

O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

SUSANA HENRIQUES DA COSTA

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP

Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A representatividade adequada como corolário do devido processo legal; 3. O sistema norte-americano; 4. O sistema brasileiro; 5. A efetividade do processo; 6. O controle jurisdicional da representatividade adequada como forma de garantir a efetividade do processo; 7. Conclusão; Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A tutela coletiva de direitos, exigência da sociedade de massa, é algo relativamente novo no nosso ordenamento jurídico. Embora a Lei de Ação Civil Pública date de 1985, ainda permanece viva a busca pela efetiva universalização dos interesses que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém.

São encontradas várias dificuldades na aplicação do arcabouço jurídico desenhado para o processo coletivo. É perceptível a desestrutura do Poder Judiciário no desempenho da função política que lhe foi transferida pelo julgamento das demandas coletivas,¹ as quais, na maioria das vezes, envolvem escolhas entre valores e interesses públicos legítimos, dentro de uma atividade prospectiva da realidade e não mais meramente

¹ “Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública, o processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado *controle externo* da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle *interno* imanente a toda Administração, e mesmo do *controle externo institucional*, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras *escolhas políticas*, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos *limites* do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da *moralidade administrativa*, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)”. (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Ação popular*, p. 33-34).

reparatória.² Essa desestrutura gera, entre outros problemas, a deficiência de execução das decisões coletivas em casos em que seja necessária a implementação de políticas públicas. Sente-se, ainda, a falta de preparo dos operadores do direito em lidar com institutos inovadores e diferenciados em relação àqueles elaborados para a solução de conflitos individuais próprios do Estado Liberal de Direito.

Muito ainda há que se aprimorar até que a tutela coletiva de direitos no ordenamento pátrio chegue a um patamar ideal. Muitos debates ainda precisam ser pacificados, a fim de que os interesses metaindividuais da sociedade sejam satisfatoriamente protegidos pelo direito.

Uma das questões que ainda permanece polêmica e que necessita de assentamento é a relativa ao controle da representatividade adequada do autor da demanda coletiva. Em outros termos: como se realiza o juízo de valor sobre a aptidão daquele que pretende defender os interesses coletivos *lato sensu*? É de suma importância saber como se dá essa aferição, pois dela depende, em grande parte, o sucesso da demanda coletiva.

Esse trabalho pretende enfrentar o tema e, assim, contribuir para o debate que visa melhor operacionalizar os instrumentos de tutela coletiva. Para atingir seu desiderato, primeiramente, será conceituada a representatividade adequada e salientada a sua função de garantidora do devido processo legal. Na sequência, será realizada uma breve análise dos sistemas norte-americano e brasileiro, sob o recorte da representatividade. Essa análise

² Segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, “Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado*, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal é uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um ‘julgamento’ do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua realizabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado de bem-estar social”. (*O Judiciário frente a divisão de poderes: um princípio em decadência?*, p. 18). No mesmo sentido, ainda, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário*, p. 70 e ADA PELLEGRINI GRINOVER para quem “a via jurisdicional torna-se necessária na tutela dos interesses difusos, principalmente onde se percebe a necessidade de uma correção eficiente de sistemas que ainda opõem dificuldades e obstáculos à obtenção de resultados, que já deveriam ter sido alcançados pelos processos de mediação política”. (*A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 35).

buscará trazer parâmetros para a comparação entre os dois sistemas e entre as soluções eleitas para a questão do controle da representatividade adequada.

Por fim, sob a perspectiva da efetividade do processo que pauta todos os estudos de direito processual atuais, será buscada uma forma de otimizar o sistema brasileiro de processo coletivo quanto ao tema.

2. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O conceito de representatividade adequada surgiu no direito norte-americano. Trata-se de um dos requisitos para que uma demanda possa seguir como *class action* e que corresponde à capacidade de a parte que litiga em nome da classe ou coletividade defendê-la de forma eficaz. O representante adequado, para o direito norte americano, é aquela pessoa, membro da classe, que tem aptidão para satisfatoriamente fazer valer os interesses da coletividade perante a Corte.

A idéia de representatividade adequada é central no tema da tutela coletiva de direitos. Como os interesses que são analisados nessas espécies de processos são de grande abrangência, muitas vezes indivisíveis e, principalmente, pertencentes a toda uma coletividade de pessoas, é impossível o seu tratamento pela simples aplicação das regras gerais do processo civil individualista. Isso porque, nesses casos, é inviável a participação de todos os inúmeros interessados na relação jurídica processual. Não se mostra factível o mero litisconsórcio em casos envolvendo grande número de pessoas, muitas vezes não identificadas e nem mesmo passíveis de identificação.

O problema da jurisdicionalização dos processos de massa teve que buscar soluções alternativas e reformular conceitos processuais tradicionais.³ Qualquer que fosse a

³ MAURO CAPPELLETTI, já em meados da década de 70, aponta para o esgotamento do modelo processual tradicional na tutela de interesses de massa, - que não se enquadram nas categorias clássicas de direito público e direito privado, - e pugna pelo desenvolvimento de um novo modelo, mais adequado às características da sociedade contemporânea. Para o autor, com a emergência na sociedade dos novos interesses difusos e coletivos, “emerge evidentemente anche sul piano processual la necessità di adeguare il processo a questi nuovi bisogni, a queste nuove necessita: il tema, antico como la civiltà giuridica, del ‘bisogno di tutela’ e dell’ ‘accesso alla

saída eleita – e foram diversos os modelos desenvolvidos, como se verá abaixo –, teria ela que lidar com a idéia de representatividade. Em outros termos: como não é possível trazer à relação jurídica processual todos os membros da coletividade interessada, é necessário escolher um representante. Esse representante, que litigará em nome do grupo, tem que ser adequado.⁴ Eis, portanto, a necessidade de se desenvolver o conceito de *representatividade adequada*.⁵

A representatividade adequada, percebe-se, possui um grande conteúdo legitimador da sentença coletiva. Afinal, se a decisão prolatada surtirá efeito sobre uma coletividade a qual não participou de fato do processo, exige-se que o seu interesse tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome. Toda a técnica processual do processo coletivo, portanto, transita em torno da noção de representatividade. É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo. Garantir que a classe tenha sido adequadamente representada é, em última instância, garantir a observância do devido processo legal, em seu sentido substancial (*due process of law*). Em outros termos, é a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida.

Nesse sentido, Antonio Gidi, ao discorrer sobre o direito americano, preleciona:

giustizia', assume una configurazione nuova. È qui che il vecchi strumenti di rappresentanza nel processo del vecchio tipo di interessi, nettamente divisi, 'a taglio di coltello', in privati o pubblici, si rivelano più insufficienti", (*Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi*, p. 193).

⁴ Quando se fala em representante, nesse contexto, não se está a falar do conceito jurídico de representação, previsto pelo Código Civil, até mesmo porque o entendimento desta autora é no sentido de que a legitimidade para a propositura de ação civil pública é extraordinária e configura autêntica hipótese de substituição processual. Trata-se aqui do conceito leigo da palavra representante, ou seja: "Pessoa que figura em nome de um indivíduo ou grupo de indivíduos" (*Moderno dicionário da língua portuguesa Michaelis*, <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=representante>).

⁵ "In the class action context, the client – the class members or at least almost all of them – are not present; indeed, many class members are not even aware of the existence of the class litigation to which they are, in theory, a party. They are represented only virtually, by means of class representatives. And since class representatives are almost always nominal actors, the absent class members are in truth represented only by class counsel, acting, typically, with minimal or no real client input" (DAVID A. DANA, *Adequacy of representation after Stephenson: a Rawlsian/Behavioral economics approach to class actions settlements*, p. 280)

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*). A *adequacy of representation* é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.⁶

É preciso ter em mente que a representatividade adequada, em matéria de interesses coletivos, é um conceito teleologicamente ligado à garantia do devido processo legal. Na solução do problema da legitimidade para a tutela coletiva de direito, assim, todo sistema jurídico terá de equacionar a questão de como garantir que os membros da coletividade sejam devidamente ouvidos e defendidos, sob pena de se estatuir um instrumento processual ilegítimo e inconstitucional.

3. O SISTEMA NORTE- AMERICANO

O sistema norte-americano é sem dúvida o mais avançado sistema de tutela coletiva de direitos. A tradição das *class actions* é inegável e serve de fonte de inspiração para todos os países que intentem introduzir em seu ordenamento jurídico instrumentos voltados a proteção dos interesses de massa.

As *class actions* permitem a uma pessoa ou um grupo, pertencentes a uma coletividade de pessoas, ajuizar demanda para a defesa de um interesse comum.⁷ No âmbito federal,⁸ a *class action* foi regulada pela *Rule 23*, editada em 1938, porém substancialmente

⁶ ANTONIO GIDI, *As class actions como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 99-100.

⁷ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO define *class action* como “o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado-juiz, portanto) não é possível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades inseparáveis quanto à jurisdição e à competência”, (*A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 93).

⁸ É sempre importante lembrar 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. Segundo LINDA S. MULLENIX, “many state rules differ in form, content, scope, and effect from the federal class action rule” (*New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 507). 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. Sobre o federalismo americano e as *class actions*, é de se salientar a edição do *Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA)*, que buscou permitir o

alterada em 1966 (houve outras alterações em 1988 e em 2003). Há necessidade do preenchimento de uma série de requisitos para que uma demanda seja reconhecida como uma *class action*, todos arrolados na *Rule 23*. Um deles é o requisito da representatividade adequada, previsto no item 23(a)(4).

Primeiramente, cabe ressaltar que o direito norte-americano distingue o conceito de legitimidade (*standing*) do conceito de representatividade adequada (*adequacy of representation*). Tem legitimidade para uma demanda coletiva a parte que possua um interesse direto ou tenha sido lesada pelo ato que se procura impugnar (*case or controversy*). São três os principais requisitos que as Cortes norte-americanas exigem para o reconhecimento do *standing*: (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.⁹

O direito norte-americano não diferencia a legitimidade para a propositura de demandas individuais da legitimidade para a propositura da demanda coletiva. É o mesmo fenômeno. Basta que haja *standing* para a propositura da demanda individual para que se reconheça a legitimidade para a demanda coletiva.¹⁰

Todavia, embora seja necessário ter legitimidade para que se possa reconhecer a representatividade adequada do autor da demanda coletiva, esta àquela não

deslocamento de *class actions* estaduais às Cortes federais, em regra menos sujeitas às pressões políticas. A respeito do tema, v. RICHARD L. MARCUS, *Modes of procedural reform*, 817-820.

⁹ Na verdade, percebe-se que o requisito do *standing* do direito norte-americano abrange mais do que a idéia de legitimidade. Parece ser ele um conceito amplo que abarca todas as condições da ação, ou, pelo menos, o interesse de agir. De fato, quando se diz que para que seja reconhecido o *standing* deve o autor comprovar que a situação é “remediável” pela lei, está-se a dizer que para que se permita a propositura da demanda, deve o autor comprovar a utilidade do provimento jurisdicional para a solução posta em juízo. Trata-se da mesma idéia que se encontra por traz do conceito de interesse de agir. Sobre condições da ação, v. SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Condições da ação*.

¹⁰ “Standing doctrine requires that the party bringing the lawsuit have a ‘personal stake’ in the outcome of the litigation, and thus bars hypothetical or conjectural cases” (LINDA S. MULLENIX, *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 519). A autora, ainda, dá notícias de que, em alguns casos, as Cortes norte-americanas vêm reconhecendo a legitimidade de associações para a propositura de *class actions* para a defesa dos interesses de seus membros, desde que comprovem que seus associados preenchem os requisitos do *standing*.

resume.¹¹ Para que haja representatividade adequada, é necessário atender a outros requisitos, além do *standing*. 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 com o sistema brasileiro. Trata-se de conceitos distintos, embora relacionados. A representatividade adequada é mais ampla que a legitimidade e exige o reconhecimento pelo juiz de outros elementos no caso concreto de formar a garantir a satisfatória defesa da classe por seu membro.¹²

Os requisitos para o reconhecimento da representatividade adequada não vêm previstos em lei, mas podem ser aferidos na sólida jurisprudência existente sobre o tema. ANTÔNIO GIDI os sistematiza em quatro categorias: (i) possibilidade de vigorosa tutela pelo autor dos interesses dos membros ausentes; (ii) ausência de conflito de interesses entre o autor e os membros da coletividade; (iii) possibilidade de vigorosa tutela do interesse dos membros ausentes pelo advogado do autor; e (iv) ausência de conflito de interesses entre o advogado e o grupo.¹³

Para o direito norte-americano, o juízo do magistrado sobre existência da representatividade adequada leva em conta não somente a figura do legitimado, mas também de seu advogado.¹⁴ É um conceito amplo que abarca ponderações acerca da experiência do

¹¹ Nas palavras de LINDA S. MULLENIX, “By definition, a class representative who lacks the requisite standing is an inadequate class representative, (*New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 519).

¹² ANTÔNIO GIDI defende que, em matéria de *class actions*, a representatividade adequada é o requisito mais importante, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 99.

¹³ ANTÔNIO GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 105-124. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO arrola três requisitos para o reconhecimento da representatividade adequada: “os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse *jurídico* na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal? Concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquela da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar a sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações destas espécies. Para que esteja preenchido o requisito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com o regime próprio de *class actions*, (*A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 104). No mesmo sentido, LEE ANDERSON, *Preserving adequacy of representation when dropping claims in class actions*, p. 111.

¹⁴ RONAN E. DEGNAN esclarece que, no sistema norte-americano, os advogados são os mais motivados a propositura de *class actions*, pois eles recebem honorários na porcentagem da sentença ou do acordo, *Foreword: adequacy of representation in class actions*, p. 715.

autor e seu patrono na condução de demandas coletivas; a existência de estrutura e recursos financeiros para o acompanhamento e instrução da causa; além da já citada ausência de conflitos entre autor e advogados e os membros ausentes da coletividade. Trata-se de uma verificação complexa e aprofundada sobre a real e efetiva possibilidade de a demanda ser processada e julgada como coletiva.¹⁵

Cabe ao magistrado, tomando em conta as peculiaridades do caso concreto,¹⁶ o controle da representatividade adequada no direito norte-americano. O controle da representatividade, portanto, é *ope iudicis*, ou seja, realizado pelo juiz. Essa verificação deve ocorrer no início da demanda, no sentido de decidir se esta seguirá como *class action* ou como mera demanda individual. No primeiro caso, 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.¹⁷

A representatividade adequada é apontada pela doutrina americana como um elemento essencial na garantia do devido processo legal em matéria coletiva. É muito cara àquele ordenamento jurídico a idéia de que, para que se possa sujeitar alguém ao quanto decidido em sentença ou acordo, a parte deve ser ouvida, pelo menos potencialmente.¹⁸ É a

¹⁵ Segundo DIANA PARTON, “adequacy of representation is today tested by whether it appears that the representative will vigorously prosecute the interests of the class through qualified counsel at all stages of the proceedings. In addition, the representative serves in a position of public trust and shares with the court the burden of protecting the class action device. Therefore, courts require that counsel’s conduct have the appearance of propriety as well as propriety in fact” (*Procedure – Class Action – Adequacy of representation ...*, p. 896)

¹⁶ “Trial courts have wide discretion in deciding whether that burden (*adequacy of representation*) has been met, and therefore, courts may consider facts not expressly dealt with in rule 23 (a). Indeed, class actions are so individual that every case must be viewed through its own set of facts and circumstances to determine whether the representation is adequate”, (DIANA PARTON, *Procedure – Class Action – Adequacy of representation ...*, p. 895).

¹⁷ Mesmo após a certificação da *class action*, deverá o juiz continuar a verificar a representatividade adequada do autor e, caso entenda que, no curso da demanda, ele não esteja satisfatoriamente defendendo os interesses dos membros ausentes da classe, deverá extinguir o processo (*dismissal*).

¹⁸ Como ensina DIANA PARTON, “the class action device is a recognized exception to the rule that no person is bound by a judgment to which he is not a party. If absent parties’ interest are inadequately protected, an attempt to bind them by a judgment would deprive them of their day in court. This deprivation amounts to a denial of due process, and therefore, adequate representation is constitutionally mandated” (*Procedure – Class Action – Adequacy of representation ...*, p. 894).

verificação séria da representatividade adequada, realizada pelo juiz, numa análise aprofundada da situação concreta, que garante o *due process of law*.

Através desse requisito, a lei atinge três resultados. A um só tempo, minimiza-se o risco de colusão, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes. O objetivo, em última análise, é assegurar, tanto quando possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses.¹⁹

À análise séria da representatividade adequada alia-se, ainda, dentro de uma perspectiva garantista, a necessidade de realização de notificação pessoal dos membros ausentes sobre a existência da *class actions*, permitindo que estes optem por não ser atingidos pela sua decisão (*opt out*).

A notificação é apontada pela doutrina norte-americana como um dos principais problemas das *class actions*, uma vez que, dependendo da quantidade de lesados, ela inviabiliza o prosseguimento da demanda.²⁰ Na tentativa de fixar parâmetros sobre o tema, houve uma emenda à *Rule 23* no ano de 2003. Segundo as novas regras, a forma de notificação será distinta, dependendo da espécie de *class action* tratada no processo. Para as duas primeiras espécies de *class actions* previstas pela *Rule 23* (b)(1) e (b)(2), chamadas *mandatory*, não há obrigatoriedade da notificação pessoal, cabendo ao juiz dar aos membros da classe uma notícia apropriada da existência da demanda (*appropriate notice*). Nesses casos, que geralmente tratam de interesses indivisíveis, haverá certa discricionariedade por parte do magistrado na avaliação de como informar os membros da classe sobre a *class action*. Não está prevista, ainda, face à indivisibilidade do interesse, a possibilidade de *opt out* dos membros da classe, quando se tratar de *mandatory class actions*.²¹

A notificação pessoal somente é necessária para as chamadas *class actions for damages* (*Rule 23(b)(3)*), que tratam de interesses divisíveis.²² Nesses casos, porém,

¹⁹ ANTÔNIO GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 100.

²⁰ Nesse sentido, v. RONAN E. DEGNAN, *Foreword: adequacy of representation in class actions*, p. 716-719.

²¹ Mas há notícia de decisões reconhecendo a possibilidade de *opt out* em *mandatory class actions*, caso possível faticamente (LINDA S. MULLENIX, *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 529).

embora a notificação deva ser pessoal, a *Rule 23* não exige que ela abarque todos os membros da classe. Basta que atinja todos os membros da classe que possam ser identificáveis com um esforço razoável (*reasonable effort*), cabendo ao juiz garantir a melhor notícia possível dentro das circunstâncias do caso concreto. Não se trata, porém, como ocorre nos casos das *mandatory class actions* da **notícia apropriada**, mas sim da **melhor notícia possível**. Percebe-se que, diante da divisibilidade do interesse e da possibilidade de exercício do direito do *opt out*, a notificação nas *class actions for damages* será muito mais ampla e rígida que nos demais casos.

A notificação, por fim, ocorrerá após a *certification*, ao seja, após ter o juiz reconhecido a viabilidade da demanda prosseguir como *class action*. Com a emenda de 2003, também se tornou necessária a notificação dos interessados em casos de acordo, antes da sua homologação pela Corte.

A verificação da representatividade adequada pelo juiz, complementada por um complexo sistema de notificação dos membros ausentes, garante o devido processo legal e, assim, permite ao sistema norte-americano reconhecer a existência de coisa julgada à sentença e ao acordo coletivos.²³ A coisa julgada coletiva ocorre qualquer seja o resultado da demanda (*whether or not favorable to the class*) e impede novo julgamento.²⁴

A existência da coisa julgada e seus limites, porém, não são avaliados pelo juiz da demanda coletiva, mas sim pelo juiz de uma eventual demanda posterior, que busque

²² As *class actions for damages* assemelham-se às nossas ações civis públicas para a tutela de interesses individuais homogêneos, pois buscam indenização por prejuízos individualmente sofridos. Nesse sentido, v. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 19 e ss.

²³ “A dificuldade da questão atinente ao preenchimento de quem é o ideal *representative* da classe incrementa-se quando se constata que o regime das *class actions* americanas não admite – ao contrário do que ocorre nas ações coletivas brasileiras – a formação da julgada *secundum eventum litis e in utilibus*” (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 100).

²⁴ Segundo LINDA S. MULLENIX, a “*res judicata* in American jurisprudence embraces two concepts: claim preclusion and issue preclusion. Both doctrines may be asserted either defensively or offensively in subsequent proceedings. Preclusion doctrine encourages efficiency by barring repetitive disputes, bringing finality to litigation, and avoiding inconsistent result. However, finality must be fair to the individual litigant, and litigants may not be bound to a judgment if their claim was not fairly adjudicate. Preclusion doctrine applies only to adversarial proceedings and matters decided on the merits”, (*New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 529).

tratar da mesma questão já anteriormente decidida. Tendo por base a perspectiva do devido processo legal, é sempre permitido a um grupo ou a um indivíduo questionar o quanto decidido na *class action*, sob o argumento de que não foi devidamente representado. Em *Hansberry vs. Lee*, por exemplo, entendeu a Suprema Corte que havendo conflito de interesses entre os membros da classe, a decisão da *class action* não faz coisa julgada e não atinge os membros ausentes prejudicados.²⁵

Como ensina ANTÔNIO GIDI:

O poder que tem o representante para tutelar os interesses dos membros ausentes do grupo ao qual pertence deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo. Nos casos em que o grupo ou alguns membros não foram representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em processo posterior, não reconhecem o efeito vinculante da coisa julgada e podem decidir novamente a questão (*collateral attack*). Assim, 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.²⁶

A representatividade adequada, portanto, é a pedra de toque no reconhecimento da coisa julgada nas *class actions*. Caso o autor tenha defendido de forma satisfatória os membros ausentes, o quanto decidido no processo não poderá ser modificado, ainda que a decisão tenha sido desfavorável à coletividade. Caso contrário, restará ferido o *due process of law* e o juiz de uma demanda posteriormente ajuizada deverá afastar a imutabilidade dos efeitos da sentença, permitindo uma nova avaliação da situação. Percebe-se, logo, que embora na decisão de certificação da *class action*, no acordo ou na sentença, devam constar especificados os contornos da coletividade sujeita à coisa julgada, será sempre possível reavaliar a situação em demandas posteriores, sob o argumento da falta de representatividade adequada.

²⁵ Nesse sentido, v. LEE ANDERSON, *Preserving adequacy of representation when dropping claims in class actions*, p. 108-109.

²⁶ ANTÔNIO GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 101.

4. O SISTEMA BRASILEIRO

O sistema de tutela coletiva de direitos desenvolvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida, inspirou-se em muito no modelo norte-americano. Tem, porém, suas peculiaridades, inerentes a um sistema pertencente à família jurídica de *civil law*. Em suma, o sistema brasileiro transita em torno do instrumento da ação civil pública, disciplinada principalmente pelas Leis nº 7345/85 e nº 8078/90, que são interdependentes, sem prejuízo da existência de outra série de dispositivos legais que complementam esse conjunto central de normas.

No que concerne à representatividade adequada, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, o sistema brasileiro optou por uma solução, em princípio, legislativa, arrolando os entes legitimados a buscar a tutela coletiva de interesses. A lei nº 7347/85, nesse sentido, dispõe em seu art. 5º (c.c. art. 82, do CDC) que são legitimados para a propositura da ação civil pública a (i) União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, (ii) o Ministério Público, (iii) a Defensoria Pública, (iv) as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, ainda que despersonalizados, e (v) as associações, constituídas há pelo menos um ano. Os dois últimos legitimados devem, ainda, possuir entre suas finalidades a proteção do interesse objeto da demanda ajuizada em concreto.

Verifica-se que o sistema brasileiro optou por uma solução híbrida, abrangendo entes públicos e privados. Seguiu, nesse sentido, a orientação de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH que depois de um estudo de direito comparado indicaram como melhor solução para o problema da legitimidade coletiva a escolha de uma multiplicidade de entes. Segundo os autores, a opção por somente um ente é incompleta e a solução mista é a que tem maior potencialidade de resguardar integralmente os interesses de massa:

É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema da representação dos interesses difusos (...). O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de

advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem ajudar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.²⁷

O sistema brasileiro, porém, embora tenha elegido vários legitimados à tutela dos interesses metaindividuais, ao contrário do sistema norte-americano que o inspirou, não deu legitimidade à pessoa física para a propositura da ação civil pública.²⁸ Não há a exigência, portanto, de que o ente que propõe a demanda coletiva seja membro da coletividade lesada (*personal stake*).

Isso não significa, no entanto, que o sistema brasileiro tenha desconsiderado por completo a necessidade de uma conexão entre o interesse objeto da demanda e a entidade legitimada para representá-lo. Em alguns casos, de fato, presumiu-se esta conexão, em função da natureza pública de alguns legitimados (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Ministério Público e Defensoria Pública). Todavia, para as demais entidades e órgãos públicos, despersonalizados ou não, e para as associações, exigiu a comprovação de uma conexão, no caso concreto, entre o interesse a ser tutelado e as finalidades do legitimado.

O sistema brasileiro, assim, não trouxe como requisito para o reconhecimento da legitimidade a existência de uma relação jurídica envolvendo o legitimado e o interesse metaindividual objeto do processo. Não prescindiu, porém, de uma ligação ideológica entre eles, certas vezes presumida pelo legislador, em outras, de exigida comprovação no caso concreto.²⁹

O fato, entretanto, é que o sistema brasileiro, diferentemente do norte-americano, optou por discriminar, por via legislativa, a legitimidade para a propositura de demandas coletivas. Ele não confere explicitamente ao juiz a responsabilidade para verificar

²⁷ MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, *Acesso à justiça*, p. 66-67.

²⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, a única possibilidade de propositura de ação coletiva por pessoa física é a concedida ao cidadão para a propositura da ação popular. Existe, entretanto, proposta de ampliação da legitimidade individual para a propositura de demandas coletivas, constante no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

²⁹ Foi LOUIS JAFFE quem chamou de “autor ideológico” (*ideological plaintiff*) o autor que possui um nexó, um comprometimento com o objeto do processo, que garanta que sua atividade como representante do interesse supostamente lesado ou ameaçado de lesão será satisfatória, *apud* MAURO CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, p.200.

se o autor possui representatividade adequada, como ocorre nos Estados Unidos. Ao contrário, é o legislador que desenha os contornos desta representatividade e elege os entes aptos a substituir a coletividade na demanda coletiva. Diz-se, assim, que, enquanto o sistema norte-americano prevê que a representatividade adequada será verificada *ope iudicis*, o sistema brasileiro realiza tal verificação *ope legis*.³⁰ Na verdade, para aqueles que defendem esse desenho do sistema brasileiro, há uma identificação entre os conceitos de legitimidade e representatividade adequada. Aqueles que o legislador elegeu como entes legitimados à propositura da ação civil pública são presumidos por lei representantes adequados da coletividade.

No entanto, há entendimento doutrinário em sentido diverso do acima assinalado, ponderando que, embora o legislador tenha expressamente definido os legitimados para a propositura da ação coletiva e, assim, escolhido os entes que entende serem os representantes adequados dos interesses metaindividuais, a apreciação jurisdicional das especificidades do caso concreto não pode ser afastada. Isso é o que se discutirá a seguir.

Antes disso, porém, é necessário fazer outra diferenciação entre o sistema norte-americano e o sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, que decorre principalmente da nossa opção, pelo menos em parte, pelo controle legislativo da representatividade adequada. Como visto acima, uma vez certificada como demanda coletiva, a *class action* norte-americana será finalizada por sentença, ou mesmo acordo, que produzirá efeitos em relação a toda coletividade representada, independentemente do resultado ser benéfico ou não aos seus membros. Em outros termos, a coisa julgada naquele sistema sempre atingirá a todos os componentes da classe, desde que reconhecida a representatividade adequada do autor. Tanto é assim que, como também salientado acima, permite-se o questionamento por membro da coletividade, em demanda futura, do quanto decidido na *class action*, sob o argumento de que o representante não tenha defendido satisfatoriamente o seu interesse. A ampliação dos efeitos da coisa julgada à classe, dentro da lógica que busca

³⁰ PEDRO DA SILVA DINAMARCO entende que o legitimado para a propositura da ação civil pública é um “*legitimado institucional*”, previsto pela lei em abstrato, *Ação civil pública*, p. 201. Também defendendo o controle *ope legis* da representatividade adequada, CLARISSA DINIZ GUEDES, *A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais*, p. 124.

preservar o devido processo legal, somente se legitima pela efetiva e real constatação da *adequacy of representation* do autor da *class action*.

O sistema brasileiro, porém, não prevê expressamente a possibilidade de o juiz verificar no caso concreto a aptidão do autor defender satisfatoriamente o interesse em litígio. Mesmo naqueles casos em que a lei permite ao juiz realizar algum juízo de valor no tocante à legitimidade, este se limita a verificar o nexo entre as finalidades do legitimado e o interesse que se pretende tutelar.

Em consequência dessa limitação do poder do magistrado de aferição da representatividade adequada, aliado ao fato de que o sistema brasileiro não dispõe de um método efetivo de notificação dos membros da classe sobre a demanda coletiva,³¹ o legislador teve de alterar também a equação no que tange à coisa julgada. Como a representatividade adequada, por previsão legal, não era verificada a fundo pelo juiz no caso concreto, mas sim presumida por lei, não haveria garantia de que o autor da ação civil pública seria um representante comprometido com o interesse litigado. Logo, não haveria a garantia de observância do devido processo legal, já que o direito de serem ouvidos (ou mesmo notificados) dos membros da coletividade representada era simples presunção legal e não algo efetivamente aferido e garantido pelo magistrado no caso concreto.

Para resolver esse problema, o sistema brasileiro relativizou a coisa julgada nas demandas coletivas. Diferentemente do sistema norte-americano, a coisa julgada *erga omnes* não é irrestrita. Ele ocorre *secundum eventum litis*, ou seja, de acordo com o resultado da demanda, quando se tratar de processo envolvendo interesses difusos e coletivos (nos casos envolvendo interesses individuais homogêneos, haverá coisa julgada independentemente do resultado do processo). Nesses casos, a coisa julgada somente ocorrerá se a demanda não for julgada improcedente por falta de provas, ou seja, se a demanda for julgada (i) procedente ou (ii) improcedente porque ficou comprovado que o fato constitutivo do direito sustentado pelo autor não ocorreu, ou, ainda, (iii) improcedente porque foi comprovada a existência de fato

³¹ Nos termos do art. 94, do CDC, a notificação dos membros do grupo sobre a existência da ação civil pública será feita por edital publicado em órgão oficial, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do defendido pelo autor. Se a improcedência decorrer de falta de provas, não haverá coisa julgada. É o que prevê o art. 103, do Código de Defesa do Consumidor.³²

O raciocínio do legislador foi claro: como não há garantias no nosso sistema de que o autor seja efetivamente um representante adequado dos interesses em jogo no processo, a sentença nele prolatada somente poderá atingir a coletividade se o julgamento do mérito se deu com um alto grau de certeza. Isso certamente ocorrerá se a demanda vier a ser julgada procedente, pois nesse caso ficaram comprovadas as alegações do legitimado. A improcedência, entretanto, pode refletir ou não uma decisão baseada num juízo de certeza. A demanda pode ser julgada improcedente tanto nos casos em que restar comprovado que o autor não tem razão, quanto nos casos em que o autor não consiga comprovar que tem razão. No primeiro deles, há juízo de certeza; no segundo, não. Na verdade, nos casos em que a demanda é julgada improcedente por falta de provas, o que ocorre é a aplicação de uma sanção ao autor que não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações.

É nessa última hipótese que o legislador relativiza a coisa julgada em demandas coletivas, ou seja, quando o autor coletivo não atuar de forma adequada, não se desincumbindo de todos os seus ônus. 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.

Resumindo o acima descrito, vale repetir a lição de PEDRO LENZA:

(...) em contraposição às regras das *class actions*, que exigem a conjugação do sistema de notificações aos membros ausentes (nas hipóteses e com as críticas já tecidas), com o preenchimento do requisito da *representatividade adequada*, a ser, rigidamente, certificada pelo magistrado que verifica, no caso concreto, se houve *fair notice*, a verificação da *adequacy of representation* da sistemática brasileira nas ações coletivas opera-se *ope legis*. Nesse sentido, enquanto a coisa julgada no sistema das *class actions* a todos os representantes do grupo atingirá, *whether favorable or not*, o regime da coisa julgada no

³² RICARDO DE BARROS LEONEL entende que a verificação da “ausência de provas” para a decisão da demanda coletiva deve ser “substancial” e não meramente formal. Assim, independentemente do declarado na sentença, é necessário verificar se prova nova poderá ou não alterar o teor do decidido. “Se a discordância diz respeito a questões de fato que possam receber demonstração diversa da pretérita, inclusive em função do avanço tecnológico nos meios de prova, será possível a reformulação da ação já julgada”. (*Manual do processo coletivo*, p. 274).

sistema brasileiro das ações coletivas atuará, de modo geral, *secundum eventum litis*, de acordo com as regras do art. 103, do CDC, além de algumas peculiaridades a serem analisadas.³³

Ressalte-se, ainda, que, pelo sistema pátrio, qualquer que seja o motivo da improcedência da demanda, ela nunca atingirá a demanda individual.³⁴ Assim, se a demanda coletiva vier a ser julgada improcedente, seja ou não por falta de provas, sempre será permitido ao membro da coletividade ajuizar demanda para preservar o seu direito individualmente lesado. O que se obstará, no caso de improcedência, é a propositura de nova demanda coletiva, *nunca* a propositura da demanda individual, exceto com relação àqueles que se habilitarem como litisconsortes na demanda coletiva (art. 103, §2º, CDC).

5. A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Na atualidade, a efetividade é tema central do debate processual. Ela vem sendo invocada como a finalidade principal do processo. É muito difícil, porém, conceituar o que se entende por efetividade.³⁵ Em princípio, a idéia de efetividade leva em conta considerações sobre economia, ou seja, sobre a adequação entre meios e fins.³⁶ Transposta para o processo, pode-se dizer que a efetividade do processo relaciona-se a aptidão desse instrumento de alcançar os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo).

³³ PEDRO LENZA, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 236-237.

³⁴ Nesse sentido, HUGO NIGRO MAZZILLI, *Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo*, p. 329 e MOTAURI CIOCHETTI DE SOUZA, *Ação civil pública*, p. 214.

³⁵ BARBOSA MOREIRA sustenta que a idéia de efetividade comporta “dose inevitável de fluidez”. Para sua aferição, deve-se apurar (i) a existência de instrumentos de tutela adequados a todas as espécies de direitos reconhecidas pelo ordenamento jurídico; (ii) a possibilidade de utilização desses instrumentos por quaisquer sujeitos, ainda que indeterminados ou indetermináveis; (iii) a possibilidade de reconstituição dos fatos, de forma que o convencimento do juiz se forme conforme o realmente ocorrido; (iv) a garantia de que o resultado do processo “assegura à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus”; (v) a viabilidade da consecução desse resultado ideal com o menor dispêndio de recursos possíveis, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 168.

³⁶ Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a conceito de efetividade do processo é iluminado pela visão de seus objetivos. Nesse sentido, efetividade do processo constitui expressão resumida da idéia de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais” (grifo do autor) (*A instrumentalidade do processo*, p. 270-271).

Segundo ensina MARC GALANTER, a efetividade dos mecanismos de solução de conflitos em geral, dentre eles, o processo, pode ser avaliada com base em dois argumentos: (i) *de produção* e (ii) *de qualidade*. 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). A avaliação da efetividade do processo, sob esse enfoque, leva em conta a solução dada por determinado modelo processual, por exemplo, quanto a problemas de custo e de tempo de duração do procedimento.³⁷

Todavia, análise da efetividade dos mecanismos de solução de conflitos somente com fulcro em argumentos de produção é incompleta e parcial. É necessário ponderar também sobre *argumentos de qualidade*.³⁸ Os *argumentos de qualidade* consideram situações concretas e comparam os diferentes resultados obtidos por um determinado mecanismo de solução de conflitos. Mais efetivo será o modelo que produzir resultados mais adequados e satisfatórios na proteção dos valores abarcados pelo ordenamento jurídico. O processo, por esse ângulo, será melhor ou pior avaliado de acordo, v.g. com a sua aptidão para a solução de litígios complexos e multidisciplinares; ou, ainda, conforme a postura adotada pelo magistrado na condução da relação jurídica processual (com o incentivo a uma atividade proativa das partes na busca de soluções conciliatórias, bem como na sua direta participação na instrução do processo).³⁹

³⁷ MARC GALANTER, *Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*, p. 12. No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Processo civil de interesse público*, p. 50.

³⁸ Segundo MARC GALANTER, a maior parte das discussões sobre a superioridade de determinado mecanismo de solução de conflitos gira em torno dos argumentos de produção. Essa postura, todavia, segundo o autor é duplamente equivocada. Primeiramente, regra geral há problemas na mensuração desses fatores, o que torna questionável qualquer conclusão sobre esses argumentos. Além disso, nem sempre aquilo que é mais barato ou mais rápido é necessariamente o resultado mais desejável, *Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*, p. 13.

³⁹ Nas palavras de CARLOS ALBERTO DE SALLES: “A consideração da efetividade da tutela jurisdicional (...) impõe a formulação de um juízo sobre a *adequação* do procedimento e do provimento jurisdicional a uma determinada situação de fato, tomando em consideração não só seus objetos imediatos (prestação de tutela à parte reclamante), mas também àqueles mediatos (relacionados com os valores e objetivos do ordenamento jurídico), o que apenas será factível a partir de uma visão externa do processo, isto é, não restrita a seus próprios pressupostos” (*Processo civil de interesse público*, p. 51).

6. O CONTROLE JURISDICIONAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO FORMA DE GARANTIR A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Feitas essas considerações, é interessante novamente voltar os olhos para o problema da representatividade adequada e ponderar sobre a efetividade do modelo brasileiro de tutela coletiva de direitos. Conforme visto acima, o sistema brasileiro de aferição da representatividade é diferente daquele desenhado pelo direito norte-americano. Em princípio, no sistema brasileiro, o representante adequado é aquele previsto em lei (*ope legis*), ou seja, basta haver legitimidade para haver representatividade adequada (com exceção das associações e das entidades e órgãos públicos da Administração direta ou indireta).

Todavia, a interpretação dada pela jurisprudência ao desenho legislativo do sistema brasileiro não tem sido tão simples como se deduz numa primeira leitura. São vários os julgados que negam legitimidade a entes, em princípio, incondicionadamente autorizados a ajuizar demandas coletivas, sob o argumento da falta de nexos entre o interesse em litígio e a destinação do autor. Trata-se do requisito à admissibilidade da demanda que o Supremo Tribunal Federal denominou de *pertinência temática*⁴⁰ e que corresponde justamente à relação entre as finalidades institucionais/estatutárias da entidade autora e o objeto da demanda.⁴¹

A pertinência temática é requisito que as Cortes nacionais vêm exigindo de todos os legitimados para a propositura da ação civil pública e que será, obviamente, analisado pelo juiz, diante das circunstâncias do caso concreto. Delineia-se, assim, uma tendência no sentido de se estender a todos os legitimados a exigência de nexos entre estes e o objeto do processo coletivo, já por lei existente com relação às associações e aos entes públicos da Administração Direta ou Indireta.

⁴⁰ STF, Pleno, ADI nº 1282 QO/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.11.02, p. 00017; STF, 1ª Turma, RE nº 196184/AM, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.02.05, p. 00006; STF, Pleno, ADI nº 3059 MC/RS, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 20.08.04, p. 00036; e STF, Pleno, ADI nº 2350/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30.04.04, p. 00028.

⁴¹ Para CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a exigência de pertinência temática pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade “nada mais é o de que uma criação exclusivamente 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” (*A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 127-128).

O Ministério Público, principal autor de demandas coletivas no país, por exemplo, teve de em vários casos sua legitimidade coletiva rechaçada ou reconhecida, sob o argumento de que o objeto do processo coletivo estava ou não incluído dentre as finalidades institucionais do órgão (art. 127, CF) ou, ainda, possuía ou não “relevância social” a justificar a sua defesa por aquele ente.⁴² No mesmo sentido já sinalizou o Superior Tribunal de Justiça com relação aos entes federativos, exigindo que eles tenham algum nexo, normalmente territorial, com o interesse tratado na demanda.⁴³

A exigência jurisprudencial desta pertinência temática no caso concreto, mesmos nos casos em que a lei não menciona nada a respeito, vem levando a doutrina brasileira a refletir e rever o entendimento de que no sistema vigente não é permitido o controle judicial da representatividade adequada do legitimado à propositura da ação civil

⁴² PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA - CONTRATOS VINCULADOS AO SFH - DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - PRECEDENTE DA EG. CORTE ESPECIAL (ERESP 141.491/SC). - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando à devolução de valores pagos indevidamente em contratos de aquisição da casa própria, disciplinados pelo SFH, firmados com pessoas hipossuficientes, por isso que caracterizado o relevante interesse social. - Entendimento consagrado pela Corte Especial quando do julgamento do EREsp. 141.491/SC. - Embargos de divergência acolhidos (STJ, Corte Especial, EResp nº 171283/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 217.06.05, p. 204) (grifo nosso).

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) (grifo nosso).

⁴³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS CONSUMIDORES. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. INTERESSE OU DIREITO COLETIVO. DISTRITO FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA. ART. 82, II, DO CDC. I - Nos termos do art. 82, II, do Código de Defesa do Consumidor tem o Distrito Federal legitimidade ampla para promover ação civil pública, visando a proteção de interesses ou direitos coletivos de associados, na referida unidade federativa, de empresa prestadora de serviços de saúde. II - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª Turma, Resp nº 168051/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.06.05, p. 263).

pública. Ora, é possível aferir nas decisões acima mencionadas uma preocupação com o comprometimento ideológico existente entre a entidade legitimada e o interesse em jogo no processo, de forma a garantir não só a coerência do sistema, mas também uma defesa satisfatória dos interesses metaindividuais da sociedade. Essa preocupação traduz-se exatamente no conceito de representatividade adequada, ou seja, na garantia de que o autor coletivo tenha a capacidade de bem representar a coletividade. Em suma: os precedentes jurisprudenciais acima analisados configuram autêntica hipótese de controle judicial da representatividade adequada do legitimado coletivo no sistema brasileiro.

É claro que, até mesmo diante do desenho legislativo pátrio, esse controle não ocorrerá nos mesmos moldes e amplitude do direito norte-americano. Isso não significa que o nosso direito não permita qualquer sorte de controle concreto da representatividade adequada, principalmente com relação a um necessário e desejado nexos ideológico entre o representante e o interesse coletivo *lato sensu*. Outras circunstâncias do caso concreto, ainda, tais como a idoneidade do legitimado, a competência e a capacidade de seus procuradores devem ser avaliadas, sob pena de se comprometer a defesa satisfatória do interesse metaindividual em jogo.

FREDIE DIDIER JR., nesse sentido, sustenta que:

(...) não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de um processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo esta adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.⁴⁴

Realmente, é imperativo o reconhecimento de poderes ao juiz para a verificação da representatividade adequada do legitimado. Apesar de a lei já ter elegido os legitimados à propositura da ação civil pública, é salutar a existência de um controle específico e voltado às circunstâncias do caso concreto. Caso contrário, seria permitida a

⁴⁴ FREDIE DIDIER JR., *O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações passivas (o art. 82 do CDC)*, p. 97. No mesmo sentido, PEDRO LENZA, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 200-205.

defesa de determinado interesse de massa por autor legalmente legitimado, porém totalmente dissociado e alheio ao objeto do processo.

Nas palavras de MAURO CAPPELLETTI:

Io credo che il problema della legittimazione ad agire per categorie, per classi, debba ammettere un largo margine di discrezionalità giudiziale, che è, allo stato attuale delle nostre conoscenze ed esperienze in matéria, l'unico modo di dare risposte sufficientemente realistiche e flessibili alla imprevedibile varietà dei casi concreti. Ritengo che questa discrezionalità sia inevitabile, e che debba pertanto consentirsi al giudice, caso per caso, a seconda delle concrete circostanze, di esaminare se una data parte sia un *champion* adeguato, se lo *standing* sia adeguato, se la legittimazione sia adeguata.⁴⁵

Embora o sistema brasileiro preveja, como visto acima, as válvulas de escape da coisa julgada *secundum eventum litis* e da impossibilidade de prejuízo ao direito individual, para os casos em que, *a posteriori*, verifique-se que o autor da demanda não foi um representante adequado, é forçoso reconhecer que essas saídas não resolvem completamente o problema da ausência de representatividade e muitas vezes não serão, isoladamente, a solução que melhor se coaduna com a idéia de *efetividade do processo*.

Levando-se em conta argumentos de produção, ou seja, de economia interna do processo, a saída da coisa julgada *secundum eventum litis* nem sempre será adequada.⁴⁶ Deixar que a máquina judiciária seja movimentada e despenda tempo e recursos em processo coletivo ajuizado por ente não comprometido com o interesse em jogo, somente sob o argumento de que a demanda coletiva eventualmente poderá ser reproposta caso haja novas provas, não parece ser o mais racional. Sem dúvida alguma, melhor solução é possibilitar ao juiz o controle do real potencial representativo do autor e evitar a demanda coletiva inidônea.

⁴⁵ MAURO CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi*, p. 201-202.

⁴⁶ Ela servirá, porém, para os casos em que a falta de provas que motivar a improcedência da demanda não decorra de lapso do legitimado, mas sim de ausência de desenvolvimento tecnológico suficiente. Nesses casos, a coisa julgada *secundum eventum litis* resolve perfeitamente o problema, pois, caso desenvolvida nova tecnologia apta a provar algo anteriormente impossível, a demanda coletiva para a tutela de interesses difusos e coletivos poderá ser reproposta. Não se está aqui a negar, portanto, o mérito da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* em si, mas sim a sua inaptidão de servir como melhor resposta em relação ausência de representatividade adequada do legitimado coletivo.

O mesmo pode ser dito com relação ao argumento de que os indivíduos não serão atingidos pela coisa julgada em caso de improcedência (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC). A técnica certamente é garantista e vem no sentido de não prejudicar aqueles que eventualmente não tenham sido devidamente representados no processo coletivo. Não lida bem, contudo, com a questão da economia processual e da harmonia de julgados, uma vez que permite a multiplicidade de demandas e a existência de decisões contraditórias.

Nesse sentido, o controle judicial da representatividade adequada aprimora o sistema, pois o magistrado terá condições de selecionar as demandas propostas por entes realmente vocacionados e preparados para a defesa dos interesses objeto do litígio. Aquelas demandas propostas por representantes não adequados serão imediatamente rechaçadas, abrindo-se a possibilidade de repositura por outros legitimados. Essa alternativa certamente trará maior probabilidade de que o processo seja julgado procedente e tornará desnecessária a propositura de demandas individuais (uma vez que já estará assegurada a proteção coletiva).⁴⁷ Minimiza-se, assim, o risco de decisões contraditórias e evita-se a propositura de inúmeras demandas individuais.

Sob o enfoque dos argumentos de qualidade, também parece ser mais efetiva a solução que permite o controle judicial da representatividade adequada. Isso porque solução da coisa julgada *secundum eventum litis* resolve o problema da improcedência da demanda nos casos em que o autor não realize de forma satisfatória a sua atividade probatória. Não lida, contudo, com os casos em que o problema da demanda decorra da má redação da peça inicial ou da falta de uma argumentação sólida e coerente.⁴⁸ Nesses casos, a falta de um representante adequado poderá vir a comprometer definitivamente o resultado da demanda, não só em termos de procedência e improcedência, mas também no tocante a consecução de uma tutela jurisdicional ideal e apta a resolver da melhor forma a crise de direito material

⁴⁷ Lembre-se de que o art. 103, § 3º, do CDC permite a extensão dos efeitos da demanda versando sobre interesses difusos e coletivos às demandas individuais (*in utilibus*), o que possibilita a propositura imediata de ação de liquidação de danos pelas vítimas ou seus sucessores.

⁴⁸ Embora a lei preveja que naqueles casos em que a demanda coletiva não seja proposta pelo Ministério Público, ele deva intervir como *custus legis*, é de se reconhecer que nem sempre ele terá condições de sanear demandas irregularmente propostas. Se o erro for meramente formal, haverá possibilidade de aditamento à inicial. Todavia, se o erro de alegação for substancial, ficará difícil o aditamento por falta de conhecimento adequado dos fatos relativos à situação concreta constante dos autos.

trazida ao processo. A ausência do controle jurisdicional da representatividade do autor poderá levar a um resultado incapaz a dar proteção integral ao interesse metaindividual.

Sob todos os pontos de vista, portanto, o controle judicial da representatividade adequada se mostra melhor e mais efetivo. Sendo a efetividade o móvel do processo civil moderno, não há porque negar a possibilidade de o juiz apreciar a aptidão do legitimado coletivo em representar os membros ausentes na relação jurídica processual.

7. CONCLUSÃO

A representatividade adequada é conceito chave em matéria de tutela coletiva de direitos. Ela garante o devido processo legal, pois assegura que os interesses daqueles que não participam da demandas, mas que estarão sujeitos aos seus resultados, sejam protegidos de forma satisfatória.

No sistema brasileiro, a melhor forma de equacionar o problema da verificação da representatividade adequada do autor da demanda é reconhecer que, embora o legislador tenha previamente eleito os entes legitimados à tutela coletiva de direitos, sempre será necessária a realização de um controle judicial da sua real aptidão para a defesa da coletividade no caso concreto.

Como sustenta CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei. Que a lei possa (e deva) indicar a solução, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitido ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo *adequadamente* cumpridos. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva.⁴⁹

⁴⁹ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 129.

Um controle misto é, sem dúvida, o ideal. Mesclar o controle legislativo com o controle judicial é a saída que maximiza os pontos positivos e neutraliza grande parte dos aspectos negativos do sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Lee. Preserving adequacy of representation when dropping claims in class actions. *UMKC Law Review*, n. 74, 106, 2005-2006, p. 105-135.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *Le azione a tutela di interesse collettivi*, Padova: Cedam, 1976, p. 191-221.

_____ e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. (coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e à Lei de Ação Popular*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DANA, David A. Adequacy of representation after *Stephenson*: a Rawlsian/Behavioral economics approach to class action settlement, *Emory Law Journal*, n. 55, 279, 2006, p. 279-316.

DEGNAN, Ronan E. The Supreme Court of California 1970-1971 – Foreword: adequacy of representation in class actions, *California Law Review*, 72, 60, 1972, p. 705-719.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimidade coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO (coord.), Rita, *Processo Civil Coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 95-105.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 4 ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, n. 21, p. 12-21, mar./mai. 1994.

GALANTER, Marc. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing, *Denver University Law Review*, n. 66, issue 3, p. 11-14, 1989.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÈ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-39.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais, In: MAZZEI, RODRIGO e NOLASCO, RITA DIAS (coord.), *Processo civil coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 107-139.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo de Oliveira (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, p. 68-93, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCUS, Richard L. Modes of procedural reform, *Direito Processual Comparado – XIII World Congress of Procedural Law*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 799-825.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo, In: MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 325-332.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual, *Revista de Processo*, n. 77, ano. 20, jan./mar. 1995, p. 168-176.

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

PARTON, Diana. Procedure – Class actions – Adequacy of representation – Munhoz v. Arizona State University, 80 F.R.D. 670 (D. Ariz. 1978). *Arizona State Law Journal*, n. 893, 1979, p. 893-902.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público, In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.), *Processo civil e interesse público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Melhoramentos, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2 ed., Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 ed., São Paulo: Forense, 2001.

YEAZELL, Stephen C. From group litigation to class action. Part I: the industrialization of group litigation, *UCLA Law Review*, v. 27, 514, 1980, p. 514-564.