

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO BREVE ANÁLISE COMPARATIVA DOS SISTEMAS BRASILEIRO E AMERICANO

DANIELA AMARAL DOS REIS¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Representatividade adequada no sistema processual norte- americano. 2. Representatividade adequada no sistema processual brasileiro. Conclusões. Referências.

Introdução

Nos últimos anos, a legislação brasileira sofreu mudanças para garantir acesso à justiça a interesses transindividuais, isto é, a direitos “[...] que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém.”² Essa necessidade já havia sido apontada por Mauro Cappelletti – um dos maiores estudiosos da questão do acesso à justiça – que, ao estudar o tema, havia identificado três pontos sensíveis. Entre eles, estava o da tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa fossem levados aos tribunais.

Para que esse objetivo fosse alcançado, foram introduzidas, no ordenamento pátrio, a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros diplomas.

A lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que, juntas, formam um microsistema de direitos transindividuais, foram responsáveis pelas principais inovações. Como exemplos, pode-se apontar a adaptação do instituto da legitimação de agir, presente no artigo

¹ Mestre em Filosofia Política pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogada. Professora da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professora da ESAMC Sorocaba.

RESUMO: Ao longo dos últimos anos ocorreram, no Brasil, várias mudanças legislativas no intuito de atender a crescente demanda de proteção dos chamados interesses metaindividuais. A fim de garantir o acesso à justiça a esses direitos, houve necessidade de adaptação da estrutura individualista do Direito, presente no Código de Processo Civil. Daí a criação da Lei 7347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, que, juntos, formam um microsistema de direitos transindividuais. Com eles, foram introduzidas as chamadas legitimação extraordinária e representatividade adequada. Ao contrário do que ocorre com relação à proteção dos direitos individuais, faz-se necessário que um porta-voz fale em juízo em nome de outrem, de um grupo ou coletividade, requerendo a tutela do direito coletivo violado. Assim sendo, é essencial saber se aquele que se apresenta como defensor em juízo do interesse transindividual é um representante adequado da coletividade, classe ou categoria. Por conta disso, instituiu-se a chamada representatividade adequada. A partir dela, os ordenamentos jurídicos criaram diversos critérios de avaliação. O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, tal como desenhado pelo legislador nas leis 7437/85 e 9096/90, estabeleceu a verificação *ope legis* da representatividade adequada, enquanto o sistema americano instituiu a verificação *ope judicis*. O objetivo deste trabalho é analisar como esses sistemas se constituem, assim como apontar seus pontos positivos e negativos. Palavras-chave: processo coletivo; legitimação; representatividade adequada; acesso à justiça.

² Susana Henriques da Costa. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro, p. 1.

6º do antigo Código de Processo Civil de 1973,³ e a criação da figura da representatividade adequada.

Ao contrário do que se dá no sistema individualista do antigo Código de Processo e do atual Código de Processo Civil de 2015, na esfera de proteção dos direitos coletivos, a regra é a da legitimidade extraordinária. Pela própria natureza dos direitos transindividuais,⁴ faz-se necessário que um porta-voz fale em juízo em nome de outrem, de um grupo ou coletividade, requerendo a tutela do direito coletivo violado. Daí a extensão da legitimação para agirem sujeitos públicos e privados, isto é, a entes não pessoalmente prejudicados.

No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador optou por preestabelecer os legitimados ativos. No tocante à legitimação, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor também se integram. O rol de legitimados é praticamente o mesmo, tendo este último diploma acrescentado àquele apenas os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.⁵

Conjugando os artigos 5º da lei 7347/85 (com a nova redação dada pela lei 11448/07) e 82 da lei 8078/90, são legitimados para propor a ação civil pública principal e a cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e 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; e) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

³ O artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, em sua primeira parte, caracterizava a legitimidade ordinária: “[...] ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio [...]”. Em outras palavras, é titular da ação “[...] apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).” Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 204.

A legitimidade extraordinária aparecia na segunda parte desse artigo, quando o legislador estabelecia: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, *salvo quando autorizado por lei*.” Assim sendo, a pessoa que não for a titular do direito material somente poderia defender no processo, em nome próprio, direito de outrem, nos casos expressamente permitidos em lei. Portanto, no sistema de direitos individuais do CPC, a regra era a da legitimidade ordinária, sendo que a legitimidade extraordinária era a exceção.

No atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o artigo 18 trata da legitimidade da mesma forma que o diploma anterior: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”

⁴ Os interesses transindividuais são coletivos por natureza. Essa peculiaridade gera dificuldades em sua tutela pelas regras do Código de Processo Civil. Nem sempre é possível determinar os titulares desse direito ou, sendo possível, não se pode mensurar a quota parte de cada um. No primeiro caso, sendo indeterminado o titular, não se pode identificar o legitimado para defender em juízo o direito. No segundo, resta saber se um integrante do grupo ou alguns deles podem falar em juízo em nome do todo, quando a autorização ou o litisconsórcio são impraticáveis.

⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso III.

Em sentido oposto ao nosso ordenamento, o legislador norte-americano não decidiu estipular um rol fechado de legitimados para propor ação coletiva. Na realidade, são exigidos três requisitos pelas Cortes Americanas para o reconhecimento da legitimidade: “(i) que o autor tenha sofrido ou esteja ameaçado de sofrer alguma lesão; (ii) que o réu seja o suposto causador da lesão ou sua ameaça; e (iii) que a situação seja passível de ser remediada pela lei”.⁶

Como a legitimação de agir no processo coletivo é mais aberta — já que um porta-voz fala em juízo em nome dos interesses do grupo —, a possibilidade de haver abusos é maior, o que representaria um empecilho à tutela satisfatória desses direitos. Por conta disso, torna-se necessário saber se aquele que se apresenta como defensor em juízo do interesse transindividual é um representante adequado da coletividade, classe ou categoria. É o que ensina Mancuso:

Nessas ações, ante a impossibilidade da presença real de todos os interessados, o enfoque é deslocado para outro ponto: o que releva é saber se aquele que se apresenta como representante (parte ideológica) do grupo ou segmento social é realmente um representante idôneo, adequado. (...) Posto que tal pretensão coletiva é socialmente relevante e não pode ficar desprovida de tutela, a solução encontrada foi a de substituir o critério da titularidade da pretensão (viável nos conflitos individuais) pelo critério da ‘adequacy of representation’.⁷

A aferição da representatividade adequada é uma forma de se garantir o devido processo legal com relação aos membros ausentes na demanda. Tal garantia traduz-se na necessidade de que todos que serão atingidos pela sentença possam ser ouvidos em juízo⁸ e possam influenciar a convicção do magistrado. As peculiaridades do processo coletivo fizeram com que o direito de ser ouvido pessoalmente fosse convertido em “[...] um direito de ser ouvido através do representante.”⁹ Segundo Gidi, a *adequacy of representation* é considerada “[...] suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.”¹⁰

A fim de verificar se o representante é um porta-voz idôneo do grupo ou da coletividade, os ordenamentos jurídicos criaram critérios de avaliação. Nos próximos itens, serão estudados os modos de análise estabelecidos nos sistemas norte-americano e brasileiro.

1. Representatividade adequada no sistema processual norte-americano

⁶ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 6.

⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 213-214.

⁸ “A garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*)”. Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99-100.

⁹ Idem, p. 100.

¹⁰ Ibidem, p. 100.

Na esfera federal ¹¹ do sistema processual norte-americano, as ações coletivas ou *class actions* encontram-se disciplinadas pela *Rule 23*, editada em 1938. Posteriormente, essa norma sofreu alterações em 1966, 1988 e 2003.¹²

Ao analisar a *Rule 23*, Cássio Scarpinella Bueno, citando Vincenzo Vigoriti, afirma serem dois os pontos centrais das *class actions* do direito estadunidense. Entre eles, está o da representatividade adequada¹³, prevista no item 23(a) (4).

Segundo o autor, a doutrina ¹⁴ aponta três elementos para se verificar a existência da representatividade adequada nesse sistema: a) o porta-voz da coletividade, classe ou grupo deve demonstrar que tem efetivo interesse *jurídico* na promoção de determinada ação coletiva; b) o advogado deve ter sua competência avaliada pela Corte, incluída sua competência técnica e sua *bona fides*; c) a Corte deve averiguar a “[...] inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe”.¹⁵ E, ainda, pode-se acrescentar um quarto elemento, tendo por base as lições de Gidi: d) inexistência de conflito entre advogado e grupo.¹⁶

Levando em conta que a *class action* é uma “ação representativa,” ¹⁷ é necessário que o candidato a representante tenha condições de defender da melhor forma possível os direitos de toda a classe e não somente os seus próprios interesses.¹⁸ A ideia que está por trás disso é que, se o representante lançar mão dos argumentos e provas suficientes para uma boa defesa do interesse coletivo, a

¹¹ Ao citar Linda Mullenix, Susana Henriques da Costa ensina que “[...] dentro do federalismo norte-americano, os Estados membros possuem normas processuais próprias. Com relação às *class actions*, cada Estado, com exceção de dois, tem sua própria legislação.” Tomando de empréstimo suas palavras, utilizamo-las para este trabalho: “[...] mostra-se, impossível, assim, dentro do âmbito desse estudo estudar o processo coletivo de cada Estado norte-americano. Por esse motivo, ele estará adstrito às especificidades da legislação federal.” Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 5.

¹² Idem, p. 5-6.

¹³ Linda S. Mullenix explica que o conceito da representatividade adequada é muito desenvolvido na jurisprudência norte-americana, em razão de estar intimamente relacionado com a garantia do devido processo legal. Nesse sentido: “[...] american class action jurisprudence has a highly developed concept of adequacy of representation. As indicated above, the concept of adequacy of the class representative is intricately related to the protection of the due process interests of absent class members.” (Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 24.

¹⁴ Apesar de o autor citar a doutrina como fonte dessa lição, é importante ressaltar que os requisitos para se reconhecer a adequação da representatividade são uma construção jurisprudencial. Para saber mais: Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 7.

¹⁵ Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 104.

¹⁶ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 120.

¹⁷ O termo é usado por Gidi, que esclarece seu significado neste trecho: “[...] a *class action* é uma ‘ação representativa’ (representative action). A sua fundamentação histórica e filosófica é que uma parcela do grupo vai lutar pelos interesses de todos os demais integrantes, como se todos estivessem presentes no processo.” Idem, p. 101.

¹⁸ Não são raros os casos de ações movidas por indivíduos para a tutela de seus direitos que passam a ter o status de ação coletiva em razão de um pedido feito pelo autor, que procura convencer o juiz de estarem presentes os requisitos da *Rule 23*, a fim de que a demanda seja recebida e processada como *class action*. Para saber mais, vide Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 109-110.

decisão do juiz provavelmente seja a mesma que seria se o representado estivesse litigando pessoalmente em juízo.¹⁹ É isso que autoriza o juiz a tratar os membros ausentes como partes e vinculá-los ao quanto decidido na sentença ou no acordo. Nas palavras de Antonio Gidi:

O requisito da adequação do representante possui um duplo aspecto. Por um lado, é o direito de todos os membros ausentes de terem os seus interesses adequadamente representados na ação coletiva. Por outro, é o direito de não serem atingidos pela coisa julgada de uma sentença dada em uma ação em que os seus interesses não foram adequadamente representados.²⁰

Na cultura jurídica norte-americana presume-se que apenas o membro do grupo, isto é, aquele que efetivamente tenha sofrido lesão a seu direito pela conduta do réu está interessado em defender adequadamente o direito do grupo em juízo. Em outras palavras, o interesse *jurídico* exigido nas *class actions* implica envolvimento pessoal no conflito com o réu.

Essa presunção não significa livrar o pretense representante do dever de comprovar ser ele um porta-voz idôneo no processo. Ele tem o ônus de fazê-lo. Se não o fizer ou se alguém, seja o réu ou um membro interveniente, comprovar sua inaptidão ²¹, o juiz não receberá a ação coletiva ou não permitirá que a ação individual se desenvolva como *class action*.

A avaliação da representatividade adequada é feita pelo juiz em cada caso concreto.

²² Ela é, portanto, *ope iudicis*. Sua análise não só ocorre no início da

¹⁹ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 103.

²⁰ Idem, p. 101.

²¹ “Algumas deficiências dos representantes têm sido levantadas pelos réus em diversas ações coletivas, com o objetivo de atacar a adequação do representante. Alegam-se, por exemplo, os reais motivos pelos quais o representante propôs a ação, o seu status, o seu nível de conhecimento dos fatos e dos fundamentos jurídicos da causa ou as circunstâncias individuais que envolvem o representante. Numa análise dos inúmeros casos que envolveram tais questões, percebe-se que os juizes, em geral, têm rejeitado tais alegações como comprometedoras da adequação do representante, se ele se mostrar capaz e disposto a lutar vigorosamente pelos interesses do grupo. “[...] Todavia, se tais fatores indicam uma atipicidade da lide ou um conflito de interesses entre o representante e os membros do grupo, o tribunal pode considerar o autor inadequado para representar o grupo em uma ação coletiva.” Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 108.

²² Os critérios para avaliar se o candidato a representante tem condições de conferir tutela vigorosa aos interesses do grupo são de diversos tipos, conforme o caso concreto. Pode ser levada em consideração sua conduta pessoal, sua condição financeira, sua condição física etc. Idem, p. 109. A avaliação da adequação da representação é “considerada uma questão de fato a ser determinada pelo juiz de primeiro grau, com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem cada caso concreto. Como toda decisão de questão de fato, é deixada à discricionariedade do juiz de primeiro grau e somente será modificada pelo tribunal superior se for demonstrado um abuso de discricionariedade ou erro manifesto.” Idem, p. 104. Segundo Gidi, não se exige que ele “[...] seja perfeito ou o melhor membro disponível para a função de representar o grupo. Basta que o representante seja adequado a tutelar vigorosamente os interesses coletivos, para que o requisito seja satisfeito.” Ibidem, p. 107. Linda S. Mullenix enumera alguns critérios que fazem adequado um representante: “[...] an adequate class representative must not have ceded entire supervision and control of the litigation to the class counsel; must be knowledgeable about the underlying claims, defenses, and substantive Law; must be willing to actively participate in the ongoing class proceedings; and must be free of conflicts of interest. In some American jurisdictions, the proposed class representatives also must know and agree to the responsible for the costs and expenses of the

demanda, mas durante todo o curso do processo. Segundo Susana Henriques, quando, no começo da *class action*, o juiz entender que o representante é adequado, “haverá a *certification*, o que significa que o autor foi reconhecido como representante adequado dos membros da classe ausentes e que os outros requisitos da *Rule 23* foram preenchidos.”²³

No sistema estadunidense, é tão amplo ²⁴ o poder de o juiz averiguar a configuração da representatividade adequada, que nem mesmo a coisa julgada é óbice para sua reavaliação, em face dos membros ausentes. É o que ensina Gidi:

Se, em ação futura, através de uma avaliação retrospectiva, ficar estabelecida a inadequação da representação, o juiz negará o efeito da coisa julgada à sentença coletiva (*collateral attack*). O juiz da ação posterior, sob muitos aspectos, está mais bem aparelhado para detectar algumas inadequações no processo anterior do que o juiz original.²⁵

Em razão da garantia do devido processo legal, a coisa julgada só deve atingir os membros do grupo que foram satisfatoriamente defendidos. Desse modo, é possível que o juiz reconheça que um subgrupo não teve seus interesses vigorosamente tutelados pelo representante em determinada ação coletiva, afastando os efeitos da coisa julgada somente em relação a ele.

Nesse sentido, é a lição de Gidi;

Em *Johnson v. Uncle Ben’s, Inc.* uma ação coletiva foi proposta em defesa de negros e latinos supostamente discriminados no ambiente de trabalho em função da cor e da origem. Como o representante do grupo concentrou as suas provas quase inteiramente na pretensão dos negros, não foi considerado um adequado representante dos latinos. Consequentemente, a sentença não fez coisa julgada para os últimos. O juiz de primeiro grau deveria ter criado um subgrupo para os latinos, com representante e advogado próprios, quando percebeu a inadequação ou o eventual conflito de interesses de representante negro em face dos interesses do grupo de latinos.²⁶

A extensão dos efeitos da coisa julgada aos integrantes da classe também pressupõe ampla publicidade do processo coletivo. É necessário que os membros ausentes sejam notificados da existência da *class action* para que possam exercer seu direito de *opt out*, isto é, de optarem por não serem atingidos pela decisão²⁷.

class litigation if the class proceedings fail.” (grifo nosso) Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 24.

²³ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 8.

²⁴ Cássio Scarpinella Bueno procura indicar as possíveis razões de ser necessário ser tão minuciosa e ampla a averiguação da adequação da representatividade. Ele aponta tanto para a inexistência da formação da chamada coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, que ocorre no Brasil, quanto para “[...] a circunstância de haver dúvida na doutrina norte-americana acerca da possibilidade de auto-exclusão (*right to opt out*) dos membros ausentes das *class actions* movidas *sub (b)(1)* e *(b)(2)*, mesmo que notificados pessoalmente da existência da ação.” Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 100.

²⁵ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 102.

²⁶ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 107.

²⁷ Segundo Linda S. Mullenix, quando se tratar das *mandatory class actions*, não há previsão do direito de *opt out* dos membros da classe, dado o caráter indivisível do interesse em jogo. Nesses

Essa notificação varia conforme se trate das chamadas *class actions for damages* (Rule 23(b)(3)) ou das denominadas *mandatory class actions* (Rule 23 (b)(1) e (b)(2)). Nas primeiras, há necessidade de notificação pessoal, em razão da natureza divisível dos interesses envolvidos. Já, nas últimas, não é obrigatória a notificação pessoal dos membros; basta que haja uma notícia apropriada da existência da demanda por parte do magistrado.

Não só a necessidade de notificar os membros ausentes torna as *class actions* algo financeiramente custoso. O pagamento de honorários periciais, assim como outras despesas referentes à investigação dos fatos, são frequentemente necessários.²⁸ Pode acontecer que o autor não tenha condições de arcar com tudo isso. Nesse caso, é comum o advogado comprometer-se a financiar o litígio.

A expectativa de vultosos honorários advocatícios²⁹ é o que atrai os advogados a arcarem com despesas tão altas em determinada ação coletiva. Segundo a doutrina e a jurisprudência, ela é também “‘um natural’ incentivo a que o advogado tutele vigorosamente os interesses do grupo em juízo.”³⁰

Mas isso não exclui a possibilidade de conflito de interesses entre o advogado da causa e os membros do grupo. O envolvimento financeiro do advogado na causa é uma faca de dois gumes. Ao mesmo tempo em que ele pode garantir o acesso à justiça de causas de pequeno valor³¹, também pode ser razão de divergências. A obtenção de um acordo de alta soma em dinheiro, logo no início do processo, pode lhe render excelentes honorários, sem contar que evita maiores investimentos de sua parte, tanto de tempo quanto de dinheiro, na demanda. No entanto, ensina Gidi:

Isso pode ser particularmente problemático, por exemplo, nos casos em que o interesse maior do grupo não seja o de obter uma indenização em dinheiro pela lesão causada no passado, mas uma sentença mandamental (*injunction*) que obrigue o réu a fazer ou deixar de fazer alguma coisa no futuro.³²

A fim de evitar que os interesses privados do advogado³³ sobreponham-se aos interesses coletivos presentes nas *class actions*, cabe ao juiz avaliar se o advogado é

casos, o resultado do julgamento é obrigatório para todos os membros da classe. Nesse sentido: “[...] pursuant to Rule 23 and class action jurisprudence, only members of Rule 23 (b)(3) damage classes must be afforded the full panoply of due process rights. Classes certified under the two other class categories are mandatory and non-opt-out classes.” Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 32.

²⁸ Antonio Gidi. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 109.

²⁹ “Como o valor dos honorários, em geral, é calculado em função do resultado obtido para o grupo, quanto maior o valor da condenação, maior o dos honorários.” Antonio Gidi. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 112.

³⁰ *Idem*, p. 112.

³¹ Existem casos em que o interesse de cada membro do grupo individualmente considerado tem baixo valor econômico, o que consiste, muitas vezes, empecilho para que uma pessoa deduza sua pretensão individual em juízo ou que venha a arcar com altos gastos que são exigidos nas class actions, quando não há previsão de uma contrapartida financeira interessante para o indivíduo.

³² Antonio Gidi. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 121.

³³ “[...] Quem inicia, financia e controla a ação coletiva é o advogado do grupo, é ele quem deve estar suficientemente motivado para tutelar os interesses do grupo que representa. O advogado do

um representante idôneo do grupo. O magistrado deve levar em conta a adequação do profissional em relação aos interesses do grupo e de seus membros e não em relação aos interesses do representante. Segundo Gidi, o titular da pretensão coletiva deduzida em juízo é o grupo e é em face dele que o advogado tem responsabilidade. “Assim, ele deve representar em juízo os interesses da coletividade, ainda que conflitem com os do representante.”³⁴

A *Rule 23 (g)* estabelece os critérios que devem ser considerados pelo juiz ao avaliar o advogado. Segundo Linda Mullenix, cabe a ele averiguar não só a experiência advocatícia em geral do profissional, bem como sua habilidade em manejar ações coletivas. Do mesmo modo, os recursos financeiros e logísticos para promover e levar a cabo uma *class action* também devem ser levados em conta. Ademais, o juiz deve avaliar se não existem conflitos de interesses entre o advogado e os membros da classe.³⁵ Finalmente, lembra Gidi que, além da competência técnica do profissional, deve ser avaliado se ele é ético³⁶. Assim sendo, deve ser considerado inadequado o advogado que não tiver condições de garantir uma tutela vigorosa à classe. Nesse sentido, afirma Gidi:

O juiz deve considerar inadequado o advogado que demonstra não ter tempo, estrutura material e financeira ou funcionários suficientes para se dedicar satisfatoriamente à missão de conduzir e administrar um litígio complexo.³⁷

Por fim, é importante enfatizar que, no sistema norte-americano, nem todo aquele que tem legitimidade processual é necessariamente um representante adequado³⁸. Embora todo representante idôneo seja legitimado, o contrário não é verdadeiro. O direito estadunidense distingue o conceito de legitimidade (*standing*) do conceito de representatividade adequada (*adequacy of representation*). Segundo Susana Henriques, os requisitos exigidos pelas Cortes desse país para o reconhecimento da legitimidade são três: “(i) que o autor tenha sofrido ou esteja ameaçado de sofrer alguma lesão; (ii) que o réu seja o suposto causador da lesão ou sua ameaça; e (iii) que a situação seja passível de ser remediada pela lei”.³⁹

Em suma, o conceito de representatividade adequada é mais abrangente do que o de legitimidade, pois exige, além da legitimidade processual, a vigorosa defesa dos membros ausentes pelo representante, a fim de garantir concretamente o devido processo legal.

grupo é o verdadeiro dominus litis. Como o advogado do grupo tem a expectativa de receber um alto valor em dinheiro a título de honorários como remuneração pelos seus serviços, ele vê a ação coletiva como um empreendimento, um investimento pessoal.” Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 106.

³⁴ Idem, p. 111.

³⁵ Linda S. Mullenix. *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 24.

³⁶ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 111.

³⁷ Idem, p. 111.

³⁸ “Não há no direito norte-americano uma equivalência entre os conceitos de legitimidade (*standing*) e o de representatividade adequada, como parte da doutrina entende que ocorre no sistema brasileiro.” Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 7.

³⁹ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 6.

2. Representatividade adequada no sistema processual brasileiro

O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, tal como desenhado pelo legislador nas leis 7437/85 e 9096/90, estabelece a verificação *ope legis* da representatividade adequada. Essa é a interpretação dada por grande parte da doutrina pátria.

Para essa corrente doutrinária, é da competência do legislador avaliar e determinar quem são os representantes idôneos para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo. Essa tarefa teria sido realizada, no Brasil, quando da estipulação dos legitimados para as ações coletivas no microsistema de tutela coletiva.

Segundo Susana Henriques, para os adeptos dessa interpretação, “há uma identificação entre os conceitos de legitimidade e representatividade adequada.”⁴⁰ Assim sendo, todo aquele que constar no rol de legitimados⁴¹ da lei é presumidamente um representante adequado da classe ou grupo. Essa presunção é *iuris et de iure*, ou seja, absoluta.

A origem desse entendimento está, para Gidi, no fato de que um dispositivo da proposta original da Lei da Ação Civil Pública, o chamado Projeto Bierrenbach, que “previa que o juiz deveria avaliar a adequação do representante caso a caso”⁴², não entrou em vigor na versão final da lei. Isso teria levado alguns doutrinadores a concluir pela inexistência do controle judicial da representatividade adequada no sistema brasileiro⁴³. É a posição de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes:

Vale ressaltar também que, ao contrário do que estabelece o *Common Law*, inexistente em nosso sistema o controle da *Adequacy of representation*, feito pelo órgão jurisdicional.⁴⁴

Mais radical é o entendimento de Nelson Nery. Ao comentar a legitimidade das associações na Lei da Ação Civil Pública, o autor afirma ser ilegal a aferição *ope judicis* da representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras. Nesse sentido, ele aduz:

A legitimidade é aferível *ope legis*, bastando à associação preencher os requisitos contidos na lei para considerar-se legitimada ativa para a ACP, ao contrário da ação de classe (*class action*) norte-americana, onde essa legitimidade é aferível *ope judicis*. [...] As limitações à legitimação das associações para a propositura da ACP são apenas e tão-somente as estipuladas na norma ora comentada. [...] Não tem

⁴⁰ *Idem*, p. 14.

⁴¹ No caso das associações e das entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo sem personalidade jurídica, é necessário também preencher requisitos estabelecidos, em abstrato, na norma jurídica (artigo 82 do CDC cc 5° Lei da Ação Civil Pública) para serem presumidamente representantes adequados.

⁴² Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 134.

⁴³ Segundo Susana Henriques essa é a posição de Pedro Dinamarco, para quem o “legitimado para a propositura da ação civil pública é um ‘legitimado institucional’, previsto pela lei em abstrato. Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 14.

⁴⁴ Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes. *Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor*, p. 143.

lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção [...] que restrinja a legitimação para agir das associações.⁴⁵

O legislador pátrio não conferiu liberdade ao magistrado para avaliar a adequação do representante em cada caso concreto, tal como é o direito norte-americano. Isso não significa que ele não possa fazer nenhum juízo de valor sobre a legitimidade do autor da ação coletiva. No entanto, esse poder é muito limitado. Ele restringe-se, segundo Susana Henriques, a averiguar “o nexó entre as finalidades do legitimado e o interesse que se pretende tutelar.”⁴⁶

Há casos, porém, em que, no curso do processo, fica evidente a incompetência do representante em defender os direitos coletivos. Seja porque o autor não tem condições financeiras para arcar com as perícias necessárias, seja por outros motivos como “[...] falta de interesse real no litígio, existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé.”⁴⁷

Tanto o autor quanto o advogado podem se mostrar incapazes ou negligentes na condução do processo. Mesmo assim, “[...] o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.”⁴⁸

Sob a perspectiva dos membros ausentes, a falta de avaliação profunda da representatividade adequada pelo juiz brasileiro pode significar submissão a uma decisão sem prévia defesa satisfatória. Em outras palavras, o princípio do devido processo legal tornar-se-ia mera ficção nesses casos. Procurando evitar isso, o legislador relativizou a coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas brasileiras. Criou, portanto, a figura da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Essa construção permite que a coisa julgada nas demandas relativas aos direitos difusos e coletivos⁴⁹ se forme de acordo com o resultado do processo. Se a demanda for julgada procedente, haverá coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, respectivamente. Se for julgada improcedente, a coisa julgada *erga omnes* também se formará⁵⁰. No entanto, no caso de ser julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada material.⁵¹

⁴⁵ Nelson Nery Junior. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1340.

⁴⁶ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 15. Vide artigo 82, incisos III e IV, da lei 8078/90.

⁴⁷ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 130.

⁴⁸ Idem, p. 129.

⁴⁹ Quanto aos direitos individuais homogêneos, essa regra não é aplicável. Aqui, a coisa julgada formar-se-á qualquer que seja o resultado do processo, mesmo que julgado improcedente por falta de provas. Nesse caso, o que não ocorre é a extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva para a esfera individual dos membros do grupo (com exceção dos membros que participaram como litisconsortes da demanda coletiva — estes sofrerão os efeitos). Isso quer dizer que as pessoas prejudicadas podem entrar com ação de indenização por danos individuais. É a chamada extensão *in utilibus*.

⁵⁰ Nesse caso, embora haja formação da coisa julgada, os indivíduos não serão prejudicados em seus interesses privados, já que a lei permite que o indivíduo entre na justiça com ação de indenização para ressarcimento dos prejuízos individualmente sofridos. Na verdade, essa é a regra para a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais em geral: os indivíduos só serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada se benéfica, exceto para os que se habilitarem como litisconsortes na demanda coletiva. (artigo 103, §2º, CDC). Para saber mais, vide Susana Henriques Costa. *O controle judicial*

Para parte da doutrina, a coisa julgada *secundum eventum litis* é a prova de que a representatividade adequada não pode ser avaliada pelo magistrado no sistema brasileiro⁵². Tal avaliação seria desnecessária, já que não se admite que “[...] a eficácia natural da sentença e a imutabilidade de seu comando possam prejudicar aqueles que, ausentes do processo, não intervieram na qualidade de litisconsortes.”⁵³ Além da ausência de danos aos indivíduos, não haveria como vislumbrar prejuízos aos interesses coletivos, já que, nos casos de sentença de improcedência por falta de provas, é possível a repropositura de ação coletiva com o mesmo fundamento por qualquer dos legitimados da Lei Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, desde que surjam novas provas.

No entanto, o controle *ope legis* da representatividade adequada, acompanhado da coisa julgada *secundum eventum litis*, não está isento de falhas. É verdade que, sob o prisma da tutela dos direitos individuais, essa estrutura protege o indivíduo contra possíveis prejuízos, na medida em que “[...] qualquer que seja o motivo da improcedência da demanda, ela nunca atingirá a demanda individual”⁵⁴. Isto é, o direito individualmente lesado estará *amplamente* resguardado contra uma demanda coletiva proposta por um representante incapaz. Todavia, com relação aos direitos coletivos lesados, o mesmo não se dá.

Ao estabelecer que a sentença de improcedência por falta de provas nas demandas coletivas não impede a propositura de nova ação coletiva, o legislador criou uma espécie de filtro. Nessa situação, não há prejuízos para a tutela dos direitos transindividuais. Apesar disso, esse recurso é insuficiente, pois não abrange os casos de improcedência pura e simples.

Antônio Gidi ensina que a má condução do processo ou fundamentação imprópria da pretensão coletiva por representante incapaz pode levar o juiz a julgar improcedente a demanda.⁵⁵ Nesse caso, é impossível repropor a ação coletiva baseada em melhores argumentos ou fundamentos.⁵⁶ Aqui, os efeitos da coisa julgada prejudicam a tutela dos interesses metaindividuais, pois o único recurso para a tutela coletiva de direitos não poderá ser usado novamente. Aos *da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 17.

⁵¹ Susana Henriques da Costa explica perfeitamente o raciocínio utilizado pelo legislador ao criar esse sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*. De acordo com ela, o legislador relativiza a coisa julgada quando a demanda é julgada improcedente por falta de provas. Esse resultado da demanda indica que o autor não se desincumbiu de atuar de forma adequada na defesa dos interesses coletivos, e por isso sofrerá uma espécie de sanção, qual seja, não receber uma sentença apta a produzir efeitos frente aos membros do grupo. “O raciocínio é simples: se o autor não for, de fato, um representante adequado, a decisão desfavorável não será apta a atingir a coletividade e a demanda coletiva poderá ser reproposta (de forma idêntica), caso surjam novas provas.” Idem, p. 16.

⁵² Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 130.

⁵³ É a opinião de Arruda Alvim, citado por Cássio Scarpinella. Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 132-133.

⁵⁴ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 17.

⁵⁵ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 130.

⁵⁶ Idem, p. 130.

membros da coletividade lesada restaria somente tutela individual de seus direitos, por meio de ações individuais.

Sobre o assunto, é oportuno citar a lição de Cássio Scarpinella:

De que adianta o acesso à justiça restar franqueado ao indivíduo diante do insucesso de ação coletiva se esta, precisamente, era o único meio hábil para que sua afirmação de direito fosse, eficazmente, levada ao Estado-juiz?⁵⁷

Sob a perspectiva da efetividade do processo, o sistema brasileiro da representatividade adequada merece críticas. Segundo Susana Henriques da Costa⁵⁸, a análise da efetividade dos mecanismos de solução de conflitos leva em conta critérios de *produção*⁵⁹ e de *qualidade*. Quanto aos últimos, o processo deve ser avaliado pela sua aptidão de alcançar os melhores resultados, tendo em vista não só as técnicas processuais, mas também os escopos do processo,⁶⁰ que são de ordem jurídica, política e social.⁶¹

Na lição de Dinamarco, a efetividade do processo pode ser entendida como:

Necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à '*ordem jurídica justa*'. Para tanto, não só é preciso ter consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.⁶²

Embora o direito pátrio disponha de instrumento de tutela adequado à defesa dos direitos transindividuais (Ação Civil Pública), o sistema de controle *ope legis* da representatividade adequada acompanhado da coisa julgada *secundum eventum litis* não garante que os direitos difusos e coletivos recebam tutela ampla e satisfatória. Na realidade, nos casos em que um representante inadequado conduzir o processo até uma sentença de improcedência pura e simples, o acesso à ordem jurídica justa ficará prejudicado. Desse modo, existem empecilhos jurídicos para que o processo cumpra "[...] integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais."⁶³

A figura da representatividade adequada presumida também é analisada por Cássio Scarpinella Bueno. O autor lembra que o ordenamento jurídico brasileiro é iluminado e traçado a partir do vetor do devido processo legal, assim como o

⁵⁷ Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 135.

⁵⁸ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 18.

⁵⁹ "Sob o ângulo dos *argumentos de produção*, determinado mecanismo de solução de conflitos será efetivo na medida de sua capacidade de alcançar o melhor resultado com o menor gasto de recursos (economia interna)". Idem, p. 18.

⁶⁰ Ibidem, p. 17.

⁶¹ "A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (...) A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a preservação do *ordenamento jurídico e da própria autoridade deste* (escopos políticos); c) a atuação concreta do direito (escopo jurídico)." Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*, p. 30.

⁶² Idem, p. 47.

⁶³ Cândido Rangel Dinamarco. In: Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 17.

americano ⁶⁴ . Isso significa que a construção legislativa da representatividade adequada brasileira “pode ser posta em xeque diante de um enfoque constitucional sério e pautado.” ⁶⁵

Nas palavras de Antônio Gidi:

Acontece que o Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição brasileira e o devido processo legal. Portanto, em verdade, pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional. ⁶⁶

O devido processo legal tradicional (de origem e natureza individualista), transportado ao processo coletivo, chama-se devido processo legal *social* ou *coletivo*.⁶⁷ Este não requer que a cada indivíduo do grupo seja dada a oportunidade de se manifestar pessoalmente no processo — por ser, muitas vezes, inviável —, mas que se tenha ampla oportunidade de ser ouvido e defendido por um representante. Tal representante não pode ser qualquer um, mas deve ser um representante adequado.

A corrente que entende que a legislação processual brasileira não aceita a avaliação pelo juiz da representatividade adequada, dá a ela uma interpretação contrária à Constituição. Se o juiz está proibido de controlar a adequação do representante, isso significa que:

No Brasil, um representante pode ser incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e ainda assim a sua conduta no processo poderá vincular todo o grupo que ele representa. ⁶⁸

A possibilidade concreta de a coisa julgada atingir a coletividade ou o grupo sem prévia defesa satisfatória faz do princípio do devido processo legal *social* mera ficção.

Ademais, ao contrário do que se afirma, o sistema pátrio de tutela coletiva não é avesso à verificação *ope judicis* da representatividade adequada, em cada caso concreto. De acordo com Kazuo Watanabe, o artigo 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, é indício disso. É o entendimento do autor:

O art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise a ser 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. ⁶⁹

⁶⁴ Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 129.

⁶⁵ Idem, p. 130.

⁶⁶ Antonio Gidi. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 134.

⁶⁷ Idem, p. 135.

⁶⁸ Ibidem, p. 133.

⁶⁹ Kazuo Watanabe. *Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 825-826.

Na verdade, a jurisprudência atual leva a crer que a avaliação pelo juiz da representatividade adequada é uma tendência do direito brasileiro. Em vários julgados, as Cortes nacionais vêm exigindo não só que o autor da ação coletiva cumpra as exigências legais para sua propositura, mas também que satisfaça um requisito denominado *pertinência temática*⁷⁰. Este requisito é produto de construção jurisprudencial e permite ao magistrado avaliar, em cada caso concreto, o nexo entre o interesse em litígio e as finalidades institucionais/ estatutárias do autor da demanda.

Até mesmo o Ministério Público, que seria considerado autor incondicionado — em razão de a lei não estabelecer exigências para sua atuação nas ações coletivas —, teve sua legitimidade reconhecida ou rechaçada sob a alegação da presença/ausência de nexo entre seus fins institucionais (artigo 127, Constituição Federal) e o objeto da demanda ou de “relevância social” que justificasse sua atuação em certo caso. É o que se pode concluir das lições e dos julgados citados por Susana Henriques:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. -

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.” - *O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses sociais homogêneos, de relevante interesse social, em contratos por adesão, como no caso, os contratos de arrendamento mercantil.* - Embargos de declaração rejeitados (STJ. 3ª Turma, EDcl no Resp nº 373636/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 20.06.05, p. 265) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS. 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

1. *O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor ()..”*(STJ, 1ª Turma, Resp nº 417804/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 16.05.05, p. 230) (destaque nosso).⁷¹

Segundo Susana Henriques, as decisões acima transcritas demonstram uma preocupação com a representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras, uma vez que o juiz está interessado em avaliar “o comprometimento ideológico

⁷⁰ Susana Henriques da Costa explica que a pertinência temática é uma exigência criada pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. Para explicá-la, a autora cita Cássio Scarpinella. A pertinência temática é, nas palavras do autor, “[...] uma criação jurisprudencial para que aquela Corte possa atestar, com alguma margem de segurança, tratar-se o autor previsto em abstrato no inc. IX, do art. 103 da Constituição representante adequado da lide constitucional.” Cássio Scarpinella Bueno. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 127-128. In: Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 18.

⁷¹ Susana Henriques Costa. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*, p. 20.

existente entre a entidade legitimada e o interesse em jogo no processo.”⁷² Tudo isso a fim de garantir “[...] uma defesa satisfatória dos interesses metaindividuais da sociedade.”⁷³

Por fim, cabe falar sobre a natureza jurídica da representatividade adequada e da pertinência temática. Segundo Hugo Nigro Mazzili,⁷⁴ ambas são pressupostos processuais e não condições da ação. As condições da ação são possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação *ad causam*.⁷⁵ Estas não podem ser dispensadas pelo juiz. Ao contrário do que ocorre com elas, o juiz pode, em alguns casos, prescindir de um pressuposto processual da ação civil pública. O autor dá como exemplo a possibilidade de o magistrado dispensar o pressuposto da pré-constituição das associações, “[...] quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (artigo 82, inciso IV, §1º, do Código de Defesa do Consumidor).

Assim sendo, no caso de uma associação não preencher a exigência dos dois anos de constituição anterior à demanda, pode o juiz relevar. No entanto, se a uma associação já constituída há muitos anos e que tenha finalidade institucional compatível com o objeto da demanda faltar interesse processual, não será dado ao juiz dispensá-la.

Conclusões

A questão do acesso à justiça nos processos coletivos adquire feição própria em razão das peculiaridades dos conflitos em massa. O modo de ser do processo individual obedece a esquemas rígidos de legitimação, enquanto que o modo de ser do processo coletivo exige esquemas abertos de legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”.⁷⁶

A necessidade de se legitimar um porta-voz que defenda em juízo os interesses metaindividuais traz à tona a questão de se saber se ele reúne as condições necessárias para garantir uma defesa satisfatória dos interesses do grupo ou categoria que substitui em juízo.

As dificuldades concretas que aparecem com a aplicação dessa estrutura de legitimação coletiva, criada pelas leis 7347/85 e 8078/90, merecem ser pensadas sob uma perspectiva constitucional. O princípio constitucional do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) não pode ser relegado a mera ficção em certos casos de tutela coletiva de direitos.

A garantia de só ser atingido por sentença com prévia defesa satisfatória nos processos coletivos requer que o porta-voz do interesse metaindividual em juízo seja idôneo *de fato*. Avaliações meramente formais ou presunções legais, como são

⁷² Idem, p. 21.

⁷³ Ibidem, p. 21.

⁷⁴ Hugo Nigro Mazzili. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 323.

⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*, p. 276.

⁷⁶ Ada Pellegrini Grinover. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, p. 12.

feitas no ordenamento brasileiro, já demonstraram ser critérios frágeis, que não garantem a presença de um substituto processual competente. Daí a necessidade de pautar-se pela experiência norte-americana em reconhecer ao juiz não só o poder, mas o dever de controlar a adequação do representante no caso concreto.

A avaliação *ope judicis* da representatividade adequada alicerça no processo coletivo a legitimação. Com poderes para avaliar a condição do porta-voz dos interesses supraindividuais e sua atuação ao longo da demanda, o juiz poderá detectar eventual inadequação do representante, proporcionando oportunidade e prazo para que ele seja substituído por outro mais adequado. Isso evita abusos e afasta pessoas que, de má-fé, poderiam conduzir inadequadamente uma demanda coletiva.

Em suma, somente um juiz pró-ativo e munido de poderes amplos de avaliação da adequação do representante, porta-voz em juízo dos interesses coletivos, poderá garantir ampla tutela a esses direitos, sem que tenha, em alguns casos, que se conformar em decidir contrariamente aos reais interesses do grupo, categoria ou coletividade. Em outras palavras, a adoção, como regra, da avaliação *ope judicis* da representatividade adequada no direito pátrio tem por fim auxiliar o processo coletivo a alcançar sua principal finalidade: a efetividade.

Referências

ARRUDA FERNANDES, Sérgio Ricardo de. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor. *Revista de Processo, São Paulo*, ano 18, n.71, pp. 138-153, jul./set. 1993.

ARRUDA, Alvim. *Ação Civil Pública*. *Revista de Processo, São Paulo*, ano 22, n. 87, pp. 149-16, 5 jul./set. 1997.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro. *Revista dos Tribunais, São Paulo*, ano 82, v. 698, pp. 12-16, dez. 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, ano 21, n. 82, pp. 92-151, abr./jun.1996.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, ano II, n. 5, pp. 129-158, jan./mar. 1977.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: um longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. *Revista de Processo*, ano 29, n. 117, pp. 109-127, set./out. 2004.

CORREIA DIAS, Lícínia Rossi. **Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 60, pp. 161-176, jul/set. 2007.

COSTA, Susana Henriques (coord.) **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTA, Susana Henriques (coord.). **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro.** In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 953-978.

DIDIER JR, Fredie. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas.** In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Araújo. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. **A representação adequada nas ações coletiva brasileira: uma proposta.** *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, out./dez. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** *Revista de Processo*, ano IV, n. 14-15, pp. 25-44, abr./set. 1979.

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** Série Estudos Jurídicos, n. 1. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. **et alii. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.

GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública.** *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 140, pp. 279-299, out. 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. **Repro**, ano 33, n. 164, pp. 152-169, out. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 14, pp. 67-77, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MULLENIX, Linda S. New trends in standing and res judicata in collective suits, general report, common law. **Direito Processual Comparado**. In: *XIII World Congress of Procedural Law*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 500-533.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.