

### 3.2. Participação e representatividade no processo civil

#### 3.2.1. Representação e substituição processual

Reafirmada a importância do direito à participação como um fator (embora não o único) de legitimação do exercício da atividade jurisdicional, e que atua também que a conciliação deste com outros valores processuais pode levar à necessidade de mitigação da participação direta dos destinatários do provimento jurisdicional, a qual, como também visto, reveste-se de excepcionalidade, dada a importância procedimental e finalística do direito de participar no processo e de influir significativamente na convicção do julgador.

Muito embora o tema do presente trabalho seja o julgamento de casos repetitivos, é oportuno tratar do direito de participação e sua relação com o acesso à justiça no âmbito da tutela coletiva, em que já há uma reflexão com o consolidada sobre os problemas que decorrem da mitigação da participação direta dos destinatários do provimento jurisdicional na participação sistêmicas representativas.

Ao analisar, precisamente, os institutos do direito processual brasileiro relativos à representação e substituição processual, não se pode confundir a noção de representatividade adequada, própria da tutela coletiva, com a representação processual em si, assim entendida quando o "sujeito que está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio"<sup>244</sup>. Afinal, especificamente no âmbito do processo coletivo, tem-se, em realidade, uma hipótese de substituição processual, de acordo com o modelo de legitimação extraordinária adotado no Brasil com a Lei de Ação Civil Pública e com o CDC.

Como aponta Cândido Rangel Dinamarco, a representação processual tem lugar nos casos em que o direito material impõe que os interesses de uma pessoa sejam geridos ou defendidos por outra, como na representação de incapazes por seus curadores ou tutores e de pessoas jurídicas por seus prepostos, consoante o disposto nos artigos 71 e 75 do CPC<sup>245</sup>. Dinamarco explica, ainda, que há no âmbito "puramente processual" a representação feita exclusivamente pelo

repetitivos é o tema do Capítulo 4 e do estudo empírico descrito nos capítulos 5 e 6, a partir das premissas estabelecidas nas partes I e II.

244 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 18ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 358.

245 DINAMARCO, Cândido Rangel, 2017, op. cit., p. 138-139.

### Recursos Repetitivos e Incidência de Resolução de Demandas Repetitivas Uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo

advogado, a quem pertence, em regra, a capacidade postulatória, e que atua como representante processual da parte. Em suma, o representante processual defende interesses alheios, mas quem é parte é o representado, que irá suportar os efeitos da sentença e ficará adstrito aos limites subjetivos da coisa julgada.

Já na substituição processual, o substituto é parte, visto que atua em nome próprio, ainda que na defesa de interesse alheio, tendo a sua legitimação extraordinária lhe sido atribuída por lei<sup>246</sup> (artigo 18, CPC). É o caso, por exemplo, do terceiro interessado na extinção da obrigação que possui legitimidade para ajuizar ação de consignação em pagamento, conforme artigo 539.

Essa substituição ocorre quando há uma convergência de interesses, a ser legalmente reconhecida, entre o substituído e o substituto processual, a ser legitimada pela existência de interesse de agir por parte deste na defesa dos interesses daquele. Como afirma Susana Henriques da Costa, seria a relação entre substituto e substituído ou entre o substituto e o objeto do processo que legitimaria a escolha do legitimado extraordinário<sup>247</sup>. No âmbito da tutela coletiva, essa relação é conhecida como representatividade adequada, conforme expressão oriunda do direito norte-americano, e que é lá reconhecida como um dos pré-requisitos de certificação da *class actions*<sup>248</sup>.

Há, contudo, algumas importantes diferenças entre a substituição processual no âmbito individual e no coletivo. Como aponta Rodolfo de Camargo Mancuso, enquanto na ação individual o "efeito prático" da decisão se projeta somente em face do substituído, no âmbito coletivo "esse efeito é bifronte, projetando-se em face da coletividade concernente ao conflito e, também, em face

246 DINAMARCO, Cândido Rangel, 2017, op. cit., p. 363.

247 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 189.

248 Sobre os demais pré-requisitos de certificação, Carlos Alberto de Salles comenta: "Verificado, portanto, que atende àquelas condições gerais para sua jurisdicionalidade, deverá a class action atender aos seguintes pré-requisitos: 1. numerosidade (*numerosity*) - a classe deve ser numerosa o suficiente, de forma a tornar impraticável a reunião de todos os membros em uma única ação; 2. questões comuns à classe (*commonality*) - devem existir questões de fato e de direito comuns à classe; 3. tipicidade (*typicality*) - os pedidos ou defesas devem ser típicas de classe; 4. representatividade (*representativeness*) - deve haver a presença de representantes da classe e de advogados aptos a adequadamente representarem os interesses dos membros da classe ausentes ao processo ou cujo nome não esteja indicado" ("Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano" In SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles de; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: EDUI-Editora Universitária Leopoldiaum, p. 17-33, p. 24).

do autor ideológico", porquanto a coisa julgada vinculará demais legitimados para propositura de demandas coletivas acerca do mesmo objeto<sup>249</sup>. Isso quer dizer que uma sentença de improcedência poderá fazer coisa julgada, obstando a propositura de nova ação coletiva por outro ente legitimado, especificamente na tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, excetuada a hipótese de improcedência por insuficiência de provas, conforme regra estabelecida pelo artigo 103 do CDC.

É importante observar, ainda, que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 573.232/SC, manifestou-se no sentido de que no caso de ações coletivas ajuizadas por associações civis, apenas os associados que autorizaram expressamente o ajuizamento da demanda coletiva poderão executar individualmente a sua sentença coletiva<sup>250</sup>. Na fundamentação do acórdão, discorre-se que as associações atuariam no processo coletivo como representantes, e não substitutas de seus membros<sup>251</sup>, devendo falar em seu nome no processo coletivo, em nome tão somente daqueles que expressa e comprovadamente conferiram autorização para tanto<sup>252</sup>.

249 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 298.

250 "Representação – Associados – artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Alcance. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. Título Executivo Judicial – Associados – Beneficiários. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial" (Recurso Extraordinário nº 573.232/SC, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Redator do acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 14.05.2014).

251 "Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último caso, a legitimação já decorre da própria Carta – representação gênero – e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estrou-me valendo apenas daquele referente às associações" (Voto Ministro Marco Aurélio, p. 19).

252 Ainda que este não seja o objeto de discussão do presente trabalho, insta observar que esse entendimento representa inegável retrocesso em termos do alcance da tutela coletiva e de sua capacidade de efetivamente promover a reorganização de litigantes ocasionais para defesa, em juízo, de direitos transindividuais e individuais homogêneos. Como já comentado, o processo coletivo partiu de uma aposta em incentivos para mobilização e reorganização da sociedade civil para que articulasse, por meio de associações representativas de seus interesses, demandas coletivas relativas a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com a exigência da autorização expressa e individualizada dos

Assim, ao se falar em "representatividade" nesta tese, faz-se referência aos modelos processuais em que o exercício do contraditório – ou, melhor dizendo, do direito de participação – dos destinatários da tutela jurisdicional é realizado de modo indireto, ou mediado por um substituto processual. Feitos esses esclarecimentos terminológicos e conceituais, passa-se à análise da representatividade adequada no processo coletivo, aprofundando-se, com isso, a discussão sobre os limites e as justificativas para mitigação da participação no processo.

### 3.2.2. Representatividade adequada no processo coletivo

Como já mencionado, a tutela coletiva implica em uma excepcional mitigação da participação do destinatário do provimento jurisdicional em favor de uma determinada sistemática representativa, instituída, no caso brasileiro, por meio da legitimação extraordinária ou da substituição processual.

No processo coletivo brasileiro, a legitimação extraordinária é atribuída por lei a órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, e a associações, para que litiguem em nome próprio, porém em defesa de direitos pertencentes a membros de um grupo ou da coletividade. Sobre as possíveis soluções para a legitimação nas ações coletivas, em paralelo com a escolha pela autonegação da *class action* americana, Ada Pellegrini Grinover assim descreve:

"1) Legitimação concorrente a qualquer dos co-titulares, que pode agir em juízo, na tutela do interesse comum, isoladamente ou em litisconsórcio; 2) legitimação de alguns portadores dos interesses difusos, como as formações sociais, cujos objetivos institucionais coincidem com os interesses a serem tutelados; 3) legitimação de órgãos estatais, dentre eles o Ministério Público"<sup>253</sup>.

A autora também argumenta que haveria uma profunda relação entre o regime da coisa julgada e a legitimação para a causa, na medida em que a coisa

membros da associação, cria-se mais um obstáculo para efetividade dessa via de acesso à justiça, além de um desincentivo para atuação judicial de entidades sérias, que muitas vezes tem de fazer frente a grandes litigantes ou ao próprio Poder Público em ações coletivas custosas e complexas.

253 GRINOVER, Ada Pellegrini. "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas", *Revista de Processo*, v. 11, n. 43 (jul./set. 1986), p. 2475.

judgada *erga omnes* ou *ultra partes* demandaria uma representação adequada dos interesses daqueles afetados<sup>254</sup>. Segundo ela, a representatividade adequada de um fundamento constitucional, enquanto forma de se assegurar que os membros do grupo (ausentes no processo) tiveram seus interesses plenamente representados em juízo, com o amplo exercício das garantias constitucionais à ampla defesa e contraditório pelo ente legitimado. Em sentido similar, Susana Henriques da Costa observa que a representatividade adequada é a garantia de que a defesa dada tenha sido "satisfatoriamente ouvida e defendida", o que se revela essencial para legitimação da sentença e dos efeitos da coisa julgada coletiva<sup>255</sup>.

Há, portanto, uma importante relação entre as oportunidades de participação e adequação da representatividade e os efeitos e a imutabilidade da decisão judicial. Aprofundando-se um pouco nesse ponto, verifica-se também que a sistemática brasileira de tutela coletiva se ancora na preservação do direito individual de ação, estabelecendo a possibilidade de o sujeito de direitos (ou parte em litígio material) continuar litigando ou demandar individualmente na hipótese de uma decisão coletiva desfavorável.

Tal como nas ações individuais, o trânsito em julgado das sentenças coletivas abarca seu efeito declaratório, que se torna imutável em face da relação jurídica exposta no pedido com relação aos legitimados extraordinários, que podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas<sup>256</sup>. A esse respeito, José Ignácio Bo-

254 [pela cláusula de representatividade adequada] a parte ideológica leva a juízo o interesse meta-processual, 'representando' concretamente o grupo titular do interesse, que terá exercido seus direitos processuais, através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao 'representante'. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que, nesse caso, o julgado não atuaria somente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, mas configuraria antes um novo conceito de 'representação substancial e processual', adaptado às novas exigências emergentes na sociedade" (GRINOVER, Ada Pellegrini. "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas". *Revista de Processo*, v. 11, n. 43, jul./set. 1986, p. 24/25).

255 COSTA, Susana Henriques da. "A representação adequada e litisconsórcio – o Projeto de Lei n. 5.139/2009" In GOZZOLI, Maria Clara (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 627-628.

256 "O que se torna imutável e indiscutível não é a sentença, mas apenas a sua conclusão (art. 469), o seu elemento declaratório. A imutabilidade e indiscutibilidade operam apenas em relação às partes perante as quais a sentença foi pronunciada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (art. 472)" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Coisa Julgada no Código do Consumidor". In *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23). Cumpre assinalar que, no CPC de 2015, o artigo 506 dispõe apenas que a coisa julgada não prejudicará terceiros, o que deu espaço para interpretações no sentido de

*Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas  
Uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*

relho de Mesquita explica que, com relação aos membros da coletividade, são os efeitos da sentença coletiva (e não os limites subjetivos da coisa julgada) que são *erga omnes* ou *ultra partes*, dado que o indivíduo membro da coletividade que não possui legitimidade para rediscutir a matéria pela via coletiva<sup>257</sup>. É resguardado a este o direito individual de ação, com exceção do litigante individual que tenha optado por atuar como litisconsorte em ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos (artigo 103, §2º, do CDC)<sup>258</sup>.

Desse modo, a sentença coletiva transitada em julgado, em regra, apenas beneficia os membros da coletividade (partes materiais ou substituídos) representados pelo legitimado extraordinário (ou a parte processual), resguardando-se o direito individual de ação tanto antes do trânsito em julgado, conforme prevê o artigo 104 do CDC, no tocante à litispendência, quanto após este, ressalvada a exceção já mencionada<sup>259</sup>. A

que seria possível beneficiar terceiros que não participaram diretamente do processo em que se formou a coisa julgada (conforme DESTEFENNI, Marcos. "Eficácia expandida da coisa julgada individual". Disponível em <<http://estradaodireito.com.br/eficacia/>>, acesso em 10 de maio de 2017).

257 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Coisa Julgada no Código do Consumidor", p. 34-42.

258 Como afirma José Ignácio Botelho de Mesquita, essa disposição chega a ser inútil. "Essa norma [do artigo 103 do CDC] segue o sistema do Código de Processo Civil e era desnecessária. A conclusão de que qualquer sentença só se torna imutável e indiscutível com relação ao pedido, identificado pelo objeto e pela causa de pedir. As ações fundadas nos direitos e ações individuais terão sempre objeto e causa de pedir distintos dos das ações coletivas. Nunca poderiam ser por elas prejudicadas (MESQUITA, José Ignácio Botelho de, 2004, op. cit., p. 37/38).

259 Não se ignora aqui toda a discussão atinente à existência de conexão ou de prejudicialidade entre ações individuais e coletivas, discutida no STJ quando do julgamento do caso da cobrança das tarifas telefônicas no Conflito de Competência nº 47.731/DF, em 2005, em que voto vencedor do Ministro Teori Zavascki consagrou entendimento contrário à reunião ou suspensão das ações individuais para julgamento de demandas coletivas acerca da mesma matéria ("o pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas. Suspender o curso dessas ações significa, portanto, negar, na prática, acesso ao Judiciário"). Esse entendimento foi revisto pelo STJ, em 2011, quando do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.110.549/RS, no caso "Projeto Poupança", em que juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiram suspender todas as ações individuais relativas a expurgos inflacionários de planos econômicos para julgamento das ações coletivas atinentes à matéria. Em seu voto vencedor, o Ministro Sidnei Benetti argumenta pela necessidade de contextualizar a interpretação das regras processuais que regulamentam o processo coletivo a partir das reformas processuais e dos mecanismos de julgamento de casos repetitivos, que priorizam a efetividade e a segurança jurídica por meio da agregação de julgamentos em casos similares ("O enfoque jurisprudencial dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide nels contida, a qual em cada um deles identicamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a

eficácia dessa decisão se opera *secundum eventum litis*<sup>260</sup>, favorecendo, e nunca prejudicando os membros da coletividade.

Enquanto o modelo brasileiro de tutela coletiva se relaciona com as possibilidades "2" e "3" descritas por Grinover, o sistema da *class action* norteamericana pode ser associado com a hipótese de legitimação concorrente ("1"), na medida em que permite que o indivíduo ajuíze a ação em nome da classe, cabendo às cortes a apreciação de sua representatividade adequada. Trata-se, cabendo às Owen Fiss, de uma hipótese verdadeiramente excepcional de autonomia de representante, elemento que conferiria um caráter quase que revolucionário do "criação processual" da *class action*<sup>261</sup>.

O controle da representatividade adequada nesse modelo é feito judicialmente (*ope iudicis*), cabendo ao julgador o exame das condições técnicas, competência e capacidade de exercer plenamente o contraditório e representar os interesses de todos os membros da coletividade que poderão ser afetados pela sentença coletiva. No âmbito federal, tal controle é balizado pelos requisitos da conhecida *Rule 23*, da *Federal Rules of Civil Procedure*, editada em 1937 e emendada substancialmente em 1966<sup>262</sup> e 2003. No item 23(a), que trata dos

260 decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciais pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária". Esses casos são discutidos no Capítulo 4, no item 4.3.2.

261 José Ignácio Botelho de Mesquita também afirma que há uma restrição dos limites subjetivos da coisa julgada no âmbito coletivo, porquanto, diversamente do que ocorre entre titulares de ações difusas ou coletivas concorrentes, a improcedência de mérito para o caso de ações calcadas em direitos não foram parte (MESQUITA, José Ignácio Botelho de, 2004, op. cit., p. 36-37).

262 "A *class action* é, de fato, uma ação judicial de representação – como já foi notado, o autor identificado está ingressando com uma ação judicial em favor de todos os membros não identificados da classe, mas ela emprega um conceito peculiar de representação: os membros não identificados da classe, em que nomeio alguém como meu procurador; na *class action* o autor identificado nomeia a si mesmo como representante da classe (...). Até agora, não há negação de que a autonomia seja uma forma anômala de representação, apenas uma forma justificada, se o for completamente, pelas mais excepcionais circunstâncias. Seu uso na *class action* revela o caráter verdadeiramente excepcional – In *Direito como Razão Pública: Processo, Jurisdição e Sociedade*, p. 185-198, p. 191).

Sobre os termos das mudanças, que incluem definição mais clara das regras de notificação dos membros da classe e da aplicação dos efeitos do julgamento, favorável ou não, a todos, vide *notes of the advisory committee às Federal Rules of Civil Procedure* Disponível em <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_23](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23)>, acesso em 29 out. 2017.

**Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**  
**Uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo**

prerrogativas para certificação da *class action*, é onde se verifica a principal referência legislativa sobre representatividade adequada:

- "(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:
- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
  - (2) there are questions of law or fact common to the class;
  - (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
  - (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class"

Sobre a convergência de interesses entre o representante e os membros da classe representada (item "3"), é de grande relevância o precedente do caso *Hansberry v. Lee*, em que o autor Carl Augustus Hansberry contestava, em sede recursal, uma restrição contratual que impedia que negros comprassem ou arrendassem terras em um determinado bairro de Chicago.

Em uma *class action* anterior (*Burke v. Kleiman*<sup>263</sup>), essa restrição havia sido considerada válida, levantando a discussão sobre a oposição da *res judicata* à ação proposta contra Hansberry, que teria adquirido um imóvel no bairro a despeito da restrição contratual. No julgamento do recurso, a Suprema Corte entendeu que vincular o autor ao julgamento anterior violaria o devido processo legal do réu, cujos interesses não teriam sido adequadamente representados na ocasião da *class action* anterior<sup>264</sup>. Afinal, a autora da *class action* anterior representava os interesses dos proprietários que apoiavam a restrição e que defendiam a validade da estipulação contratual, ao passo que Hansberry sustentava a sua inconstitucionalidade<sup>265</sup>. Em seu voto, o Justice Stone

263 277 Ill.App. 519, 520 (Ill. App. Ct. 1934)

264 "1. That others who were privy to the agreement, but not made parties to the litigation, and whose substantial interest was in resisting performance of the agreement, could not be bound by the decree upon the theory that the suit was a class suit in which they were duly represented. Pp. 311 U. S. 39, 311 U. S. 44.

2. That a decree of the state court in a second, similar suit, adjudging such other persons estopped by the former decree as *res judicata* from defending upon the ground that the condition precedent of the agreement had not been fulfilled, was in violation of the due process clause of the Fourteenth Amendment. Pp. 311 U. S. 40, 311 U. S. 44"

265 KAMP, Allan R. "The History Behind Hansberry v. Lee". 20 U.C. Davis L. Rev. 481, 1986-1987, p. 481-499.

assevera que nem os autores e tampouco os réus da *class action* anterior havia atuado ou se colocado como efetivos representantes dos moradores Contritos à convenção, de modo que aplicar o entendimento firmado em tal demanda ao caso individual subsequente seria conferir às partes da ação coletiva um poder e uma responsabilidade que estas não se propuseram a assumir e um não parecem ser aptos a exercer<sup>266</sup>.

Já com relação à capacidade técnica do autor da *class action* e de seu advogado para representar de forma justa e adequada os interesses das partes (item "4º"), André Roque Vasconcelos explica que, por ser o advogado o principal responsável pela tomada das principais decisões e, notadamente, o principal das despesas processuais atinentes à litigância coletiva, a aferição do critério de capacidade acaba se voltando muito mais para o causídico do que para a parte em si<sup>267</sup>. A esse respeito, a *Rule 23* também passou a definir em sua alínea (g), a partir da emenda de 2003, os critérios pertinentes à designação do advogado que atuará em nome do representante da classe (*class counsel*), estabelecendo que para aprovação do *class counsel*, o julgador deverá levar em consideração o trabalho investigativo já realizado, a experiência em outras *class actions* similares, o conhecimento da lei aplicável e o acesso a recursos a serem utilizados para representação da classe<sup>268</sup>.

266 "In seeking to enforce the agreement, the plaintiffs in that suit were not representing the petitioners here whose substantial interest is in resisting performance. The defendants in the first suit were not treated by the pleadings or decree as representing others or as foreclosing by their defense the rights of others, and, even though nominal defendants, it does not appear that their interest in defeating the contract outweighed their interest in establishing its validity. For a court in this situation to ascribe to either the plaintiffs or defendants the performance of such functions on behalf of petitioners here is to attribute to them a power that it cannot be said that they had assumed to exercise, and a responsibility which, in view of their dual interests it does not appear that they could rightly discharge".

267 ROQUE, André Vasconcelos. "O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado". *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. IV, N. 4, 2009, p. 171-198, p. 190.

268 "(g) Class Counsel. (1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

Esse sistema de legitimação *ope iudicis* difere, portanto, do sistema brasileiro de *ope legis*, em que há a presunção de que certos entes já possuem capacidade de representar adequadamente os interesses da coletividade. O modelo brasileiro se distingue, também, do norteamericano no que diz respeito aos efeitos vinculativos da decisão judicial com relação aos ausentes. Enquanto no modelo brasileiro a decisão coletiva não impede o ajuizamento de ação individual pelo membro da classe ou da coletividade, exceto no caso em que o indivíduo apto por atuar como litisconsorte do legitimado extraordinário, no sistema norteamericano, uma vez certificada a classe e aferida a representatividade adequada do autor e de seu advogado, a *res judicata* coletiva atingirá todos os integrantes do grupo, independentemente do resultado<sup>269</sup>, ressalvada a possibilidade de auto-exclusão (*opt out*)<sup>270</sup>.

Daí a relevância da notificação (*fair notice*) para exercício desse direito de *opt out*, conforme previsto na *Rule 23(c)(2)*. Tal dispositivo, ao regular as chamadas *mandatory class action*, descreitos itens (b)(1) e (b)(2)<sup>271</sup>, em que são

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment."

269

(3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must: (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members."

270

Importante consignar que, como visto nos comentários sobre o julgamento de *Hansberry v. Lee*, a aferição da existência de coisa julgada sobre a matéria decidida em ação coletiva é realizada em eventual demanda posterior em que se busque discutir os mesmos assuntos.

271

(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (...)"

discutidos, em regra, direitos indivisíveis, dispõe ser necessário apenas um *appropriate notice to the class*, sem que seja preciso notificar individualmente todos os membros da classe. Já nas chamadas *class action for damages* da *Rule 23(b)(3)*, é necessária a realização de uma notificação pessoal, ainda que não seja possível notificar individualmente todos os membros do grupo, contanto que se ateste que houve um esforço razoável para se atingir todos os membros que puderem ser identificados<sup>272</sup>.

Por fim, é possível ponderar se, de fato, o sistema brasileiro não comporta análise judicial da representatividade adequada, dada a legitimação que comporta a ação coletiva, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e às associações diretas e indiretas, há mais de um ano cujos fins institucionais sejam coerentes com a defesa de direitos coletivos (artigo 81 do CDC). Susana Henriques da Costa argumenta, por exemplo, que há situações concretas já discutidas na jurisprudência sobre a coerência entre o direito postulado e o ente legitimado que atua em nome da coletividade, o que demandaria, em última análise, um exame de representatividade adequada<sup>273</sup>. São exemplos o debate jurisprudencial sobre a possibilidade de o Ministério Público representar direitos individuais homogêneos<sup>274</sup>, da

272 COSTA, Susana Henriques. "O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro" In SALLES, Carlos Alberto de. *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 953-978, p. 961-962.

273 COSTA, Susana Henriques da, 2009b, op. cit., p. 953-978.

274 Constitucional e Processual Civil. Ação Coletiva. Direitos Transindividuais (Difusos e Coletivos) e Direitos Individuais Homogêneos. Distinções. Legitimação do Ministério Público. Arts. 127 e 129, III, da CF. Lesão a direitos individuais de dimensão ampliada. Comprometimento de interesses sociais qualificados. Seguro Dpvat. Afirmação da Legitimação Ativa (...). No entanto, e pessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpra ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito.

*Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*  
*Uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*

Defensoria Pública coletivamente<sup>275</sup> ou, ainda, acerca da legitimidade do Ministério Público Estadual ou Federal para litigar sobre questões atinentes a bens da União<sup>276</sup>.

Conclui-se, assim, que a discussão sobre representatividade adequada deve ser balizada pela excepcionalidade da limitação ao direito individual de participação no processo e pela capacidade do processo coletivo de promover uma tutela mais adequada dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Há, nesse tocante, um debate fundamental sobre os critérios a serem aferidos (seja no modelo *ope legis*, seja no *ope iudicis*), que versam, de modo geral, sobre o envolvimento do representante com os representados e sua capacidade técnica de atuar em favor dos interesses daqueles que serão afetados pela tutela jurisdicional. Também é necessário se pensar em salvaguardas para esses sujeitos de direitos, que poderão optar por buscar a tutela individual.

Sem embargo do também importante discussão sobre a legitimação do indivíduo para propositura da ação coletiva<sup>277</sup> e da necessidade de se repensar os

Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CF, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º)". (RE nº 631111, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07.08.2014).

275 "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade Ativa da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública (art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *sensu e diffuso*) e individuais homogêneos. Defensoria Pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à Justiça. Necessário: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de Ação Civil Pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública. Ação julgada improcedente (ADI 3943), Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2015).

276 "1. O Ministério Público Estadual não possui legitimidade para a propositura de ação civil pública, objetivando a tutela de bem da União, porquanto atribuição inserida no âmbito de atribuição do Ministério Público Federal, submetida ao critério da Justiça Federal, coadjuvada pela impossibilidade de atuação do Parquet Estadual, quer como parte, litisconsorciando-se com o Parquet Federal, quer como custos legis (...). STJ, REsp 876936-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 21.10.2008).

277 A esse respeito, confira-se BURGO, Vitor. "Em busca da legitimação perclida: a exclusão da pessoa física do rol de legitimados do PL-5.139/2006" In GOZZOLI, Maria Clara (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 679-704 e LANGENEGGER, Natalia. *Legitimidade ativa de pessoas físicas em ações coletivas: incentivos e desincentivos institucionais*. Dissertação de mestrado defendida na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: 2014.

argumentos essencialmente pragmáticos que embasaram a escolha do modelo representativo *ope legis* brasileiro, retoma-se, aqui, a perspectiva metodológica e a compreensão do direito social de acesso à justiça, pela qual as escolhas políticas, em matéria de direito processual, que impliquem na mitigação do direito de participação, devem ter em conta os seus impactos distributivos. Se a participação pode ser custosa e os recursos são escassos, as escolhas devem ser orientadas no sentido de assegurar mais acesso a quem pouco tem, ainda que isso implique em reduzir o acesso de quem utiliza o Judiciário demasiadamente.

Em se pensando sobre o desequilíbrio de recursos e de capacidade estratégica entre as partes, formas mediadas de participação – como no processo coletivo – podem ser justificadas na medida em que proporcionem vantagens àqueles que se encontram em uma posição menos favorecida. Seria, como propõe Galanter, uma tentativa de reorganização das partes, para que litigantes ocasionais possam agir de forma mais articulada para perseguir objetivos de longo prazo. Veja-se, contudo, que essa visão de Galanter não implica no tolhimento da participação desses sujeitos, mas na reconfiguração dessa participação, devendo ser assegurada, de todo modo, a possibilidade de que esses indivíduos e grupos possam influir significativamente na condução do processo cujo provimento lhes impactará.

Caminhando, assim, para a discussão central do trabalho – sobre o acesso à justiça, participação e representatividade nas técnicas de julgamento de casos repetitivos – caberá perquirir, daqui para frente, se há também nesse âmbito limitações ou restrições ao direito de participar e se estas se justificam diante de outros valores processuais relevantes ou da possibilidade de reorganização estratégica daqueles que serão impactados pela tutela jurisdicional – no caso, pela tese jurídica firmada.

## Síntese conclusiva da Parte II

A Parte II desta tese teve por objetivo relacionar a discussão sobre acesso à justiça com o direito de participação no processo:

1. Há uma importante relação entre o direito de acesso à justiça e a participação no processo, sendo necessário investigar, por meio da perspectiva metodológica proposta, como as diferentes técnicas processuais e as formas de participação por elas propiciadas repro-

duzem, criam ou reduzem/desequilíbriam desigualdades. Para isso, é importante compreender como os diferentes atores utilizam essas técnicas e como as diversas formas de participação no processo podem fortalecer ou enfraquecer as capacidades dos litigantes.

1.1. O direito de participar no processo deve ser assegurado a todos os destinatários do provimento jurisdicional (partes e interessados), a quem deverá ser garantido o direito de influir significativamente na convicção do julgador e de participar dos atos processuais em condições de igualdade, levando-se em consideração, portanto, os desequilíbrios existentes entre os sujeitos;

1.2. Embora seja um elemento essencial ao processo, o direito de participar é colocado em conflito com outros valores também relevantes, como a efetividade da tutela jurisdicional e a duração razoável do processo. No entanto, limitações a esse direito devem ser excepcionais, dada a sua essencialidade tanto como elemento legitimador da atividade jurisdicional em si (dimensão procedimental) quanto de seu resultados (dimensão finalística).

1.3. Do ponto de vista do acesso à justiça, limitações ou restrições ao direito de participação devem ser excepcionais, sendo justificáveis apenas quando efetivamente necessária para se promover uma reorganização nas partes, de modo a se propiciar vantagens estratégicas aos litigantes ocasionais no confronto com os litigantes repetitivos, realizando-se, com isso, o potencial distributivo do processo.

2. Como as formas de substituição processual implicam em uma mitigação da participação direta no processo, são hipóteses excepcionais a serem previstas em lei. No que diz respeito à tutela de direitos coletivos, verifica-se a substituição processual *ope legis* (como no modelo brasileiro) ou sujeitas a um controle judicial de representatividade adequada (como no sistema norte-americano).

2.1. Em ambos os casos, há a preocupação com a convergência de interesses entre o representante e os representados e a capacidade técnica daquele para defender adequadamente os interesses tutelados.

2.2. É necessário se observar, ainda, que as limitações na participação direta também se refletem na extensão dos limites da coisa julgada coletiva. No Brasil, assegura-se ao indivíduo que não atuou no processo coletivo seu direito individual de ação, enquanto nos Estados Unidos, há a tentativa de se direito a notificação adequada (*fair notice*) dos membros da classe, para que possam optar por não ser atingidos pela coisa julgada coletiva.

### PARTE III

## Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos