

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

ARNON SALVIATO MAMERI

**CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E
DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES COLETIVAS**

SÃO PAULO
2016

ARNON SALVIATO MAMERI

**CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E
DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES COLETIVAS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual.

SÃO PAULO
2016

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO..... | 4 |
| 1. INTRODUÇÃO | 6 |
| 2. CLASSIFICAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS LATO SENSU | 8 |
| 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO..... | 12 |
| 3.1 Representatividade adequada no direito comparado..... | 12 |
| 3.2 Representatividade adequada no direito brasileiro | 15 |
| 4. REPERCUSSÕES DO CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA..... | 20 |
| 5. CONCLUSÃO..... | 28 |
| BIBLIOGRAFIA | 30 |

RESUMO

O presente ensaio se debruça sobre a figura da representatividade adequada e, mais especificamente, sobre a possibilidade de se empreender o seu controle judicial, caso a caso, no âmbito dos processos coletivos. Trata-se de instituto essencial à tutela de direitos transindividuais, por intermédio do qual se permite que o processo coletivo cumpra a função de debelar crises jurídicas de maneira molecularizada, com a extensão dos efeitos do julgado a todos os membros da coletividade envolvida mesmo que estes não tenham participado da relação jurídica processual.

Após se investigarem os contornos desse requisito basilar das ações coletivas tanto no contexto do direito americano quanto no do direito brasileiro, ficará comprovada a sua íntima relação com o princípio do devido processo legal e, em última análise, com o efetivo acesso à ordem jurídica justa. Com fulcro nesse exame, será possível constatar a necessidade de o Juiz aferir, no caso concreto, se aquele que se apresenta em juízo é um adequado representante da classe e se promoverá a defesa dos seus interesses com empenho e capacidade técnica.

Finalmente, em face dessa conclusão, serão traçados prognósticos e propostas de *lege ferenda*, advogando-se as teses de que o controle da representatividade adequada não pode se limitar às associações civis e de que ao cidadão deve ser atribuída legitimidade para buscar a tutela de quaisquer direitos metaindividuais.

Palavras-chave: Representatividade adequada; controle judicial; ações coletivas; devido processo legal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the figure of the adequacy of representation and more specifically the possibility of its judicial control, case by case, on the field of collective suits. It regards an institute that is essential to the protection of collective rights, through which it is possible for the collective suit to fulfill its function to resolve legal crisis in a molecular way, with the extension of the judgment's effects to all members of the involved community even if they did not participate in the procedural relationship.

After investigating the contours of this basic requirement of collective suits both in the context of the US law and that of the Brazilian law, there will be proof of its intimate relation with the principle of due process and, ultimately, with the effective access to a fair legal system. Based on this analysis, it will be possible to realize the need for the Judge to assess, in the concrete case, if the plaintiff is an adequate representative of the class and promotes the defense of their interests with commitment and technical expertise.

Finally, in light of this conclusion, forecasts and *de lege ferenda* proposals will be drawn, advocating the thesis that the judicial control of the adequacy of representation cannot be limited to civil associations and that the citizens should be given standing to seek the protection of all collective rights.

Keywords: Adequacy of representation; judicial control; collective suits; due process of law.

1. INTRODUÇÃO

O tema da tutela jurisdicional de direitos transindividuais ocupou, com justiça, papel de grande destaque no cenário da ciência processual nas últimas décadas. Afinal, trata-se de instrumento cuja evolução veio ao encontro do aumento irrefreável dos conflitos de massa típicos da sociedade moderna e globalizada.

O crescimento do número de confrontos que extrapolam a esfera jurídica de sujeitos determinados evidencia a necessidade de que o Direito contemple instrumentos efetivamente capazes de proporcionar a defesa dos interesses coletivos em sentido amplo. Com isto, cresce também a importância do estudo destes instrumentos.

Já se identificou que o processo coletivo constitui vertente da ciência processual destinada a equacionar problemas que o processo tradicional, de cunho individualístico, não tem o condão de resolver. Reflete, pois, atendimento ao imperativo do acesso à ordem jurídica justa, bem como a outros princípios, tais como a isonomia, economia processual e a segurança jurídica, que são caríssimos ao Direito.

No entanto, se, por um lado, tais postulados são de desejável realização, por outro, não se pode descuidar do atendimento de outras garantias constitucionais basilares.

O desvirtuamento do processo coletivo que se leva a termo quando este é conduzido com infringências ao devido processo legal deve ser amplamente combatido. Mister se faz, contudo, que a referida garantia seja visualizada de acordo com as peculiaridades deste tipo de demanda, o que reclama certo afastamento da perspectiva do processo tradicional.

Há que se fazer uma releitura de institutos processuais clássicos, adequando-os à realidade das situações de fato que se pretendem tutelar com o processo coletivo. Tal expediente fica bastante nítido quando se trata dos limites subjetivos da coisa julgada.

Deve-se ter em mente que o julgado na demanda coletiva é naturalmente abrangente, pois se cuida, ao menos no que diz com os interesses difusos e coletivos stricto sensu, de interesses indivisíveis cuja lesão a todos os titulares prejudica e cujo proveito a

todos os titulares beneficia. Logo, os efeitos da decisão judicial tendem a se espalhar sobre toda a coletividade.

O fato de não figurar como parte na relação jurídica processual não impede que o titular de direito coletivo seja compreendido pelos efeitos do provimento jurisdicional. Isso não representa, por si só, violação do contraditório e da ampla defesa, porquanto é impraticável que todos os incontáveis interessados venham a juízo para se defenderem.

Os princípios em comento são preservados pela mecânica do processo coletivo, no qual se exige que os membros ausentes da classe envolvida sejam adequadamente representados por um ente destacado. Cabe a este representante promover a defesa do interesse coletivo com vigor e capacidade técnica, garantindo a sua proteção.

Se for constatada no caso concreto, a representatividade adequada permite que o processo coletivo sirva ao seu propósito. Isto é, legitima-se a extensão dos efeitos do julgado para além da dimensão das partes no processo, o que propicia o correto e econômico acerto do conflito coletivo.

Trata-se, portanto, de verdadeiro pressuposto lógico e de validade da tutela judicial de interesses coletivos e nisso reside a importância deste estudo. Pretende-se realizar um exame aprofundado da figura em questão, o qual evidencie as suas origens, evolução e feições atuais, tanto no ordenamento pátrio quanto no direito comparado, e, a partir daí, far-se-á tentativa de delimitar critérios seguros para a sua aferição nas cortes brasileiras.

Sabe-se que a sistemática adotada no Brasil é diferente daquela que vige nos ordenamentos informados pela *common law*, notadamente no direito norte-americano, onde o instituto da representatividade adequada se fortaleceu sobremaneira com a consolidação das *class actions*, embora lá não tenha sido concebido propriamente.

Naquele país, incumbe ao magistrado verificar se o autor da ação reúne condições para representar adequadamente a coletividade envolvida, enquanto que, aqui, já existe prévia identificação de quais são os entes legitimados para a propositura da ação coletiva. No sistema brasileiro, sobra ao Juiz apenas o papel de aferir o cumprimento de requisitos básicos, tais como a pré-constituição das associações civis e a pertinência temática entre os seus fins institucionais e o interesse transindividual objeto da demanda. Daí porque se poderia concluir

que, no Brasil, não se realiza controle judicial da representatividade adequada em sede de ações coletivas, o que é defendido por respeitável parcela da doutrina¹.

No entanto, vislumbram-se vários sinais de que o panorama não é, ou ao menos, não deveria ser bem assim.

É necessário envidar esforços para analisar profundamente a figura em questão e registrar todas as situações encontradas na prática que podem representar problemas correlatos.

Por óbvio, não se tem a ilusão de querer esgotar todos os assuntos que circunscrevem o tema da representatividade adequada e da projeção dos efeitos do julgado sobre os ausentes da relação jurídica processual. Contudo, não é por isso que este estudo se furtará ao seu objetivo de apresentar argumentos e até soluções para eventuais encruzilhadas.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS *LATO SENSU*

Feitas as considerações introdutórias supra, há que se proceder ao exame da natureza desses interesses transindividuais e à precisa definição de suas espécies, cada qual com os seus contornos específicos.

A indefinição que até então reinava acerca das diferentes categorias de interesses coletivos foi solucionada pelo legislador brasileiro com a edição do artigo 81, parágrafo único, inc. I, do CDC, que consagrou as figuras dos interesses difusos, dos interesses coletivos *stricto sensu* e dos interesses individuais homogêneos.

De acordo com o mencionado dispositivo jurídico, são interesses ou direitos difusos aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas

¹ Nesse sentido, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, "Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor" em Revista de Processo, vol. 71, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 143. "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" (...) "No sistema brasileiro, a lei não admite a propositura da ação coletiva por intermédio de qualquer membro da coletividade. Ela estabelece, a priori, o rol dos legitimados a atuar em Juízo, em nome próprio, tutelando os interesses da coletividade, não cabendo ao juiz senão analisar se o autor encontra ou não sua legitimidade extraordinária prevista no ordenamento jurídico, atendendo ao disposto no art. 6º., fine, do CPC"

indeterminadas e ligadas umas às outras por intermédio de circunstâncias meramente fáticas ou conjunturais, de modo que inexistente ou ao menos se dispensa a existência de uma relação jurídica base entre elas.

Ricardo de Barros Leonel invoca o tradicional exemplo das questões ligadas ao meio ambiente para se referir aos interesses difusos. Segundo o autor, “o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à higidez das florestas, à preservação das espécies animais são inerentes a toda a humanidade, ou, de forma mais específica, àquela comunidade que habita em determinada cidade, estado, região ou país” (LEONEL, 2013, p. 93).

Ainda de acordo com Leonel, os titulares destes interesses não podem ser prontamente identificados de maneira precisa, porquanto, no mais das vezes, são unidos por elementos apenas fáticos e extremamente mutáveis, tais como a situação de viverem em um mesmo local ou a de consumirem um mesmo produto. Além disso, a lesão ou a preservação a um bem da vida desta estirpe a todos afetaria igualmente, razão pela se pode caracterizá-lo como indivisível (LEONEL, 2013, p. 93).

Daí porque não se podem confundir os interesses difusos com uma simples soma de interesses individuais. Trata-se, na verdade, de interesses atinentes à coletividade envolvida como um todo (LEONEL, 2013, p. 93).

Quando comparados aos interesses coletivos em sentido estrito, avultam grandes semelhanças entre eles, haja visto que ambos são considerados tipos de interesses essencialmente coletivos².

A principal diferença entre eles reside em um aspecto subjetivo, qual seja, o de que os titulares de interesses coletivos em sentido estrito estão ligados entre si ou com a parte adversa por um vínculo jurídico, ao passo que, em relação aos titulares de direitos difusos, não se verifica este liame. Vislumbra-se, pois, um dado organizativo quando se trata de interesses coletivos stricto sensu, sendo que a sua proteção normalmente incumbe a um ente exponencial da classe, categoria ou grupo (LEONEL, 2013, p. 98).

Serve para ilustrar este tipo de interesse a pretensão dos membros de determinada categoria de trabalhadores, encabeçados por um sindicato, de que não ocorra alteração da sua jornada de trabalho ou do pagamento de horas diferenciadas (LEONEL, 2013, p. 99).

² Diz-se que são essencialmente coletivos os direitos cuja incidibilidade é um traço marcante da sua própria natureza. Os interesses ou direitos individuais homogêneos, ao oposto, são apenas acidentalmente coletivos

Assim, consoante a definição estampada no no artigo 81, parágrafo único, II, do CDC, os interesses coletivos em sentido estrito são transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Por outro lado, apresentam-se os direitos ou interesses individuais homogêneos como interesses atinentes a pessoas individualmente consideradas, mas aos quais se confere tratamento coletivo por uma questão de conveniência. Trata-se, na essência, de interesses individuais que não excluem a possibilidade da sua tutela através das técnicas do processo tradicional, mas que se abeberam da fonte do processo coletivo em função de apresentarem uma “origem comum” e das suas importantes repercussões no seio de uma dada coletividade.

Inclusive, a coletivização de demandas essencialmente individuais consiste em um dos mais eficazes mecanismos de enfrentamento da litigiosidade repetitiva, que causa sérios problemas à Jurisdição, notadamente o aumento desmedido do volume de processos e a prolação de decisões conflituosas a respeito de fatos análogos.

Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel sintetiza os benefícios auferidos com a utilização do processo coletivo para fins de tutela dos interesses individuais homogêneos: “a opção da via coletiva colima o alcance da economia processual e da efetividade do processo, evitar o conflito lógico de julgados em situações absolutamente similares e permitir a imprescindível implementação do acesso à justiça” (LEONEL, 2013, p. 101).

De acordo com o o artigo 81, parágrafo único, III, do CDC, os interesses individuais homogêneos possuem objeto divisível e surgem a partir de uma origem ou fato comum, o que permite a sua tutela coletiva. Uma hipótese de lesão a este tipo de interesse é a de uma fabricante de veículos que vende vários carros apresentando o mesmo defeito decorrente da sua produção em série.

Situação semelhante é verificada quando determinado alimento ou medicamento é adquirido por várias pessoas, mas a sua quantidade é inferior àquela descrita na embalagem. Estes são exemplos que deixam patente a possibilidade de a lesão individualmente considerada ser quase insignificante se comparada aos custos de uma demanda judicial individual. Caso não houvesse a via do processo coletivo, os consumidores afetados por expedientes dessa

natureza não teriam qualquer guarida no âmbito do Poder Judiciário. Evidencia-se, pois, mais uma vantagem do tratamento molecularizado de demandas individuais homogêneas.

Não se pode perder de vista que um mesmo evento danoso pode acarretar lesões simultâneas a estes três tipos de interesses transindividuais. É, pois, o pedido formulado pelo legitimado ativo da ação coletiva que determinará a amplitude do objeto da tutela jurisdicional, de modo que uma demanda pode versar sobre apenas uma ou até mesmo as três espécies de interesses coletivos *lato sensu*.

Para arrematar este tópico, cumpre ressaltar o caráter exemplificativo da enumeração legal dos interesses metaindividuais, o que decorre da necessidade de a sua proteção se dar da maneira mais ampla possível.

Com vistas à realização deste objetivo, o legislador brasileiro procedeu à edição de cláusulas abertas nos diplomas que versam sobre direitos coletivos, permitindo que a tutela jurisdicional coletiva fosse estendida a situações não minudenciadas na lei.

Em várias normas que regem o processo coletivo no Brasil, é possível verificar a assertiva de que as hipóteses previstas nos seus respectivos diplomas não excluem a possibilidade de proteção de outros interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Trata-se de evidência cabal da intenção de se ampliar ao máximo o campo de incidência da tutela coletiva e, por conseguinte, o acesso à justiça.

As interações recíprocas do micro sistema de processo coletivo e, em especial, entre os seus principais vetores, quais sejam, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor³ sepultaram de vez eventuais dúvidas quanto ao espectro de atuação da tutela coletiva. Restou inequívoco que qualquer lesão aos interesses ora debatidos, mesmo que inicialmente não prevista em lei, poderia ser apreciada pela via do processo coletivo.

³ O artigo 117 do CDC acrescentou o artigo 21 à LACP, no qual se determina a aplicação dos dispositivos processuais daquele à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no que for cabível.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

3.1. Representatividade adequada no direito comparado

Na esteira dos ensinamentos de Ricardo de Barros Leonel, reputa-se mais que oportuna a análise de acontecimentos históricos e institutos de direito comparado, que, se não devem ser transportados inadvertidamente para o contexto em que se vive, ao menos podem fornecer dados valiosos para reflexão, o que contribui para a evolução do ordenamento jurídico. (LEONEL, 2013, p. 39).

Assim, salta aos olhos a experiência auferida - notadamente em relação à figura da representatividade adequada - com o exame da ação popular romana, que constitui o antecedente mais remoto da tutela judicial dos interesses coletivos.

Por meio do referido instrumento, qualquer cidadão romano podia ingressar em juízo nas situações em que estivessem em jogo interesses relativos a toda a comunidade indistintamente. Conforme anotado por André Vasconcelos Roque, tratava-se de exceção ao princípio da legitimação individual (predominante no direito romano), que decorria do fato de não se ter, até então, “uma idéia bem definida de Estado como uma entidade autônoma, de sorte que os bens públicos pertenciam a cada um dos cidadãos romanos em uma espécie de comunhão indivisível”. Naquele contexto, “Estado e povo eram conceitos equivalentes, pelo menos até a fase do Império Romano” (ROQUE, 2013, p. 27-28).

Os pontos sensíveis extraídos por este autor do exame da ação popular romana também se revelam vitais para os escopos do trabalho ora proposto. O primeiro deles diz respeito às particularidades da coisa julgada na demanda de caráter coletivo, as quais já eram reconhecidas àquela época. Tal fato é evidenciado pela existência de previsão normativa segundo a qual uma dada matéria não poderia mais ser veiculada em uma ação popular caso já tivesse sido objeto de uma ação popular anterior, mesmo que propostas por cidadãos diferentes (ROQUE, 2013, p. 29-30) .

Por sua vez, o segundo, ainda mais impressionante, representa verdadeiro ancestral da concepção da representatividade adequada, que pode ser vislumbrado em outra regra do Digesto de Justiniano. Neste particular, estabelecia-se que, se mais de uma pessoa

pretendesse ingressar com uma ação para promover a proteção do mesmo interesse coletivo, dar-se-ia preferência ao cidadão que pudesse fazê-lo da maneira mais capacitada e idônea, preservando-se ao máximo os ausentes (ROQUE, 2013, p. 29-30) (LEONEL, 2013, p. 49).

Após a desintegração do Império Ocidental e o conseqüente declínio das ações populares romanas, a tutela coletiva adquiriu novos contornos no panorama da Inglaterra medieval, marcada pela fragmentação da sua sociedade, que se organizava em pequenos grupos cuja estruturação era imposta pelas autoridades da época em alguns casos (ROQUE, 2013, p. 31-36)⁴.

No entanto, com a intensificação das relações mercantis e o fortalecimento do Estado, provocaram-se intensas mudanças sociais que culminaram no desaparecimento de vários desses grupos, razão pela qual os litígios coletivos se tornaram cada vez menos frequentes, passando a serem apreciados na *Court of Chancery*. Tratava-se de uma corte de equidade onde o Chanceler podia conceder o *bill of peace*, por meio do qual se permitia propor ou sofrer uma ação através de entes representativos desde que presentes certos requisitos (nota rodapé roque pg. 44)⁵, dispensando-se a formação do litisconsórcio (ROQUE, p. 45).

A doutrina identifica que a ação coletiva, àquela altura, guardava uma umbilical relação com o litisconsórcio necessário, constituindo técnica pela qual se poderia superar a imperatividade de reunião de todos os possíveis interessados na contenda *sub judice*.

Este procedimento influenciou sobremaneira o desenvolvimento da matéria nos Estados Unidos, que, num primeiro momento, também permaneceu restrita aos casos fundados na equidade, sendo disciplinada pela Regra 48 das *Equity Rules* de 1842. O referido dispositivo, contudo, comprometia a própria essência das ações coletivas, porquanto determinava que a eficácia dos julgados nelas proferidos não se estendesse aos interessados ausentes do processo (ROQUE, 2013, p. 49).

⁴ Entre as demais coletividades identificadas, ROQUE traça os contornos gerais dos villages, parish e frankpledge, mostrando que a sua organização obrigatória era o artifício utilizado pelas autoridades medievais para impor obrigações em face do grupo (2013, p. 32-33).

⁵ Segundo ROQUE, exigia-se a presença de uma questão comum, bem como que as partes estivessem devidamente representadas e que fosse inviável o litisconsórcio (pelo número de pessoas envolvidas ou porque uma delas estava fora da jurisdição da corte) (2013, p. 44).

A revisão das *Equity Rules* levada a termo no ano de 1912 permitiu a vinculação de todos os membros da classe aos efeitos da decisão proferida em sede de processo coletivo, o que representou um passo decisivo para o distanciamento deste da figura do litisconsórcio necessário (ROQUE, 2013, p. 51).

Contudo, foi com a aprovação das *Federal Rules of Civil Procedure* e a fusão dos sistemas da *common law* e da *equity law* no âmbito da Justiça Federal, em 1938, que o regime das *class actions* experimentou a mudança mais significativa, passando a ser admitido tanto nos casos fundados na equidade quanto naqueles fundados em lei (CRUZ E TUCCI, 1990, p. 12).

Se, por um lado, houve grande aumento das possibilidades da sua utilização, por outro, o instituto das *class actions* ainda instigava dúvidas, mormente quanto às suas espécies e respectivas hipóteses de cabimento⁶. Diante desse quadro, em 1966, promoveu-se uma revisão da Regra 23 das FRCP, após o que as *class actions* receberam um tratamento normativo cujos principais contornos perduram até hoje⁷.

De acordo com André Vasconcelos Roque:

“A regra aprovada no ano de 1966 estava estruturada em cinco subseções, discriminadas por letras de (a) a (e). A alínea (a) estabelece os requisitos gerais de admissibilidade de qualquer *class action*. Preenchidos estes requisitos, o caso deve ainda se encaixar em uma das alternativas previstas na alínea (b), que relaciona as categorias de ações coletivas. A alínea (c) dispõe, entre outras matérias, acerca da decisão de certificação, através da qual se aprecia a admissibilidade da demanda como coletiva, regulando ainda a notificação dos membros ausentes. A alínea (d) prevê determinadas medidas que podem ser adotadas pelo juiz ao conduzir a ação. Finalmente, a alínea (e) estabelece as condições para a aprovação de acordos, compromissos ou para a desistência das *class actions*” (2013, p. 61).

⁶ BUENO, 1996; LEONEL, 2013, p. 65-66 e ROQUE, 2013, p. 55-60 relatam como a redação original da Regra 23 das FRCP e a tríplice classificação das *true*, *hybrid* e *spurious* class actions trouxeram sérias dúvidas a respeito de qual delas se aplicaria aos caso concreto.

⁷ Não se desconhecem: o acréscimo da alínea (f) em 1998; a aprovação do *Class Action Fairness Act* (CAFA), que inseriu modificações no *United States Code* em 2005 e; a mudança redacional da Regra 23 levada a termo em 2007, que, por sinal, não deflagrou mudança no seu conteúdo. O fato é que, de acordo com a doutrina, as características gerais das class actions ficaram bem definidas a partir redação que se conferiu à Regra 23 em 1966.

Logo, no sistema norte-americano, para que a demanda coletiva atinja o seu escopo, mister se faz que os seus requisitos de admissibilidade sejam preenchidos, destacando-se entre eles a representatividade adequada. Esta deve ser verificada tanto pelo prisma do representante, que deve se mostrar completamente investido no desfecho positivo da demanda, quanto do seu patrono, cuja qualidade será determinada a partir da sua experiência com a matéria, bem como a partir da própria consistência do trabalho que ele apresenta ao órgão jurisdicional (LEONEL, 2013, p. 70).

Em virtude da *adequacy of representation*, embora não tenham exercido a sua influência na relação jurídica processual, os interessados ausentes ainda estarão vinculados ao que se decidir na *class action*, de modo que isto não constitui afronta ao devido processo legal (LEONEL, 2013, p. 169-170).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a tutela coletiva pode ser pleiteada por qualquer pessoa, prosseguindo a ação como tal desde que o Magistrado entenda que todos os membros do grupo serão adequadamente representados pelo autor.

Outra discrepância reside no fato de que os efeitos do provimento jurisdicional se projetam sobre todos os integrantes da classe que não tenham exercido o seu direito de exclusão, seja para beneficiá-los ou para prejudicá-los. Trata-se de opção que privilegia ao máximo a economia processual, eis que propicia uma solução definitiva para a contenda, e que se legitima pela garantia de controle, caso a caso, da *adequacy of representation* (LEONEL, 2013, p. 66-67).

3.2. Representatividade adequada no direito brasileiro

Por aqui, o sistema formado pelas interações recíprocas da legislação esparsa a respeito de interesses transindividuais caminhou bem ao possibilitar a tutela de todo e qualquer interesse coletivo *lato sensu*, o que homenageia o ideal de se socorrerem todas as situações concretas que demandem a tutela jurisdicional.

No entanto, não obstante o legislador brasileiro tenha se inspirado muito no sistema norte-americano em matéria de processo coletivo, no que se refere à legitimidade de agir e à coisa julgada, outra mecânica foi adotada e não necessariamente para melhor.

No Brasil, as entidades exponenciais que se reputam capacitadas para promover a tutela judicial dos interesses coletivos já se encontram taxativamente definidas pelo legislador. O posicionamento dominante é o de que a adequação da representatividade destes entes se presume, o que relega ao Magistrado, ao menos em princípio, um papel secundário de apenas verificar o preenchimento dos requisitos básicos previstos em lei para a atuação das associações civis. (LEONEL, 2013, p. 170). Se satisfeitas as condições elencadas em abstrato, aquele que se apresenta como adequado representante assim deve ser considerado, mesmo que não o seja de fato.

Saliente-se, todavia, que esta presunção comporta temperamento, o que é demonstrado pelo expediente adotado nos tribunais brasileiros de se barrar grande número de ações coletivas com fulcro na ilegitimidade da parte mesmo quando os seus respectivos autores estejam contemplados no rol de legitimados. Cassio Scarpinella Bueno especula que isto pode significar um controle velado da adequação da representação, o que é salutar pois reflete a tomada de postura mais ativa por parte do Juiz (BUENO, 1996, p. 43).

Com respeito aos entendimentos dissonantes, avulta a necessidade de se reconhecer que, mesmo não previsto expressamente no microssistema da tutela de interesses metaindividuais, o requisito da representatividade adequada está presente na realidade brasileira como decorrência lógica da garantia do devido processo legal (BUENO, 1996, p. 41).

Afinal, como já se disse, a circunstância de o membro da coletividade ausente estar bem representado na relação jurídica processual, tal como se nela ele mesmo figurasse, é o fator que legitima a utilização do processo coletivo e a abrangente eficácia da sua coisa julgada.

Rememore-se que uma releitura dos institutos processuais clássicos é imperiosa, permitindo-se que os efeitos do julgado se estendam a quem não foi parte propriamente dita justamente para que o processo coletivo cumpra a sua finalidade de debelar crises jurídicas com isonomia e economia. Por outro lado, se todos os titulares do bem da vida discutido não podem participar diretamente da lide, exige-se que a sua proteção seja exercida ao menos por

um idôneo portador para que não se violem a ampla defesa, o contraditório e o próprio acesso à justiça. Daí porque se deve proceder com cautela na tarefa de avaliar a qualidade do representante.

Seria um grande contrassenso não se exigir o preenchimento deste requisito em sede de ação coletiva, sendo que até a intervenção do *amicus curiae* conforme regulada na Lei 9.868/1999 pressupõe o seu atendimento⁸. Ora, se a adequação da representatividade de um terceiro deve ser verificada, o que se dirá da adequação da parte que carrega nas costas os interesses de quem realmente sofrerá os efeitos do julgado?

Por sua vez, os argumentos em sentido contrário gravitam em torno da concepção de que, de todo modo, não há infringência às referidas garantias. Isso porque o sistema brasileiro opera de acordo com a coisa julgada *secundum eventum litis*, que só se espraia sobre os membros da coletividade para beneficiá-los, possibilitando o ajuizamento de ações individuais para o caso de fracasso da demanda coletiva.

Ocorre que a adoção desse modelo constitui uma falsa solução para várias ocasiões em que apenas a tutela coletiva é capaz de promover o acesso à justiça. Basta relembrar as hipóteses em que a utilização dos instrumentos tradicionais não socorre de maneira efetiva o direito coletivo ameaçado ou, então, quando a lesão ao interessado individualmente considerado é insignificante se comparada aos custos da ativação do aparelho estatal.

Cassio Scarpinella Bueno sintetiza a questão brilhantemente ao perquirir:

“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 a sua afirmação de direito fosse, eficazmente, levada ao Estado-Juiz? (1996, p. 47)”

Por outro lado, também se vislumbra controvérsia na análise da *coisa julgada secundum eventum litis* pela perspectiva do suposto violador do interesse metaindividual.

⁸ Antônio do Passo Cabral (2004, p. 06), inclusive, critica a exigência de verificação da “representatividade” do *amicus curiae* para que seja deferida a sua intervenção. Neste particular, aduz que “não há obrigatoriedade desta exigência, já que não há substituição processual. Vale dizer: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. Por outro lado, as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representação inadequada e desnecessário o exame da *adequacy of representation*”.

No panorama atual, diante da eventual improcedência da demanda coletiva, o Réu se vê na indesejável posição de ter que se defender um número incontável de vezes acerca dos mesmos fatos, veiculados em ações individuais posteriores.

Ricardo de Barros Leonel advoga a tese de que, aqui, não há violação aos postulados da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes, porquanto o que se deve preconizar é a igualdade material. Para o mencionado autor, mister se faz aplicar a máxima do tratamento igualitário de situações idênticas e do tratamento diferenciado de situações descompassadas, sendo que, no processo coletivo, verificam-se fatores de discriminação entre os litigantes (LEONEL, 2013, p. 285).

Calcado nas razões expostas por outros renomados doutrinadores⁹, ele rejeita a possibilidade de extensão *erga omnes* dos efeitos do julgado no processo coletivo também para os casos de improcedência da demanda, mesmo que se permita a posterior impugnação pelo interessado. Isso porque a adoção deste modelo, no seu sentir, comprometeria o acesso à justiça pelo interessado e renderia ensejo a um aumento das situações de conluio de partes e de demandas coletivas fadadas ao fracasso (LEONEL, 2013, p. 286-287).

Com renovada vênua, mesmo que as suas preocupações sejam completamente justificáveis, é possível que tal posicionamento vá de encontro com a própria essência da tutela coletiva, que, repise-se, privilegia a economia processual, mas também se presta a combater o conflito prático e lógico de julgados, promovendo a segurança jurídica.

O fato é que, estabelecendo-se de vez a missão de se aferir criteriosamente a representatividade adequada, as chances de conluio de partes e de ajuizamento de demandas desqualificadas diminuem sobremaneira. O aperfeiçoamento do sistema, portanto, passa necessariamente pelo empoderamento dos Juízes, que precisam assumir o protagonismo do expediente em questão.

De maneira ainda mais tangível, a insuficiência do mecanismo de previsão, pelo legislador, dos entes capacitados para a proteção dos interesses transindividuais fica escancarada quando se voltam os olhos para o problema da convivência entre ações coletivas,

⁹ José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 217) aduz que "seria óbvia injustiça privar os outros legitimados de obter novo pronunciamento judicial sobre o litígio. Não se afigura recomendável, assim, a extensão pura e simples da coisa julgada aos cotitulares do interesse coletivo".

notadamente entre uma ação civil pública e uma ação popular que versem sobre a mesma situação.

Como cediço, realiza-se a identificação das demandas de acordo com os seus três elementos essenciais, quais sejam, partes, causa de pedir e pedido. Quando, no cotejo entre duas ações, percebe-se que ambas apresentam, em maior ou menor grau, identidade de elementos, haverá entre elas conexão, continência, litispendência ou coisa julgada.

Vale ressaltar que o elemento subjetivo de uma ação coletiva não é determinado pela identidade física da parte, mas sim pela sua condição jurídica (LEONEL, 2013, p. 272). Nesse sentido, se dois legitimados diferentes vierem a juízo para representar a mesma coletividade em face do mesmo Réu, cada qual em uma ação coletiva diferente, haverá entre elas identidade de partes.

O problema vislumbrado no presente ensaio ocorre quando há concomitância de ações coletivas e, mais especificamente, entre uma ação civil pública e uma ação popular que apresentem as mesmas causas de pedir e pedido, além de se referirem à mesma coletividade. A propositura da primeira inviabilizaria a da segunda, dada a necessidade de reconhecimento de litispendência ou coisa julgada (LEONEL, 2013, p. 275), conforme for o caso.

Agora, imagine-se a hipótese de uma ação popular que tenha sido proposta com gravíssimas imprecisões técnicas ou até mesmo de má-fé, com intuitos fraudulentos, o que é perfeitamente possível. Tal circunstância impediria o manejo de uma segunda ação coletiva, esta sim dotada de hábil representante da coletividade, em função da presença de pressuposto de validade negativo da relação jurídica processual.

Há quem defenda a idéia de que, constatada a duplicidade de lides pendentes, não se deveria proceder à extinção daquela que foi judicializada por último. De acordo com os partidários dessa corrente, dever-se-ia realizar a reunião de processos para julgamento conjunto.

Embora não se tenha a pretensão de entrar em minúcias, há que se registrar que esta solução não parece ser a mais adequada. Isto porque, por um lado, há verdadeiro desvirtuamento da figura da litispendência, que constitui óbice insuperável ao prosseguimento de uma ação judicial. Afinal, o instituto serve justamente ao propósito de se impedir o

persistente ajuizamento de demandas idênticas¹⁰. Por outro, essa alternativa não pode ser adotada nos casos em que a primeira ação coletiva já tiver sido julgada e a decisão judicial já tiver transitado em julgado. É dizer, na conjuntura atual, os titulares de direitos transindividuais ficariam ao relento quando houvesse coisa julgada material que tornasse imutável uma decisão desfavorável em sede de ação coletiva conduzida de maneira inadequada por um representante inepto.

O cenário imaginado acima é exemplo claro da necessidade de se implementar um controle rigoroso da representatividade adequada, pois se o legislador ao menos presumiu que os entes legitimados à propositura de uma ação civil pública seriam destacados portadores dos interesses metaindividuais, o mesmo não pode ser dito da legitimidade do cidadão para promover a tutela do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural por meio da ação popular.

4. REPERCUSSÕES DO CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Firmada a premissa de que, em decorrência da garantia do devido processo legal, os interessados ausentes devem ser adequadamente representados no âmbito da ação civil pública, à mesma conclusão não se deveria chegar em relação à ação popular?

Parece que sim. Afinal, diante das mesmas razões, deve-se aplicar o mesmo direito - *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

Reputa-se necessário, portanto, exigir do autor popular que ele também preencha o requisito da representatividade adequada, permitindo-se que o julgado se projete sobre todos os titulares do interesse tutelado sem que isso acarrete inobservância do princípio do devido processo legal. A mudança de paradigmas pode levar, inclusive, ao alargamento do rol de legitimados à propositura de ação civil pública, o que representaria um desejável incremento do acesso à justiça.

¹⁰ No caso de litispendência, advoga-se a tese de que seria tecnicamente mais correto extinguir as ações coletivas posteriores sem prejuízo da intervenção dos autores das demandas extintas na primeira ação coletiva. É o que defende Antônio Gidi.

Denota-se que, havendo postura ativa no controle da representatividade adequada, não haveria o porquê de se negar legitimidade aos cidadãos para que estes persigam a tutela de outros interesses metaindividuais não contemplados pelo instrumento da ação popular. Afinal, embora não completamente expurgado, o temor da colusão de partes ou da propositura de demandas desqualificadas restaria significativamente reduzido.

Por sinal, é curioso que o cidadão tenha legitimidade para promover a tutela de interesses coletivos que lhe afetam de maneira relativamente superficial, mas não para empreender a defesa de interesses que lhe atingem de um modo muito mais perceptível e direto.

Ademais, falar que não se pode atribuir legitimidade ativa ao indivíduo porque ele promoveria ação judicial com finalidade egoística é um argumento que não convence. Afinal, não se descarta a possibilidade de os atuais legitimados ativos também demandarem – ou deixarem de demandar - com motivações escusas.

A propósito, André Roque suscita o caso de uma ação civil pública ajuizada por um ente estatal que se afirmava adequado representante dos interesses de consumidores que experimentaram prejuízos supostamente causados por dois réus. No entanto, narra o autor que a linha de argumentação deduzida na inicial se voltava quase que exclusivamente contra apenas um deles. Isso porque, em um momento posterior, constatou-se que o referido ente estatal havia deixado de cumprir sua obrigação de fiscalizar a atividade econômica desenvolvida pelo outro réu, o que veio a contribuir para a ocorrência do dano (ROQUE, 2013, p. 562).

O caso supra demonstra como até os legitimados ativos que se presumem adequados representantes podem deixar de litigar em benefício da coletividade (ou, como nesta situação, realizar verdadeira sabotagem) quando os interesses desta vão de encontro com os seus próprios interesses patrimoniais.

A resposta adequada para este problema é justamente incrementar os mecanismos de controle da representatividade do autor coletivo, seja ele quem for, permitindo-se que demandas deste caráter sejam prontamente repelidas para que se homenageie o devido processo legal e o próprio acesso à justiça.

O quadro atual também contribui para que o indivíduo se veja distante da democracia e do processo de tomada de decisões acerca da coisa pública. Deflagra-se um ciclo vicioso em que o cidadão não é considerado apto a participar diretamente da gestão dos interesses coletivos porque não possuiria experiência suficiente e, diante dessa falta de experiência, a sua dependência em relação às instituições estatais perdura.

Neste panorama marcado de incongruências, os interesses essencialmente transindividuais são frequentemente judicializados tais como se interesses individuais fossem, isto é, pela via do processo tradicional. Trata-se de consequência inevitável do fato de não se conferir ao indivíduo a legitimidade para promover demandas coletivas, o que tem se mostrado bastante pernicioso ao cada vez mais sobrecarregado Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe classifica estas demandas judiciais como *pseudoindividuais*, pois, embora sejam propostas por indivíduos, elas possuem objeto incindível, de modo que o provimento jurisdicional a elas correspondente repercutirá na esfera jurídica de todo o grupo interessado.

O referido autor sintetiza muito bem a questão ao afirmar que “são individuais apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a pretensão é de alcance coletivo, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação. Em semelhante situação, seria suficiente uma só demanda, seja individual ou coletiva.” (WATANABE, 2006, p. 29).

Evidencia-se que o ajuizamento de múltiplas ações supostamente individuais, que possuam o mesmo objeto indivisível, pode render ensejo a conflitos práticos de julgados, situação esta com a qual o ordenamento jurídico brasileiro não consegue conviver.

Watanabe também denuncia que a judicialização de interesses metaindividuais pela via do processo tradicional deixa de considerar a relação jurídica de direito material como um todo (WATANABE, 2006, p. 30). Vislumbra-se facilmente como a desatenção aos aspectos coletivos do direito que se busca tutelar pode levar ao cometimento de graves erros e injustiças por parte do Magistrado, que se vê às voltas com uma situação bastante delicada.

Isso porque se está diante de direitos que são de todo um grupo, mas que também dizem respeito a cada um. Se por um lado é necessário evitar julgamentos repetidos – e possivelmente conflituosos - acerca da mesma questão, por outro, o direito fundamental da

inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) garante que o indivíduo não poderá se ver desamparado caso seus direitos sejam violados. Como se compatibilizam estes preceitos?

Em uma demanda atomizada, mesmo quando o provimento jurisdicional é favorável ao titular de direito metaindividual, têm-se consequências negativas. Quando se trata de uma questão de justiça distributiva, por exemplo, as decisões concessivas de direitos sociais podem desorganizar o planejamento e a ordem de execução de políticas públicas, criando desigualdades e privilegiando os autores das ações judiciais em detrimento dos demais membros da classe envolvida (COSTA, 2013, p. 355).

Neste particular, Susana Henriques da Costa identifica uma marcante contradição: é certo que a positivação de direitos sociais foi levada a termo com vistas à consagração da igualdade material, mas a tutela judicial individualizada desses direitos contribui para a manutenção das disparidades. Afinal, o atendimento de um indivíduo que provocou a Jurisdição poderá resultar na privação do direito de um dos seus pares. Nesses casos, o único fator de distinção entre o beneficiário do mandamento judicial e os demais membros da coletividade é o de aquele ter ido a juízo exigir o seu direito, o que não pode prevalecer sobre os critérios anteriormente definidos pelo administrador público (COSTA, 2013, p. 355).

Depreende-se disso que a judicialização individual de ações com alcance coletivo é extremamente maléfica, de modo que não se deve admiti-las nem a pretexto de homenagear o acesso à justiça. Por outro lado, é certo que os legitimados ativos à propositura de ação civil pública não conseguem ou não possuem interesse de socorrer todas as demandas que lhes são endereçadas. Dáí porque a resposta para esse problema passa inevitavelmente pelo alargamento do rol de legitimados, permitindo-se que o indivíduo seja autor da ação coletiva caso ele possa representar adequadamente todos os titulares do interesse discutido em juízo.

Não admitir esta possibilidade significa conivência com a denegação de justiça verificada em relação a determinados direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, tal como André Vasconcelos Roque brilhantemente ilustra. A seguir, invoca-se o exemplo por ele utilizado:

“Imagine-se o seguinte exemplo: um Município no interior do Tocantins realiza uma determinada obra junto a uma pequena comunidade, cuja poluição sonora está bem acima dos limites legais. O Município não terá interesse em ajuizar uma ação coletiva contra a sua própria obra. Além disso,

a pequena localidade não possui visibilidade suficiente para atrair a atuação de outros entes públicos, não existe no local qualquer associação de moradores e o cargo para Promotor está vago. O que os moradores poderiam fazer para cessar os barulhos? Constituir uma associação apenas para que possam ser admitidos em juízo, na esperança de que o juiz dispense o requisito da pré-constituição de um ano, conforme permitido pelo art. 82, parágrafo 1º do CDC? Ou, pior ainda, simplesmente suportar a poluição sonora, por não existirem instrumentos processuais capazes de assegurar a tutela judicial desse interesse difuso? Da mesma forma, o morador de um bairro residencial teria que suportar os barulhos advindos dos cultos de uma determinada instituição religiosa enquanto ninguém ingressasse com uma ação coletiva? O proprietário de um imóvel situado em praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de uma indústria poluidora recém-instalada no local? (2013, p. 566).”

Como se não bastasse, a legitimação do indivíduo também iria ao encontro das situações em que direitos individuais homogêneos restassem desamparados em função da inviabilidade do manejo de ações individuais, seja por conta do pequeno valor econômico das suas correspondentes pretensões, seja pela falta de instrução de grande parte dos titulares dos direitos ofendidos (ROQUE, 2013, p. 566).

Assim, a atribuição de legitimidade ao cidadão para a defesa de quaisquer direitos transindividuais se apresenta como indispensável medida de ampliação do acesso à justiça, mas, para afastar temores de má utilização do processo coletivo, é necessário que seja precedida de rigoroso controle da adequação do representante da classe. Logo, uma caminhada de mãos dadas com a outra.

A garantia do controle da adequação do representante é tanto um estímulo à ampliação do leque de legitimados à propositura de ações coletivas quanto um filtro pelo qual se poderão rejeitar as demandas desqualificadas ou que nas quais fique evidente o descomprometimento do autor coletivo.

Diante desse quadro, avulta a necessidade de o Juiz adotar um papel ainda mais proeminente no desenrolar da relação jurídica processual, o que já vem ocorrendo. Por sinal, o próprio conteúdo de decisões envolvendo grande parcela dos interesses metaindividuais tem marcante natureza política, haja visto que se relacionam com a alocação de recursos públicos.

Dado que, nesses casos, o Juiz faz importantes escolhas político-jurídicas, é forçoso que ele as faça de maneira consequencialista, estratégica e mediadora (COSTA, 2013, p. 352)¹¹.

Vale ressaltar que já existe uma série de incentivos estruturais que permitem o efetivo cumprimento dessa função. Afinal, os magistrados brasileiros gozam de estabilidade que lhes garante certa independência em relação à administração e aos membros do Poder Legislativo e, além disso, não estão subordinados hierarquicamente a outros membros do Judiciário, o que lhes possibilita tomar decisões conforme as suas próprias convicções pessoais.

Resta operar uma modificação cultural, de formação dos membros da magistratura, para que estes tenham plena consciência do alcance social das suas decisões e assumam o protagonismo ora preconizado. No entanto, respeitável parte da doutrina aponta que o ensino jurídico ainda gravita, quase que integralmente, em torno de litígios envolvendo dois particulares em posições opostas e sem disparidades financeiras ou informacionais, em relação aos quais os efeitos da sentença ficarão adstritos. A crítica que se faz é que este consiste em um recorte muito limitado da realidade do universo de relações jurídicas.

Modificando-se a percepção dos juízes quanto ao impacto social da sua atuação, viabilizar-se-ia um minucioso controle da adequação da representação dos autores coletivos.

Nesse sentido, houve algumas propostas de sistematização que previam o controle judicial da representatividade adequada, como as do Código Brasileiro de Processos Coletivos e do Código Modelo de Processos Coletivos para a Íbero-América, os quais estabelecem critérios bastante semelhantes.

A seguir, vejam-se dispositivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos pelos quais se tencionava regular o instituto em tela:

“Art. 8º: São requisitos específicos da ação coletiva a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

Inc. I – a adequada representatividade do legitimado;

...

¹¹ *Consequencialista* porque a autora em questão defende que o Magistrado deve ponderar sobre os efeitos materiais da sua decisão na sociedade, de modo que não deixe de visualizar as complexidades jurídicas, fáticas e procedimentais da execução do jugado. O cumprimento de comandos judiciais pelo Estado está sujeito v.g. a limites orçamentários e à necessidade de procedimentos licitatórios que dificultam a pronta satisfação do direito tutelado. *Estratégica* porque é necessário traçar um plano de atuação para a concretização da política pública definida em sentença. Por fim, *mediadora* porque a sua implementação depende dos esforços coordenados de várias instituições.

§1º Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe .

§2º O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º do seguinte artigo.

Art. 9º: Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.”

Por sua vez, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América elenca critérios de aferição praticamente idênticos. É o que se extrai dos preceitos normativos transcritos a seguir:

“Art 2º: “Requisitos da ação coletiva – São requisitos da demanda coletiva:
I – a adequada representatividade do legitimado;

...

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

§3º O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4o do artigo 3º.

Art. 3º, §4º: “Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.”

Chama a atenção a predominância de conceitos abertos entre as características que o Magistrado deve constatar em relação àquele que se pretende representante adequado de uma dada coletividade em juízo. As expressões “credibilidade”, “capacidade” e “prestígio”, por exemplo, possuem um significado flexível que exige uma atividade de concretização do

seu conteúdo por parte do exegeta, o que reforça ainda mais a idéia de protagonismo exercido pelos Juízes neste tipo de demanda.

Ademais, a despeito de atribuírem expressamente a função de aferir a adequação da representatividade do autor coletivo ao Juiz, cumpre observar que tanto o CBPC quanto o Código Modelo não se distanciam radicalmente do cenário atual. Isso porque estes diplomas ainda preveem uma lista de legitimados ativos à propositura de uma ação coletiva. A diferença reside no fato de que, neles, há a consagração do controle judicial da representatividade adequada, ao passo que, na legislação vigente, não há menção expressa ao referido expediente.

Todavia, quando da elaboração do PL nº 5.139/09, não se propôs qualquer modificação significativa ao sistema orientado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo CDC. O projeto de lei vislumbra uma atuação mais decisiva por parte do Magistrado apenas em situações nas quais há possibilidade de dispensa da exigência de prévia constituição das associações civis e das fundações de direito privado, o que já é previsto no panorama atual. Assim, não são elencados critérios de avaliação da qualidade do representante e não há sequer menção ao desempenho dessa atividade pelo Juiz.

Neste particular, percebe-se facilmente que o arquivado projeto de lei deixou a desejar e não ofereceu resposta ao palpitante problema do manejo de ações por representantes que, embora estejam contempados no rol de legitimados ativos, são incapacitados ou possuem interesses conflitantes com o dos membros da coletividade envolvida.

Sem sombra de dúvidas, a alternativa oferecida pelo CBPC e pelo Código Modelo se revelava mais interessante, pois elevava o instituto da representatividade adequada ao patamar que deve ocupar, isto é, de requisito essencial da ação coletiva e pressuposto de validade da tutela de interesses metaindividuais.

Veja-se que os diplomas em comento determinam que o Juiz obrigatoriamente examinará a qualidade do representante a partir de certos elementos, aos quais ele não precisa – e, de antemão, diga-se que não deve – se limitar. Tal circunstância é indicada pelo uso do vocábulo “como”, que evidencia o caráter exemplificativo do rol dos critérios de aferição¹².

¹² CBPC, art. 8º, §1º e Código Modelo, art. 2º, § 2º.

Seus elaboradores¹³ fizeram bem em listá-los, pois tal expediente proporciona segurança jurídica e previsibilidade para os sujeitos do processo. No entanto, permitir que se vá além dos elementos de investigação já contemplados pelo CBPC e pelo Código Modelo é um traço ainda mais positivo desses diplomas, haja visto que homenageia os reclamos de uma postura mais ativa e vigilante por parte dos Magistrados em relação às ações coletivas e ao preenchimento dos seus requisitos.

Por tudo o que se expôs, o controle judicial não deve restar adstrito aos critérios supra delineados, de modo que estes configuram diretrizes que nortearão o exame da representatividade adequada pelo Juiz. Não deve ele se contentar com o automático preenchimento de requisitos legais, sob pena de se permitir o manejo de ação coletiva por quem não é um adequado representante de fato.

5. CONCLUSÃO

Embora possa ser considerada de *lege ferenda*, eis que o microssistema de processos coletivos não faz menção à figura da representatividade adequada, a tese ora defendida é a de que o Magistrado deve empreender rigoroso controle das qualidades daquele que se apresenta em juízo como legítimo portador de interesses coletivos em sentido amplo.

A prévia identificação de entes exponenciais legitimados à propositura de ações coletivas se revela insuficiente, rendendo ensejo a uma postura preguiçosa por parte do Poder Judiciário, o que permite o ajuizamento de demandas egoísticas, falsas, ou de baixa qualidade técnica, todas já fadadas ao fracasso.

O convívio entre ações coletivas evidencia claramente o problema. Para se ter uma idéia dos seus efeitos negativos, basta imaginar o caso de uma ação civil pública ou ação popular que tenha sido fruto de colusão de partes e, ao final, julgada improcedente, sem que se percebesse o vício. Tal circunstância inviabilizaria a propositura de ação coletiva posterior diante da necessidade de reconhecimento da coisa julgada, o que, em vários casos, acaba por

¹³ O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos foi elaborado no seio da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover e com a participação de vários professores e alunos da pós-graduação. Por sua vez, o Código Modelo foi elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e aprovado nas *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, realizadas em Caracas, em 2004.

sepultar as possibilidades de tutela do direito mesmo quando franqueado ao indivíduo o ilusório acesso à justiça.

Destarte, a promoção do controle judicial da representatividade adequada, de maneira semelhante ao que ocorre no sistema norte-americano, homenageia não só o postulado do devido processo legal, mas também o efetivo acesso à justiça, permitindo que o processo coletivo alcance os seus escopos.

Avulta, pois, a necessidade de se investigarem critérios para a sua aferição. Aqueles elencados no Código Modelo de Processo Coletivos para Íbero-América e no Anteprojeto de Lei de Código Brasileiro de Processos Coletivos oferecem ótimo ponto de partida, mas não se deve perder de vista que constituem, acima de tudo, diretrizes que nortearão a avaliação do Juiz às quais ele não pode se limitar. Em suma, o caso concreto revelará se aquele que se apresenta em juízo é realmente um representante adequado, devendo o Magistrado proceder a uma investigação minuciosa para que chegue à resposta.

Estabelecer um rol fechado de requisitos iria de encontro com a própria idéia de controle judicial da adequação do autor coletivo e renderia ensejo aos mesmos problemas hodiernamente vislumbrados. Isto é, caso preenchidos os requisitos legais, o Magistrado se veria compelido a admitir passivamente a continuação de um dado processo mesmo que o representante da coletividade envolvida fosse flagrantemente inadequado.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

_____. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. In: Grinover, Ada Pellegrini (coord). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

BRONSTRUP, Felipe Bauer; DA SILVA, Eduardo Silva. O requisito da representatividade adequada no amicus curiae: a participação do particular no debate judicial. Revista de Processo. Vol. 207/2012/p. 153. Maio, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. In: Revista de Processo. 1996. p. 92- 151. Disponível em:

<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>

_____. A ação civil pública e o poder público. Publicado originalmente em Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba, vol. 4 nº 1. Editora da Universidade: Araçatuba, julho de 2004, páginas 81-106.

BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. Hastings Law Journal, v. 42, p. 165-202. 1990.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o vertreter dès öffentlichen interesses. Revista de Processo. Vol. 117. 2004.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public Law litigation. 89 Harvard Law Review. 1281 1975 – 1976.

COSTA, Susana Henriques da (coord). Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Goncalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). O processo em perspectiva. Jornadas brasileiras de direito processual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v., p. 345-370.

_____. Condições da Ação – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. O processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2009

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Class action” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

DIDIER R, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Editora Malheiros, São Paulo: 2005, 12ª ed. rev. e atual.

FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada

Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. 2007. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 136-143

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Athur R.. Civil Procedure, St. Paul, West Publishnig Co., 1985.

GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, São Paulo: Saraiva, 1995.
_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo, nº 108, p. 61-70, out./dez 2002.

_____. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KLONOFF, Robert H. Class actions and other multi-party litigation. St Paul: Thomson West, 2004.

_____. The Judiciary's flawed application of Rule 23's "adequacy of representation" requirement, Michigan State Law Review, v. 2004, p. 671-702, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: RT, 3ª Ed, 2013.

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. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. Revista dos Tribunais, vol. 782, p. 20 a 42, Dez / 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 28ª. ed., 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, código modelo e perspectivas. Revista de Processo, vol. 153, Nov/ 2007.

_____. O Direito Processual Coletivo, a legitimidade para agir nas ações coletivas e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PIZZOL, Patrícia Miranda. Liquidação nas ações coletivas. São Paulo: Lejus, 1998.,

_____. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em:
http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf

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

SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. (Org.). Processos Coletivos e Tutela Ambiental. 1ª ed. Santos: EDUL - Editora Universitária Leopoldianum, 2006

TARUFFO, Michele e HAZARD, Geoffrey C.. La Giustizia Civile negli Stati Uniti, Bologna, il Mulino, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck & BURGOS, Marcelo. As ações coletivas e os novos lugares da democracia no Brasil, in Luiz Werneck Vianna, A democracia e os três poderes no Brasil, Belo Horizonte e Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 1ª reimpressão, 2003.

VIGORITI, Vincenzo. Interessi Collettivi e Processo - La Legittimazione ad Agire, Milano, Giuffrè, 1979

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. Revista de Processo, vol. 139, set. 2006.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). O controle judicial de políticas públicas. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1
_____. Coisa julgada coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011.