade financeira dos advogados, os quais veem na ação uma forma de investimento que tem como recompensa os honorários advocatícios. Como consequência, a questão financeira pode levar, no curso da ação, a um conflito entre os interesses do advogado e do grupo, por exemplo, quando o advogado prefere a realização de um acordo

financeiramente vantajoso a atender os anseios reais do grupo. Esse é o quarto aspecto a ser levado em consideração pelo juiz.

Há conflito também quando advogado e representante são a mesma pessoa. As funções de um e outro são diversas e, na maioria das vezes, antagônicas, visto que um controla o outro, buscando sempre a proteção dos interesses dos membros do grupo. O mesmo conflito aparece quando representante e advogado são estreitamente ligados – marido e mulher; representante é empregado do advogado.

Por fim, no direito norte-americano não existe previsão legal da legitimação de entes públicos, como os Estados, nem das associações, porquanto o legitimado original para propor a demanda coletiva é o membro (ou membros) do grupo, que propõe ação como seu representante.

Porém, tem-se admitido a legitimidade dos Estados para defesa de interesses da sua comunidade, em situações específicas, como na defesa de interesse da sua comunidade. Na legitimidade das associações, se autoriza que elas proponham ações individuais em nome de seus afiliados (é considerada representante, no sentido de que não é membro do grupo lesado). Ela não representa os interesses do grupo lesado como um todo, só dos afiliados, a não ser que ela própria seja membro do grupo lesado.

No Brasil, como referido anteriormente, a legitimidade é conferida àqueles entes determinados em lei, sendo necessárias, ademais, a pertinência temática, que se refere à necessária correspondência entre a finalidade institucional e o objeto defendido judicialmente e não pode ser dispensado pelo juiz (art. 5º, V, *b*, da Lei 7.347/85 e art. 82, §1º, da Lei 8.078/90); e a pré-constituição há pelo menos um ano nos termos da lei civil, apenas para as associações, o que pode ser dispensado pelo juiz “por interesse social, conforme a dimensão ou as características do dano ou conforme a relevância do bem jurídico a ser defendido” (art. 5º, §4º, da Lei 7.347/85 e art. 82, §1º, da Lei 8.078/90).

O requisito de pertinência temática, o qual por expressa determinação legal é necessário para as associações, alcança por analogia as fundações privadas, os sindicatos, as corporações e as entidades e órgãos da administração pública indireta, ainda que sem personalidade jurídica. No entanto, sobre o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito

Federal, os Municípios e os partidos políticos, há presunção de que podem defender interesses transindividuais de qualquer natureza⁹⁵.

Portanto, no ordenamento brasileiro, atualmente, não há uma verdadeira análise da representatividade adequada.

Embora alguns doutrinadores brasileiros considerem que a averiguação da pertinência temática e da constituição há pelo menos um ano representa análise da adequada representatividade do autor da ação⁹⁶, tal análise não guarda qualquer relação com a representatividade adequada.

Esta exprime um conjunto de fatores que “demonstrariam concretamente ao juiz, durante todo o curso do processo, ser o autor pessoa idônea, que irá despender eficazmente todos os esforços necessários para a defesa dos interesses das pessoas ausentes do processo como ocorre na representatividade adequada”. Por outro lado, “aquela autorização interna da associação é apenas requisito abstrato para que seja plenamente satisfeita a legitimidade extraordinária em cada caso, não significando que a entidade irá realmente defender de forma adequada os interesses dos substituídos”⁹⁷.

⁹⁵ Este posicionamento doutrinário é adotado por Hugo Nigro Mazzili. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 310-311)

⁹⁶ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover: “A representatividade adequada pode ser aferida pelo juiz, caso a caso (como nas *class actions* norte-americanas), ou pode depender de previsão legal, que estabeleça limites à regra da legitimação. Assim, por exemplo, as associações só podem agir em juízo desde que preencham certos requisitos legais, ou se estabelece um critério de relevância social até mesmo para a legitimação de órgãos públicos. Mas, sem dar-lhe essa denominação, o pré-requisito da representatividade adequada, no sentido de *conditio sine qua non* estabelecida por lei para que o legitimado possa agir em juízo, é comumente aceito nos ordenamentos de *civil law*: basta ver os sistemas da Áustria, Bélgica, Chile, Colômbia, França, Holanda, Itália (para os direitos difusos e coletivos), Portugal, Província argentina de Catamarca, Suécia e Suíça. Pode-se, então, concluir reconhecendo uma forte tendência dos países de *civil law* no sentido do reconhecimento do pré-requisito da representatividade adequada, por força de lei, restando apenas alguns países em que ele é aferido pelo juiz.” (GRINOVER, ADA Pellegrini. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 238-239). Também nesse sentido, Elton Venturi: “[...] sob o prisma da legitimação *ad causam*, incide em favor dos entes legalmente habilitados uma relativa presunção de *adequada representatividade* em relação a todos os titulares das pretensões meta-individuais homogêneas deduzidas por via das demandas coletivas – motivo pelo qual, em princípio, não haveria espaço para uma aferição *ope judicis*, no caso concreto, a respeito de tal condicionamento para sua admissibilidade, à exceção de hipótese expressamente prevista quanto ao controle do tempo de pré-constituição das associações civis (pelo menos um ano), dispensável acaso o magistrado se convença acerca do interesse social da causa, pela relevância do objeto tutelado ou pela gravidade da lesão tratada (art. 5º, §4º, da Lei da Ação Civil Pública e art. 82, §1º, do CDC)”. (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: Editora Malheiros, 2007. p. 220)

⁹⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 201-202

Inspirados, em muitos casos, nos aspectos na representatividade adequada do sistema norte-americano analisados nesse capítulo⁹⁸, e também com base em experiências na tutela de coletiva de outros países, os anteprojetos brasileiros de Códigos de Processo Civil Coletivo adaptaram-nos ao ordenamento direito brasileiro e incluíram em suas propostas tópicos sobre averiguação da idoneidade dos portadores dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos em juízo.

A busca do aperfeiçoamento da tutela dos direitos transindividuais através de uma análise apurada da representação do autor coletivo indica que o modelo brasileiro atual não se sustenta mais em face das exigências de uma verdadeira representação dos interesses metaindividuais tutelados em juízo.

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América introduziu requisitos de representatividade adequada exigida e detalhada, mediante uma lista exemplificativa de critérios que poderão orientar o juiz em sua avaliação, como requisitos para a admissão da ação coletiva.

Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar, dentro outros dados, a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe (art. 2º, §2º).

No mesmo sentido é o Anteprojeto de Código Brasileiro de processos Coletivos elaborado no âmbito dos programas de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Nesse projeto a representatividade é requisito específico da ação coletiva, a ser analisada em decisão especificamente motivada

⁹⁸ Os autores do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América negam terem se inspirado no modelo norte-americano de análise da representatividade adequado, conquanto utilizem em sua proposta o termo derivado daquele sistema: “O modelo ora sugerido inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-americana, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos. Evidentemente, não foram analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* e a brasileira das ações coletivas, mas a proposta ora apresentada afasta-se em diversos pontos dos dois modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos. Tudo isto foi levado em conta para a preparação do Projeto, que acabou, por isso mesmo, perdendo as características de um modelo nacional, para adquirir efetivamente as de um verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, ciosos das normas constitucionais e legais já existentes nos diversos países que compõem nossa comunidade.” (Exposição de motivos do Código modelo de processos coletivos para Ibero-América)

pelo juiz. Os aspectos analisados são os mesmos do projeto Ibero-Americano, à exceção do prestígio.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil Modelo para Países de Direito Escrito, da mesma forma, estabeleceu como requisito para a condução da ação como coletiva a representatividade adequada do legitimado coletivo. A novidade deste projeto é que também quanto ao advogado do grupo será procedida a análise (item 3, II). Tal análise tomará como base, dentre outros fatores, a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo (item. 3.1.)

Já no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, a representatividade adequada vem expressa como princípio da tutela jurisdicional coletiva (art. 2º, I). No entanto, é comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, à exceção da pessoa física e do membro do grupo, classe ou categoria, em relação a quem o juiz, para o qual são conferidos maiores poderes, aferirá a presença dos requisitos em concreto.

Os critérios previstos são: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses e direitos difusos e coletivos; conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado (art. 20, I, a, b e c).

Tais propostas contêm uma relevante alteração paradigmática, visto que transformam a presunção de idoneidade dos legitimados (atualmente decorrente *ex lege*, no Brasil) “em atribuição de legitimidade casuisticamente determinada pelo magistrado”⁹⁹, que deverá avaliar detalhadamente quem é o autor que se apresenta em juízo, a partir dos critérios supramencionados, avaliáveis em qualquer tempo e grau de jurisdição e em face de todos os colegitimados, não apenas em face das associações, como prevê o atual modelo de legitimidade brasileiro.

A novidade, então, está justamente no fato de a representatividade ser mais detalhadamente avaliada, não apenas com base em critérios formais, mas sim substanciais,

⁹⁹ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 170

que revelem a verdadeira representatividade que os membros ausentes, não presentes em juízo, estão tendo – se quanto a eles o devido processo legal está sendo respeitado.

Ademais, é interessante relembrar aqui que todos estes anteprojetos de códigos, à exceção do Código de Processo Civil Modelo para Países de Direito Escrito, ampliam a legitimidade coletiva, para incluir pessoas físicas como autorizadas a proporem demandas coletivas. Quanto mais ampla a legitimação, tanto mais se faz necessário o pré-requisito da representatividade adequada.

A exemplo do que ocorre com a legitimação das demais entidades privadas, como as associações civis e os sindicatos, a experiência brasileira vem demonstrando que a mera autorização legal para que qualquer pessoa física ou jurídica possa ajuizar ações coletivas, em vez de propiciar o aperfeiçoamento e o incremento da tutela coletiva, conspira contra¹⁰⁰. A concessão de legitimidade não pode vir desacompanhada de uma análise empírica sobre a viabilidade econômica, técnica e política da empreitada judicial intentada, sob pena de prejudicar os interesses que estão sendo representados.

Ademais representatividade adequada (*adequacy of representation*) constitui, dentro da legitimidade para agir, requisito de controle necessário para evitar possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Esse pré-requisito é particularmente importante nos ordenamentos que escolhem a extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamento, “mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam à ação a pessoa física e as associações e quando prevêm a ação coletiva passiva”¹⁰¹.

¹⁰⁰ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 171-172

¹⁰¹ GRINOVER, ADA Pellegrini. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 238

3. O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

3.1. Os modelos de controle e a negativa de um controle judicial no Brasil

O exame da representatividade adequada pressupõe a compreensão do papel do juiz e da lei na determinação das legitimidades para o processo coletivo. Se de um lado há o sistema no qual o exame em concreto prevalece (*ope judicis*), tal qual ocorre nas *class actions* norte-americanas, de outro é também possível direcionar apenas ou preponderantemente à lei a prévia determinação da legitimidade nas ações coletivas (*ope legis*).

Considerações sobre os modelos encaminham ao apontamento de que o mais apropriado ao ordenamento brasileiro é controle *ope judicis* da representatividade adequada, embora parte da doutrina nacional entenda que não cabe este controle pelo juiz.

Tradicionalmente se refere¹⁰² que, mesmo estando previstas em lei as condições necessárias para a legitimação nas ações coletivas, “no caso concreto caberá ao juiz verificar se estão presentes os requisitos exigidos pelo legislador”, de modo que, para haver representatividade adequada no modelo de controle *ope legis*, “embora mais facilitada a tarefa, é ao juiz que incumbe, caso a caso, fazer o escrutínio desse pré-requisito”.

Todavia, no modelo de controle da representatividade adequada *ope judicis*, cujo sistema de tutela jurisdicional dos interesses de direitos coletivos norte-americano é referência, o juiz desempenha papel altamente relevante, visto que a ele é atribuída uma “gama significativa de poderes, seja para o exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para o seu desenvolvimento e sua instrução”¹⁰³. A aferição da idoneidade da representação é feita a qualquer tempo e não há parâmetros legais para tal aferição, havendo

¹⁰² WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302-303

¹⁰³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33

tão-somente o critério de *adequacy of representation*, o qual é desdobrado nos aspectos referidos no capítulo anterior. Aqui o controle é feito *ope judicis*.

Já no modelo de controle *ope legis*, os requisitos para que uma associação ou um sindicato, por exemplo, possam estar legitimados a ajuizarem ação coletiva são determinados em lei, e não caso a caso, como no sistema das *class actions*¹⁰⁴. Ou seja, não há para os legitimados ativos qualquer exigência adicional, sendo o controle feito pelo legislador, o qual lhes confere presunção de representatividade adequada.

Dessa forma, dentro do modelo de controle *ope legis*, mesmo que o juiz possa aferir no caso concreto se o requisito previsto em lei foi preenchido, isso não se confunde com os amplos poderes que o juiz possui, no modelo de controle *ope judicis*, para controlar a idoneidade da representação dos portadores dos interesses metaindividuais em juízo.

Aliás, conforme referido no capítulo anterior, sequer é possível considerar o exame dos requisitos previstos em lei como análise da representatividade adequada¹⁰⁵. Isso porque eles não consistem em fatores que demonstrariam de forma cabal a idoneidade da representação, tampouco são aferidos em qualquer fase do processo, sendo tão somente requisitos abstratos e suficientes para que seja satisfeita a legitimidade.

Antonio Gidi¹⁰⁶, na mesma linha, considera “um equívoco comum associar a dispensa da pré-constituição (CDC, art. 82, §1º) com o controle judicial da representação adequada”, embora sejam juízos completamente diferentes. No primeiro caso, “o juiz deve verificar a existência de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, sem fazer qualquer análise da adequação do representante. Refere o autor que a “única semelhança entre os dois juízos é que ambos são deixados á análise casuística do juiz”.

Também não se pode confundir a determinação do *ope legis* ou *ope judicis* da legitimação, com o controle *ope legis* ou *ope judicis*.

¹⁰⁴ NERY JÚNIOR, Nelson In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Florense, 2005. p.1016

¹⁰⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 201-202

¹⁰⁶ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 111

Para Nelson Nery, no Brasil os requisitos “para que a associação ou sindicato possam estar legitimados a ajuizarem ação coletiva são determinados *ope legis* e não *ope judicis*, como no sistema das ações de classe do *common law*”¹⁰⁷.

Porém, a contraposição entre *ope legis* e *ope judicis* não se refere à determinação da legitimação nas demandas coletivas: “tanto no direito brasileiro como no direito norte-americano, é a lei escrita (e não o juiz) que determina quem tem e quem não tem legitimidade para propor uma demanda coletiva”. No caso brasileiro tem legitimidade qualquer dos colegitimados ativos, enquanto que nas ações coletivas norte-americanas apenas um membro do grupo típico e adequado¹⁰⁸.

É o controle sobre a representatividade adequada desses legitimados que é feito *ope legis* ou *ope judicis*, de modo que é impreciso dizer, por exemplo, que nos Estados Unidos o juiz *escolhe* o autor da ação. “O autor da *class action* é aquele que a propõe e o juiz não poderá mudá-lo, a menos que não seja membro típico do grupo ou adequado, como determina a lei escrita”¹⁰⁹.

Da mesma forma, adotando-se o modelo de controle *ope judicis* no Brasil, não significa que o juiz simplesmente determina a legitimidade ou não a propor a ação coletiva. Pelo contrário, o princípio do contraditório exige participação efetiva das partes no processo e no convencimento do juiz¹¹⁰, e o modelo de controle judicial da representatividade se encaixa nessa exigência.

Somente alguns sistemas adotam o critério da aferição da representatividade adequada pelo juiz¹¹¹: o Uruguai; a Itália, que o acolheu para as associações não as previstas no “código del consumo”, nas ações coletivas de reparação de danos dos consumidores e utentes; a Argentina e o Paraguai, nos quais foi estabelecido pela jurisprudência.

No Brasil, os legitimados coletivos estão previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, e no art. 82 do CDC. Aparentemente o modelo de controle é *ope legis* da

¹⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Florense, 2005. p.1016

¹⁰⁸ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 87

¹⁰⁹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 87

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 93

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 238-239

representatividade, visto que não há regra expressa autorizando-o, havendo apenas algumas condições pré-fixadas para que as associações possam propor ações coletivas.

Entretanto, para compreender os motivos que levaram o País a omitir na lei a possibilidade de controle pelo juiz da representatividade adequada, é necessário realizar uma digressão histórica.

O primeiro projeto para defesa dos interesses metaindividuais resultou de uma elaboração proposta por Ada Pellegrini Ginover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, todos professores ligados ao Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Tal projeto, posteriormente foi apresentado como tese ao I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre, em 1983, e, após receber modificações, com as contribuições de José Carlos Barbosa Moreira, foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo parlamentar paulista Flávio Bierrenbach¹¹².

O requisito da *adequacy of representation*, das ações coletivas norte-americanas, influenciou fortemente o *Projeto Bierrenbach*. De acordo o projeto, as associações deveriam demonstrar a sua representatividade adequada, cabendo ao juiz atestá-la, além de analisar alguns requisitos objetivos, tais como “a constituição há 6 meses nos termos da lei civil e a inclusão, entre suas finalidades institucionais, da proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos”¹¹³.

Paralelamente ao projeto pioneiro, os Promotores de Justiça Antônio Augusto Melo de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, com base no projeto original, elaboraram outro anteprojeto, alterando o primeiro e incluindo novas sugestões. Esse projeto foi apresentado pelo Ministério Público paulista ao governo federal, que, adotando a proposta, encaminhou-o ao Congresso como projeto do Executivo. Por ter tramitado mais celeremente esse projeto recebeu sanção presidencial e transformou-se na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)¹¹⁴.

¹¹² MANCUZO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 105

¹¹³ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.163 e 164

¹¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105-106

Entretanto, o Projeto do Executivo abandonou a idéia do projeto pioneiro de conferir ao juiz o poder de averiguar a representatividade adequada das associações, restando-lhe apenas a incumbência de verificar se a associação está constituída há pelo menos 1 ano (e não mais 6 meses) e se inclui, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

Portanto, houve uma alteração no modo verificação da legitimidade. Na “fórmula final convertida na Lei 7.347/85, ficou abandonada a idéia inicial de deixar-se a critério do juiz a verificação da representatividade adequada da associação autora”¹¹⁵ (art. 2º e incisos do Projeto 3.034/84); agora o controle ocorre “aparentemente *ope legis*, ao contrário do modelo da *class action*, no qual a aferição se implementa pelo juiz (*ope judicis*)”¹¹⁶.

A primeira reação da doutrina, em face dessa exclusão, foi negar a possibilidade de qualquer interferência do juiz na averiguação da adequada representatividade no País, já que “havia sido rejeitado pelos autores intelectuais do anteprojeto de lei”¹¹⁷. É exemplo dessa corrente Ada Pellegrini Grinover, que mais tarde modificou seu posicionamento.

Para a autora, “a representatividade adequada deveria ser fixada exclusivamente com base em critérios legais, enquanto que o projeto Bierrenbach havia preferido combinar critérios próprios das *class actions* e da *civil law*, “confiando ao juiz, caso a caso, o exame discricionário da adequação e da capacidade do portador do interesse, e indicando a pré-constituição e as finalidades institucionais como simples dados que seriam tomados na devida consideração”¹¹⁸.

Da mesma forma, Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹⁹, embora admitindo a possibilidade de que a ação possa ser “dirigida contra o representante menos idôneo, ou seja, menos capaz de bem defender os interesses da classe”, com a única finalidade de obter “astutamente, uma declaração judicial de natureza prejudicial, possivelmente favorável ao autor e que, dessa forma, será oponível a todos os integrantes daquela classe”, afirma que em nosso ordenamento tal “inconveniente”, pode ser combatido invocando-se os arts. 125, III, e

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 106

¹¹⁶ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.163 e 164

¹¹⁷ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81

¹¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 106

¹¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 187

129 do Código de Processo Civil¹²⁰. Tais artigos, que têm aplicação subsidiária nas ações que envolvem interesses difusos, na forma do art. 19 da Lei 7.347/85, dotam o juiz de poderes para reprimir objetivos escusos acaso perseguidos pelas partes.

Ao comentar a legitimidade para ação nas demandas de proteção ao consumidor, Arruda Alvim¹²¹ conclui que “inexiste maior pertinência, em se indagar ou discutir, no plano do direito posto, sobre a *adequação de representatividade ou legitimação* dos elencados no art. 82”, pois o legislador estabeleceu os legitimados em lei, sem possibilidade de alteração pelo juiz. Ou seja, por outras palavras, o legislador entendeu que esses legitimados são “adequados” e inadmite que isto possa ser discutido, no plano da aplicação desta lei.

A idéia de presunção de adequada representatividade de “todos os titulares das pretensões meta-individuais homogêneas deduzidas por via das demandas coletivas” em favor dos entes legalmente habilitados é corroborada por Elton Venturi¹²², para o qual “não haveria espaço para uma aferição *ope judicis*, no caso concreto”, afora a hipótese expressamente prevista quanto ao controle do tempo de pré-constituição das associações civis. Tal posicionamento não ignora que “sejam notórias as vantagens provenientes da assunção judicial do controle da *adequada representatividade*”, e que, sem o controle judicial, é possível ocorrer uma degradação qualitativa da demandas coletivas. Mas pondera que “a presunção *ex lege* da idoneidade das entidades legitimadas fomenta, teoricamente, um incremento quantitativo da tutela coletiva, cujos benefícios não podem ser desprezados”, enquanto que não se sabe se o “controle *ope judicis* da legitimação ativa para a propositura de demandas coletivas se revelaria pertinente e praticamente benéfica ao aprimoramento do sistema de tutela coletiva nacional”.

De acordo com o autor, a melhor solução, para aprimorar a tutela dos direitos e interesses metaindividuais, é “melhor aparelhar e incentivar a atuação do Ministério Público,

¹²⁰ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30.10.2010)

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30.10.2010)

¹²¹ ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor Comentado* – vol. 8. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 381-382

¹²² 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: Editora Malheiros, 2007. p. 220-225

das associações civis, dos sindicatos - enfim, de todas as entidades às quais a legislação atribui a missão de promoção de demandas coletivas”¹²³.

Já para Gregório Assagra de Almeida, o que justifica a presunção de legitimidade dos coletivos é o “princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação de direito”, que decorre diretamente da Constituição Federal para o Ministério Público, principal legitimado para o ajuizamento de ações coletivas, e da Constituição (art. 129, §1º), e da legislação infraconstitucional (art. 82 CDC e 5º da LACP, dentre outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes) para dos demais legitimados coletivos ativos¹²⁴.

3.2. A afirmação de um controle judicial no Brasil e sua derivação constitucional

A presunção de adequada representatividade pela lei esbarra nas situações concretas, que serão “mais numerosas e diversificadas do que as hipóteses tipificadas nas normas”¹²⁵, de modo que a lei não consegue, apenas com a pré-fixação de requisitos alcançar aos legitimados ativos a representatividade adequada, indispensável para que haja respeito ao devido processo legal.

Imagine-se, a exemplo do que propõe Antonio Gidi¹²⁶, um representante que se mostra absolutamente negligente e incompetente na condução dos interesses de que é portador ou uma associação desaparelhada e sem recursos financeiros, litigando em um processo de alta complexidade. Nessa situação, de acordo com a presunção de representatividade adequada, nada poderia fazer o juiz. Gravíssima se tornaria a situação se a inidoneidade da

¹²³ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 227

¹²⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574

¹²⁵ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 220-221

¹²⁶ 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. 129-130

representação redundasse na condução inadequada do processo ou em fundamentação ou argumentação jurídica deficiente, porquanto, embora a coisa julgada no nosso sistema não prejudique o direito individual dos integrantes da coletividade, não seria possível repropor a ação coletiva.

Não por outro motivo tem sido freqüentemente ilidida na praxe forense a relativa presunção de representatividade adequada das entidades legitimadas. Ainda são comuns os “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”. Na maioria das vezes, “tudo o que tais entidades exibem são estatutos sociais que, invariavelmente lhes atribuem o objetivo de proteção de uma infinita gama de interesses, referentes às mais diversas matérias”, sem demonstrem, entretanto, que já atuaram judicial ou mesmo extrajudicialmente, na defesa dos seus titulares, ou que tenham capacidade de conduzir uma ação coletiva.¹²⁷

A jurisprudência, por exemplo, vem se utilizando de um critério da pertinência temática pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁸, o qual exige que exista um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. Esse critério, dentre outros que seriam necessários, auxilia na averiguação da adequação do legitimado coletivo¹²⁹.

Também o receio de conluio entre autor e réu em detrimento dos representados se apresenta como um problema a ser enfrentado na prática forense, especialmente quanto às associações. Esse problema já havia sido destacado por Mafra Leal¹³⁰, ao constatar que, no direito brasileiro, “a regra é tão flexível em relação a essas entidades, que basta se inserir no estatuto social a finalidade de defesa do consumidor e do ambiente para que esteja ela apta a litigar coletivamente”, visto que é possível, ainda que excepcionalmente, descartar o requisito

¹²⁷ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 220-221

¹²⁸ Ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto os arts. 1º, 3º e 5º da lei Nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. Confederação Nacional Das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. 1. Entendeu-se que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais, a teor dos arts. 3º, 27 e 28 da Lei nº 8.906/94. 2. Em consequência, não se reconhece à Confederação Nacional das Profissões Liberais legitimidade para propor a presente ação por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos impugnados e seus objetivos institucionais. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1792*. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 05.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03.11.2010.)

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 232

¹³⁰ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. p. 215

de pré-constituição mínima de um ano (art. 82, §1º, CDC). Basta isso. “Não se exige um trabalho efetivo e representativo desses interesses, como publicações ou serviços jurídicos ou se atendimento ao público, nem mesmo um número mínimo de associados”, como bem destacado pelo autor.

A solução oferecida pelo autor para o problema consiste em tornar obrigatória a atuação do Ministério Público, como parte interveniente, nessas questões, “supervisionando a regularidade da ação, a exemplo do que acontece quando uma associação é autora coletiva (art. 5º, §1º, da Lei 7.347/85)”¹³¹. Tal intervenção também ajudaria a evitar acordos temerários e apressados.

Porém, pouca ingerência terá o membro do Ministério Público se, ao constatar a inadequação do representante no caso concreto, não puder alertar o juiz sobre esse fato e requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito ou a adoção de outra providência suficiente a corrigir a inadequação do representante, “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”¹³². Em qualquer das circunstâncias, restaria prejudicada a idoneidade e adequação da representatividade, em prejuízo aos membros ausentes.

Conforme alerta Antonio Gidi “não há qualquer contradição entre o Ministério Público estar em melhores condições de controlar a adequação do representante e o juiz estar encarregado de decidir sobre essa questão”¹³³. Pelo contrário, o argumento de que a participação do Ministério Público é necessária para fiscalização de seu andamento “somente reforça a necessidade do controle judicial da representação adequada”, tendo em vista que *Parquet* “não tem poder decisório e não pode controlar a adequação do representante”¹³⁴.

Ademais, como a imposição de um controle judicial da adequação do legitimado coletivo advém da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva, mesmo o Ministério Público não poderia ser considerado um legitimado universal¹³⁵,

¹³¹ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. p. 215

¹³² 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. 131

¹³³ 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. 131

¹³⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95

¹³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 231

havendo também em relação à sua atuação a necessidade de controle jurisdicional de legitimidade.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹³⁶ reconhece a necessidade de um juiz ativo nas demandas coletivas, porquanto “a eficácia do julgado apresentar-se potencializada, projetando-se *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*”. Nessa situação, deve o juiz “desdobrar os cuidados com o quesito da relevância social do interesse e sua adequada representação nos autos” para que o Judiciário possa contribuir com a prevenção do “desvirtuamento da ação coletiva, que de outro modo poderia servir como instrumento em favor de interesses subalternos ou mesmo escusos”. No entanto, tal poder de manejo pode ir além da possibilidade de averiguar a pertinência temática das associações, dos entes da administração indireta, da fundação privada, embora em nosso sistema a legitimação ativa para a ação civil pública esteja fixada *ope legis*.

Elton Venturi¹³⁷, negando a possibilidade de controle pelo juiz, argumenta que as razões que levam à necessidade de um rigoroso controle de admissibilidade nas ações coletivas norte-americanas não são reproduzidas no modelo brasileiro. Lá os efeitos da coisa julgada se operam quanto aos membros ausentes, sendo ela favorável ou não. Mas, em compensação, os integrantes do grupo são notificados da ação coletiva, o que lhes assegura o direito de aderirem ou não ao que virá a ser julgado (*right to opt out*).

Assim, conclui o jurista, a possível repercussão negativa de uma representatividade não adequada do portador dos interesses, no modelo norte-americano, compromete a própria garantia de acesso à justiça dos membros ausentes, por tal razão “afeiçoa-se absolutamente lógico e necessário que sejam impostos certos mecanismos de controle ao exercício da ação coletiva, sobretudo quanto aos critérios de determinação da *adequacy of representation*”¹³⁸.

O cerne da questão apresentada pelo autor é a existência da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, no ordenamento brasileiro.

¹³⁶ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 283-284

¹³⁷ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 225

¹³⁸ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 225

É verdade que os membros individuais do grupo não são atingidos pela coisa julgada coletiva e podem propor demandas individuais. Por isso mesmo que, 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”. A coisa julgada não se forma apenas no caso de procedência da demanda coletiva, para beneficiar os membros do grupo (*in utilibus*). Também a sentença de improcedência da demanda coletiva fará coisa julgada coletiva (material), vinculando o grupo e impedindo a propositura de outra demanda coletiva igual por qualquer dos legitimados coletivos, desde que a sentença seja dada com material probatório suficiente. Nas palavras de Gidi, “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”¹³⁹.

Apesar de não haver previsão legal expressa no sentido de permitir o controle pelo juiz da representatividade adequada, “como corretamente entendeu parcela da doutrina”, isso é imposição da “garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo”¹⁴⁰.

Deve-se reconhecer que a lei está posta para garantir valores e finalidades constitucionais. O princípio do contraditório demanda uma representatividade adequada de relevo e não meramente uma aparência pressuposta pela lei. Se a Constituição exige um devido processo, um processo justo, então não pode o engessamento da lei determinar uma iniquidade no conduzir do procedimento.

Buscando, então, dar concretude ao devido processo legal nas demandas coletivas e, por conseqüência, “evitar o manuseio aventureiro de algumas ações coletivas, que certamente comprometem a afirmação e a efetividade do sistema de tutela coletiva brasileira”¹⁴¹, vieram à tona não só propostas de alterações legislativas, como também de interpretação conforme a Constituição Federal do instituto da legitimação coletiva, no sentido de instituir como requisito de admissibilidade da ação coletiva a *aferição ope judicis* da adequada representatividade.

¹³⁹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 79

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 235

¹⁴¹ 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: Editora Malheiros, 2007. p. 220-221

Ada Pellegrini Grinover¹⁴², já em seu novo posicionamento, e Kazuo Watanabe¹⁴³ admitem a possibilidade de o juiz controlar a legitimação “em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstre inadequada”, pois, embora não afirme expressamente, nosso ordenamento não é avesso ao controle. Segundo os autores “seguro indício da possibilidade de se adotar esse posição “são um dispositivo do próprio Código de Defesa do Consumidor, bem como a postura da jurisprudência brasileira em tema de legitimação do Ministério Público às ações em defesa dos chamados direitos individuais homogêneos”¹⁴⁴.

De acordo com o art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano desde que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Essa análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, “está muito próxima do exame da ‘representatividade adequada’, podendo-se afirmar que, *a contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação”. Por outro lado, a jurisprudência brasileira “tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação do Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses”. Este exame, feito caso a caso, “implica a análise de algo muito próximo à representatividade adequada, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas na causa.”¹⁴⁵

Seguindo essa linha de raciocínio, concluem que o modelo de controle da legitimação pelo juiz “pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva”¹⁴⁶, ainda mais em face do teor do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁴⁷,

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 361 (mai-jun.2002). p. 3-12

¹⁴³ 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 Florense, 2005. p. 825

¹⁴⁴ 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 Florense, 2005. p. 825

¹⁴⁵ 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 Florense, 2005. p. 825-826

¹⁴⁶ 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 Florense, 2005. p. 826

¹⁴⁷ 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. (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30.10.2010)

segundo o qual os princípios gerais do Direito configuram fonte de Direito, em cotejo com a função de *defining function*¹⁴⁸ que o juiz assume nos processos coletivos.

Já Fredie Didier parte de uma premissa simples: “não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva”. Sem a averiguação pelo juiz de todos os critérios da representatividade adequada, a partir do conteúdo da demanda coletiva, ou seja, da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo, não há como considerar que “o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo”¹⁴⁹.

Como consequência da necessidade de controle judicial, o autor propõe que a análise da legitimação coletiva e da representação adequada deve ocorrer em duas fases: i) “verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo”; ii) “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”¹⁵⁰.

Antonio Gidi¹⁵¹ é mais enfático ao afirmar que “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”. Para o autor, o Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública devem ser interpretados à luz da Constituição brasileira e do devido processo legal, pouco importando “que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante”, pois se trata, além de uma questão processual, também de uma constitucional.

Não há óbice a que o juiz se subtraia da lei e busque diretamente na Constituição o embasamento para utilizar o controle da representatividade, pelo contrário. Conforme

¹⁴⁸ É a função atribuída ao juiz de definir os contornos do grupo e o escopo do processo coletivo, realizada através da certificação da ação coletiva e do grupo. (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. 471)

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 231

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 231

¹⁵¹ 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. 134-135

ressalta Daniel Mitidiero, “a Constituição de 1988 não submete o juiz à legalidade estrita”, “submetendo-o apenas à Constituição”¹⁵².

A cláusula do devido processo legal poderia ser invocada inclusive contra as “normas processuais infraconstitucionais, que obstaculizem *arbitrariamente* o pleno exercício da jurisdição, compelindo a concretização da lei processual de forma razoável, justa e nos contornos estatuídos pelo ordenamento constitucional”¹⁵³.

Se a Constituição brasileira prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), “nitidamente influenciada pela Constituição americana”, para que alguém seja privado do seu direito e atingido pela coisa julgada, “deverá receber citação e ser ouvido em juízo, tendo ampla oportunidade para apresentar defesa”, o que, no processo coletivo, em atenção ao devido processo legal coletivo, é feito somente através de um representante adequado. Por essa razão, “não apenas no direito americano, mas também no direito brasileiro, não há falar em representante inadequado”. Ou o representante é adequado, ou não haverá representação legítima¹⁵⁴.

Scarpinela Bueno também entende que o processo coletivo brasileiro “é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano”, de modo que “não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei”. Embora a lei possa indicar soluções, ela não é capaz de dar a solução mais apropriada e mais correta possível para todos os casos. Por essa razão, o aplicador da lei deve ter a faculdade de, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula do devido processo legal¹⁵⁵.

Na análise do caso a caso, prossegue o autor, pode ser que não haja qualquer óbice de que a lei, tal qual escrita, seja aplicada; porém, pode ocorrer também que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo *adequadamente cumpridos*. Nestes casos, “deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva”. Com isso, pretende-se valorizar a circunstância de que “a figura presumida da representatividade adequada criada para o

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58.

¹⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.247

¹⁵⁴ 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

¹⁵⁵ SCARPINELA BUENO, Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão*. *Revista Processo*. São Paulo, n. 82, ano 21 (abr- jun.1996) p. 129-130

sistema das ações coletivas brasileiras pode ser posta em xeque diante de um enfoque constitucional serio e pautado, no vetor do devido processo legal”. Dessa forma, sempre que o juiz entender que o portador dos direitos do grupo não tem condições para bem representar a classe ou a coletividade ou o grupo respectivo, “não deverá escudar-se atrás da letra da lei para deferir seguimento àquela ação coletiva”¹⁵⁶.

Tal posicionamento encontra respaldo na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁷. Ao tratar do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva dos direitos, aponta o autor que “o dever de proteção se dirige contra o Poder Público, e não apenas, como se poderia pensar, contra o legislador”, de modo que não se pode aguardar que este último legisle, para que aí sim se torne efetiva a proteção do devido processo legal no âmbito das ações coletivas. A dependência de ações normativas para proteção de direitos não se coaduna com o dever que o Estado tem de proteger os direitos, pois “depende, ainda, de ações fáticas do Estado – por exemplo, da atuação da Administração Pública na proteção do consumidor, da saúde pública e do meio ambiente – e da prestação jurisdicional”.

Como bem ressalta o autor¹⁵⁸, a proteção também não se concretiza apenas com regras de direito material, “pois o processo civil também se constitui em mecanismos de proteção dos direitos fundamentais”, “por ser um instrumento de proteção, é evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos”. Sendo assim, “se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer”, deixando de “tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita”.

Para o autor, “o cidadão não tem simples direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos”, pelo contrário, é o juiz que tem o “dever de interpretar a legislação processual à luz da Constituição Federal”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ SCARPINELA BUENO, Cássio. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão. *Revista Processo*. São Paulo, n. 82, ano 21 (abr- jun.1996) p. 129-130

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 220-223

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 223

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paula: Revista dos Tribunais, 2004. p. 224-225

No processo coletivo, tal entendimento tem repercussão clara no controle da legitimidade do portador dos direitos pelo juiz, pois a legitimidade para propor ações coletivas é não só a forma de proteger dos direitos metaindividuais, como também o instrumento capaz de tornar efetivo o direito fundamental ao devido processo legal.

Afora isso, por ser o devido processo legal um direito fundamental previsto na Constituição Federal, na forma do art. 5º, §1º, tem aplicação imediata. Marinoni, embora se referindo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁶⁰, aduz que “ao se afirmar que a norma relativa a um direito fundamental possui aplicabilidade imediata, deseja-se evidenciar a sua força normativa”, não podendo supor que tal direito fundamental “somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente”. Havendo omissão ou insuficiência da lei, a norma do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, seria suficiente “para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa”.

Conquanto seja consequência da cláusula do devido processo legal a averiguação da legitimidade pelo juiz, é preciso ressaltar, conforme destaca Antonio Gidi¹⁶¹, “que o juiz brasileiro não tem os mesmos poderes que o juiz americano para controlar a adequação do representante em uma ação coletiva”. Contudo, “isso não significa que o nosso juiz seja completamente inerte e esteja incapacitado de exercer algum controle da adequação do representante”. Embora se reconheça que essa atividade seja desenvolvida de forma precária pelo juiz brasileiro, “a representação adequada dos interesses do grupo não pode ser deixada completamente fora do controle judicial”.

Sérgio Luís Wetzel de Mattos refere que a importância do devido processo legal, e também do contraditório, compelem “órgão judicial e partes ao diálogo e à cooperação para a formação dos juízos de fato e de direito”. Nessa situação, mais do que ativo, o julgador deve ser cooperativo e leal, “garantindo-se, outrossim, a possibilidade de participação efetiva das partes” no processo¹⁶².

Como modo de auxiliar o juiz na tarefa de aferir a idoneidade da representação do membro portador dos direitos metaindividuais em juízo, são válidos os parâmetros inseridos

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 220-221

¹⁶¹ 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. 132

¹⁶² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 133-134

nos diversos anteprojetos de Códigos de Processo Civil coletivos, analisados no capítulo anterior.

4. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO

4.1. Abrangência do controle da representatividade adequada

O controle judicial da representatividade adequada não deve ser feito somente no momento da propositura da ação coletiva, mas, em virtude da garantia constitucional do devido processo legal, deve ser realizado em todas as etapas do processo judicial¹⁶³, se estendendo por toda a demanda. Isso se dá assim porque a ação é exercida ao longo do procedimento e não apenas na distribuição da ação, conforme a compreensão do processo como um procedimento em contraditório¹⁶⁴⁻¹⁶⁵.

No direito norte-americano, berço do controle judicial da representatividade adequada, desde a certificação¹⁶⁶ da demanda, até após a decisão do mérito da causa é possível ao juiz adotar determinadas medidas para garantir o respeito ao devido processo legal

¹⁶³ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 107.

¹⁶⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975. p. 30-31.

¹⁶⁵ “Processo tem uma lógica própria e interna que não se resume, apenas, no ato inicial ou final do processo. A ação tem um sentido prospectivo, pois a partir da demanda (ato inicial do processo) lança olhos sobre o futuro, e um sentido retrospectivo, porque não concerne apenas à sentença ou o ato que encerra a execução (ato final do processo). O juiz, as partes e os demais personagens do processo (perito, assistentes técnicos, oficiais de justiça, escrivão, testemunhas, etc.) agem por meios concretos. Os atos – e as posições jurídicas subjetivas processuais deles decorrentes – são ligados pelo vínculo do procedimento, isto é, da circunstância de que a norma os coloca em sequência ordenada e cronológica, de modo que cada um pressupõe o presente (ou os precedentes) e é pressuposto do seguinte (ou seguintes). Essa perspectiva permite definir a ação tendo em conta também as múltiplas posições subjetivas (das quais são munidos tanto o autor quanto o demandado e os demais intervenientes no processo) e o vínculo que as une. Assim, a ação pode ser considerada como posição subjetiva complexa de evolução progressiva, vale dizer, como a síntese de uma série de poderes, faculdades, deveres e ônus, e também de direitos em sentido estrito, que o ordenamento atribui ao autor no plano processual e ao longo de todo o desenvolvimento do processo, desde o início da demanda até a decisão final e sua realização fática. Esse conjunto é individualizado e reduzido à unidade (na mesma medida da função do juiz, isto é, do conjunto dos deveres/poderes deste) pelo vínculo que coordena aqueles poderes e estes deveres/poderes no procedimento, por ser cada um, direta e indiretamente, conseqüência de um outro e pressuposto de outro ainda. Mas como haverá interferência jurídica na esfera de outrem, o procedimento passa a exigir o contraditório, transformando-se em processo”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.70)

¹⁶⁶ “Certificação é a decisão que reconhece a existência dos requisitos exigidos e a subsunção da situação fática em das hipóteses de cabimento previstas em lei para a ação coletiva. Através dessa decisão, juiz assegura natureza coletiva à ação proposta”. Esta mesma expressão é utilizada para designar a “decisão que define os contornos do grupo (*class definition*)”. (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. 466)

quanto aos membros ausentes, ou seja, para controlar a idoneidade do representante. Ainda que o processo já esteja em estágio avançado (e muitas vezes o problema da representatividade adequada só aparece no decorrer do processo, quando emergem os conflitos e os defeitos na tutela dos direitos em litígio) deve o juiz procurar "salvar" a ação coletiva, em vez de extinguir a ação, o que seria apenas um último recurso ¹⁶⁷.

As seguintes atitudes podem ser tomadas pelo juiz norte-americano¹⁶⁸: i) redefinir os grupos, na forma da *Rule 23 (c) (1) (C)*, de modo a restringi-lo aos membros adequados pelo portador dos interesses em juízo; ii) notificar o grupo e convidar outros de seus membros para substituírem ou auxiliarem o representante ou ainda notificar o grupo para que informe se o representante lhes é adequado, conforme a *Rule 23 (d) (2)*; iii) convidar outros advogados para que substituam ou auxiliem o advogado do grupo; iv) subdividir o grupo em sub-grupos mais homogêneos e nomear outros membros e advogados para representarem cada sub-grupo, quando necessário, a exemplo do que dispõe a *Rule 23 (c), (4) (B)*; v) ou, por fim, negar o prosseguimento da ação na forma coletiva, denegando a certificação da ação por ausência do requisito da adequação do representante¹⁶⁹.

Diferente do que ocorre no Brasil, as *class actions* não precisam ser propostas diretamente na forma coletiva, pois pode ocorrer de uma ação individual, após solicitação de qualquer das partes, ser avaliada positivamente para prosseguir como ação coletiva. É a chamada certificação. Tal avaliação leva em consideração os requisitos da *Rule 23, (a) – (1)* o grupo deve ser tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros seja impraticável; (2) deve haver questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo; (3) os pedidos ou defesas do representante do grupo devem ser típicos dos pedidos ou defesas dos membros do grupo; (4) os interesses do grupo devem ser adequadamente representado em juízo –, e a satisfação de uma das hipóteses de cabimento da *Rule 23 (b)*, que seriam os tipos ou categorias de ações coletivas previstas no ordenamento americano. Sendo proposta originalmente como ação coletiva, tanto autor quanto o réu podem pedir que o juiz avalie os requisitos e as hipóteses de cabimento.

¹⁶⁷ 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.129

¹⁶⁸ Importante lembrar aqui que o representante, no direito americano, identifica-se com o grupo ao qual representa, sendo que essa característica pode fazer com que haja dois ou mais representantes em um único processo, cada um por uma coletividade diferentemente identificada (*Rule 23 (a)*).

¹⁶⁹ 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.128

Havendo avaliação positiva do juiz, a ação assume estrutura coletiva, diz-se que a demanda foi certificada (*certification*). Sendo negativa, prossegue a ação apenas no âmbito individual do autor.

Note-se que um dos requisitos para certificação da ação coletiva é justamente a adequação do representante (Rule 23 (a) (3)), de modo que se inicia ali a averiguação da idoneidade do portador dos interesses metaindividuais em juízo.

Já nesse momento de certificação, também é promovida pelo juiz a certificação dos grupos (*certification of the class* ou *class definition*). É com esta certificação que “o grupo tem seus contornos definidos e obtém reconhecimento jurídico como entidade”, passando a ser identificado por uma pretensão coletiva, distinta da pretensão do individual do representante¹⁷⁰.

A definição dos grupos é uma “questão de fato”, a ser analisada em todos os seus aspectos pelo juiz. Sua existência é “determinada apenas pela existência de questões comuns entre pessoas de outra forma não necessariamente ligadas entre si”. Por outro lado, não é imprescindível que o grupo seja claramente definido, a ponto de que cada um de seus membros possa ser a qualquer momento identificado, ele precisa ser identificável, ou seja, o critério de pertinência ao grupo deve ser “objetivo, claro e inequívoco”¹⁷¹.

O grupo pode ser composto por moradores de determinada região, atingida por um dano ambiental ou por pessoas que tiveram acesso efetivo ou potencial a alguma propaganda enganosa. Também pode ser constituído pelo conjunto de consumidores que assinaram um contrato com cláusulas abusivas ou por consumidores que compraram veículo com defeito de série¹⁷². O grupo pode ainda ter composição fluída ou instável, como é o caso de uma ação coletiva proposta em benefício de prisioneiros, de estudantes ou de pessoas internadas em um hospital¹⁷³.

A partir da demarcação, porquanto já definido quem o portador passa a representar, se seguirá a análise de sua adequada representatividade visto que o juiz terá o

¹⁷⁰ 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.193.

¹⁷¹ 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. 258-261.

¹⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53-57

¹⁷³ 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. 263

parâmetro (o grupo) sobre o qual questionará a idoneidade da representação e, em última análise, o respeito ao devido processo legal em relação aos ausentes.

É imprescindível notar que a justiça nas demandas coletivas “depende da sua capacidade de colocar, perante o juiz, todos os interesses juridicamente relevantes do grupo”. O juiz, por sua vez, para poder conduzir a ação, protegendo os interesses dos membros ausentes e controlando a adequada representação dos seus interesses, necessita de um grupo bem definido, a partir do qual poderá identificar suas características principais, identificar os membros ausentes e verificar se há algum conflito de interesses entre eles¹⁷⁴.

Sem saber quem são os representados, não há como saber se seus interesses estão sendo bem representados. Por esta razão, a análise da representatividade adequada deve vir acompanhada de um mecanismo de certificação do grupo portador do direito tutelado em juízo.

Porém há que se ressaltar que a importância da definição dos grupos, além de auxiliar no controle da idoneidade da representação dos ausentes, está em indicar a melhor forma de notificação¹⁷⁵ de seus membros e em delimitar do alcance da coisa julgada¹⁷⁶. Além disso, outro predicado do controle do juiz na formação dos grupos que conduz a um processo mais justo, através da adequação da representatividade: “com a adequada subdivisão do grupo, separam-se e classificam-se os membros em subgrupos mais homogêneos, determinando com mais precisão o objeto do processo”. Isso facilita a condução do processo e possibilita a decisão e o acordo. Trata-se de uma técnica que, ao mesmo tempo, resolve a inerente tensão existente entre a conveniência e a economia em produzir um julgamento coletivo da controvérsia e dá atenção individualizada a questões particulares que afligem o grupo¹⁷⁷.

Um exemplo de grupo em que pode emergir a necessidade de atuação do juiz para controlar a idoneidade da representatividade do portador é apontado por Antonio Gidi:

¹⁷⁴ 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. 261-262.

¹⁷⁵ A notificação, no direito norte-americano, é o meio através do qual o juiz informa os membros ausentes sobre a propositura e a certificação de uma coletiva interposta em tutela de seus interesses. É a partir da notificação que os ausentes tomam conhecimento da demanda e passam a poder influir sobre ela, através da contribuição com provas ou informações, bem como do controle da representatividade adequada do representante. (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. 213-214)

¹⁷⁶ 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. 192-193.

¹⁷⁷ 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. 268

imagine-se um grupo de pessoas que foram expostas a um agente nocivo à saúde produzido pelo réu da ação coletiva; imagine-se também que parte dos afetados desenvolveu uma doença, enquanto que outra parte ainda não a manifestou. Há um conflito entre os membros atuais (*current members*), que desenvolveram a doença, e os membros futuros (*future members*), que ainda não foram afetados¹⁷⁸. Os primeiros têm interesse de receber uma alta indenização, o mais rápido possível. Enquanto que os segundos preferem que as indenizações não sejam tão vultuosas e apressadas, a fim de preservar a capacidade financeira do réu¹⁷⁹.

Nessa situação, para respeitar o devido processo legal e proteger adequadamente os interesses de ambos os grupos, o juiz deverá subdividir o grupo, separando os membros atuais dos membros futuros e atribuindo a cada um representante e advogado diversos, já que é improvável que um único representante defenda idoneamente direitos tão heterogêneos. Apenas assim, com uma representação separada, as diferenças e conflitos serão levados ao conhecimento do juiz, “permitindo uma decisão ou um acordo mais bem informado e, portanto, mais adequado”¹⁸⁰.

Conquanto seja recomendado que a subdivisão ou redefinição dos grupos pelo juiz, assim como a notificação dos membros para afirmarem se estão sendo bem representados e para introduzir novo representante ou auxiliar do representante (ou qualquer outra medida a ser adotada pelo juiz para garantir a representação consoante com os interesses do grupo), ocorra o mais brevemente possível, para evitar prejuízos aos membros do grupo¹⁸¹, estas medidas podem ser adotadas em qualquer outro momento do processo e sempre que se apresentar necessário justamente porque a representatividade adequada deve ser controlada durante todo o processo.

¹⁷⁸ Importa ressaltar, conforme alerta Antonio Gidi, que a jurisprudência norte-americana não é pacífica quanto à possibilidade de inclusão dos membros futuros em ação coletiva juntamente com os membros atuais, havendo relevante divergência, nos seguintes termos: “A possibilidade de inclusão de membros futuros de um grupo (*future members* ou *future class*) em um processo coletivo é polêmica, havendo vasta jurisprudência em ambos os sentidos. A regra, porém, parece ser a da possibilidade de inclusão dos membros futuros nas ações coletivas declaratórias e injuntivas – *Rule 23* (1) e (b) (2) -, podendo o juiz, no caso concreto, autorizar a sua exclusão. Quanto às ações coletivas indenizatórias – *Rule 23* (b) (3) -, a questão é mais polêmica e delicada porque há casos em que os interesses de membros futuros podem ser sacrificados em favor dos interesses dos membros atuais (*current members*). Esse risco é potencializado nos casos em que a ação é encerrada através de acordo. Por esse motivo a situação deve ser analisada caso a caso”. (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.264-265).

¹⁷⁹ 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.264.

¹⁸⁰ 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.267.

¹⁸¹ 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.268.

Incluindo-se até a possibilidade de ocorrer após a sentença de mérito. Um exemplo de intervenção do juiz após a decisão do mérito da causa para controlar a representatividade adequada ocorreu caso norte-americano *Key* contra *Gillette*¹⁸².

O juiz revogou a decisão de certificação da ação coletiva, após a sentença, porquanto a construção probatória foi deficiente, bem como a atuação do advogado do representante, o que refletiu em sua incapacidade de proteção adequada dos interesses de sua classe. Irresignada, a parte autora apelou, opondo-se à decisão de descertificação e alegando que o tribunal de primeira instância não aplicou corretamente os critérios da *Rule 23* sobre representatividade adequada. Coube, então, ao tribunal de revisão saber se houve abuso do seu poder discricionário em descertificação da classe.

O entendimento foi no sentido de que não houve abuso de poder. Segundo o tribunal, ambas as partes reconheceram que todos os quatro requisitos da *Rule 23* (a)¹⁸³ devem ser cumpridos para a certificação da classe ser apropriada, sendo que um dos mais importantes é o da representatividade adequada. Um ingrediente essencial desta exigência é que o advogado do representante da classe seja qualificado para defender adequada e vigorosamente os interesses da classe, o que não se verificou. Sendo assim, a revogação da certificação foi correta, pois preservou o direito ao devido processo dos membros ausentes e os protegeu dos possíveis efeitos adversos da coisa julgada, preservando-lhes a oportunidade de apresentar outra demanda no futuro.

No caso apresentado, o questionamento da idônea atuação do advogado foi crucial para concluir pela inadequação da representatividade dos membros ausentes.

Quanto à possibilidade de trocar o advogado do grupo ou convidar outros advogados para que o auxiliem, ela está relacionada à peculiaridade de nos Estados Unidos as grandes *class actions*, na maioria das vezes, envolverem inúmeros advogados ou muitos escritórios de advocacia, e à possibilidade de mais de uma ação coletiva (ou individual pendente de certificação) serem propostas concomitantemente em juízos diferentes e, após, serem consolidadas em único juízo. Assim, para evitar disputas desleais, que acabassem por

¹⁸² *Key v. Gillette Co.*, 782 F.2d 5 (1st Cir 1986). (Disponível em <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/782/782.F2d.5.85-1251.html>> Acesso em 02.11.10)

¹⁸³ Conforme já apontado acima, são requisitos da ação coletiva, exigidos pela *Rule 23* (a): (1) o grupo deve ser tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros seja impraticável; (2) deve haver questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo; (3) os pedidos ou defesas do representante do grupo devem ser típicos dos pedidos ou defesas dos membros do grupo; (4) os interesses do grupo devem ser adequadamente representado em juízo

prejudicar os interesses do grupo, o juiz escolhe, dentre todos, o advogado mais adequado para representar o grupo no momento da certificação da ação coletiva¹⁸⁴.

No entanto, se desaparecerem os motivos para considerá-lo adequado, é dever do juiz é promover sua substituição ou convocar outros para que o auxiliem. Na escolha o juiz deve levar em consideração os aspectos já mencionados no Capítulo II deste trabalho acadêmico.

De todas as atitudes possíveis para o juiz das *class actions*, no Brasil poderiam ser aplicadas, em conformidade com nosso ordenamento legal e constitucional, a subdivisão do grupo em subgrupos mais homogêneos; a convocação de outros colegitimados coletivos para auxiliarem o representante; a notificação do grupo para que informem se o representante lhes é adequado; a redefinição dos grupos, de modo a restringi-lo aos membros adequados pelo portador dos interesses em juízo.

Embora tais atitudes sejam indispensáveis para assegurar o justo processo e o contraditório em relação aos membros que estão sendo representados, no direito brasileiro, nem na Lei da Ação Civil Pública, nem no Código de Defesa do Consumidor, há disposição expressa autorizando o juiz a adotá-las.

Entretanto, o contraditório, mais do que direito à informação sobre o processo e à manifestação, “compreende, igualmente, o direito das partes a que as respectivas razões sejam examinadas em juízo, com os correlativos deveres do órgão judicial de apreciar essas razões”. Esse conteúdo decorre diretamente da Constituição Federal, sem necessitar de lei ou interpretação de ordinária que a concretize, “o contraditório tem aplicabilidade direta e imediata, por força da própria Constituição, sem necessidade da intermediação de disposições de lei infraconstitucional”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Um problema quanto à designação do advogado adequado apenas no momento da certificação da ação é apontado por Gidi: “Acontece que, como vimos, a certificação muitas vezes é a fase mais importante e mais longa do processo coletivo, talvez na qual haverá disputa mais acirrada entre as partes, e, portanto, na qual a atuação do advogado será mais decisiva. Portanto, é mesmo de se esperar que a *Rule 23* (g) (2) (A) autorize o juiz a nomear um advogado interino (*interim counsel*) até a decisão da certificação, quando houver dúvida sobre qual será o advogado escolhido para representar o grupo”. Por outro lado, pondera o autor: “Aí reside todo o problema: no momento da certificação, talvez já seja tarde demais para se escolher o advogado do grupo, uma vez que o principal momento da disputa já se passou. Em muitos casos, depois da certificação, o acordo vem naturalmente. Ademais, ser “advogado provisório” não é uma posição muito confortável para um profissional que esteja investindo tempo e dinheiro em uma causa complexa e arriscada. Também não faz muito sentido “mudar em time que está ganhando”: se o advogado provisório obtém uma certificação favorável aos interesses do grupo, não faz muito sentido substituí-lo por um outro “mais adequado”. (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.255)

¹⁸⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 205

Além disso, para significar um concreto direito de defesa, o contraditório deve ser exercido ao longo de todo o processo¹⁸⁶, de modo que a possibilidade de controle do juiz sobre as matérias acima referidas, também em nosso País, por exigência do contraditório, e por consequência do devido processo legal, se estenderia desde a propositura da demanda, até o encerramento do processo.

Nem se poderia pensar que esse poder do juiz, em nosso País, significaria arbítrio do julgador. Isso porque “a vontade do juiz não se exige totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar nos limites impostos pelo próprio sistema”¹⁸⁷. Quem assume a função de controle do arbítrio do juiz é o próprio contraditório.

É sempre bom lembrar a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de que “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo; é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas”¹⁸⁸.

Ademais, assim como o órgão judicial “desde muito deixou de ser mero espectador da disputa travada entre as partes, devendo determinar de ofício as provas julgadas necessárias à formação da *sua própria convicção*”, e isso não é compreendido como incompatível com sua imparcialidade; no processo coletivo o poder de o julgador atuar de modo a manter a representação dos membros ausentes idônea, não significa que esteja advogando para a coletividade, mas sim obtendo elementos para que possa julgar com justiça¹⁸⁹.

Outra face da abrangência do controle judicial da representatividade adequada diz respeito às ações coletivas passivas. Nestas ações, a coletividade figura no pólo passivo, pois seus direitos ou interesses são pleiteados por outrem.

Veja-se, a título de exemplo, as situações em que há “um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus, semelhantemente situados”. É caso de estudantes de uma cidade ou de um Estado que possuem uma pretensão contra todas as escolas da localidade. Estas podem

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 205-206

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.158-159

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.158-159

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.163

ser representadas em juízo por uma associação que as congregue. Há uma coletividade no pólo passivo. Da mesma forma poderá haver ações coletivas passivas quando houver pretensão sendo formulada em face de “lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de seguro-saúde, prisões, fábricas, cidades”, entre outros, por “consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes de impostos ou taxas ou mesmo em benefício do meio ambiente”¹⁹⁰.

No direito norte-americano, a possibilidade de ajuizar ações coletivas passivas vem implícita na *Rule 23*, sem haver regras expressas sobre os requisitos e hipóteses de cabimento. Nessa situação, a doutrina e a jurisprudência, utilizam como modelo as ações coletivas ativas¹⁹¹. No ordenamento brasileiro também não há previsão expressa sobre este tipo de ação coletiva¹⁹².

Porém, em ambos os ordenamentos, a legitimação coletiva passiva passa principalmente pela identificação de um representante adequado para defender a coletividade em juízo, da mesma forma como ocorre nas ações em que a coletividade é autora: embora o autor possa indicar na inicial o representante do grupo contra o qual irá litigar (e poder-se-ia imaginar que o autor preferiria litigar contra um representante inidôneo), o juiz dispõe de poder para assegurar que sua atuação será conforme os interesses do grupo, idônea, podendo inclusive substituí-lo quando necessário¹⁹³.

Aqui se estende o controle judicial da representatividade adequada para garantir a idoneidade da representação quando a coletividade estiver no pólo passivo.

Em nosso País, em princípio, qualquer um dos co-legitimados arrolados na Lei da Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor poderia atuar no pólo passivo, cabendo, entretanto, ao magistrado, no caso concreto, verificar a adequação de sua representação¹⁹⁴.

¹⁹⁰ 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. 391-392.

¹⁹¹ 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. 393-394.

¹⁹² Assim como quanto à possibilidade de controle judicial sobre a representatividade adequada, também quanto à possibilidade de haver ações em que a coletividade figure no pólo passivo há divergência na doutrina nacional. A negativa passa principalmente pelos seguintes argumentos: a inexistência de legislação expressa prevendo a admissibilidade destas ações em nosso ordenamento; a dificuldade em se identificar o representante adequado para defender os interesses metaindividuais; e a barreira imposta pelo regramento da coisa julgada coletiva, pelo qual não poderia prejudicar os direitos individuais. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 218-219). Mais informações sobre o tema podem ser encontradas na obra acima citada.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p.221.

¹⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p.221.

4.2 Reflexos da representatividade adequada no processo coletivo

A adequada representatividade do portador dos direitos ou interesses metaindividuais possui importantes reflexos no processo coletivo: na notificação do grupo, na instrução do processo coletivo, na forma de produção das provas, no alcance da coisa julgada. Para melhor delinear a forma como a representatividade adequada permeia o processo coletivo, será analisada neste trabalho sua ingerência na notificação dos membros ausentes e na coisa julgada.

A notificação é o instituto através do qual os membros ausentes são informados sobre a existência da ação coletiva. A ausência de informação é particularmente sentida no contexto das demandas coletivas porque envolvem a representação judicial de direito de pessoas que, por definição, estão ausentes no processo porquanto representadas¹⁹⁵. Havendo a notificação se oportuniza a interposição de demanda individual de liquidação de danos, a intervenção no processo coletivo para auxiliar e principalmente para controlar a adequação do representante, o que não aconteceria se os membros do grupo e os demais legitimados coletivos não fossem notificados. Ou seja, ela é necessária para proporcionar aos membros do grupo titular da pretensão um processo coletivo adequado, “devido”.

Mais uma vez é a questão da representatividade adequada que se apresenta como pano de fundo: o juiz não tem como controlar se o representante está reportando os verdadeiros interesses do grupo sem conhecer o que os membros pensam. Por isso não é possível imaginar um processo coletivo em que haja representação idônea do interesse dos sem sua notificação.

Ela “não é um fim em si mesma, mas um instrumento para que os membros do grupo possam controlar e aperfeiçoar a adequação da representação ou do processo coletivo”¹⁹⁶ Não é admissível que se recuse aos membros do grupo o direito de serem

¹⁹⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65

¹⁹⁶ 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. 230

“adequadamente informados sobre a propositura e sobre os principais atos praticados em um processo coletivo proposto em seu nome e em seu benefício”¹⁹⁷.

Diferentemente da citação, em que é preciso um oficial de justiça ou uma carta com aviso de recebimento; na notificação não devem ser exigidas muitas formalidades, basta informar, independentemente da maneira, contanto que de maneira efetiva e adequada¹⁹⁸.

Em nosso País, de acordo com o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, a notificação do grupo é efetivada por uma publicação no Diário Oficial. Acrescenta o artigo que, se alguma entidade tiver interesse em realizar uma ampla divulgação, ela está autorizada. Ou seja, pode promover ou não, sem obrigatoriedade, sanção ou qualquer outra consequência¹⁹⁹; de modo que não se imaginaria, na maior parte das situações, qual motivação levaria ao réu da ação coletiva, de livre e espontânea vontade, despende esforço e dinheiro na notificação dos membros do grupo. A única notificação, portanto, proporcionada ao grupo sobre a existência de uma demanda coletiva proposta em seu proveito é através do Diário Oficial.

No entanto, é notório que poucas pessoas têm o hábito de ler o Diário Oficial. Assim, uma demanda coletiva pode tramitar e ser julgada sem que os membros do grupo, ou mesmo outros colegitimados coletivos, saibam de sua existência. Esse tipo de notificação, fictícia, é inadequada e não se coaduna com a idoneidade da representação, nem com o princípio constitucional do devido processo legal²⁰⁰.

No direito norte-americano, a notificação corresponde à ciência dos membros ausentes sobre a propositura e sobre a certificação da ação coletiva. Ela tem o objetivo de “proporcionar aos membros do grupo uma adequada informação sobre a causa, os direitos e os riscos que concernem aos membros, para que eles possam decidir qual a melhor conduta a tomar perante a ação”. Ademais, com a notificação, os membros ausentes poderão intervir no processo, controlar a atuação (e a adequação) do representante, contribuir com as provas e as

¹⁹⁷ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 66

¹⁹⁸ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67

¹⁹⁹ 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. 240

²⁰⁰ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 63-66

informações de que dispunham ou mesmo exercer o direito de auto-exclusão do grupo, se não quiserem ser atingidos pela coisa julgada da ação coletiva²⁰¹.

Lá, a notificação ordenada pelo juiz deve ser apropriada para o grupo (*Rule 23 (c) (2) (A)*), ou, dependendo das características da ação, ser a melhor notificação possível em face das circunstâncias, inclusive com possibilidade a notificação individual de todos os membros que puderem ser identificados através de um esforço razoável (*Rule 23 (c) (2) (B)*).

Essa previsão de notificação individual a cada um dos membros, no entanto, não pode ser levada ao extremo de inviabilizar a notificação, como ocorreu no clássico caso norte-americano Eisen contra Carlisle & Jacquelin²⁰².

Nesta ação, um autor individual, em seu nome e em nome de outros pequenos investidores, buscava o ressarcimento de danos que sofreu de empresas atuantes na Bolsa de Valores de Nova Iorque, por violação de leis de concorrência e leis de valores mobiliários. Tendo alcançado os requisitos para tramitar como ação coletiva, havia necessidade de notificação dos membros ausentes. No entanto, da classe, cerca de dois milhões duzentos e cinquenta mil membros podiam ser identificados pelo nome e endereço.

Para enviar aviso individual a todos eles, o custo seria de duzentos e vinte e cinco mil dólares, a serem arcados, inicialmente, pelo autor da ação.

Embora o autor tenha proposto um sistema alternativo de notificação financeiramente mais viável, que previa a notificação individual para apenas um número limitado de membros da classe e aviso por publicação para o restante, a Suprema Corte decidiu que, em atenção à literalidade da *Rule 23 (c) (2)*, cada membro da classe deveria ser notificado individualmente, porque isso não importava em esforço acima do razoável. Para a Corte, a notificação individual de todos os membros identificados era um esforço admissível, visto que seus nomes e endereços eram facilmente verificáveis, e não havia nada que demonstrasse que o aviso individual não pode ser enviado para cada um. Para estes membros da classe, aviso individual é claramente o melhor aviso praticável.

Essa decisão inviabilizou a tutela dos direitos coletivos porquanto a participação de cada lesado, na média, era de cerca de setenta dólares, quantia que não os levaria a proporem ações individuais, apenas juntas tais pretensões poderiam ter algum sucesso.

²⁰¹ 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. 213-215.

²⁰² Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974). (Disponível em <http://supreme.justia.com/us/417/156/>. Acesso em 03.11.2010)

Também a complexidade da matéria, leis de concorrência e leis de valores mobiliários, era um impedimento a proposição de ações individuais para recuperar uma quantidade tão pequena.

A notificação adequada, na verdade, não exige a notificação pessoal dos membros (muitas vezes isto pode ser até mesmo inviável ou inútil), porém, rejeita a notificação ficta, como a feita no Brasil.

Assim como a adequada representatividade não pode ser determinada pelo legislador, mas, sim, verificada caso a caso, também a notificação adequada não pode estar prevista em abstrato na lei. O essencial é notificar adequadamente o grupo como um todo, através das mais variadas técnicas, e isso só pode ser determinado em face das particularidades que o grupo apresenta. É decisão que deve ser adotada pelo juiz²⁰³.

A adequação da notificação dependerá sempre do caso concreto, das particularidades do grupo, como “o tamanho, a dispersão geográfica e o tipo de grupo”, por isso, é possível notificar de maneira adequada através de “uma carta simples, ou e-mail, afixar cartazes em local onde o grupo costuma freqüentar, publicar anúncios em revistas e jornais, na internet etc”²⁰⁴.

No Anteprojeto de Códigos de Processo Coletivo Modelo, já se vê uma preocupação em alterar essa realidade inadmissível de que o processo coletivo possa ser proposto, conduzido e julgado sem que nenhum interessado dele tome conhecimento, como é a regra no direito brasileiro atual²⁰⁵.

Por exemplo, prevê que o juiz promoverá, com auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto (artigo 5). Ademais, para atingir tal fim, o juiz poderá utilizar todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo (artigo 5.2).

Traz ainda algumas sugestões ao magistrado, de como poderá ser implementada a notificação. É o caso do artigo 5.13, o qual orienta que, se a parte contrária ao grupo enviar correspondências aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou mesmo um sítio na Internet, a notificação poderá ser efetuada através desse método.

²⁰³ 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. 225-226

²⁰⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 67

²⁰⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 64

Outro reflexo importante da representatividade adequada nas ações coletivas é na coisa julgada²⁰⁶, que, por ser a “imutabilidade decorrente as sentença de mérito, que impede a sua discussão posterior”²⁰⁷, se torna ponto essencial nas demandas coletivas ao alcançar a esfera jurídica de pessoas ausentes (membros representados).

Havendo a adequada representação dos membros do grupo, ou seja, se os seus interesses foram devidamente reportados em juízo, se houve adequada notificação para que pudessem intervir no processo, colocar uma das partes, no caso a coletividade, em posição privilegiada, e com isso colocar em risco a paridade de armas no processo, “enseja uma forma ulterior de violação do devido processo legal”²⁰⁸.

No Brasil, a coisa julgada das ações coletivas, regulada pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁹⁻²¹⁰, possui características que não se coadunam com um processo

²⁰⁶ Tratar-se-á aqui da coisa julgada material, por se referir à imutabilidade da sentença judicial de mérito fora do processo, e não da coisa julgada formal, que remete a idéia de rediscussão da matéria julgada dentro do mesmo processo. Estas são formas distintas de coisa julgada conforme apontado pela doutrina: “Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto em relação a outros efeitos judiciais, o campo é o da *coisa julgada material*, que aqui realmente importa e constitui, verdadeiramente, o âmbito de relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de *coisa julgada formal*. A coisa julgada formal, como se nota, é *endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo. (grifos presentes no original) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 631)

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 631

²⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. In: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 123

²⁰⁹ 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. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

²¹⁰ A matéria regulada no CDC vale tanto para direitos relativos ao consumo, como para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de qualquer outra natureza, em virtude do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Segundo o artigo, aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC, sobre a defesa dos consumidores em juízo, no qual se insere o art. 103 supramencionado.

que tramitou regularmente sob o controle judicial da representatividade adequada, com respeito ao devido processo legal.

De acordo com o art. 103, I, do CDC, a coisa julgada para os direitos difusos pode ocorrer das seguintes formas: i) se a demanda coletiva é julgada procedente, “a sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade, que podem valer-se da coisa julgada em benefício de suas pretensões individuais”; ii) se o pedido é julgado improcedente, os efeitos produzem-se *erga omnes*, com relação a todos os colegitimados coletivos, “impedindo o ajuizamento de nova ação coletiva, pelo mesmo fundamento”; porém ainda podem ser propostas demandas individuais, “com idêntico fundamento, por iniciativa dos titulares de interesses e direitos pertencentes pessoalmente aos integrantes da coletividade”; iii) se o pedido é julgado improcedente por insuficiência de provas, “a sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada material, e qualquer legitimado (inclusive aquele que havia intentado a primeira demanda) poderá renovar a ação, com idêntico fundamento”²¹¹.

Em se tratando de direitos coletivos, o inciso II prevê que “a sentença fará coisa julgada *ultra partes*²¹², mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas”, quando poderá ser reproposta a ação coletiva com base em prova nova. É o mesmo regime previsto para os direitos difusos, com a diferença do alcance de uma e outra em razão das características do direito: enquanto que nos direitos difusos “a extensão da coisa julgada será para a toda a coletividade”; nos direitos coletivos, “essa extensão estará restrita aos membros da categoria ou classe”²¹³.

Nestas duas primeiras hipóteses (direitos difusos e coletivos), a coisa julgada é chamada de *secundum eventum litis*, visto que se opera dependendo das circunstâncias da causa, qual seja, a produção suficiente ou não das provas.

²¹¹ MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 305

²¹² Marinoni faz uma ressalva quanto a consideração de que a coisa julgada se estende *ultra partes*: “não é, na verdade, a coisa julgada que se estende para além das partes do processo. Na verdade, é o efeito direito da sentença que opera em relação aos titulares do direito de maneira imutável, pela singela circunstância de que eles não detêm *legitimidade ad causam* para discuti-la. (grifos presentes no original) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 747)

²¹³ MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 306

No caso dos direitos individuais homogêneos (art. 103, inciso III, do CDC), a sentença também fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas no caso de procedência do pedido, ou seja, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores da mesma forma nos interesses difusos e coletivos. Formar-se-á a coisa julgada pela mesma pela improcedência por insuficiência de provas, ao contrário do que ocorre nos direitos difusos e coletivos. Aqui a coisa julgada também é *secundum eventum litis*, mas porque operará somente quando a sentença for procedente.

Haverá ainda, o transporte da coisa julgada, *in utilibus*, das ações coletivas para tutela de direito difuso, coletivo ou individual para as ações individuais que versem sobre o tema, conforme o art. 104 do CDC²¹⁴. Pelo artigo, torna-se possível “o ajuizamento da ação individual mesmo que pendente ação coletiva” e ainda deixa claro que “a tutela coletiva não trará benefícios para aquele que não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias após obter ciência do ajuizamento da ação coletiva”²¹⁵.

Sobre essas características da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras, de operar *secundum eventum litis* e *in utilibus*, alguns doutrinadores referem que elas buscam “atender às necessidades da regulamentação do universo coletivo, contudo, sem risco para garantia do devido processo legal”. Essa técnica estaria “apoiada na premissa de que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros”; porém, nenhum motivo relevante impediria que, eventualmente, não pudesse beneficiá-los”²¹⁶.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, ao analisar a coisa julgada nas ações que envolvem direitos individuais homogêneos, entendeu que adoção da coisa julgada *secundum eventum litis* está relacionada à dificuldade de “notificação de todos os potenciais interessados em figurar no pólo ativo da ação”, pois a decisão desfavorável não deveria afetar quem não foi parte na demanda²¹⁷.

²¹⁴ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2010)

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 749

²¹⁶ MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 305

²¹⁷ BAROSSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 130, ano 30 (dez. 2005), p. 131-153

Sobre a produção de coisa julgada *secundum eventum litis*, Luiz Guilherme Marinoni, refere que “quando o legislador afirma que a mesma ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, há ruptura como princípio (que é ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente”. Ou seja, há aceitação por parte do legislador de que legitimado coletivo “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”²¹⁸.

Este tipo de coisa julgada (*secundum eventum litis* e *in utilibus*), como se vê, é pensado para um processo em que não há garantia de que os membros estarão bem representados em suas pretensões, que não tiveram a oportunidade de falar em juízo, de opinar sobre a representação do portador de seus direitos. Ou seja, em que não há controle do juiz sobre a representatividade adequada dos direitos metaindividuais.

Entretanto, se o autor da demanda coletiva puder ser considerado uma parte idônea para defender os direitos de um grupo, não há razão para “distinguir entre feitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis” da sentença²¹⁹.

Antonio Gidi, nesse mesmo sentido, considera que “se existe controle judicial da adequação da representação dos interesses do grupo em juízo, um sistema de ampla notificação e intervenção e o direito de auto-exclusão”, nada mais justo que a coisa julgada vincular a todos os membros do grupo.²²⁰

No direito norte-americano, em que a coisa julgada “é mais inflexível que a do direito brasileiro”, se todos os requisitos exigidos em lei forem respeitados durante a tramitação do processo coletivo, principalmente a idoneidade da representação e a notificação adequada dos membros, a coisa julgada coletiva opera em face de todos os membros do grupo, independentemente de o resultado da ação é favorável ao não a ele²²¹.

O que se leva em consideração, para saber se os membros ausentes estão vinculados ou não a uma sentença coletiva desfavorável, é o respeito ao devido processo legal

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. In: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 122

²²⁰ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 293

²²¹ 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. 287

durante a condução do processo²²². Essa garantia deve ser analisada pelo juiz através do controle da representatividade adequada.

Um exemplo do alcance da coisa julgada nos Estados Unidos é bem retratado no caso Johnson contra Uncle Ben's²²³.

No caso, negros e descendentes de mexicanos ingressam com ação coletiva em face da empresa Uncle Ben's, alegando que estavam sendo discriminados no ambiente de trabalho. Inicialmente, o demandante estava representando adequadamente ambas as etnias. No julgamento, entretanto, a representação da classe dos mexicanos não foi considerada suficiente porque a causa foi toda conduzida entorno da discriminação dos negros. Embora isto possa ter acontecido pelo pequeno número de mexicanos empregados pela empresa Uncle Ben's, a preocupação com a produção probatória apenas para os negros levou à exclusão de evidências sobre a discriminação do outro grupo.

O juiz tinha o dever de fiscalizar representação adequada de todos os membros ausentes, afim para salvaguardar seus direitos enquanto classe representada. Nessa situação, ele deveria ter promovido a divisão da classe certificada em uma subclasse separada para os membros os descendentes de mexicanos. Não tendo sido feita, o julgamento não pode ter efeito de coisa julgada contra eles em vista do fracasso do portador dos direitos em juízo em adequadamente para representá-los.

Há que se ponderar, todavia, que a possibilidade aberta pela coisa julgada *secundum eventum litis*, de qualquer legitimado repropor a mesma ação, no caso de esta ter sido julgada improcedente por insuficiência de provas (o que ocorre apenas com as ações sobre direitos difusos e coletivos), é uma garantia oferecida à coletividade, semelhante à garantia norte-americana de que a coisa julgada só atingirá aqueles membros ausentes que foram adequadamente representados. A inadequação, no direito brasileiro, é presumida se houver nova prova. Porém, por ser uma garantia restrita à insuficiência de provas, é menos ampla, de modo que “se a ação coletiva for julgada improcedente devido a uma má argumentação dos fatos ou do direito”, por exemplo, “a decisão contrária ao grupo transitará em julgado e a mesma ação coletiva não poderá mais ser reproposta”²²⁴

²²² 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. 278

²²³ Johnson v. Uncle Ben's Inc., 628 F.2d 419 (5th Cir 1980). (Disponível em <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/628/628.F2d.419.78-1437.html>>. Acesso em 04.11.2010)

²²⁴ 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. 285

Ou seja, em qualquer outra situação, que não a insuficiência de provas, a sentença coletiva desfavorável ao grupo faz coisa julgada e vincula o grupo titular da pretensão deduzida em juízo. “A via coletiva estará definitivamente preclusa e nenhum dos co-legitimados poderá propor a mesma demanda coletiva em tutela do mesmo direito do grupo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo”²²⁵.

Dessa forma, o controle da representatividade pelo juiz é a melhor garantia de que aos membros ausentes terão seu direito ao devido processo legal assegurado e, portanto, de que, quanto a eles, poderá ser operada a coisa julgada, sendo ela favorável ao não.

²²⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 289

SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ELABORADAS

a) Tendo em vista as novas categorias de direitos surgidas, foi necessária uma alteração da perspectiva individual do processo civil para uma perspectiva coletiva. Tal alteração refletiu sensivelmente na legitimação ativa e passiva das ações coletivas: para permitir que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses transindividuais, admitiu-se que um representante defendesse o interesse da coletividade em juízo.

b) Para garantir o efetivo exercício do direito ao contraditório pela coletividade representada, entretanto, é necessária a escolha de alguém que, embora não seja o titular exclusivo do direito material reivindicado, apresente condições idôneas para a propositura de demandas coletivas. É necessário um representante adequado.

c) Embora o Brasil, ao contrário do sistema norte-americano que adotou o critério da *adequacy of representation*, tenha optado pelo modelo de legitimação em que os representantes agem *ex lege* e são inequívoca e taxativamente os indicados na lei, sem, em princípio, a possibilidade de averiguação pelo juiz da representatividade adequada, os projetos de modernização do processo coletivo já trazem disposições expressas sobre a representatividade adequada, herdadas do direito americano. Isso demonstra a tendência atual de aproximação do nosso ordenamento ao critério da idoneidade da representação.

e) As garantias do devido processo legal permanecem essenciais nas demandas coletivas, assim como o acesso à justiça, o contraditório, o princípio da segurança jurídica, da efetividade da tutela coletiva e, fundamentalmente, do justo processo. Essa compreensão conduz à adequada representatividade, que tem fundamento no Direito Constitucional, e permite uma aproximação suficiente do juiz à realidade dos fatos para proferir uma decisão justa, que tenha sido obtida em processo que observou os direitos fundamentais processuais.

f) A representatividade adequada exprime um conjunto de fatores que demonstram ao juiz, durante todo o curso do processo, ser o autor pessoa idônea à defesa dos interesses das pessoas ausentes em juízo. Os anteprojetos brasileiros de Códigos de Processo Civil Coletivo trazem em suas propostas tópicos sobre averiguação da idoneidade dos portadores dos direitos transindividuais em juízo adaptados ao nosso ordenamento.

g) O controle *ope legis* da representatividade adequada, através da fixação de pré-requisitos em lei suficientes a garantir a idoneidade da representação, esbarra não só nas

situações concretas, que serão mais numerosas e diversificadas do que as hipóteses tipificadas, como na possibilidade de colusão entre autor e réu em detrimento dos interesses da coletividade. Além de desrespeitar o devido processo legal e demais princípios processuais em relação aos membros representados.

h) Em nosso País, a exigência de um controle judicial sobre a representatividade adequada deriva diretamente da Constituição, sendo irrelevante a falta de previsão infraconstitucional expressa a respeito. Se a Constituição brasileira prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), para que alguém seja privado do seu direito e atingido pela coisa julgada, deve ter a oportunidade de exercer o contraditório, o que, no processo coletivo é feito somente através de um representante adequado.

i) A dependência de ações normativas para proteção de direitos não se coaduna com o dever que o Estado tem de proteger os direitos. Por ser um direito fundamental previsto na Constituição Federal, o devido processo legal tem aplicação imediata, na forma do art. 5º, §1º, da CF, cabendo ao juiz concretizá-lo, por meio da via interpretativa. Nessas situações, mais do que ativo, o julgador deve ser cooperativo e leal, assegurando a possibilidade de participação efetiva das partes no processo por meio do controle da representatividade adequada.

j) O juiz brasileiro, em conformidade com nosso ordenamento legal e constitucional, deve controlar a representatividade adequada durante todas as etapas do processo judicial, porque a ação é exercida ao longo do procedimento e não apenas na distribuição da ação, conforme a compreensão do processo como um procedimento em contraditório. Para isso, pode adotar atitudes tais como dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos.

l) Da mesma forma como ocorre nas ações em que a coletividade é autora, deve haver o controle judicial da representatividade adequada do portador dos direitos do grupo quando ela estiver no pólo passivo da ação, nas chamadas ações coletivas passivas.

m) O controle da adequada representatividade do portador dos direitos ou interesses metaindividuais possui importantes reflexos no processo coletivo, em especial na notificação do grupo, que deve ser adequada às características do grupo, e no alcance da coisa julgada, que favorável ao grupo ou não, pode ser operar seus efeitos se houver garantia de que

aos membros ausentes tiveram seu direito ao devido processo legal através do controle judicial da representatividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor Comentado – vol. 8*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BAROSSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 130, ano 30 (dez. 2005), p. 131-153

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1792. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 05.03.1998.

CAPPELLETTI, Mauro. As formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 5 (jan-mar.1977), p. 127-161.

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – processo coletivo (vol. 4)*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

EISEN v. CARLISLE & JACQUELIN, 417 U.S. 156 (1974). Disponível em <<http://supreme.justia.com>> Acesso em 03.11.2010

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

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.

_____. *Cosia julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1 ed. 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 (mai-jun.2002).). p. 3-12

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 43, ano 11 (jul-set.1986). p. 19-30

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Florense, 2005.

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JOHNSON v. UNCLE BEN'S INC., 628 F.2d 419 (5th Cir 1980). Disponível em <<http://public.resource.org/index.html>>. Acesso em 04.11.2010

KEY v. GILLETTE CO., 782 F.2d 5 (1st Cir 1986). Disponível em <<http://public.resource.org/index.html>> Acesso em 02.11.10

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito processual civil vol.1*. Tocantins: Intelectos, 2003.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Florense, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCARPINELA BUENO, Cássio. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão. *Revista Processo*. São Paulo, n. 82, ano 21 (abr-jun.1996)

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

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: Editora Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Dott.A. Guifferè Editore, 1979.

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 Florense, 2005.

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

_____. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.