

# Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes

*Sérgio Cruz Arenhart*

*Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Firenze. Professor Associado da UFPR. Procurador Regional da República.*

## 1. Considerações iniciais

Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se interrelacionam sobre o objeto do litígio.<sup>1</sup> Ao

---

<sup>1</sup> Sobre litígios e processos estruturais, v., entre outros, no direito estrangeiro, CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard law review*. Vol. 89, n. 7, mai-1976; FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, passim; Id. “The forms of justice”. *Harvard law review*. Vol. 93, n. 1, nov-1979, passim; RENDLEMAN, Doug. *Complex litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. Nova Iorque: Thompson Reuters Foundation Press, 2010, p. 498 e ss.; EISENBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C. “The ordinary and the extraordinary in institutional litigation”. *Harvard law review*. Jan-80, Vol. 93, n. 3; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, esp. p. 182 e ss. No direito brasileiro, v. ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, nov.-2013, n. 225, passim; Id., *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 371 e ss.; Id., “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de processo comparado*. São Paulo: RT, n. 2, jul.-dez./2015, passim; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes – Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, passim; VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: JusPodium, 2013, passim; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação apresentada para a

contrário do litígio tradicional, de estrutural bipolar<sup>2</sup> – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado.

Pensar, por exemplo, na discussão a respeito de uma política pública<sup>3</sup> ou na intervenção judicial no domínio econômico, certamente revela essa característica. O conflito, nesses casos, não pode resumir-se a uma pretensão de A, que se sujeita à resistência de B. Nesses conflitos, concorrerão diversos interesses, de uma

---

obtenção do título de Mestre em Direito no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, *passim*.

<sup>2</sup> A expressão “bipolarização”, operada pelo processo tradicional para lidar com os litígios clássicos, é atribuída a Abram Chayes, em um dos mais clássicos estudos sobre processo estrutural (v. “The role of the judge in public law litigation”. Ob cit., p. 1.281-1.282).

<sup>3</sup> Sobre o controle de políticas públicas pelo Judiciário brasileiro, v., entre tantos outros, DIAS, Jean Carlos. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Método, 2007, *passim*; CANELA JR., Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*; COURTIS, Christian. “Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração”. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, *passim*; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *Revista magister de direito civil e processual civil*. São Paulo: Magister, v. 30, 2009, *passim*; MARANHÃO, Clayton. “O controle jurisdicional de políticas públicas”. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Coord. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”. *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Saraiva, 2001, *passim*.

multiplicidade de sujeitos, com pontos de vista concorrentes ou divergentes, e que sem dúvida merecem ser ouvidos e ponderados para a adequada solução do litígio.<sup>4</sup>

E isso, evidentemente, deve refletir-se em eventual processo judicial no qual se discuta esse tipo de problema.<sup>5</sup>

Vários exemplos podem ser apontados dessas situações. Porém, o caso do Albergue Estadual de Uruguaiana oferece ricas experiências para o desenvolvimento do tema. O caso começou com uma ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, postulando a realização de obras para a reforma do mencionado estabelecimento penitenciário, haja vista a sua completa inadequação para receber e manter presos. Em sua tramitação regular, o caso envolvia apenas o Ministério Público

---

<sup>4</sup> Embora o texto aluda, constantemente, a expressões classicamente ligadas à finalidade da prestação jurisdicional – “conflito”, “litígio” etc. – é até mesmo de se duvidar da adequação do emprego desses vocábulos em relação aos litígios estruturais. A rigor, essas expressões ligam-se aos conflitos bipolarizados, em que há um polo demandante, a que se opõe outro, demandado. No caso dos “conflitos” estruturais, porém, o que há é um problema, que demanda solução, e que envolve diversos interesses e pontos de vista diferentes. Nem sempre haverá conflito, no seu sentido próprio, já que, muitas vezes, os sujeitos envolvidos convergem na conclusão sobre a necessidade de dar solução ao problema; divergem, porém, quanto à forma de solução, ao tempo ou a aspectos dessa resposta. Ainda assim, empregar-se-á esses termos, tradicionalmente usados no campo processual, a fim de facilitar a apresentação do tema, embora o leitor deva sempre estar atento às particularidades acima apontadas do “conflito” estrutural.

<sup>5</sup> Como assinala Teresita Inés Bello, a judicialização de conflitos sociais conduz sem dúvida a um aumento de causas e também ao incremento de sua complexidade. Para atender a essas situações, não basta a criação de novos órgãos jurisdicionais ou novas instituições de tutela de tais interesses. É indispensável criar ferramentas processuais que possam dar conta desses litígios, “desde una perspectiva en la cual el Derecho esté comprometido en encontrar la paz social” (“Las tutelas procesales diferenciadas desde una perspectiva sociológica. Los actores sociales, sus percepciones y contribuciones”. *Tutelas procesales diferenciadas de los derechos económicos, sociales y culturales*. Coord. Roberto Berizonce e Felipe Fucito. Buenos Aires: Bibliográfika, 2014, p. 347-348).

estadual e o Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, tramitava como uma ação comum, em que havia a pretensão de um e a resistência de outro. A demanda foi julgada procedente em primeiro grau, impondo-se ao réu a realização de várias obras para a preservação dos direitos fundamentais dos presos. Em apelação, porém, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que seria inviável que o Poder Judiciário impusesse esse tipo de obra ao Estado, pois isso constituiria indevida intromissão na atividade administrativa. Não se conformando com essa conclusão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu recurso extraordinário, que teve sua repercussão geral admitida em novembro de 2009. Na tramitação do recurso extraordinário, quinze Estados (aí incluído o Distrito Federal) e também a União se habilitaram no processo na condição de *amici curiae*, já que a todos esses entes interessava a discussão a respeito da extensão da prerrogativa do Judiciário em determinar a realização de obras públicas (sobretudo quando essa discussão se faz com repercussão geral). Formou-se, assim, um processo com, no mínimo, *dezoito* distintos polos de interesses. E esses polos poderiam multiplicar-se ainda mais; sem dúvida, entidades de proteção a direitos humanos, especialistas em orçamento público, pessoas com experiência em gestão penitenciária e outros sujeitos (especialistas nas matérias envolvidas e interessados na solução dada ao problema) poderiam habilitar-se no processo para trazer seu ponto de vista e seus interesses no caso. O caso foi concluído com o acolhimento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela possibilidade de o Judiciário impor ao Estado a realização de obras essenciais para a manutenção dos postulados mínimos atrelados à dignidade da pessoa humana.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> O acórdão, proferido no Recurso Extraordinário 592.581/RS (STF, Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29.10.2016) contém a seguinte ementa: “REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE

Como se vê, nesse tipo de processo, é natural a participação de vários sujeitos, já que o problema a ser enfrentado é multifacetado e envolve interesses múltiplos.

Todavia, essa participação envolve, ao menos, duas ordens de problemas. De um lado, a limitação dos instrumentos previstos na legislação processual brasileira para essa “intervenção”. De outro, a total inadequação da estrutura processual normalmente prevista para lidar com grandes quantidades de sujeitos participantes.<sup>7</sup>

## **2. Participação e representação no processo coletivo**

É curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, o processo coletivo brasileiro – “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por “pessoalizar” os direitos individuais de massa e os direitos

---

MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido”.

<sup>7</sup> O tema foi abordado, ainda que sob outro enfoque, anteriormente. V. ARENHART, Sérgio Cruz. “Os terceiros e as decisões vinculantes no novo CPC”. *Revista do tribunal superior do trabalho*. São Paulo: Magister, n. 2, abr.-jun./2016, p. 296 e ss.

metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais.<sup>8</sup>

A opção do direito nacional pela legitimação *ex lege*, atribuída a instituições normalmente afastadas da realidade da controvérsia (v.g., o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios) acaba por conceber um processo muitas vezes “descolado” da realidade. É comum que a pretensão deduzida no processo não represente exatamente a tutela que a sociedade deseja ou aquela de que necessita.

Ao que parece, a legislação supõe que esses agentes públicos, pela simples razão de estarem vinculados a uma instituição pública, acabam por adquirir uma imaginada “onisciência”, de modo a conseguir representar com seu pedido de tutela jurisdicional – e, posteriormente, com seu agir processual – todo o anseio da sociedade. Obviamente, essa impressão não é real e o processo coletivo acaba por transformar-se no desejo de uma pessoa – “ungida” de um cargo público ou, eventualmente, da representação de certa associação – que se proclama arauto da sociedade e que formula os pedidos que deseja e conduz o processo da forma como quer.

Seria desnecessário dizer que essa realidade é altamente perniciosa. Mas é fato que essa constatação acaba por informar todo o processo coletivo e, ao fim e ao cabo, por transformá-lo em um processo individual, apenas com uma pequena variação no tema da legitimidade.

Bem vistas as coisas, pode-se dizer que o processo coletivo brasileiro nada mais é do que um processo individual – com todas as suas características e, em especial, a força do princípio dispositivo – com uma legitimidade “extraordinária” atribuída a sujeitos específicos, de forma concorrente.

Incide, com efeito, em toda a sua inteireza, o princípio da demanda, de modo que o magistrado só pode decidir sobre o pedido expressamente consignado pelo autor da demanda (ainda que outra fosse a vontade da coletividade ou o interesse do grupo representado).

---

<sup>8</sup> Compartilhando dessa mesma percepção, v., ORESTANO, Andrea. “Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela”. *Le azioni seriali*. Coord. Sergio Menchini. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 22-23.

Ademais, no processo coletivo brasileiro, também se concede o mesmo tratamento ao princípio dispositivo daquele oferecido no processo individual. O autor tem a ampla iniciativa dos atos do processo; conseqüentemente, se o autor não requer certa prova, dificilmente essa deficiência será suprida pelo magistrado. Se o autor coletivo não recorre, reputa-se a concordância com os termos da decisão (não apenas pela parte, mas por toda coletividade). Se a imperícia ou a negligência do autor coletivo conduz a uma solução inadequada do caso, é talvez porque esse é o “desejo da coletividade”.

Diante de tudo isso, o que se observa nos processos coletivos é que a “representação” – pelo legitimado coletivo – dos interesses metaindividuais e individuais de massa postos em discussão é (ou pode ser), em grande medida, fictícia. Prevalece, em suma, a vontade do autor coletivo, tanto na determinação da lide, como na condução do processo. E essa vontade, obviamente, pode ser bastante diversa daquela que de fato é manifestada pela sociedade ou pelo grupo em favor de quem se atua.

Veja-se, aliás, que o grupo, a classe, a categoria ou, mais amplamente, a sociedade, no processo coletivo brasileiro, *sequer é autorizado a participar do processo*. Não há instrumentos que autorizem – ao menos na legislação positivada – a intervenção direta dos titulares do direito objeto da demanda, senão por meio dos legitimados coletivos, os quais, no entanto, como visto, não têm necessariamente nenhum compromisso em traduzir estes interesses no processo.

Esse modelo processual faz com que haja verdadeiro desalinhamento entre aquilo que se busca no processo coletivo – e a forma como isso é buscado no processo – e aquilo que, possivelmente, seria o real interesse da coletividade. Em verdade, o processo coletivo ocasiona abstração dos interesses “representados”, que passam a ser considerados, apenas, como aqueles vertidos no processo pela parte legitimada, assumindo pouca ou nenhuma relevância a eventual disparidade entre essa vontade e aquela da sociedade, do grupo ou do interesse objeto do processo. Como falta ao direito brasileiro um sistema de controle da representatividade adequada,<sup>9</sup> não há ferramentas

---

<sup>9</sup> Excepciona-se, aí, a questão remotamente ligada a um primitivo controle de representação adequada, correspondente à ideia de pertinência temática, que informa a legitimidade de associações para o processo coletivo e as restrições – no mais das vezes

de aferição que garantam alguma aderência entre a conduta do legitimado e os interesses da coletividade.

Se isso é grave nos processos coletivos de forma geral, isso é ainda mais grave quando se pensa em processos estruturais. Porque estes processos estão vocacionados a lidar com grandes conflitos, em que convergem *vários interesses distintos*, e porque nesses tipos de controvérsias, impõe-se dar ao magistrado a dimensão de *todo o problema*, é absolutamente imprescindível que todas as posições possam participar do processo.<sup>10</sup> Se, porém, essa participação é feita de maneira “virtual”, sem que haja efetiva ligação entre a conduta do legitimado coletivo e a vontade da coletividade ou do grupo representado, então a discussão passa a ser travada entre eventuais sujeitos que têm permissão para estar no processo, ainda que outros tantos sejam os desejos e os interesses dos grupos envolvidos.

Diante disso, passa a ser fundamental examinar de que forma os interesses desses corpos sociais chegam ao processo coletivo.

Parece óbvio que há duas formas de trazer esses interesses para o processo. Pode-se pensar em permitir que esses corpos tragam, “pessoalmente” seus desejos e anseios para o processo estrutural. Pode-se ainda defender que esses interesses sejam “representados” por um ente que, concretamente, possa traduzir essa vontade no processo.

---

usada sem maiores critérios ou preocupações com o caso concretamente examinado – a ações movidas por alguns dos legitimados, normalmente atreladas a uma “vocação constitucional” dessas entidades (a exemplo das restrições a ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público em matéria de direitos individuais homogêneos ou pela Defensoria Pública, em relação a direitos não ligados de forma direta a interesses de hipossuficientes). Voltar-se-á ao tema adiante.

<sup>10</sup> Como aponta Marcella Ferraro, nessa ordem de processos, deve-se pensar em permitir a participação, ao menos, de quatro grupos diferentes de agentes: “aqueles indivíduos, grupos ou organizações (i) afetados, (ii) responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas” (Ob. cit., p. 158).

Ambas as opções trazem vantagens e desvantagens, de modo que a escolha por um ou outro modelo não é tão simples como parece.

Permitir que os grupos se apresentem “pessoalmente” no processo estrutural sem dúvida leva a que seus interesses realmente apareçam da forma mais exata possível. Não há filtro que depure ou mascare esses interesses, o que implica maior participação direta da sociedade, oferecendo maior grau de legitimidade à atuação jurisdicional. Todavia, essa participação direta não é fácil. Como saber se o interesse de *todo o grupo* está posto no processo? E, em relação a interesses despersonalizados (a exemplo dos difusos e coletivos), será mesmo possível dizer que a vontade *das pessoas que compõem o grupo*, ou das *pessoas que são ouvidas em nome da sociedade*, traduz de fato a vontade metaindividual?

Ademais, é certo que em um processo estrutural, caracterizado por um conflito multifacetado, há inúmeros interesses divergentes. A permissão de que *todos esses interesses* venham para o processo pode gerar – e muitas vezes vai gerar – um processo impossível, dada a multiplicidade de partícipes da relação processual, que terão o direito de intervir a todo momento.

Já a opção pela representação dos interesses por algum “sujeito especial” tem a nítida vantagem de racionalizar a participação no processo, levando a um número aceitável de intervenientes.

No entanto, essa opção também pode ocasionar diversos problemas. Em primeiro lugar, há a dificuldade em determinar se realmente há a identidade entre a conduta processual do “representante” e o anseio do grupo ou da coletividade.<sup>11</sup> Essa dificuldade é amplificada quando se observa que será necessário avaliar essa identidade ao longo de todo o processo, o que exigirá constante vigilância do juiz, dos outros participantes do processo e da própria sociedade. Há uma tensão natural entre a vontade individual e a vontade coletiva, que pode comprometer o grau de “representação” do

---

<sup>11</sup> O direito norte-americano preocupa-se sobremodo com esse tema, havendo até quem critique, sob o viés da democracia atual, a viabilidade de um sujeito representante possuir legitimidade para vincular, com seu agir, todos os outros membros do grupo. V., sobre isso, REDISH, Martin H. *Wholesale justice – constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. Stanford: Stanford University Press, 2009, esp. p. 135 e ss.

autor coletivo. A escolha desse sujeito e a depuração de critérios que possam traduzir essa “representação adequada” constituem, sem dúvida, desafio imenso. Ligado a esse problema, há o risco – tantas vezes denunciado na doutrina norte-americana<sup>12</sup> – de o “representante” ser levado a trair a vontade dos representados, coludindo com outros sujeitos. Enfim, há ainda a dificuldade em se estabelecer a relação entre esse “representante” e os interesses despersonalizados. Afinal, se não é sequer possível saber quais são essas vontades – já que tais interesses não se manifestam por ninguém – será ainda mais difícil determinar se alguém tem condições de representar essa vontade no processo.

### **3. A (des)pessoalização dos interesses no processo estrutural. Participação e representação**

Estabelecidas as premissas acima, vê-se que a escolha abstrata de um modelo ou de outro não é isento a dificuldades. Por isso, parece mais do que necessário abandonar essas escolhas abstratas, permitindo a construção de procedimentos que possam ser *adequados para a solução de cada específica controvérsia*. E isso passa, necessariamente, pelo abandono de escolhas apriorísticas e abstratas, admitindo a imprescindibilidade de soluções que levem em conta o desenho de cada litígio.

Sabe-se que as leis brasileiras que ultimamente trataram de processos coletivos optaram por conferir a legitimidade processual (ao menos para a representação do grupo

---

<sup>12</sup> A doutrina norte-americana há muito tempo enxerga o risco – naquele sistema em que se trabalha com uma lógica de “representação adequada” – de o réu da ação coletiva buscar a colusão do autor coletivo, de forma a prejudicar o grupo representado. Com efeito, a oferta de uma proposta tentadora ao autor da ação coletiva – ou, às vezes, ao seu advogado – pode levar a uma solução que seja boa para este (e, logicamente, para o réu) mas péssima para os outros membros do grupo. Situações como essas efetivamente ocorrem na prática norte-americana, em que pesem os esforços da doutrina e do Judiciário em controlar a ligação entre a atividade do representante coletivo e a vontade do grupo representado. V., por todos, HENSLER, Deborah R. *et alli*. *Class action dilemmas – pursuing public goals for private gains*. Santa Monica: RAND, 2000, esp. p. 79 e ss.

ou da coletividade) a pessoas e órgãos públicos, que tivessem capacidade de bem defender os interesses da sociedade, e a associações que preenchessem certos requisitos.<sup>13</sup> Optou-se por essa alternativa porque a entrega do poder de representar a sociedade ao cidadão (feita anteriormente pela Lei de Ação Popular) mostrou-se fracassada, diante de várias razões.<sup>14</sup> Porém, mesmo essa opção mais recente não é garantia de “representatividade adequada” dos interesses postos em jogo. Afinal, a legitimidade *ex lege* concebida pelo direito brasileiro, dada a essas entidades, não realiza qualquer controle de ligação próxima entre a conduta processual da parte e os interesses cuja tutela se afirma representar, caindo nas críticas acima feitas.

Assim, impõe-se pensar melhor sobre como trazer maior aderência entre aquilo que se faz no processo coletivo estrutural e o desejo do corpo social.

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, art. 5º, da Lei 7.347/85; art. 82, do Código de Defesa do Consumidor; art. 210, da Lei 8.069/90; art. 81, da Lei 10.741/03; art. 21, da Lei 12.016/09; e art. 12, da Lei 13.300/16, entre outros.

<sup>14</sup> Não se nega a utilidade e a importância da ação popular, que deve ser mantida porque pode, ao menos em tese, ser um canal de democracia participativa legítimo. Todavia, a opção por não manter, nas leis mais recentes, a legitimidade coletiva nas mãos do cidadão se deu porque em muitas ocasiões se via ações populares ajuizadas não com o intuito de proteger o interesse público, mas sim o de proteger interesses privados, sob a falsa imagem do exercício da cidadania. Não raras vezes, uma ação popular para a proteção ambiental continha, na verdade, a intenção de apenas prejudicar um concorrente; ações populares propostas nas vésperas de eleições eram, frequentemente, meros instrumentos para prejudicar ou para beneficiar candidatos etc. E tudo isso era feito com o emprego de cidadãos “testa-de-ferro”, que não tinham nenhum compromisso com a proteção da coisa pública. Ao lado desse problema, a hipossuficiência (econômica e técnica) do cidadão frente a um réu de demanda coletiva trazia, com frequência, desequilíbrio processual que se refletia na qualidade da condução do processo e da solução da controvérsia. Há ainda o problema dos custos da ação popular – embora a lei isente o cidadão das custas do processo, sem dúvida há custos externos (a exemplo da contratação de um advogado), dificilmente absorvidos pela parte – que, à míngua de um regime de bônus, torna pouco atrativa a tutela do interesse público por um particular.

Desde logo, parece clara a constatação de que a participação direta dos grupos – ou mesmo dos interesses despersonalizados – é muito difícil e provavelmente oferece mais aspectos negativos do que positivos. Embora ela possa ser, em princípio, desejável, ela é, *de regra*, inviabilizada seja por problemas práticos (o tumulto processual que ocasionaria), seja por questões teóricas (já que sequer se conseguiria fazer com que a vontade de interesses metaindividuais despersonalizados, a exemplo do meio ambiente, possam aparecer “pessoalmente” no processo).

É verdade que, sempre que essa intervenção pessoal for viável, ela deve ser preferida. A *participação direta* da comunidade envolvida – e que será atingida pela decisão coletiva, sobretudo de caráter estrutural – oferece vantagens que são desejáveis para a legitimidade da atividade jurisdicional. Permite a construção de soluções consensuais coletivas com eficácia social ampla, e sempre mais desejáveis no âmbito de processos estruturais, a par de oferecer amparo para o exercício democrático do poder estatal, representado aqui pela função jurisdicional.

Desse modo, caso seja possível antever que são poucas as pessoas atingidas ou que serão poucos os grupos que têm interesse direto no problema, é sempre preferível que se criem mecanismos para a participação direta desses sujeitos na condução do processo estrutural. Suponha-se um problema de consumo, em que três grupos (pequenos e limitados, por hipótese) de interesses são formados: um que pretende a indenização por certa prática ilícita, outro que defenda a licitude dessa prática ou da venda de certo produto e um terceiro, representado pelos trabalhadores da empresa envolvida, que defendem a necessidade de manutenção das atividades daquela empresa. Parece que, em um palco assim considerado, a participação direta dos grupos – ou, se possível, dos seus membros – é mais desejada do que a sua representação por legitimados extraordinários, que não guardem direta relação com o problema.<sup>15</sup>

Mecanismos clássicos, a exemplo do litisconsórcio, podem dar conta dessas situações, e com nítidas vantagens sobre instrumentos de “representação” de interesses. Sem dúvida, se todos os envolvidos podem participar do processo, apresentando seus argumentos e trazendo seus pontos de vista, essa é a solução ideal.

---

<sup>15</sup> Sobre essa prioridade, v., ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 153-154.

Ferramentas mais modernas, de gestão processual de casos, também podem ser aqui úteis, por conseguirem aglutinar interesses diversos perante um único órgão jurisdicional, para solução conjunta. É o caso, por exemplo, dos “atos concertados entre juízes cooperantes” (art. 69, § 2º, do CPC) por meio do qual podem juízes criar procedimentos e mecanismos para centralizar casos repetitivos, que podem ser considerados também como aqueles que debatem, sob diversos ângulos, um mesmo problema. Nesse caso, é evidente a vocação individual de cada demanda, mas que será tratada de forma coletiva e concentrada pelo Poder Judiciário.

Também se pode imaginar, *desde que a única discussão envolvida seja questão de direito*, o emprego do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss., do CPC) ou o incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC), como técnicas capazes de veicular diversas pretensões e interesses sobre um único objeto. *Desde que todos os possíveis interessados possam ser convocados para participar da deliberação* a ser tomada nesses institutos, parece que eles, por sua vocação ao tratamento coletivizado de vários interesses, pode também servir para viabilizar a participação de todos os sujeitos na tomada de decisões que lhes interessam, de forma aglutinada.

É evidente que esse tipo de técnica tem maior ligação com processos estruturais que envolvam, apenas, interesses *individuais de massa* (ou individuais homogêneos, como denomina o direito brasileiro). Porém, não se exclui a possibilidade de, em certas situações, interesses metaindividuais submeterem-se também a ferramentas desse porte. Para tanto, porém, será necessário respeitar os mesmos critérios abaixo indicados, que autorizariam que “representantes adequados” pudessem agir em favor de interesses alheios, nos canais capazes de veicular pretensões coletivas.

Também não se pode esquecer do papel fundamental desempenhado pelas *audiências públicas*. Embora o instituto não esteja regulado nem pelo atual CPC, nem pela leis processuais nacionais que tratam de processos coletivos – o que chega a ser curioso – não há dúvida de sua importância e de sua utilidade.<sup>16</sup> Com certeza, o emprego

---

<sup>16</sup> A Lei 8.625/93 (que regula a atuação do Ministério Público no Brasil) contempla, em seu art. 27, parágrafo único, inc. VI, o emprego de audiências públicas, havendo ainda várias resoluções administrativas que tratam do tema (também em regra ligadas à atividade do Ministério Público). É o caso, por exemplo, do art. 11, da Resolução n. 87/06, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. No campo do controle de

dessas audiências pode constituir importante meio de diálogo entre a sociedade e o Poder Judiciário, em oportunidade multifacetada de debate e de apresentação de distintas posições e de diversos interesses. Trata-se de meio que precisa ser estimulado, particularmente em processos de caráter estrutural.

Não sendo possível – ou não sendo recomendada – a participação “pessoal” de cada interessado, então se impõe o regime de representação, por meio dos legitimados coletivos.<sup>17</sup>

Em verdade, essa representação, como já demonstrou Marinoni, se torna necessária sempre que se estiver diante de procedimento que seja capaz de fazer incidir coisa julgada sobre interesses de terceiros, a exemplo do que sucede com o incidente de resolução de demandas repetitivas, com o incidente de assunção de competência ou com os recursos especial e extraordinário repetitivos.<sup>18</sup>

---

constitucionalidade, também a Lei n. 9.882/99 alude ao emprego de audiências públicas. Não há, porém, nos diplomas que regulam as ações coletivas, previsão de seu emprego, o que reforça a conclusão de que aqueles atingidos pelos efeitos desses processos acabam sendo alijados da discussão.

<sup>17</sup> Martin Redish discute longamente a questão da relação entre o direito à proteção pessoal e própria dos direitos e o modelo de representação, apontando a necessidade de preservação, à luz do modelo democrático atual (particularmente norte-americano), da autonomia individual do direito à tutela jurisdicional, que só deve ser excepcionada diante de razões muito específicas (REDISH, Martin H. *Wholesale justice – constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. Stanford: Stanford University Press, 2009, p. 135 e ss). Para o sistema brasileiro, suas críticas merecem temperamento, diante da necessidade “paternalista” (na sua linguagem) de atuação jurisdicional à vista das particulares circunstâncias da sociedade nacional. Porém, a sua preocupação com a necessidade de não sufocar a atuação individual na apresentação judicial de seus próprios interesses constitui interessante abordagem, que efetivamente merece atenção. Daí a razão pela qual o direito a participação pessoalizada no processo (especialmente de caráter estrutural) não pode ser menosprezada.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “O ‘problema’ do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, vol. 249, nov-2015, *passim*.

#### 4. Representação adequada de interesses

Todavia, parece ser insuficiente permitir que os legitimados extraordinários participem para que se possa dar legitimidade aos processos coletivos, sobretudo de cunho estrutural. Como já se disse, a mera previsão em abstrato, na lei, da autorização para que certos entes possam tutelar direitos individuais de massa ou metaindividuais é muito pouco para assegurar uma proteção adequada desses interesses. Nessa singela previsão abstrata não há nenhuma garantia de que o legitimado possua qualquer compromisso com o direito a ser protegido ou mesmo conhecimento técnico suficiente para a correta defesa desse interesse. Não se pretende dizer que os legitimados para a tutela coletiva sejam incompetentes ou descompromissados; porém, é certo que, no extenso rol previsto na legislação brasileira, haverá aqueles que tem maior afinidade com certas áreas do que outros. E isso, sem dúvida, pode ser muito grave para o interesse protegido ou para o grupo “representado”.

Por isso, em especial para demandas de conteúdo estrutural, à vista das suas consequências e da necessidade da mais ampla participação possível, é desejável que se conceba algum mecanismo de controle de “representatividade adequada”. Esse elemento de “representatividade adequada” oferece elo fundamental para tornar legítima e razoável a intenção de vincular terceiros, não participantes do processo, aos efeitos e, sobretudo, à coisa julgada formada em processo coletivo, bem como para preservar, em relação a estes, a garantia do devido processo legal.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Como explica Benini, “existe una conexión directa y elemental entre el instituto de la cosa juzgada y el de la representación adecuada, que indica que la eficacia de la primera se extenderá a todos los miembros de la clase, aun ausentes en el proceso colectivo, siempre que sus derechos hayan sido defendidos en una forma tal que ellos no pudieran haberlo hecho mejor de haberse presentado”. (BENINI, Giorgio A. “La representatividad adecuada en los procesos colectivos. Aspectos procesales y constitucionales”. *Procesos colectivos y acciones de clase*. Coord. José M. Salgado. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2014, p. 232).

É bem verdade que o direito positivo brasileiro não possui regra expressa que exige ou admita o controle de representação adequada em relação a todos os legitimados coletivos.

Todavia, parece seguro dizer que, de um lado, alguns legitimados sujeitam-se a exigências desse porte, e de outro, que esse controle é feito na prática pela jurisprudência consolidada.

De fato, é visível que, ao menos em relação a alguns dos legitimados coletivos, foi intenção da lei brasileira condicionar sua atuação ao preenchimento de certos requisitos que se ligam a um mínimo de ligação entre a atividade do ente e o interesse objeto de proteção. Trata-se, sem dúvida, de exigência tímida e ainda muito distante do que se faz em outros países. Mas não se pode negar a *essência* dessas exigências, que buscam controlar um mínimo de pertinência entre a autorização para que esses legitimados ajam em processos coletivos e os interesses cuja tutela se pretende.

É o que acontece, por exemplo, com a legitimação das associações para a tutela coletiva. As várias leis que disciplinam essa atuação exigem, de regra, que esse tipo de entidade “inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 5º, inc. V, alínea *b*, da Lei 7.347/85).<sup>20</sup> Exigência semelhante é feita pelo art. 82, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, em relação a entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, na medida em que se exige delas a específica destinação à proteção dos interesses de que trata aquela lei.

Embora nessas regras se veja exigência ainda muito tênue, não há dúvida de que elas têm sua raiz na noção de representatividade adequada, desenvolvida no modelo norte-americano. Sem dúvida, essas imposições visam a exigir um mínimo de ligação

---

<sup>20</sup> Idêntica é a exigência posta no art. 82, IV, do CDC, no art. 81, IV, da Lei 10.741/03 ou no art. 21, da Lei n. 12.016/09. Recorde-se, porém, que o art. 2º-A, da Lei n. 9.494/97 (acrescido pela Medida Provisória 2.180-35/01) acrescentou vários outros requisitos à legitimação das associações em geral para ações coletivas (sobretudo para a tutela de direitos individuais homogêneos), praticamente desvirtuando a ideia da “pertinência temática” ou do controle de “representatividade adequada”.

entre a entidade legitimada e o direito objeto de proteção, de modo a garantir certa “empatia” na atuação processual da parte quanto à pretensão exercida.

Por outro lado, embora sem expressa previsão legal, sabe-se que a jurisprudência costumeiramente põe limites à atuação dos legitimados coletivos, só autorizando demandas que guardem alguma pertinência com o seu desenho ou a sua finalidade institucional. Assim é, por exemplo, que a jurisprudência entende que o Ministério Público não tem permissão – embora legitimado abstratamente para a ação civil pública – para a tutela de direitos individuais homogêneos de caráter patrimonial e disponível, quando desprovidos de relevância social.<sup>21</sup> Do mesmo modo, a jurisprudência tem atrelado a atuação das Defensorias Públicas à defesa dos necessitados, mesmo que permita que a sua atividade favoreça também o interesses de outras pessoas.<sup>22</sup>

A intuição demonstrada pela jurisprudência certamente se alinha a uma tentativa – embora, ao que parece, absolutamente irreal e frustrada – de oferecer certa ligação entre a atividade do legitimado coletivo e o interesse objeto de proteção. Supõem os tribunais que exigências como essas trazem maior aderência da atividade do legitimado ao direito discutido, contribuindo para uma melhor solução da controvérsia.<sup>23</sup> Independentemente da discussão sobre a pertinência dos critérios hoje

---

<sup>21</sup> V.g., STJ, 6ª Turma. REsp 1.178.660/MG. Rel. Min. Nefi Cordeiro. DJe 02.05.15; STJ, 3ª Turma. AgRg no REsp 1.134.518/GO. Rel. Min. Nancy Andrichi. DJe 25.09.12; STJ, 2ª Seção. AgRg nos EREsp 855.165/GO. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe 04.06.10.

<sup>22</sup> Assim, STJ, Corte Especial. EREsp 1.192.577/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 13.11.15; STJ, 3ª Turma. Resp 1.449.416/SC. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 29.03.16.

<sup>23</sup> Essa suposição, evidentemente, não se concretiza na prática. De um lado, porque a simples avaliação do perfil institucional de certo legitimado não oferece garantia de uma atuação mais diligente ou adequada às necessidades do direito a ser protegido. Por outro lado, é também certo que essas limitações postas pela jurisprudência, muitas vezes, tornam excessivamente subjetiva a autorização para o ingresso com demanda coletiva. Assim, por exemplo, a definição do que seja “relevância social do interesse” – exigida para a atuação do Ministério Público na tutela de direitos individuais

usados pela jurisprudência, é fato que a percepção da necessidade de maior cautela na outorga de legitimidade para ações coletivas traduz a preocupação com a adequação da representação dos direitos individuais de massa e metaindividuais em juízo.<sup>24</sup>

A reforçar essa conclusão, pode-se sublinhar que, atualmente, o requisito da representatividade adequada consta expressamente no art. 138, do CPC,<sup>25</sup> que trata da

---

homogêneos de conteúdo disponível – é totalmente arbitrária, dependendo da avaliação de cada julgador. Isso faz com que, por vezes, não se veja relevância social em demandas sobre o direito a reforma de militares que adquiriram doença mental durante o serviço militar (STJ, 2ª Turma. Edcl no REsp 1.447.705/RS. Rel. Min. Campbell Marques. DJe 04.12.15), embora se veja essa relevância em demanda que discute a exigência de submissão dos graduados em medicina veterinária a prévio exame para sua inscrição junto ao conselho respectivo (STJ, 2ª Turma. AgRg no REsp 938.951/DF. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 10.03.10) ou sobre descontos abusivos referentes a empréstimos consignados em folha de pagamento (STJ, 4ª Turma. AgRg no REsp 932.994/RS. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. DJe 22.09.16).

<sup>24</sup> Algumas decisões de tribunais superiores, aliás, ainda que tratando dos requisitos legais tradicionais (exigidos para a legitimidade das ações coletivas), expressamente fazem referência à ideia de “representatividade adequada” (nesse sentido, v., STJ, 3ª Turma. REsp 1.405.697/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 08.10.15; STJ, 1ª Turma. AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.150.424/SP. Rel. Desembargador convocado Olindo Menezes. DJe 24.11.15; STJ, 1ª Turma. REsp 876.936/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. DJe 13.11.08). Ada Pellegrini Grinover, porém, sugere uma tendência nos países de *civil law* em retirar do Judiciário a possibilidade do controle da representatividade adequada, situando na legislação a apresentação dos requisitos para essa qualificação (“Relatório geral – *civil law* – Os processos coletivos nos países de *civil law*. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. São Paulo: RT, 2007, p. 239).

<sup>25</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade

admissão do *amicus curiae* no processo brasileiro. É verdade que o dispositivo trata especificamente de um instituto qualificado, pela legislação nacional, como modalidade de intervenção de terceiro. Ainda assim, a previsão expressa no modelo nacional desse controle demonstra a tendência à abertura do sistema para esse importante mecanismo de filtro.

Parece, de toda sorte, que há sim base para que se conclua que, mesmo diante da falta de regra expressa que imponha o controle de representatividade adequada do legitimado coletivo, essa exigência é inerente às garantias processuais constitucionais que norteiam o processo civil brasileiro.<sup>26</sup>

Como demonstra Gidi, a necessidade de controle da representatividade adequada é imposição que decorre da garantia do devido processo legal.<sup>27</sup> Afinal, não é

---

especializada, com *representatividade adequada*, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação” (grifo nosso).

<sup>26</sup> Assim tb., COSTA, Susana Henriques da. “A representatividade adequada e litisconsórcio – o projeto de lei n. 5.139/2009”. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Coord. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 630-631.

<sup>27</sup> GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera Acevedo. México: UNAM, 2004, p. 79-80. Como afirma o autor, “esto significa en la práctica que el representante puede litigar pobremente, o aun peor, perder el caso intencionalmente. Los intereses de los miembros ausentes del grupo pueden ser mal representados o ser víctimas de fraude. Sin embargo, los miembros ausentes no deben estar obligados por los actos de una representación inadecuada. La misma noción de una ‘representación inadecuada’ debe ser vista como una contradicción en sus términos: una inadecuada representación es una no-representación. En consecuencia, aunque la legislación de la acción colectiva brasileña no aborda este tema, y aun no sea la opinión general entre los juristas brasileños, yo sugiero que una representación incompetente de los derechos del grupo por un representante debe ser considerada como una violación al debido proceso legal garantizado por la Constitución brasileña. En tales circunstancias, el tribunal debe desechar el caso. Si el tribunal no lo hace e

possível que se admita a vinculação de interesses de terceiros ao resultado de certo processo se, de um lado, não lhes foi autorizada a participação e, de outro, não houve a adequada apresentação de seus interesses ou de suas posições no processo. Sem dúvida, deixar de atentar para a necessidade de um controle de representatividade adequada implica autorizar a *representação inadequada* dos interesses, o que equivale a dizer, como pondera Gidi na passagem mencionada, que se permite que eses interesses simplesmente *não estejam representados*.

Essa situação ofende, indubitavelmente, a garantia do devido processo legal e, por isso, não pode ser aceita. Por isso, não pode haver dúvida de que os processos coletivos só podem ser imaginados se houver condições de controlar a participação daquele que age em nome do grupo ou em nome do interesse metaindividual. Em consequência, jamais pode bastar a legitimidade legal abstrata, prevista pela legislação brasileira. Embora esse dado possa ser um *ponto de partida*, para a análise da representação adequada, ele não é bastante em si. Exige outros dados, para que efetivamente se demonstre que o “representante” porta a voz do interesse tutelado e não apenas a sua própria vontade.

Alguns sistemas estrangeiros vêm sugerindo o emprego de eleições para a escolha do representante adequado do grupo. Na Argentina, por exemplo, vários projetos de lei vêm propondo essa solução como mecanismo capaz de assegurar alto grau de vinculação entre o representante e os interesses do grupo.<sup>28</sup>

Essas propostas, porém, foram veementemente criticadas pela doutrina estrangeira. Isso porque a maior “popularidade” de alguém não implica, necessariamente, a melhor qualidade da representação. A análise da representatividade

---

inadvertidamente decide sobre el fondo del caso, la sentencia no debe tener efectos de coisa juzgada” (Ob. cit., p. 80).

<sup>28</sup> Nesse sentido, foi a opção abertamente escolhida pelos projetos S-18-11, S-204-11 e S-1045-11. Em todos eles, não aprovados, previa-se que os representados deveriam realizar votação (em audiência ou fora dela), escolhendo a pessoa a quem se outorgaria o poder de representar a classe.

adequada de alguém não guarda nenhuma relação com a possibilidade que tenha de angariar votos dentro do grupo.<sup>29</sup>

Outros sistemas, a exemplo do japonês, optaram por impor um cadastro prévio de entidades que gozariam de suficiente grau de representação para ajuizar ações coletivas. As entidades interessadas devem buscar sua certificação junto ao Poder Público, mais especificamente, junto ao Primeiro Ministro do Japão, obtendo o título de organização de consumo qualificada certificada (*certified qualified consumer organization*), demonstrando a satisfação dos requisitos estabelecidos no art 65 (4), do Estatuto sobre Medidas Especiais de Processo Civil para a Proteção Coletiva de Danos Materiais sofridos por Consumidores.<sup>30</sup>

Parece claro que esse tipo de modelo é demasiadamente burocratizado e põe em risco o acesso à proteção coletiva. Os requisitos são de satisfação tão difícil que é raro que se consiga a dita certificação. Por isso, atualmente, são poucas as entidades japonesas que obtiveram esse documento, o que inibe o ajuizamento de ações coletivas.

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, vários projetos de lei na Argentina pretendiam instituir esse modelo. V., sobre a questão, as críticas desenvolvidas pela doutrina daquele país (v.g., VERBIC, Francisco. “Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el congreso de la nación para regular la tutela colectiva de derechos en la república argentina”. *Procesos colectivos y acciones de clase*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2014, p. 168 e ss.; SEDLACEK, Federico. “Análisis de los proyectos legislativos a nivel nacional. Breve panorama en la provincia de santa fé”. *Procesos colectivos y acciones de clase*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2014, p. 194 e ss.). Deste último, colhe-se a seguinte passagem: “Como vemos, establecer este tipo de mecanismo por voto de mayorías o elección y designación en base al mayor número o cantidad de miembros de la clase sobre una persona determinada, absolutamente nada tiene que ver con las reglas y requerimientos establecidos para establecer la representatividad adecuada. Quizás los legisladores, queriendo enarbolar la bandera de los principios democráticos en todos los supuestos, no tuvieron en cuenta que en los procesos colectivos y las acciones de clase, dicho sistema por mayoría, es uno de los menos indicados para la representatividad adecuada” (Ob. cit., p. 197).

<sup>30</sup> Com poucas exceções, o direito japonês admite a proteção coletiva, como regra, para a proteção do consumidor, sem que haja a admissão generalizada de ações coletivas.

Impõe-se, por isso, a concepção de critérios que sejam capazes de indicar se alguém tem efetiva capacidade – tanto no plano da afinidade com os interesses defendidos, como na avaliação da idoneidade técnica do sujeito – para estar em juízo em nome de algum determinado interesse.

Nesse sentido, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América<sup>31</sup> pode oferecer algum parâmetro eficiente. Segundo ele prevê, em seu art. 2º, § 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”. Ademais, seu § 3º complementa esse comando, afirmando que o controle da representatividade adequada deve ocorrer “a qualquer tempo e em qualquer procedimento”, cabendo sempre a alteração do legitimado coletivo, assim que verificada a falta do requisito.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Esse código modelo é uma proposta do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, desenvolvida com o intuito de criar um documento que pudesse servir de base para as legislações dos diversos países em tema de ações coletivas. A ideia surgiu no VII Seminário Internacional de Roma, realizado em 2002, por meio de intervenção de Antonio Gidi. A partir de então, formou-se uma comissão com os professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, que apresentou um esboço inicial. Posteriormente, o projeto foi aperfeiçoado, tendo finalmente sido aprovado na Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual em 2004. Como se vê, não é uma lei, mas uma proposta, que pode balizar os países na elaboração de suas leis sobre processos coletivos.

<sup>32</sup> A respeito desse preceito, v. os comentários de Elton Venturi e de Paulo de Cabiedes (*Comentários ao código modelo de processos coletivos*. Coord. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 48-52 e 56-62), ainda que ambos sejam resistentes à adoção do critério da representação adequada, entendendo que esse requisito prejudica a admissão das ações coletivas dificultando a tutela de interesses de massa e metaindividuais.

O preceito, de certo modo, reproduz a ideia original, concebida no direito norte-americano, a respeito do controle de representação adequada para ações coletivas.<sup>33</sup> Como se sabe, naquele sistema, há muito se exige que aquele que se apresenta em nome de certo interesse deve possuir capacidade suficiente para representar esse valor em juízo. A discussão é antiga e remonta, ao menos, o debate instaurado a respeito da regra 38, das Federal Rules of Equity, tal qual construída em 1912. A regra permitia que questões de interesse comum ou geral, pertencentes a certo grupo, pudessem ser levadas a juízo por alguém, desde que esse grupo fosse tão numeroso que seria impraticável que todos estivessem em juízo. A imposição, portanto, exigia que essa “representação” do interesse estivesse condicionada à existência de um tema de “*common or general interest*” e à numerosidade do grupo (a inviabilizar que todos pudessem estar em juízo). Ainda que a exigência não constasse expressamente no texto legal, também se tinha como razoável a imposição de que aquele que figurava em juízo tivesse oferecesse compatibilidade entre o interesse coletivo apresentado e o seu próprio.<sup>34</sup> Com base nessa compreensão, e por iniciativa de J. W. Moore, que tinha por insuficiente a exigência das “questões comuns ou gerais”, a reforma processual de 1937 estabeleceu, na conhecida regra 23, a exigência de que as demandas coletivas deveriam contar com a presença de alguém que oferecesse *adequada representação de todos* (regra 23(a)). Ao examinar essa exigência, a Suprema Corte norte-americana concluiu que essa representação adequada deveria implicar: a) a necessidade de que o representante ostentasse posição ou propósito semelhante ao da classe e; b) a exigência de que o

---

<sup>33</sup> Sobre a representação adequada nos Estados Unidos, v. STRICKLER Jr., George M. “Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation”. *DePaul law review*. Vol. 34, n. 1, 1984; MILLER, Arthur. “Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality and the ‘class action problem’”. *Harvard law review*. V. 92, 1979, *passim*; DOWNS, Howard M. “Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of *general telephone v. falcon*”. *Ohio State Law Journal*. V. 54, n. 3, 1993, *passim*; TIDMARSH, Jay. “Rethinking adequacy of representation”. *Texas law review*. V. 87, 2009, *passim*; GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 99 e ss.

<sup>34</sup> STRICKLER Jr., George M. Ob. cit., p. 83.

representante efetivamente buscasse atender ao objetivo da classe no litígio.<sup>35</sup> Na revisão de 1966, o texto passou a ser ainda mais explícito, passando a exigir a proteção adequada e justa dos interesses da classe por um representante.<sup>36</sup>

Com base nessa exigência, a jurisprudência norte-americana sedimentou basicamente quatro grandes critérios para a determinação dessa representação adequada dos interesses: a) a ausência de conflito de interesses entre o representante e a classe: b) a natureza representativa da pretensão individualmente formulada pela parte que representa a classe: c) a habilidade e a vontade do representante em levar adiante a pretensão da classe: e d) a competência do advogado da parte representante.<sup>37</sup> Particularmente, no que se refere à capacidade do advogado da parte em agir de forma diligente e efetiva para a representação do interesse do grupo, tem-se salientado, no modelo norte-americano, a necessidade de avaliar a motivação desse profissional em atuar na demanda coletiva. Por vezes, a análise dessa motivação pode revelar o grau de comprometimento dele com o interesse representado ou até mesmo o grau de efetividade que dedicará à defesa da posição sustentada em juízo. Além disso, a análise dos recursos financeiros e estruturais postos à disposição desse advogado (ou grupo de advogados) permite antever as condições que terá de levar adiante – e de forma diligente e adequada – a demanda coletiva. Também entram em cogitação,

---

<sup>35</sup> *Hansberry v. Lee*. 311 U.S. 32 (1940). V., a respeito, DOWNS, Howard M. Ob. cit., p. 609 e 627 e ss.; TIDMARSH, Jay. Ob. cit., p. 1152 e ss.; STRICKLER Jr., George M. Ob. cit., p. 87-88.

<sup>36</sup> Como afirma o texto legal, exige-se “the fair and adequate protection of the interests of the class by the representative party” (regra 23(a)(4)).

<sup>37</sup> *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*. 391 F. 2d 555 (2d Cir. 1968). V., STRICKLER Jr., George M. Ob. cit., p. 102. Posteriormente, a exigência do caráter representativo da pretensão individual acabou sendo atenuada pela jurisprudência dos Estados Unidos da América, sobretudo em razão do incremento das ações que buscavam a afirmação de direitos sociais, em que comumente aquele que se apresentava em defesa do interesse não tinha pretensão idêntica àquela do grupo defendido (*Id.*, *ibidem*, p. 118 e ss.). V., tb., DOWNS, Howard M. Ob. cit., p. 645 e ss.; GIDI, Antonio. *A class action...*, ob. cit., p. 105 e ss.

frequentemente, nesse quesito, o histórico de sucesso do advogado em causas semelhantes (individuais ou coletivas).<sup>38</sup>

Ademais, no direito norte-americano, é sabido que o controle da representação adequada não pode fazer-se apenas no início do processo. É imprescindível que o representante guarde a condição de adequação até a solução final da controvérsia, o que implica dizer que alguém que se apresenta como representante adequado no início do processo não necessariamente manterá essa condição até a sua conclusão. É o que prescreve a regra 23(c), ao autorizar a revisão da decisão que “certifica” uma ação de classe até o final julgamento.

De toda sorte, a grande lição que aquele modelo oferece é no sentido da inviabilidade de traçar esquemas rígidos e abstratos que possam demonstrar a existência da representação adequada. Só a avaliação do caso concreto – a ocorrer no início e ao longo de todo o processo – é que pode demonstrar se aquele que se apresenta em favor de certo interesse (e seu advogado) efetivamente tem condições, empenho e vontade de patrocinar a defesa daquela posição no processo. Demais disso, também é certo que a análise da representação adequada deve trazer em seu bojo a avaliação de um princípio de “não prejuízo” (“do no harm” principle)<sup>39</sup> na atuação do legitimado coletivo. A atividade desempenhada pela parte processual que atua em favor de um grupo ou de um interesse não pode frustrar as legítimas expectativas guardadas por aquele grupo ou que se supõe seja atribuída ao mencionado interesse. Nesse sentido, reconstrói-se uma ponte entre a atividade da parte processual e o direito material ou o interesse que é levado para a análise judicial.

O direito brasileiro, por outro lado, está longe de apresentar tamanho grau de discussão da matéria. Porém, é fato que o controle de representação adequada – nos casos já admitidos há certo tempo, como é a situação das ações de controle de constitucionalidade e no julgamento de recursos representativos da controvérsia<sup>40</sup> – tem-

---

<sup>38</sup> STRICKLER Jr., George M. Ob. cit., p. 145 e ss.

<sup>39</sup> TIDMARSH, Jay. Ob. cit., p. 1175 e ss.

<sup>40</sup> O direito brasileiro admite, pontualmente, a intervenção de sujeitos que gozem de representatividade adequada em certos casos. Assim, por exemplo, afirma o art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99, que, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o relator poderá “as partes nos processos que ensejaram a arguição,

se pautado por critérios bastante semelhantes àqueles acima apontados pelo direito norte-americano. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já concluiu que a simples “afirmação da Defensoria Pública da União – DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*”.<sup>41</sup> Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça conferiu legitimidade à Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro para ajuizar ação civil pública que almejava a proteção de consumidores. Para tanto, ponderou que se deveria permitir a esse ente, ainda que sem personalidade jurídica própria, ajuizar tal ação coletiva, por dois fundamentos. Em primeiro lugar, porque isso contribuiria para evitar a multiplicação de demandas individuais, o que impactaria para o surgimento de decisões conflitantes e para o acúmulo de demandas perante o Poder Judiciário do Rio de Janeiro. De outro lado, entendeu que “não se pode recusar legitimidade a uma comissão da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que se propõe a defender os interesses do consumidor e é, ainda que indiretamente, composta por pessoas que exercem mandatos eletivos”.<sup>42</sup>

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal, tratando da representação adequada de *amicus curiae* em processos de controle de constitucionalidade, acentuou a

---

requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. De modo semelhante, afirma o art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, que, nos processos de controle de constitucionalidade, pode o relator, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”, prevendo, ainda, o seu art. 9º, § 1º, que “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>41</sup> STJ, 1ª Seção. REsp 1.371.128/RS. Rel. Min. Campbell Marques. DJe 17.09.14.

<sup>42</sup> STJ, 3ª Turma. REsp 1.002.813/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 17.06.11.

necessidade de verificar “razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”. E para essa análise, é fundamental entender a intenção da admissão desse amigo da Corte, cujo papel é “pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (...) quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.<sup>43</sup>

Recentemente, tratando especificamente do regime do *amicus curiae* tal como disciplinado pelo CPC, ponderou o Supremo Tribunal Federal a necessidade de avaliar a “contribuição específica” a ser prestada, bem como o grau de representação – isto é, a especificidade dos interesses – a serem trazidos pelo interveniente, não se devendo permitir esse ingresso se houver outros integrantes do processo com “maior representatividade” e com “interesses jurídicos similares”.<sup>44</sup>

## **5. A participação e a representação de interesses nos processos estruturais**

De tudo o que se vê, é possível concluir que o Judiciário brasileiro já possui maturidade para a avaliação concreta da presença dos elementos que indicam a representatividade adequada de um sujeito para apresentar em juízo certo interesse. Isso é feito constantemente em demandas pontuais, sendo certo que o novo código de processo civil convida a magistratura a exercer com mais vigor essa tarefa.

Para tanto, parece fundamental que se estabeleçam alguns balizamentos de forma a conferir certa previsibilidade e segurança no controle desse requisito.

Em primeiro lugar, é de se frisar a necessidade de que esse controle seja constante. A vigilância sobre o papel do representante adequado deve ser exercida ao longo de todo o processo, avaliando-se a cada momento se a conduta adotada pela parte efetivamente está alinhada àquilo que seria de se esperar do grupo ou do interesse

---

<sup>43</sup> STF, Pleno. ADI 2.321/DF-MC. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 10.06.05, p. 4.

<sup>44</sup> STF, Pleno. ADin 4.858/DF-AgR. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 03.04.17.

protegido. Como é evidente, é possível que alguém reúna as condições de representação adequada no início de sua participação, mas venha a perder essa “legitimidade” em razão de sua conduta no processo ou em razão de alguma outra circunstância. Assim que verificada essa falta de representatividade, deve o sujeito ser substituído, já que não se pode tolerar que algum interesse ou algum grupo fique sem proteção no processo.

Os critérios antes vistos – tanto no direito norte-americano, como no código modelo – parecem ser razoáveis para demonstrar o contato entre o representante e o interesse representado. Porém, parece fundamental prestar atenção na *motivação* que enseja a participação do representante. Perquirir as razões que levam o sujeito a apresentar-se em juízo na proteção de certo interesse pode revelar se há, de fato, a relação necessária com aquele valor. Como observa Remo Caponi, nos processos de índole coletiva (e, em particular, nos processos estruturais), a finalidade da atividade jurisdicional não é propriamente a proteção de direitos subjetivos ou a solução de algum conflito pontual; é a atuação da norma jurídica adequada.<sup>45</sup> Por isso, na investigação das razões que levam alguém a se apresentar em juízo em nome de certo interesse, é indispensável avaliar se não há motivos subjacentes (muitas vezes individuais ou até espúrios) não declarados, mas que sem dúvida desvirtuam a capacidade de representação adequada do interesse que se afirma pretender tutelar.

Eventualmente, essa motivação pode também estender-se à avaliação do próprio procurador da parte. Sobretudo em se tratando de partes institucionais – tal como prevê o direito brasileiro, a exemplo do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos órgãos públicos em geral – é possível que determinado *agente* reúna melhores chances de defender adequadamente certo interesse do que outro integrante da mesma instituição. Embora essa análise seja de difícil consideração, sobretudo por conta da indisponibilidade de certas atividades, outorgadas a agentes de alguns órgãos (a exemplo do Ministério Público), é certamente desejável que a atuação se dê, sempre, por aquele sujeito que proteja da melhor forma possível o interesse ou o grupo.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> CAPONI, Remo. “Modeli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto”. *Le azioni seriali*. Coord. Sergio Menchini, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 131.

<sup>46</sup> Nesse sentido, aliás, a Portaria n. 183, de 18 de março de 2016, da Procuradoria-Geral da República, em seu art. 3º, prevê a possibilidade da designação de membros do

Por outro lado, é também evidente que o exercício desse controle não deve servir como simples instrumento para inviabilizar ações coletivas ou processos com finalidades estruturais. O papel da representação adequada é assegurar que os interesses envolvidos nesses processos – e, eventualmente, os grupos que os ostentam – estejam suficiente e adequadamente apresentados no processo. O excesso, porém, no grau dessa exigência pode simplesmente inviabilizar que aquele interesse possa fazer-se ouvir ou, o que é pior, fazer com que o processo estrutural seja, todo ele, inviabilizado.

Impõe-se, portanto, prudência no controle da representação adequada, sobretudo para preservar a intenção – hoje sedimentada na legislação processual – de privilegiar a análise do mérito sobre as questões estritamente processuais. Desde que se possa ter como suficientemente apresentado certo interesse ou certa posição sobre o problema discutido, é de se ter por satisfeito o requisito em questão.

Ademais, considerando que os interesses envolvidos em litígios estruturais são, muitas vezes, interesses qualificados como difusos ou coletivos – e, portanto, despersonalizados já que metaindividuais – há clara dificuldade em saber qual seria a “real vontade” a ser representada no processo. Sem dúvida, se os interesses são metaindividuais, dificilmente será possível determinar qual a posição processual que melhor tutela a “vontade” do bem ou valor a ser protegido.

Para esses casos, uma abordagem que considere a representatividade adequada deve levar em conta vários aspectos. Em primeiro lugar, o legitimado coletivo que ajuíza a demanda. Considerando que a lei brasileira trabalha com a lógica da pertinência temática para certos legitimados, parece razoável supor que aqueles não satisfaçam esse requisito certamente devem ser considerados como “representantes inadequados” para o processo. Ultrapassado, porém, esse elemento, será importante considerar o histórico de proteção do ente – e de seu procurador – a fim de avaliar concretamente a adequação de seu comportamento àquilo que seria de se esperar para a melhor proteção possível do interesse. Nesse sentido, mais uma vez, poderá ser necessário avaliar a motivação da demanda, perquirindo qual é o verdadeiro objetivo do processo formado.

---

Ministério Público Federal, com conhecimento na área a que se refere o tema debatido, para colaborar com a elaboração de manifestações, escritas ou orais, na atuação de casos repetitivos. Prevê também a possibilidade de criação de grupos de trabalho, encarregados de acompanhar a discussão de questões relevantes

Finalmente, será imprescindível analisar a conduta da parte ao longo do processo, de forma a ponderar se aquela situação inicial se mantém e se, durante todo o *iter* processual, a parte mantém-se ajustada à proteção do bem jurídico que afirma tutelar. Com tudo isso, é possível se chegar à conclusão de que um legitimado coletivo (abstratamente previsto) não tem condições de proteger adequadamente o interesse metaindividual e, portanto, deve ser substituído.

Em relação aos direitos individuais homogêneos eventualmente envolvidos em processos estruturais, a representação de seus interesses pode ser amplificada através do emprego da comunicação constante entre o representante e o grupo.<sup>47</sup> A notificação dos membros do grupo a respeito das medidas adotadas e dos caminhos a ser empregados, sempre que possível, pode ser instrumento fundamental para garantir a aderência entre aquilo que é feito pela parte e o que é desejado pelo grupo. Essa comunicação pode, ademais, servir para detectar diferenças entre os interesses de membros do grupo, recomendando a formação de sub-classes ou a constituição de novos representantes para parcelas do grupo original.

Logicamente, por outro lado, há que se ponderar sobre os custos e a utilidade dessa notificação, já que também não se pode negar que, em certos casos, essa exigência pode inviabilizar a tramitação da ação coletiva ou torná-la a tal ponto onerosa que não compense os resultados almejados.<sup>48</sup> Desse modo, embora constitua um elemento útil

---

<sup>47</sup> O sistema norte-americano, sobretudo em se tratando de processos estruturais, considera fundamental para a manutenção da justiça (*fairness*) do procedimento, a notificação dos interessados, já nos primeiros momentos do processo (v., STRICKLER Jr., George M. Ob. cit., p. 156).

<sup>48</sup> No direito norte-americano, a necessidade de notificação adequada dos membros do grupo em ações coletivas é comumente um dos grandes problemas para o sucesso desse tipo de demanda. A par de seu elevado custo, há ainda a incerteza de que todos os membros do grupo receberão a comunicação e estarão, portanto, cientes da conduta da parte. Parece, no entanto, que esses defeitos podem hoje ser minimizados com o emprego dos novos recursos de comunicação disponíveis. O uso da *internet*, das redes sociais, a inserção da notificação em instrumentos usuais de comunicação com grupos (holerits, boletos bancários, contas de luz, de água etc.) ou até mesmo o emprego de meios de comunicação de massa como a TV e o rádio podem servir de veículo eficaz

para amplificar a representação adequada, também não pode ser utilizado para simplesmente inutilizar o resultado do processo estrutural ou inviabilizar seu prosseguimento.

## **6. Otimizando a participação e a representação. Em busca do equilíbrio**

Enfim, sempre que viável, é de se pensar sobre a possibilidade de combinar os dois elementos. A participação direta de grupos reduzidos – ou de especialistas no tema objeto da demanda – aliada à representação adequada dos outros grupos e interesses é, sem dúvida, fórmula que pode equilibrar as vantagens e as desvantagens da presença direta de todos os sujeitos interessados em um litígio estrutural. Essa conclusão implica dizer que processos de caráter estrutural normalmente serão compostos de vários polos – integrados, às vezes, por sujeitos que apresentam seus próprios interesses, e outras vezes, por partes que representam interesses de grupos ou metaindividuais. Essa multipolaridade, porém, não deve ser estranhada, já que é algo inerente nesse tipo de conflito.<sup>49</sup>

Sem dúvida, ainda assim haverá processo complexo e de tramitação difícil. Porém, para essa complexidade há ferramentas de gestão processual que podem atenuar o problema e lograr resultados úteis. O que não se pode tolerar, porém, é que grupos de pessoas possam ser atingidos sem que possam ter tido a chance de influir adequadamente na atividade jurisdicional, ou que interesses recebam resposta judicial claramente divorciada daquilo que seria de se esperar.

O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um

---

nessa comunicação, ampliando certamente o diálogo entre o representante e os representados.

<sup>49</sup> FISS, Owen. “The forms of justice”. Ob. cit., p. 21; FERRARO, Marcella P. Ob. cit., p. 85.

parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

Se os processos estruturais são uma realidade irrenunciável, é essencial que eles sejam tratados da forma adequada, garantindo-se um mínimo de aderência entre os resultados obtidos e os anseios dos interesses e dos grupos envolvidos. É também indispensável que as pessoas e os interesses possam ter voz, a ponto de não ser negligenciados pela atividade jurisdicional. E, assim, ferramentas adequadas de participação e de representação têm papel inafastável na elaboração do procedimento correto para o exercício dessa forma de atuação do Estado-juiz.