

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ GUSTAVO ROSÁ

CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS

CURITIBA
2015

LUIZ GUSTAVO ROSÁ

CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito. Setor Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elton Venturi

CURITIBA
2015

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer

RESUMO

Garantir o direito de acesso à justiça é verdadeiro pressuposto do Estado Democrático de Direito, considerando que se trata de garantia essencial para se assegurar os demais direitos fundamentais.

Na sociedade moderna, caracterizada pelos conflitos de massa e expansão das violações de direitos transindividuais, evidenciou-se a necessidade de uma tutela diferenciada daquela tradicional atribuída aos direitos individuais. É neste contexto que surgem as ações coletivas, que irão tutelar essa nova categoria de direitos.

Em virtude disso, dada a impossibilidade de todo o grupo titular do direito demandar em juízo, a legislação optou pela escolha de legitimados que serão incumbidos de conduzir a demanda coletiva em juízo, representando os interesses dos verdadeiros titulares dos direitos violados.

Ocorre que nem sempre se pode presumir que esses legitimados representarão os interesses do grupo adequadamente em juízo, razão pela qual se faz mister que o juiz realize esse controle no caso concreto. A realização desse controle pelo juiz independe de alteração legislativa, sendo verdadeira consequência direta dos direitos processuais fundamentais previstos na Constituição.

É dever, então, do magistrado realizar o controle de representação adequada nas ações coletivas, sendo tal atuação indispensável para se garantir o mencionado acesso à justiça daqueles que não podem comparecer pessoalmente em juízo para exercer o contraditório.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Ações coletivas. Representação adequada. Controle de representação adequada.

ABSTRACT

Ensuring the right of access to justice is real assumption of the Democratic Rule of Law State, considering that it is essential to guarantee the other fundamental rights. In modern society, characterized by mass conflict and expansion of collective violations, it became clear the need for a differentiated protection instead of the traditional system of individual rights protection. It is in this context that rises the class action, which will protect this new category of rights.

As a result, considered the impossibility of all the group defend by itself its rights on the court, legislation opted to legitimate some entities to lead the class action, representing the interests of the true owners of the rights that were violated.

It turns out that we can not always assume that these legitimate representatives will defend accordingly the group's interests on the court, and that's why it's necessary that the judge perform this control. The realization of this control by the judge is independent of any legislative change, because it's a real direct consequence of the fundamental rights set out in our Constitution.

Then, it is a duty of the magistrate to perform the control of adequacy of representation in class actions, once this performance is indispensable to ensure the access to justice for the group which can not defend by itself its rights on the court.

Keywords: Access to Justice. Class action. Adequacy of representation. Control of adequacy of representation.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 A COLETIVIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA | 10 |
| 2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA..... | 10 |
| 2.2 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A QUEBRA DO PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL | 13 |
| 2.2.1 <i>Os chamados novos direitos</i> | 13 |
| 2.2.2 <i>A inaplicabilidade dos conceitos de processo civil individual</i> | 16 |
| 2.3 AÇÕES COLETIVAS COMO GARANTIDORAS DO ACESSO À JUSTIÇA..... | 21 |
| 3 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO | 27 |
| 3.1 ASPECTOS GERAIS..... | 28 |
| 3.2 LEGITIMADOS ATIVOS NAS AÇÕES COLETIVAS E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA..... | 30 |
| 3.2.1 <i>O cidadão</i> | 31 |
| 3.2.2 <i>A Defensoria Pública</i> | 33 |
| 3.2.3 <i>As pessoas jurídicas de direito público e entes despersonalizados</i> | 35 |
| 3.2.4 <i>As associações civis</i> | 36 |
| 3.2.5 <i>O Ministério Público</i> | 39 |
| 3.3 A RELAÇÃO ENTRE A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DO LEGITIMADO ATIVO E A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS..... | 42 |
| 4 O CONTROLE JUDICIAL DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA | 46 |
| 4.1 O CONTROLE <i>OPE JUDICIS</i> x O CONTROLE <i>OPE LEGIS</i> | 46 |
| 4.2 O CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO DECORRÊNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS..... | 51 |
| 4.3 A NECESSÁRIA SUBSTITUIÇÃO DO LEGITIMADO INADEQUADO..... | 58 |
| 4.4 O MODELO DE <i>RIGHT TO OPT OUT</i> COMO ALTERNATIVA AO <i>RIGHT TO OPT IN</i> | 60 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 65 |
| REFERÊNCIAS | 68 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo central o estudo do instituto da representação adequada no direito brasileiro. Não somente apresentar seu conceito, mas delimitar a forma que vem sendo aplicado pelo Tribunais, bem como apresentar uma perspectiva comparada com o direito norte-americano, de modo que se possa apresentar alternativas para sua aplicação pelo Poder Judiciário, a fim de que sua observância contribua para garantir o princípio fundamental do acesso à justiça e a concretização dos direitos transindividuais.

O tema se justifica diante da realidade do direito brasileiro atualmente, que dispõe de uma moderna legislação em termos de processo coletivo – sem embargo, é claro, de sempre necessitar de alguns melhoramentos –, mas que, infelizmente, ainda não vem sendo aplicada da maneira mais apropriada pelo Judiciário, a despeito dos incansáveis esforços da doutrina em extrair o melhor alcance das normas e dos institutos.

Assim, é pressuposto para compreender o tema perceber o contexto social atual na sociedade brasileira, a qual vivencia uma conjuntura de conflitos de massa, que, apesar de não ser a criadora dos chamados novos direitos, foi a responsável pela potencialização de suas violações. Em virtude disso, fez-se indispensável a incorporação, com base no direito comparado, de técnicas processuais que superassem a antiga dicotomia público-privado do direito, bem como o paradigma do direito processual civil individual.

Feito isso, e após três décadas da adoção pelo direito brasileiro do processo coletivo, surgem novas questões – ou talvez não tão novas, mas com certeza ainda pouco exploradas pelos Tribunais – que urgem serem solucionadas. É neste ponto que reside o foco do presente estudo da representação adequada, entendida como elemento essencial para garantir que o legitimado que irá propor e conduzir a ação coletiva seja adequado, e, por conseguinte, a tutela jurisdicional coletiva seja prestada de forma eficaz, além de que o princípio constitucional de acesso à justiça seja, de fato, observado e aplicado.

Ocorre que a representação adequada, em que pese ser consenso de que é necessária para a legitimação das ações coletiva, ainda desperta alguma divergência doutrinária acerca da possibilidade de seu controle pelo juiz no caso concreto, haja

vista que, para parte da doutrina, não há que se falar em permitir tal discricionariedade ao magistrado, mesmo porque a representação adequada teria sido presumida pelo legislador. Ademais, é tímida ainda – salvo algumas raras e louvadas exceções – a abordagem pelos Tribunais em suas decisões sobre o tema, o que, também, reflete a preocupação deste trabalho em tratar sobre o assunto.

Todavia, pretende-se demonstrar que não só pode, como deve o juiz exercer o controle de representação adequada no caso concreto, independentemente de alteração legislativa infraconstitucional. Isto porque, primeiramente, é sabido que não se pode esperar o Poder Legislativo sair da inércia na ilusória esperança de inovar e aprimorar o sistema de tutela coletiva, uma vez que isso claramente vai contra sua histórica atuação, especialmente se considerado que o processo coletivo costuma ir de encontro aos interesses daqueles que possuem o poder econômico e político. Além disso, nem ao menos é necessário – embora, como se irá demonstrar, seja desejável – a criação de lei ordinária para regular o instituto, haja vista que o controle de representação adequada pelos juízes pode (e deve) decorrer diretamente da observância dos princípios constitucionais.

Para atingir esse fim, inicialmente é essencial fazer uma reflexão, ainda que breve, acerca do direito de acesso à justiça, princípio que orienta o sistema de processo coletivo. Assim, buscar-se-á apresentar os aspectos gerais que delineiam esse direito fundamental. A partir desses apontamentos será possível apresentar, de forma sintética, os conceitos dos novos direitos transindividuais, para, então, compreender que o direito de acesso à justiça deve ser encarado sob a perspectiva do processo coletivo. Os institutos de direito processual civil individual não podem, portanto, ser simplesmente transplantados para a tutela coletiva, que possui técnicas e princípios próprios, apresentando-se a dificuldade de classificação institutos a partir dos critérios comumente utilizados nas ações individuais. (Capítulo 2)

Em seguida, far-se-á uma análise da representação adequada, apresentando seu conceito e importância no processo coletivo, bem como seus reflexos em outros aspectos, notadamente a coisa julgada. Além disso, buscar-se-á apontar as características e, principalmente, problemáticas de cada legitimado ativo para a propositura de ações coletivas no direito brasileiro. Tais apontamentos têm por escopo comprovar que o entendimento de parte da doutrina de que há uma representação adequada “presumida” dos legitimados, feita pelo próprio legislador ao atribuir-lhes

legitimidade *ad causam*, não é suficiente e não resolve o problema de uma representação ineficiente. (capítulo 3).

Por último, com base nos dois primeiros capítulos, enfrentaremos a principal questão deste trabalho e, talvez, a mais controversa, demonstrando a necessidade de realização do controle de representação adequada pelo juiz no caso concreto. Far-se-á, primeiro, uma distinção do modelo *ope legis*, defendido ainda por parte da doutrina, em contraposição ao controle *ope judicis*, defendido pela maior parte da doutrina atual e, também, por nós neste estudo. Ademais, buscar-se-á comprovar que não há necessidade de intervenção legislativa infraconstitucional para adoção do instituto pelo direito brasileiro, uma vez que o controle de representação adequada feito pelo juiz no caso concreto deve acontecer como decorrência de determinados princípios constitucionais. Finalmente, pretende-se demonstrar que, se realizado corretamente o controle de representação adequada, poder-se-ia adotar o sistema do *right to opt out*, nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos, ao invés do sistema de *right to opt in*, utilizado hoje no direito brasileiro. (capítulo 4)

2 A COLETIVIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O tema a ser desenvolvido demanda, primeiramente, perceber que o direito de acesso à justiça não pode mais ser visto tão somente sob a ótica do processo civil individual, sendo necessário analisar tal garantia fundamental a partir dos direitos transindividuais.

Dessa forma, as noções do processo civil tradicional, como, por exemplo, de Francesco Carnelutti, que definia a lide como um conflito de interesses marcado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro,¹ devem dar lugar às novas técnicas trazidas pelo processo civil coletivo.

A partir dessa análise inicial, poderemos compreender que a análise da representação adequada dos legitimados ativos para propor a ação coletiva é de fundamental importância para garantir o direito de acesso à justiça a todos os lesados.

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A expressão “acesso à justiça”, para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, serve para definir duas finalidades básicas do sistema jurídico – sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos sob a proteção do Estado. Primeiro, deve ser acessível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.²

Uma questão fundamental reside em garantir concretamente a participação dos cidadãos na sociedade, e para isso é imprescindível que o direito de ação não seja obstaculizado, mesmo porque ter direitos e não poder tutelá-los é o mesmo que não os ter.³

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 3.

³ MARINONI, op. cit. p. 191.

Assim, garantir o acesso à justiça é requisito fundamental para se obter um sistema jurídico moderno e igualitário, que se proponha a garantir efetivamente, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁴

Inicialmente, na época dos Estados liberais, o direito de ação era entendido apenas como o direito formal de propor uma ação ou de contestá-la,⁵ o que limitava a estar em juízo apenas aqueles que tivessem as condições de suportar os custos de um processo, haja vista que obstáculos como a desigualdade econômica e social não eram objeto das preocupações do Estado.⁶

As Constituições sociais do século XX passaram a encarar o direito de ação sob outro ângulo. Percebeu-se que o direito de ação poderia ser comprometido não só por obstáculos sociais e econômicos, mas também devido aos direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, esculpidos nessas Constituições modernas, e que só poderiam ser concretizados caso fosse garantido um real – e não ilusório – acesso à justiça.⁷

Deste modo, desde o século passado, as Constituições passaram a integrar as liberdades clássicas com os direitos sociais, de modo a efetivar a participação do cidadão na sociedade. Uma dessas medidas foi a realização do direito de ação, que passou a ser visto como o direito de acesso à justiça, sendo objeto de preocupação dos modernos sistemas jurídicos do século XX.⁸

Qualquer pessoa, sentindo-se ameaçada ou lesada em seu direito, pode postular perante o Poder Judiciário, o qual, substituindo a vontade das partes, emitirá um pronunciamento acerca da procedência ou não do pedido do autor.⁹ A este poder de requerer a prestação jurisdicional dá-se o nome de direito de ação, sendo assegurado como um direito fundamental pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV.¹⁰

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 5.

⁵ CAPPELLETTI; GARTH, *op.cit.* p. 4.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 360.

⁷ *Ibid.*, p. 361.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 190.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 154.

¹⁰ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Referido dispositivo constitucional inovou em relação às Constituições anteriores ao desaparecer com a alusão a “direito individual”. O objetivo dessa exclusão foi justamente deixar claro que os direitos difusos e coletivos também estão protegidos por essa garantia processual.¹¹

O direito de ação pode ser visto, então, como uma garantia de participação do cidadão na gestão da coisa pública, quando se fala na tutela de direitos difusos e coletivos.¹² Diante disso, a ação está ligada igualmente à ideia de democracia participativa, garantindo a participação direta do povo na realização de direitos imprescindíveis para a organização social.¹³

Portanto, a garantia do acesso à justiça não é simples decorrência do Estado Democrático de Direito, mas na verdade um dos seus pressupostos mais sensíveis e notáveis.¹⁴

Ao contrário das realidades observadas na época do Estado Liberal, nos dias de hoje, devido à valorização da solidariedade e do coletivismo, busca-se a afirmação da dignidade da pessoa humana,¹⁵ com a concretização de todos os direitos fundamentais correlatos a esse princípio.

Os direitos fundamentais materiais dependem, assim, para serem de fato efetivados, de outro direito fundamental – só que processual –, que é o direito de ação. Por esse motivo, diz-se que, antes do direito à liberdade, à educação, ao meio ambiente, ele pode ser dito como o mais fundamental de todos os direitos, eis que imprescindível à efetiva concretização de todos os demais.¹⁶

Importante destacar que o direito de ação não se limita ao direito de afirmar um direito material em juízo. A ação não se resume ao ato que invoca a jurisdição. Não sendo um ato solitário, o direito de ação não pode ser restringido a um requerimento de tutela jurisdicional.¹⁷ Tal ideia é essencial para se compreender o objetivo do presente trabalho, como verificar-se-á.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 26.

¹² Cf. capítulo 3.2.1 deste trabalho.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 367.

¹⁴ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 100

¹⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 211.

¹⁷ *Ibid.*, p. 221 e 222.

O acesso à justiça não se limita, assim, ao direito de acender aos tribunais. Vai além disso, esse direito garante a promoção de um processo cercado das garantias do devido processo legal, de modo a assegurar a prestação de uma tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados.¹⁸

Portanto, o acesso ao Poder Judiciário só é garantido se o autor da ação consegue obter, como ensina Sérgio Cruz Arenhart, uma resposta útil, eficaz, tempestiva e adequada.¹⁹

Em vista dessa redescoberta do ser humano social como verdadeiro sujeito de direitos²⁰ e a necessidade em se garantir verdadeiramente o acesso à justiça para tutelar todos os tipos de direito material, o paradigma individualista que orientou e restringiu o conceito desse direito fundamental²¹ não é mais suficiente, sendo mister a transição para uma nova forma de pensar, a partir de princípios e institutos próprios.

2.2 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A QUEBRA DO PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL

É inegável que ao longo das últimas décadas conquistou-se considerável sucesso na concretização de direitos transindividuais. De um lado, a produção legislativa em direito material – especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. De outro, e não menos importante, a produção legislativa sob o aspecto processual, possibilitando a tutela coletiva desses novos direitos por meio de ações específicas, como a ação popular e a ação civil pública.²²

2.2.1 Os chamados novos direitos

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 26.

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

²⁰ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31.

²¹ *Ibid.*, p. 28.

²² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 98.

As transformações da sociedade resultam no surgimento de novas situações substanciais carentes de tutela, muitas vezes de conteúdo não patrimonial e não raramente garantidas como direitos fundamentais, o que modifica as razões de demandar e o próprio conteúdo da tutela jurisdicional.

A complexidade das relações sociais existentes atualmente, com a caracterização de conflitos de massa, evidenciou talvez não o surgimento mas o aumento frequente das discussões acerca dos novos direitos, caracterizados por sua transindividualidade.

Em que pese tais direitos não serem fruto exclusivo da modernidade, é inegável que, na atualidade, tanto na esfera pública como privada expandem-se continuamente. À vista disso, multiplicam-se consideravelmente as lesões sofridas pelas pessoas, na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.²³

De início, encontrou-se uma ordem jurídica desaparelhada, que fosse capaz de fornecer instrumentos de atuação efetiva, uma vez que tanto o direito processual como o direito material estavam assentados em regras de propriedade privada.²⁴

Nosso ordenamento jurídico, num primeiro momento, limitou-se a se referir genericamente à tutela de interesses difusos e coletivos (art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública), sendo que foi só com o advento do Código de Defesa do Consumidor que foram conceituados, incluindo uma nova categoria, os direitos individuais homogêneos.²⁵

Os direitos difusos são caracterizados pela sua origem circunstancial, pela titularidade plúrima e indeterminável e na indivisibilidade material do objeto. Assim, não é possível excluir quem quer que seja da titularidade dessa pretensão.²⁶ Justamente pelo fato dos indivíduos serem ligados por circunstâncias de fato, não

²³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.346/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 11.

²⁵ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 50.

²⁶ *Ibid.*, p. 53 e 54.

possuindo qualquer vínculo jurídico, não têm condições de se organizar em grupo, classe ou categoria que possa abranger todos os possíveis interessados.²⁷

Por outro lado, os direitos coletivos caracterizam-se por existirem relações formais entre os titulares do direito, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por relações jurídicas formais, surgindo pretensões comuns e indivisíveis. Portanto, os titulares são plenamente identificáveis.²⁸

Por fim, os direitos individuais homogêneos, não obstante serem qualificáveis como individuais, têm uma origem comum. Os direitos são divisíveis sob a ótica do direito material. Ocorre que, devido à existência de diversos obstáculos de acesso à justiça, busca-se uma condenação genérica que pode beneficiar uma multiplicidade de pretensões individuais em comum. Assim, trata-se de uma técnica legislativa destinada à facilitação da tutela processual.²⁹

Portanto, direitos transindividuais são direitos difusos e coletivos, de modo que os direitos individuais homogêneos não perdem sua natureza de direitos subjetivos individuais, mas simplesmente se relacionam com outros direitos individuais assemelhados, o que permite a defesa coletiva de todos eles.³⁰

Interessante, neste ponto, mencionar a posição de Alcides Alberto Munhoz da Cunha, que, em artigo vanguardista, defendeu que os direitos individuais homogêneos, a despeito da sua nomenclatura, são interesses metaindividuais, uma vez que visam à “obtenção de um mesmo bem, uma mesma utilidade indivisível.”³¹

De outro vértice, parcela significativa da doutrina nacional sustentou uma orientação diversa – não substancialista, mas instrumentalista – atribuindo uma lógica estritamente instrumental aos direitos individuais homogêneos, sendo considerados um “acidente de coletivismo” para fins de tutela jurisdicional coletiva.³² Ou seja: a questão de caracterização de um direito como individual homogêneo é exclusivamente processual, ligada à maior ou menor utilidade em tratar todos os interesses individuais envolvidos em um processo único.³³

²⁷ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. A evolução das ações coletivas no Brasil. RePro 77/232.

²⁸ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55 e 57.

²⁹ *Ibid.*, p. 61-64.

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127, p. 85

³¹ CUNHA, *op. cit.*, p. 233/234.

³² VENTURI, *op. cit.*, p. 68-69.

³³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

Importante destacar que as ações coletivas de direitos individuais homogêneos não induzem litispendência nas ações individuais – única hipótese de convergência de objeto entre demandas coletivas e individuais, uma vez que não há possibilidade de ação individual tutelar direitos coletivos e difusos.

Devido às peculiaridades existentes, esses direitos não podem ser submetidos às mesmas regras que tutelam os direitos individuais, uma vez que há a necessidade da tutela processual corresponder às necessidades de direito material.

2.2.2 A inaplicabilidade dos conceitos de processo civil individual

Em razão disso, para atender aos problemas existentes na tutela de direitos difusos e coletivos, uma onda de reformas forçou a reflexão sobre as noções tradicionais de processo civil e sobre o papel dos juízes.³⁴

O direito constitucional e processual moderno vem se desprendendo da lógica individualista em prol de um ambiente marcado pelas exigências de ordem social. Esse processo projeta a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas que têm titulares certos e determinados, de modo que os chamados direitos transindividuais envolvem relações que se afastam do esquema de contraposição de um credor a um devedor, uma vez que afeta uma pluralidade de pessoas. É por isso que se torna imprescindível a adaptação das medidas processuais a essa nova realidade, com a elaboração de técnicas e institutos aptos a apreenderem as relações supraindividuais.³⁵

Ao contrário da técnica processual tradicional, que considera o indivíduo como único sujeito de direito,³⁶ os direitos transindividuais não possuem necessariamente titulares, uma vez que os direitos difusos – entendidos no seu sentido lato – são indivisíveis, razão pela qual todos são titulares. Assim, fica evidente que certos conceitos do processo civil individual não podem ser simplesmente transplantados

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 18.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-136.

³⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

para o processo civil coletivo, sendo necessário ressaltar que os conceitos possuem diferentes significados nesta diferente seara do direito.

Luís Roberto Barroso, atento a essa problemática em se transportar conceitos de processo individual aos de processo coletivo, ensina que:

Nada mais dramático para uma ciência do que situações iguais serem identificadas por nomenclatura diversa, e, sobretudo, situações radicalmente diversas verem-se identificadas por igual denominação. Quando assim ocorre, a linguagem torna-se instrumento da obscuridade, as palavras se esvaziam de sentido e a transmissão de ideias passa a ser um ritual de equívocos.³⁷

Esses novos direitos muitas vezes demandam novos mecanismos procedimentais para serem tutelados, de modo que há a necessidade de adaptar o processo civil a esse tipo de litígio.³⁸

Um dos argumentos mais utilizados contra a introdução da ação coletiva no Brasil foi a alegação de que os direitos de grupo não se encaixam nos parâmetros individualistas tradicionais expostos pelos juristas europeus do século XIX.³⁹

A proteção de direitos metaindividuais tornou necessária a transformação do papel do juiz e de institutos básicos, como o da citação e o do direito de ser ouvido, sendo necessário que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade. Assim, a decisão deve, em regra, obrigar a todos os membros do grupo, ainda que não tenham sido citados individualmente, modificando outra noção tradicional, que é a da coisa julgada, de modo a propiciar a efetiva proteção dos direitos difusos.⁴⁰

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. tratam da superação desse dogma individualista:

Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os defeitos ou dificuldades; melhor dizendo, os limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direitos com titulares indeterminados e de 'litigiosidade de massa', principalmente àquelas em que apenas um

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 26.

³⁹ 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: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 46.

⁴⁰ CAPPELLETTI; GARTH. *op. cit.*, p. 19.

legitimado move ação em benefício de um todo coletivo, determinado ou não (ações coletivas).⁴¹

A legitimação, por exemplo, enquanto no processo individual obedece a esquemas rígidos,⁴² no processo coletivo abre-se um leque, prevendo a legitimidade para a titularidade da ação para um representante, que será portador em juízo dos interesses e direitos de um grupo titular de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.⁴³

Neste sentido, uma das maiores divergência doutrinárias reside na classificação da legitimação ativa. Para a proteção dos direitos metaindividuais, é necessário se abandonar os conceitos individualistas de processo civil, os quais tradicionalmente tem exigido a existência de um interesse pessoal e direto no resultado do litígio.

Muito se discute, portanto, se a legitimidade para agir no processo coletivo poderia ser considerada uma legitimação ordinária, uma legitimação extraordinária ou, ainda, uma terceira classificação, que seria a chamada legitimação autônoma.

A regra no direito brasileiro é a legitimação ordinária, em que o titular do direito afirmado é a mesma pessoa que possui legitimidade para afirmá-lo em juízo. Já a legitimação extraordinária é entendida quando alguém postula direito alheio em nome próprio.⁴⁴

Ocorre que, para boa parte da doutrina, nenhuma das classificações é a mais correta quando se fala em processo coletivo.⁴⁵ Isto porque na legitimação coletiva confere-se a um legitimado – um ente público ou privado – o direito de representar os interesses de toda uma coletividade, que, por si só, não possui a possibilidade de atuar em juízo na defesa desses interesses. Assim, somente por meio desses

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 31.

⁴² “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da República Federativa do Brasil;

“Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. BRASIL. Novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 27.

⁴⁴ Art. 6º, BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da República Federativa do Brasil; Art. 18, BRASIL. Novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

⁴⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 215.

legitimados ativos que os interessados poderão demandar em juízo, sendo, portanto, representados, razão pela qual há nas ações coletivas uma legitimação autônoma para a propositura da demanda.⁴⁶

À vista disso, é imperioso perceber que os institutos de processo civil individual não podem ser simplesmente aplicados diretamente ao processo civil coletivo. Compreensão diversa pode pôr em xeque a efetividade da tutela desses novos direitos.

Pode-se afirmar, então, que o processo coletivo alicerça-se em institutos próprios, totalmente diversos dos institutos do processo civil individual, e com esses não podem ser confundidos.⁴⁷

Ademais, a preocupação deve ser menos em classificar os conceitos na ação coletiva do que em se preocupar na concretização de uma tutela jurisdicional coletiva que seja de fato eficaz.

Antonio Gidi é enfático nessa questão, ao dizer que o legislador se preocupa demasiadamente em criar figuras teóricas para definir, encaixar as hipóteses de cabimento das ações coletiva, o que não prepara para uma nova situação que demande a tutela coletiva.⁴⁸ Afirma, inclusive, que “ainda que pareça contraditório, o ‘rigoroso’ em matéria de direito processual coletivo é ser flexível. O operador que não for flexível não estará atuando com rigor técnico e científico”.⁴⁹

Uma questão que bem reflete isso é a insistência em diferenciar os termos “interesses” e “direitos”,⁵⁰ quando, na verdade, foram utilizados como sinônimos no nosso microssistema que trata dos direitos transindividuais, de modo que, como bem definido por Kazuo Watanabe, a partir do momento que os “interesses” passam a ser

⁴⁶ VENTURI, 2007 *apud* NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 7. Ed. São Paulo: RT, 2003.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

⁴⁸ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. p. 104.

⁴⁹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 182, nota 427.

⁵⁰ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., por exemplo, entendem que a expressão “interesses” é desprovida da proteção que a Constituição garante de acesso à justiça, razão pela qual, para eles, seria melhor manter a expressão de “direitos” transindividuais. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 59-60.

amparados pelo direito, aqueles assumem o mesmo *status* que esse, desaparecendo qualquer razão para sua diferenciação.⁵¹

Atento às diferentes necessidades substanciais carentes de tutela, Luiz Guilherme Marinoni afirma que o direito à viabilidade da tutela do direito material não significa que devem existir tantas ações quantas são as demandas carentes de tutela. O direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição é um direito abstrato e típico, que garante o direito ao procedimento adequado, sem, contudo, definir qual técnica está garantida ao jurisdicionado.⁵²

Com o mesmo entendimento, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem a autonomia do direito de ação, de modo que os preconceitos existentes nas relações de direito material e que interpretações fixas não evitem a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça ao direito afirmado pelo autor.⁵³

Por fim, com a finalidade de privilegiar a tutela coletiva, a interpretação das normas deve ser sempre em benefício do grupo, em especial no tocante à legitimidade *ad causam* e aos poderes do juiz na condução do processo.⁵⁴

É necessário, por muitas vezes, abandonar a estaticidade característica do processo civil individual por uma atuação mais dinâmica e pragmática, que é extremamente necessária em especial nos processos coletivos.

Dessa forma, para lidar com esses conflitos coletivos, mostrou-se necessário superar os antigos dogmas e construir um novo sistema de direito material e processual que pudesse responder às necessidade de uma nova sociedade de massas,⁵⁵ em que os problemas vivenciados por um são compartilhados por outros, de modo que nenhuma pessoa pode ser titular exclusiva do direito, sendo que os interesses pertencem indistintamente a toda a comunidade.⁵⁶

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 70. No mesmo sentido, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 362.

⁵³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 80.

⁵⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 148.

⁵⁵ 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: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 48.

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 137.

Quebra-se, então, o paradigma de que para postular em juízo é necessário ser titular do direito material afirmado, sendo escolhidos representantes adequados que demandarão os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos afetados.

2.3 AÇÕES COLETIVAS COMO GARANTIDORAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Luís Roberto Barroso ensina que não há efetividade possível da Constituição sem uma cidadania participativa.⁵⁷ Assim, fazer com que as pessoas consigam postular perante o Poder Judiciário a defesa de seus direitos – inclusive os metaindividuais – é pressuposto para se garantir uma Constituição efetiva, que não seja apenas um vitrine de direitos não concretizados.

As instituições jurídicas, necessariamente, tendem a se adequar às mutáveis demandas da vida prática, ainda que, frequentemente, com excessivo atraso para fornecer respostas a essas exigências.⁵⁸

Como visto, as ações individuais não eram mais suficientes, diante da complexidade das relações sociais, para a tutela de determinados direitos metaindividuais, razão pela qual cria-se novas técnicas – as ações coletivas – para atender a essa necessidade.

Cappelletti, ao tratar sobre os novos direitos e a necessidade de uma tutela adequada, afirma que:

[...] mesmo se o legislador mais aberto a esse fenômeno, mesmo o mais progressista, mais avançado, se limitar a estabelecer que tais interesses são direitos substanciais, sem alterar o campo da tutela, ou seja, sem investir desse direito um autor que possa legitimar-se a pedir a proteção legal – será um legislador frustrado, limitado a operar no campo do direito material, sem eficácia.⁵⁹

Trata-se, então, da ilusão da autossuficiência do direito material,⁶⁰ de modo que o fenômeno recente das inovações conceituais aportadas ao direito processual

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127.

⁵⁸ BARROSO, *loc. cit.*

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do RS, n. 33, 170/182. p. 174.

⁶⁰ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

tem por objetivo ampliar a participação processual e o número de beneficiários das decisões judiciais.⁶¹

Canotilho, atento à necessidade de um procedimento capaz de permitir a participação em relação aos novos direitos, afirma que:

O direito a um procedimento justo implicará hoje a existência de procedimentos colectivos (*Massenverfahren* na terminologia alemã), possibilitadores da intervenção colectiva dos cidadãos na defesa de direitos económicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência colectiva (exemplo: 'procedimentos de massas' para a defesa do ambiente, da saúde, do património cultural, dos consumidores). Trata-se, aqui, de um tipo de procedimento que visa satisfazer os mesmos objetivos da acção popular de natureza jurisdicional, e, por isso, deve considerar-se abrangido pelo âmbito de protecção do art. 52.º/3 da CRP.⁶²

A Constituição de 1988, em vista dessa nova realidade, preocupou-se em prever situações em que legitimados podem postular a tutela de direitos difusos e coletivos por meio de ações coletivas.⁶³

Com o objetivo de promover o acesso à justiça nessas situações, a ação coletiva é caracterizada por ser promovida por um representante (legitimação coletiva), a fim de proteger o direito que pertence a um grupo de pessoas (objeto do litígio), e cuja sentença obrigará o grupo como um todo (coisa julgada).⁶⁴

Além da própria previsão constitucional, o microsistema brasileiro de tutela coletiva, integrado fundamentalmente pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é essencial para a efetividade da tutela dos direitos metaindividuais, que são reflexo da sociedade moderna e que

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 665.

⁶³ “Art. 5º, XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; Art. 8º, III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶⁴ 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: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 31

apresenta situações em que certas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas.

As ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, por exemplo, além de eliminarem o custo das incontáveis ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, ainda superam os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à justiça, neutralizando as vantagens dos litigantes habituais e mais fortes.⁶⁵

Um dos exemplos mais notórios sobre como as ações coletivas eliminam obstáculos do acesso à justiça em determinadas situações de direito substancial são as causas que envolvem somas relativamente pequenas de dinheiro. Nessas situações, a resolução do litígio por via do processo individual é extremamente desestimulante às vítimas. Isto porque os custos envolvidos no processo – no mínimo com a contratação de um advogado – excedem o que o titular do direito violado ganhará com eventual procedência da demanda, a ponto de ser desvantajoso exercer seu direito de ação.

Procedimentos custosos altamente estruturados podem ser severas limitações no acesso à justiça, especialmente nas pequenas causas intentadas por pessoas comuns.⁶⁶

O desestímulo às ações individuais nesses crimes de pequeno valor econômico, além do evidente problema de não ressarcir as vítimas, promove também a continuação das práticas pelos causadores dos danos. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes escreve sobre a questão:

[...] A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de 'bagatela', que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas. Por conseguinte, tendem a se beneficiar, ao invés de serem devidamente sancionados, os fabricantes de produtos defeituosos de reduzido valor, os entes públicos que cobram tributos indevidos ou não concedem os direitos funcionais cabíveis e os consumidores que realizam negócios abusivamente, apenas para citar alguns exemplos. De pouca ou nenhuma valia passam a ser as normas de direito material, que estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis.⁶⁷

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 33 e 34.

⁶⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

Não se pode olvidar, igualmente, do declarado sentimento de desconfiança por parte da população em relação ao Poder Judiciário. É comum enxergar o juiz e o direito a partir de uma visão do alto e de longe, permeada por sensação de descrença.⁶⁸ Destarte, muitas vezes, procedimentos complicados, o formalismo existente e os ambientes que intimidam⁶⁹ são razões que, especialmente em classes menos favorecidas, desestimulam o exercício do direito de ação.

Mesmo se proposta a ação individual por uma parte corajosa, nessas causas de pequena (ou nenhuma) lesão com repercussão financeira, a eventual vitória, na feliz metáfora de Antonio Gidi, é comparável “a uma mosca pousada nas costas de um elefante”.⁷⁰

Assim, a certeza de impunidade somada à alta lucratividade da violação dessa espécie de direitos é fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas. Se, por outro lado, bem utilizada a via de tutela coletiva, e concretizado o acesso à justiça, estimula-se a observância voluntária da lei material, ante a certeza de severa punição em caso de descumprimento.⁷¹

Além disso, o desequilíbrio entre as partes⁷² também é um fator que demonstra que as ações individuais podem nem sempre ser a melhor via para se garantir o acesso à justiça e obter a tutela do direito material violado.

Por fim, um dos maiores problemas enfrentados é a falta de informação jurídica de grande parte da população, que muitas vezes não tem conhecimento da possibilidade de exigir seus direitos junto ao Poder Judiciário.⁷³ A tutela coletiva pode beneficiar essas pessoas desconhecedoras de seus direitos, por meio de um legitimado para a representação desses interesses, possibilitando a ampliação do acesso à Justiça.

Diante disso, as ações coletivas, se estruturadas corretamente, podem ser um instrumento efetivo para a o aperfeiçoamento do acesso à justiça, de forma a eliminar

⁶⁸ Sobre como o homem comum enxerga o juiz e o direito, cf. GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 02.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 9.

⁷⁰ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. p. 29.

⁷¹ *Ibid.*, p. 33.

⁷² Sobre os “litigantes eventuais” e os “litigantes habituais”, ver CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 9 *et seq.*

⁷³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

os obstáculos inerentes a esses direitos que atingem toda uma coletividade.⁷⁴

Em princípio, a existência das ações coletivas num determinado sistema jurídico pode, a depender da situação fática – como nas causas de pequeno valor que não justificam financeiramente a propositura de ações individuais –, aumentar a litigiosidade da sociedade, justamente por trazer uma demanda muitas vezes complexa e custosa a ser resolvida pelo Poder Judiciário. Ocorre que, a efetivação desse direito de ação, é um desestímulo à prática de condutas que lesem os grupos titulares de direitos, razão pela qual, a médio e longo prazo, deve desencorajar a prática de ilícitos e favorecer, inclusive, a economia processual.⁷⁵

Para além da concretização do acesso à justiça, é inegável que a promoção das ações coletivas também promove a uniformização de julgamentos, evitando decisões contraditórias e proporcionando maior previsibilidade e segurança jurídica à sociedade.⁷⁶

Mostra-se, então, que o legislador infraconstitucional deve proteger adequadamente o direito de ação, inclusive mediante prestações normativas instituidoras de técnicas processuais adequadas às necessidades do direito substancial.⁷⁷

É neste sentido que as ações coletivas aparecem como fundamentais para a existência e prevalência da democracia, em face da possibilidade que gera em eliminar os obstáculos opostos ao acesso à justiça, mediante a adoção de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão da eficácia da coisa julgada.⁷⁸

Nos casos que envolvem a violação de um direito indivisível de um grupo, caso não houvesse o instrumento da ação coletiva, todos os membros, em tese, deveriam integrar o polo ativo da lide. Assim, devido à natureza de indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos, e sendo, portanto, vários os titulares dos direitos, não seria possível que apenas um deles pudesse exercer o direito de ação ou, pior, que esses direitos não pudessem ser tutelados jurisdicionalmente.⁷⁹

⁷⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

⁷⁵ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. p. 36-37.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 32.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 362.

⁷⁸ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202.

Deste modo, a escolha de um legitimado que represente adequadamente⁸⁰ os interesses de toda a coletividade titular dos direitos violados é essencial para garantir o direito fundamental de ação, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Isto porque o direito de participar de forma adequada do processo é um corolário do direito fundamental de ação⁸¹, sendo que esse dispositivo constitucional não garante, necessariamente, o direito de postular pessoalmente perante o Poder Judiciário, mas, ao contrário, quando se trata de direitos transindividuais, o direito assegurado é o de ter seus interesses devidamente representados.⁸²

Desta forma, faz-se indispensável aprofundar o presente estudo sobre esse instituto da representação adequada, e como sua verificação se dá no caso concreto.

⁸⁰ Sobre a representação adequada, cf. capítulo 3 deste trabalho.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013 p. 362.

⁸² FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 215.

3 A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme apontado no capítulo anterior, em virtude da impossibilidade e inviabilidade para que os titulares dos direitos afetados participem da relação jurídica processual, faz-se imprescindível a escolha de um legitimado, o qual irá exercer o direito ao contraditório, que represente de forma adequada os demais interessados, conduzindo a ação de forma diligente.⁸³

A proteção judicial dos direitos de grupo é regulada principalmente pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e pelo Título III do Código de Defesa do Consumidor, além da própria Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), que estabelece legitimidade ativa para o cidadão em determinadas matérias, e de algumas leis esparsas que tratam de tópicos específicos.⁸⁴ Finalmente, o mandado de segurança coletivo também confere a proteção de direitos difusos e coletivos⁸⁵ – e que, como no mandado de segurança individual, exige o chamado direito líquido e certo.

Assim, criou-se um microsistema processual para a tutela coletiva⁸⁶, de modo que, no que for compatível, aplica-se o Título III do Código de Defesa do Consumidor à Ação Popular, à Ação Civil Pública, à Ação de Improbidade Administrativa e mesmo ao mandado de segurança coletivo.⁸⁷

O Código de Processo Civil é, portanto, residual, e não imediatamente subsidiário, devendo, antes de se socorrer ao diploma processual de índole individual, o intérprete buscar a solução dentro do microsistema coletivo.⁸⁸

O Brasil elegeu a legitimação mista como sistema a ser adotado. Ou seja, com vistas de responder ao anseio do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da

⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 148.

⁸⁴ A título exemplificativo, cf. o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Improbidade Administrativa, entre outros.

⁸⁵ “Art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸⁶ Neste sentido, cf. STJ, REsp n.º 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.2.2004, p. 173.

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 45.

⁸⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in Luiz Manoel Gomes Jr. (Coord.), *Ação popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

universalidade da jurisdição, atribuiu-se a legitimação ativa nas ações coletivas a pessoas físicas e associações, bem como a entes públicos.⁸⁹

Portanto, passamos a analisar a origem e as características da representação adequada, bem como se os legitimados ativos previstos no ordenamento jurídico brasileiro atendem, de forma presumida, a esse requisito.

3.1 ASPECTOS GERAIS

A representação adequada é elemento legitimador para que um ente possa propor uma ação coletiva de forma que os interesses dos titulares dos direitos – e que não irão exercer pessoalmente o direito ao contraditório – sejam adequadamente representados.

Não se fala, portanto, em “representação” no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. No sentido que aqui se trata, a “representação” tem a ver com a maneira como o processo é conduzido em juízo por aqueles legitimados pela lei para propor uma ação coletiva em benefício de um grupo titular de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo; seria, na expressão de Antonio Gidi, sinônimo de “porta-voz”.⁹⁰

Por meio dessa ferramenta, os direitos de ser citado, ouvido e de apresentar defesa não são exercidos pessoalmente, e sim por meio de um representante. Ocorre que não se pode admitir um representante qualquer, mas um representante que seja adequado,⁹¹ ou seja: que apresente as necessárias condições de seriedade e de idoneidade.⁹²

Esse pré-requisito para admissibilidade do processo coletivo está intimamente ligado a se verificar se o legitimado ativo para agir possui seriedade, credibilidade,

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 234-235.

⁹⁰ GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002. p. 61-62.

⁹¹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

capacidade técnica e, até mesmo, capacidade econômica para defender os direitos metaindividuais envolvidos.⁹³

Para Cappelletti, o instituto da representação adequada é um instrumento para um novo conceito social e coletivo do devido processo, adaptado aos conflitos de massa.⁹⁴

Diante disso, indaga-se como escolher o legitimado, alguém que ajuíze e conduza a ação de forma a garantir que a coletividade titular dos direitos violados esteja adequadamente representada.

Não é necessário que o representante seja o melhor ou de que demonstre uma probabilidade alta de sucesso na demanda, uma vez que não há uma garantia de resultado favorável no processo, o que se exige é que seja adequado, de forma que atue com diligência na defesa dos interesses da coletividade. Talvez um bom parâmetro seja de que o legitimado atue com o mesmo zelo que cada indivíduo lesado agiria se tivesse legitimidade para conduzir a ação.

Isso é justificável ao se considerar que toda a coletividade que não vai a juízo – haja vista que não possui legitimidade para tanto – e não participa, por conseguinte, pessoalmente do contraditório, tenha efetivamente participado do processo, ainda que por meio de um representante, desde que seja adequado.

A importância da representação adequada fica gritante ao se realizar uma análise de direito comparado. No sistema norte-americano, a *class action* só será admitida e mantida se os representantes efetuarem a adequada proteção dos interesses da classe, sendo verdadeiro requisito de prosseguimento da ação, conforme prescreve a *Rule 23(a)(4)*.⁹⁵

Dessa forma, no direito norte-americano, a representação conferida pela lei só é válida se for exercida adequadamente,⁹⁶ incumbindo ao Estado, por meio dos magistrados, o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 300.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 304.

⁹⁵ *Rule 23(a)(4)*: “the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em 13 de novembro de 2015.

⁹⁶ “American class action jurisprudence has a highly developed concept of representation. As indicated above, the concept of the adequacy of the class representative is intricately related to the protection of the due process interests of absent class members. Because the class representatives are representing the interests of absent class members, the representatives are guardians and fiduciaries for the class interests.” GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, *op. cit.*, p. 281.

representação adequada.⁹⁷

O controle judicial, no sistema norte-americano, é exercido tanto em relação às partes representadas, como sobre os advogados das partes. No tocante àqueles, verifica-se diversos fatores, desde o vigor na condução do feito até o conhecimento em litígio e a honestidade existente; já no que diz respeito aos advogados, são levadas em consideração questões como a qualificação profissional e a experiência com ações coletivas.⁹⁸

3.2 LEGITIMADOS ATIVOS NAS AÇÕES COLETIVAS E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

Há uma tendência, como apontado por Nelson Nery Junior,⁹⁹ em se reconhecer a legitimidade *ad causam* para a propositura de ações coletivas a um número cada vez maior de legitimados, a fim de aprimorar o direito fundamental de acesso à justiça na defesa dos interesses metaindividuais.

Parte da doutrina¹⁰⁰ afirma que a representação adequada estaria presumida no direito brasileiro. Deste modo, o legislador, ao conferir legitimidade para determinados entes, os teria considerado como adequados representantes dos direitos grupo, razão pela qual não haveria que se falar de um controle judicial *a posteriori*.

Mafrá Leal é um dos que, em que pese reconhecer que nem sempre presente a qualidade técnica, entende que há a presunção por lei de que os legitimados previstos pelo legislador são representantes adequados.¹⁰¹

Há, inegavelmente, uma tendência nos países de civil law em reconhecer o pré-requisito da representação adequada, por força de lei, sendo minoria os países

⁹⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁹⁹ NERY JR., Nelson. O Ministério público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.346/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 357.

¹⁰⁰ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 172

¹⁰¹ LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 86.

em que ele é aferido pelo juiz.¹⁰²

Todavia, mostra-se imperioso questionar se é possível confiar no rol de legitimados previstos pelo legislador, sem ao menos se verificar no caso concreto se de fato aquele legitimado atende aos requisitos para ser considerado um representante adequado de tantos interesses envolvidos.

Antonio Gidi, notório defensor de que o controle seja realizado pelo juiz no caso concreto, afirma ser insustentável a ideia de que o legislador, ao criar o rol de legitimados, selecionou previamente os representantes adequados, vedando qualquer fiscalização pelo magistrado.¹⁰³

Diante disso, buscar-se-á apresentar os principais aspectos de cada legitimado para propor ação coletiva no direito brasileiro, apresentando suas principais características e questões envolvidas, a fim de se constatar que há problemáticas em se considerar, de forma presumida e sem a análise casuística, que sejam representantes adequados.

Para esses casos, seria extremamente benéfico que o juiz pudesse realizar o controle de representação adequada, de modo a verificar se aquele legitimado que propôs a ação coletiva defende adequadamente os interesses do grupo que não pode comparecer pessoalmente em juízo para defendê-los.¹⁰⁴

3.2.1 O cidadão

O cidadão, em regra, não é legitimado para propor ações coletivas de maneira geral, mas tão somente a ação popular.¹⁰⁵

Ao conceder o poder ao cidadão de controlar a gestão do patrimônio público, tendo o direito de pedir a correção de eventuais desvios, a Constituição – somado à previsão na Lei n.º 4.717/65 – permite-se a democratização do poder, por meio da intensificação da participação popular, que neste caso é direta. Assim, ao figurar como

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 236.

¹⁰³ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

¹⁰⁴ Cf. capítulo 4.1 deste trabalho.

¹⁰⁵ Art. 5º, LXXIII, BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988; Lei 4.717/65

legitimado ativo na ação popular, o cidadão não está exercendo uma pretensão individual ou resolvendo um conflito que tenha com outra pessoa, mas sim revelando um interesse na legalidade administrativa, sendo verdadeiro exercício de um direito político.¹⁰⁶

Assim, extremamente positiva a intenção do legislador em prever o cidadão como legitimado para propor a Ação Popular, devendo, inclusive, sua legitimação ser ampliada para propor as ações coletivas de maneira geral. Isto porque os cidadãos são geralmente membros da comunidade titular do direito transindividual violado, diferentemente de outros legitimados, que muitas vezes são terceiros alheios à controvérsia.¹⁰⁷

Para que se considere apta para ajuizar uma ação popular, basta que a pessoa seja considerada um cidadão, ou seja, para a doutrina majoritária, possua título de eleitor.¹⁰⁸

A simples previsão em lei que qualquer pessoa com título de eleitor possa propor uma ação popular não é suficiente para reconhecer-se que ela representaria adequadamente os interesses de uma coletividade em juízo. A ausência de controle para se verificar se o cidadão é um adequado representante pode levar a situações extremamente indesejáveis.

Certamente que prever o cidadão como legitimado ativo é um fator de valorização do Estado Democrático de Direito, engrandecendo a democracia e o princípio republicano. Todavia, não se pode desconsiderar que muitos indivíduos não podem representar os interesses de toda uma coletividade, seja por má-fé ou mesmo por incapacidade fática.

Não é difícil imaginar uma hipótese de conluio entre os supostos “litigantes”, em que interesses privados e subalternos ditam os rumos e as finalidades da ação popular. Ou seja: não se pode descartar uma hipótese de colusão entre o representante e a parte contrária, com o objeto de prejudicar os interesses dos membros ausentes.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204.

¹⁰⁷ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 138.

¹⁰⁸ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 167, nota 11.

Mas mesmo se investido de boas intenções, por mais altruísta que seja, o cidadão pode não ser adequado para representar os direitos metaindividuais envolvidos. Não se pode desprezar eventual condição de hipossuficiência e disparidade entre o Estado, que é quem, em via de regra, figura no polo passivo e o cidadão.

Difícilmente conseguirá o cidadão obter as provas necessárias para instruir adequadamente a ação. Isto porque os documentos, certidões e informações que são geralmente requisitados muito raramente são cedidos a uma pessoa natural, especialmente se mencionada a finalidade da medida que é o ajuizamento de eventual ação em face do Poder Público. Sabe-se que, na prática, não é incomum que nem os pedidos do Ministério Público sejam atendidos, muito menos os realizados por um cidadão comum.

Kazuo Watanabe, inclusive, indaga se o fato de o Código de Defesa do Consumidor não ter previsto a legitimação da pessoa natural às ações coletivas em geral não teria sido pela falta de previsão expressa sobre a aferição pelo juiz da representação adequada.¹⁰⁹

Deste modo, chegou o momento de levantar a hipótese de positivar a pessoa física como legitimada para a propositura das demandas coletivas, desde que fiscalizado se realmente é um representante adequado no caso concreto.¹¹⁰

3.2.2 A Defensoria Pública

A Defensoria Pública é prevista como ente legitimado para a propositura de ações coletivas. Ocorre que, apesar de não estar exposto na lei, a jurisprudência entende que a hipossuficiência é requisito necessário para sua atuação como legitimada.

Em virtude disso, faz-se indispensável problematizar qual o sentido a ser atribuído ao termo “hipossuficiente”. Normalmente o que se observa nos julgados é atribuir o sentido de hipossuficiência econômica. Contudo, é evidente que não se pode

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 64.

limitar a isso. A hipossuficiência pode não ser econômica, mas ser cultural, técnica, informacional ou jurídica.

Restringindo o entendimento de hipossuficiência no sentido econômico, confira-se o seguinte julgado recente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

(...)

2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito.

3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, **vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos"** (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental. 4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, **há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - "a defesa dos necessitados"** (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro. 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. **No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.** 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. 8. Diante do microsistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes. 9. Recurso especial provido.¹¹¹

Ocorre que, além dos hipossuficientes economicamente, não se pode ignorar

¹¹¹ STJ, REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014. (grifo não presente no original)

a existência dos hipossuficientes do ponto de vista organizacional. Ou seja, fala-se daqueles socialmente vulneráveis: consumidores ou usuários de serviços públicos. Assim, Ada Pellegrini Grinover trata de uma nova categoria de necessitados, que não apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam da tutela jurídica e têm dificuldade para ter acesso a ela.¹¹² Não deveria, então, a Defensoria Pública, em sendo o caso, também ser legitimada para propor ação coletiva na defesa de seus interesses?

Novamente, não obstante a positividade da medida em incluir a Defensoria Pública como legitimada a ajuizar a ação coletiva em benefício dos necessitados (não só em termos econômicos), também pode não ser, necessariamente, um representante adequado no caso concreto. Isto porque não se pode ignorar a precariedade das estruturas da maioria das Defensorias Públicas existentes no país; assim, deve-se analisar casuisticamente se a instituição é um representante adequado para figurar como parte autora na ação coletiva.

3.2.3 As pessoas jurídicas de direito público e entes despersonalizados

O ajuizamento de ações coletivas por pessoas jurídicas de direito público e entes despersonalizados não é algo comum de se ver na prática. O Estado tem o poder de autotutela e autoexecutoriedade, de modo que a ação coletiva só serviria nas hipóteses em que essas prerrogativas não funcionassem.

Quando se fala no Estado, é importante perceber que não é desejável que assuma o papel de principal personagem no ajuizamento de ações coletivas. Isto porque, primeiramente, o Poder Público tem recursos finitos, de modo que não pode nem deve tomar a responsabilidade de fiscalizar todas as infrações privadas, ainda que com dimensões coletivas.¹¹³

É importante, portanto, não confundir o interesse público, que ficou convencionalizado pela doutrina de ser chamado de interesse primário, com o interesse

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência Judiciária e Acesso à Justiça. In *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2ª ed. 1990. p. 245-247.

¹¹³ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 126.

secundário, representado nos interesses da administração pública. Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida que integram o patrimônio do sujeito.¹¹⁴

Diante disso, não se pode ignorar o fato de que, frequentemente, a violação de direitos é realizada pelo próprio Estado, sendo, no mínimo, estranho, imaginar que nessas situações o próprio Poder Público seria um bom representante adequado para defender esses mesmos direitos transgredidos.

Nestas hipóteses, mostra-se evidente que o interesse público primário não se confunde com o interesse público secundário, de modo que o as pessoas jurídicas de direito público não são, necessariamente, os melhores legitimados para a propositura da ação coletiva.

Não se pode desconsiderar, ainda, que os entes públicos frequentemente estão sujeitos à pressão política,¹¹⁵ de modo que se torna evidente um enfraquecimento na credibilidade das instituições. Assim, presumir-se as pessoas jurídicas de direito público como representantes adequados dos titulares de direitos violados é extremamente temerário, sendo mister sua verificação no caso concreto.

Portanto, essencial que o juiz controle no caso concreto se o Estado é, de fato, um representante adequado para a defesa dos interesses dos ausentes, de modo que, muitas vezes, é preferível delegar o papel de legitimado para a propositura da ação coletiva aos diretamente lesados pela conduta ilícita, desapegando-se dessa cultura existente de paternalismo estatal.

3.2.4 As associações civis

¹¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros. p. 603.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 19.

A concessão de legitimação para a propositura de ações coletivas visando a proteção de direitos metaindividuais às associações evidencia a força da participação popular diante de direitos fundamentais, a fim de produzir uma organização social mais justa.¹¹⁶

Entendia-se que era dispensável a autorização individualizada dos associados para o ajuizamento da ação coletiva, bastando autorização assemblear. Ocorre que no julgamento do Recurso Extraordinário 573.232/SC, em que se concedeu regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deturpou esse entendimento, consignando que a sentença condenatória só poderia ser executada por quem outorgou poderes através de procuração.

Exigir como requisito da propositura de uma ação coletiva a autorização expressa dos associados desvirtua completamente o sentido da ação coletiva, transformando-a como se fosse um gigante litisconsórcio, só não se confundindo completamente com o instituto da representação processual porque a entidade atua em nome próprio, mas os efeitos são os mesmos. Tratou-se, na verdade, de julgamento sob a ótica individualista do processo civil,¹¹⁷ o que se distanciou do que realmente importava: atribuir a maior efetividade possível das sentenças que julgam casos de direitos individuais homogêneos.

Ressalte-se que, nos casos dos sindicatos, entende-se que estão autorizados a substituir processualmente toda a categoria, sem que seja necessária a autorização expressa dos filiados,¹¹⁸ enquanto que as demais associações civis podem apenas representar aqueles associados que expressamente autorizaram a propositura da ação, sendo, portanto, claro desvio do sentido que o constituinte quis atribuir ao art. 5º, XXI, da Constituição Federal, que não pode ser lido de forma literal e deve ser interpretado em consonância com a garantia fundamental do acesso à justiça.

Ademais, o próprio STF editou a súmula n.º 629, que dispõe que “A impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes”. Qual o motivo da distinção entre a abrangência da representação das entidades associativas no mandado de segurança coletivo para as ações coletivas comuns? Talvez a explicação não seja de ordem

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 203.

¹¹⁷ Cf. capítulo 2.2.2 deste trabalho.

¹¹⁸ Neste sentido, cf. STF, RE 193.503-1/SP, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJU 24.08. 2007.

técnica, mas política (*lobby*). O mandado de segurança não possui condenação, ao contrário das ações coletivas, afetando menos os interesses dos agentes que possuem o poder político e econômico, e que geralmente figuram no polo passivo deste tipo de ação judicial.

Em geral, é benéfico o estímulo da propositura de ações coletivas por associações, haja vista que “tendem a ser mais aderentes à realidade do bem a ser protegido”.¹¹⁹ Contudo, não se pode generalizar, e nem sempre uma associação será uma representante adequada para figurar como autora de uma demanda coletiva.

Quando a associação não tiver um ano de constituição, mas houver manifesto interesse social ou o bem jurídico for relevante, não há problema. Isto porque o legislador já previu a hipótese de que, nessas situações, o juiz pode desconsiderar o requisito.¹²⁰ O problema surge quando for uma situação oposta; ou seja: quando a associação tiver um ano de constituição, possuir como sua finalidade no seu estatuto o objeto da demanda, mas não ser um legitimado adequado para a representação dos interesses de uma coletividade em juízo.

Desta forma, seria ingenuidade pensar que somente pelo fato da associação ser constituída há tempo suficiente seria um representante adequado para a tutela de qualquer direito da comunidade em juízo.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que somente o fato de constar no estatuto da associação a proteção de interesses transindividuais a serem por ela tutelados por meio de ação coletiva não é suficiente para garantir que haja uma representação adequada no caso.

Mafra Leal, ao se debruçar sobre o tema, expõe visão semelhante:

A regra é tão flexível em relação [às associações], que basta se inserir no estatuto social a finalidade de defesa do consumidor e do ambiente para que esteja apta a litigar coletivamente, após um ano e, excepcionalmente, antes disso (...) Não se exige um trabalho efetivo e representativo desses interesses, como publicações ou serviços jurídicos ou de atendimento ao público, nem mesmo um número mínimo de associados.¹²¹

¹¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

¹²⁰ “Art. 82, § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 12 de setembro de 1990. Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil.

¹²¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 215.

Muitas vezes, em situações mais complexas, é necessário muito dinheiro e esforço destinados pela associação para representar adequadamente um direito metaindividual, razão pela qual não se pode falar em uma presunção de representação adequada das associações para a propositura de qualquer ação coletiva.

3.2.5 O Ministério Público

A maior controvérsia que reside sobre o Ministério Público como legitimado para propor ações coletivas é, com certeza, em seu papel para defender os interesses individuais homogêneos.

Essa discussão tem origem na previsão constitucional das atribuições do Ministério Público,¹²² que não dispõe expressamente sobre sua atuação na defesa dos direitos individuais homogêneos.

O texto constitucional apenas afirma que o Ministério Público deve tutelar os direitos individuais indisponíveis, tendo sido o Código de Defesa do Consumidor o responsável por atribuir a legitimidade ao órgão ministerial para atuar na defesa de direitos individuais homogêneos nas relações de consumo, que são disponíveis.

Diante disso, a própria jurisprudência não é uniforme, de modo que, comumente, a legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos está limitada – quando não previsto expressamente na lei, como nos direitos do consumidor – à proteção de interesses não patrimoniais, indisponíveis ou de relevância social.¹²³

Parece que a melhor solução é a proposta por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, ao dizer que:

[...] quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério

¹²² “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹²³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais.¹²⁴

No mesmo sentido defende a Ministra Nancy Andrighi, em acórdão proferido pelo STJ, ao dizer que, ao se analisar o conceito de interesse social relevante, não se deve analisar o objeto da tutela, mas sim o fato da eventual procedência viabilizar um benefício para centenas ou milhares de pessoas. O critério deixa de ser, portanto, material e passa a ser processual. Vejamos:

Não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual. Assim, **assegurar direitos e viabilizar sua tutela é interesse do Estado Democrático de Direito** e de todos os seus órgãos. **Há relevância social no trato coletivo de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, e o Ministério Público é agente legítimo para tanto.** A questão ganha especial importância em hipóteses envolvendo pessoas de pouca instrução e baixo poder aquisitivo, que, não obstante lesadas, veem-se tolhidas por barreiras econômicas e sociais, mantendo-se inertes. Essas situações clamam pela iniciativa estatal, por intermédio do Ministério Público, na salvaguarda de direitos fundamentais.¹²⁵

Não se pode negar que, por mais que seja reconhecidamente uma das nossas instituições mais idôneas e eficientes, sendo notadamente corajosa e aguerrida na defesa dos interesses metaindividuais, o Ministério Público também pode não ser um representante adequado para propor a ação coletiva.

Inegável que muitas vezes falta o contato direto com as vítimas afetadas por um evento danoso, não sabendo exatamente como de fato foram afetados e quais suas reivindicações. Sabe-se que, frequentemente, não se ouve a sociedade, os verdadeiros interessados, motivo pelo qual não seria difícil imaginar hipóteses em que o Ministério Público arroga-se no direito de defender direitos que, muitas vezes, podem não representar os reais interesses da sociedade civil.

Ademais, a reivindicação de direitos metaindividuais muitas vezes exige um conhecimento técnico em áreas não jurídicas, próprias do direito substancial violado. Em vista disso, o Ministério Público pode não dispor do treinamento e experiência necessários para ser um representante adequado para a defesa dos interesses das

¹²⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 71.

¹²⁵ STJ, 3ª Turma, REsp 910.192/MG, rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 24.02.2010. (grifo não presente no original).

vítimas.¹²⁶

Um exemplo seria um dano ambiental causado por uma empresa petroleira que afetou os pescadores de determinada região. Talvez uma associação dos próprios pescadores seja muito mais adequada para representar seus interesses do que o próprio Ministério Público, especialmente se considerado que não há garantia para que os recursos da condenação do réu sejam revertidos a quem diretamente foi lesado pelo dano.¹²⁷ Seria mais benéfico, portanto, numa ação que tutele direitos individuais homogêneos, não pedir uma sentença genérica de condenação – geralmente quem não tem condição de ajuizar uma ação individual não tem condição de ajuizar uma ação de liquidação – e, ao invés disso, pugnar por uma sentença específica, não *in pecunia*.¹²⁸

Além disso, o Ministério Público não deixa de ser um órgão de Estado, por isso, a depender da falta de autonomia de determinado seguimento de órgão ministerial, a propositura de ação coletiva que vise tutelar direitos violados pelo próprio Estado pode ser indesejável por eventuais subversões à finalidade da ação coletiva.

Mesmo ainda se plenamente presente a independência funcional que lhe é assegurada, é inegável que não é ideal a concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado. As ações coletivas representam a ampliação da participação da sociedade no processo, por isso muitas vezes é desejável que a própria sociedade, por meio de organizações, na forma como previsto na legislação, proteja seus próprios interesses.¹²⁹

Com esse entendimento, Kazuo Watanabe:

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 20.

¹²⁷ Os recursos que deveriam ser destinados para os Fundos de Direitos Coletivos e Difusos (art. 13 da LACP) não tem sido bem administrados. “É que, ao menos na experiência atual, os recursos geridos por esses fundos têm sido mal aplicados e com pouquíssimos reflexos para a proteção dos interesses coletivos ou de massa. [...] Sem qualquer indagação a respeito da relevância dos interesses apoiados pelo fundo, é certo que, dos números apresentados, o produto da arrecadação não vem sendo aplicado na ‘reconstituição dos bens lesados’, como determina a lei (art. 13 da Lei 7.347/1985)”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 74 e 76.

¹²⁸ Sobre tutela específica nas ações coletivas ensina MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: (arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 141 e 142: “Logo, seja por releitura do art. 15 da LACP, seja por aplicação direta do art. 84 do CDC, a chamada ação civil pública que objetive a tutela específica de interesses difusos e coletivos vem aparelhada pelas técnicas mandamental e executiva lato sensu, em toda a sua plenitude. Portanto, é uma relação processual unitária, não se submetendo ao binômio condenação-execução forçada, exceto se impossível praticamente a obtenção dos resultados práticos específicos – correspondentes ou equivalentes”.

¹²⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 250.

Mas não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão específica, o interesse social), sob pena de amesquinamento da relevância institucional do *parquet*, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa 'da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127 da CF).¹³⁰

Por isso, é necessário desapegar-se dessa visão paternalista do Ministério Público, que protege e oferta todos os direitos demandados pela sociedade, quando, em certas circunstâncias, o ideal seria que a própria sociedade – por meio de associações, por exemplo – postulasse a tutela de seus interesses perante o Poder Judiciário.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DO LEGITIMADO ATIVO E A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Não se pode negar a existência de uma correlação inequívoca entre os esquemas de legitimação e o regime da coisa julgada nas ações coletivas.¹³¹

A coisa julgada, segundo Marinoni e Arenhart, pode ser conceituada como a “imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior”.¹³² A questão é a quem essa imutabilidade é estendida? A princípio, como regra, apenas às partes que compareceram no processo e que ficam acobertadas pela coisa julgada.¹³³

Ocorre que o instituto da coisa julgada no processo individual não pode ser encarado da mesma forma no mesmo no processo coletivo, em que as partes são representadas por um legitimado.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 85-86.

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 236.

¹³² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. vol. 2. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 630.

¹³³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 640.

Como visto, é de fundamental importância verificar se os legitimados ativos estão representando adequadamente os interesses dos titulares de direitos afetados, haja vista que a coisa julgada numa ação coletiva possui efeitos *erga omnes*, em se tratando de direitos difusos ou individuais homogêneos, ou *ultra partes*, quando se fala em direitos coletivos.

A grande peculiaridade é que, diferentemente da representação no processo civil individual, nas ações coletivas os atos do representante vinculam os representados independentemente de autorização e muitas vezes sem nem ao menos o seu conhecimento.¹³⁴

Os representados não são propriamente terceiros, de modo que não se fala em exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas sim em um novo conceito de representação, que visa garantir aos titulares do direito a melhor defesa judicial possível, ante às novas exigências dos direitos emergentes na sociedade de massa, ainda que não compareçam pessoalmente em juízo.¹³⁵

Deste modo, considerando a repercussão das sentenças nas ações coletivas, a necessidade de que quem defende esses direitos da coletividade seja um representante adequado é evidente.

Antonio Gidi inclusive vai mais longe, afirma que nem ao menos se pode falar em um representante inadequado, o que seria uma contradição. Todo representante é, por definição, adequado; se não houve uma representação legítima, trata-se, neste caso, de um não-representante.¹³⁶ Fala-se, então, em um duplo aspecto do requisito da representação adequada: por um lado, é o direito dos membros ausentes de terem seus interesses representados de forma adequada em juízo; por outro, é o direito de não serem atingidos pela coisa julgada em uma ação em que seus interesses não foram adequadamente representados.¹³⁷

O interesse primordial em se garantir a existência de representação adequada é proteger os interesses dos representados, que não podem comparecer pessoalmente em juízo para exercer seu direito ao contraditório. Contudo, a depender

¹³⁴ GIDI, Antonio. *A Class Action com o instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 272

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 177.

¹³⁶ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78.

¹³⁷ GIDI, *op. cit.*, p. 101

do entendimento dos reflexos em que há a representação inadequada na coisa julgada, o interesse pode ser, de igual forma e intensidade, do réu.

No sistema norte-americano, a inexistência da representação adequada implica na declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action* em relação ao membro ausente. Diante dessas circunstâncias, é comum tal questão ser levantada pelo réu. Isto porque é de interesse da parte contrária a existência de representação adequada, seja porque o acolhimento da alegação de inadequação acarretará na extinção do processo, seja para garantir a efetividade da vitória, em caso de improcedência do pedido. Pois, nesta hipótese, a ausência de representação adequada desvincularia, como dito, os membros ausentes, vinculando tão somente as partes presentes, nos mesmos moldes que nas ações individuais. É por esse motivo que não é incomum que a parte contrária impugne a adequação do representante apenas com o escopo de estimular uma análise mais profunda do juiz e obter uma expressa decisão sobre o assunto nos autos.¹³⁸

Assim, em resumo, em muitos países de *common law*, havendo a ausência de representação adequada, não há a vinculação dos membros da classe aos efeitos da sentença coletiva.¹³⁹

Diante disso, constatada futuramente a inadequação da representação em alguma ação coletiva pretérita, o juiz negará o efeito da coisa julgada em benefício de todos ou de alguns membros do grupo titulares do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.¹⁴⁰

No Brasil, predomina-se o entendimento de que o que é realmente importante é que o representante seja uma das entidades autorizadas pela lei. Assim, mesmo diante da inexistência de uma representação adequada, a coisa julgada não é afetada, só podendo ser rescindida nas hipóteses expressamente previstas em que cabe ação rescisória.¹⁴¹

¹³⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 301.

¹⁴⁰ GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002. p. 67.

¹⁴¹ 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: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 78.

Defende-se que só poderão ser acobertados pela coisa julgada aqueles que foram adequadamente representados. Para Gidi, inclusive, não seria nem ao menos necessária uma previsão expressa, haja vista que a ausência de representação adequada é um requisito da tutela coletiva, sendo que sua ausência vicia todo o processo de forma insanável.¹⁴²

Para que alguém seja privado de seu direito em um processo individual, é necessário que a parte seja ouvida em juízo, tendo a oportunidade de apresentar defesa, só assim será a parte atingida pela coisa julgada. Assim, como no processo coletivo os direitos de ser citado, ouvido e de apresentar defesa pessoalmente são substituídos pelo exercício por meio de um representante,¹⁴³ a coisa julgada só atingirá o grupo titular do direito caso esse mesmo representante seja adequado,¹⁴⁴ sendo que, do contrário, ferem-se os direitos do contraditório, da ampla defesa e ao devido processo legal.

O fundamento para que o representante seja adequado é no sentido de que, se alguém representa de forma suficiente outras pessoas em juízo, é muito provável que se cada uma dessas pessoas ajuizasse pessoalmente uma ação o juiz chegaria à mesma decisão. Com efeito, se a representação se deu de forma inadequada, acarretando no julgamento desfavorável da demanda, o princípio do devido processo legal não foi observado, não podendo a coisa julgada vincular os membros do grupo ausentes.¹⁴⁵

Todavia, a ausência de previsão expressa de lei dispendo que um processo coletivo conduzido por um representante inadequado não vinculará todos os interessados é seriamente indesejável. Isto porque não se pode ignorar que a ausência de norma dificulta a aplicação deste entendimento, sendo necessário esperar longa construção jurisprudencial sobre o tema, até se pacificar o assunto.

¹⁴² GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 102

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28.

¹⁴⁴ GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002. p. 69-70.

¹⁴⁵ GIDI, *op. cit.*, p. 102.

4 O CONTROLE JUDICIAL DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

Demonstrada a insuficiência do entendimento de que há presunção de representação adequada dos legitimados para a propositura de ações coletivas pelo legislador, mostra-se imprescindível que o juiz realize o controle casuisticamente, a fim de constatar se os interesses envolvidos serão devidamente defendidos.

Ademais, mesmo que não previsto expressamente pelo legislador, o controle deve ser exercido, é o que se verifica ao se interpretar as garantias processuais fundamentais e constitucionalmente previstas.

4.1 O CONTROLE *OPE JUDICIS* x O CONTROLE *OPE LEGIS*

Faz-se indispensável questionar quais os critérios que devem ser observados ao se verificar se os legitimados ativos se caracterizam como adequados representantes dos interesses de uma coletividade.

Questiona-se, então, qual a melhor forma de se aferir o cumprimento do requisito da representação adequada: deveria haver presunção absoluta da representação adequada a partir do rol de legitimados previamente previstos em lei ou seria melhor deixar à análise do juiz no caso concreto?

O legislador, como visto no capítulo 3.2 do presente trabalho, não consegue prever de forma aceitável os legitimados que irão conduzir em todas as situações adequadamente as ações coletivas em juízo, motivo pelo qual é necessário que seja feito um controle sobre a sua atuação.

Ainda há posição doutrinária que sustenta não ser possível, no direito brasileiro, o controle ser exercido pelo juiz casuisticamente.¹⁴⁶ Nelson Nery Junior faz parte desse grupo e defende a posição radical de inércia do juiz para se verificar a existência de representação adequada.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Neste sentido, cf. DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001; p. 201-202.

¹⁴⁷ GIDI, 2008 *apud* NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: RT, 1997. p. 1.137 e 1.396.

Para quem defende esse entendimento, portanto, por maior que seja a inaptidão ou desleixo do legitimado na condução da ação coletiva, o juiz deve aceitar passivamente essa situação, mesmo que proferindo sentença desfavorável a todo o grupo representado.

Outro problema, bem apontado por Antonio Gidi, é nos casos de ação coletiva que tutela direitos difusos e coletivos,¹⁴⁸ em que é possível propor nova ação coletiva com base em nova prova, mas não com base em uma melhor argumentação ou fundamentação. Assim, nos casos de incompetência do representante em produzir fundamentação de fato ou de direito de forma eficaz, mas sendo o material probatório suficiente, faz-se coisa julgada e não se pode propor novamente a ação coletiva. Daí a importância em se verificar se o representante é adequado.¹⁴⁹

O representante age independentemente de autorização e fora do controle do grupo titular do direito difuso, coletivo e individual homogêneo, motivo pelo qual o controle judicial é fundamental.¹⁵⁰

Importa destacar que nosso sistema já prevê expressamente uma hipótese de controle de requisitos de legitimação nas ações coletivas, na situação em que o juiz pode dispensar o requisito da pré-constituição por um ano das associações, desde que haja manifesto interesse social, se analisada a dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.¹⁵¹

Outro exemplo seria a hipótese do juiz poder fragmentar o litisconsórcio (desde que facultativo simples),¹⁵² limitando o número de litigantes, com o objetivo de melhor solução do litígio, nos termos do art. 46, parágrafo único, do atual Código de Processo Civil.¹⁵³

¹⁴⁸ Reparar que, por força do art. 103, III, do CDC, nos casos de ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, incidirá coisa julgada material, ainda que a ação seja julgada improcedente e se aluda à existência de novas provas. Sobre o tema, cf. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 392.

¹⁴⁹ GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002. p. 63.

¹⁵⁰ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 102

¹⁵¹ CDC, art. 82, § 1º - O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 31.

¹⁵³ "Art. 46, Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão". BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

Embora não sejam as situações propriamente um controle de representação adequada,¹⁵⁴ isso corrobora para refutar a tese de que o direito brasileiro não estaria preparado para conceder tanta discricionariedade aos juízes e tribunais.

Ademais, é sabido que os poderes do juiz são incomensuravelmente maiores no processo coletivo do que no processo individual, admitindo-se uma postura mais ativa na condução do processo.¹⁵⁵

Em relação às críticas sobre atribuir ao juiz uma avaliação discricionária acerca da representação adequada dos legitimados, seria preferível, então, um representante inadequado em juízo? Seria mais desejável um legitimado que não defende corretamente os interesses de uma coletividade tão somente sob o argumento de que se deve evitar o subjetivismo do juiz? Não parece, para nós, que a resposta positiva para tal indagação seja a mais correta.

A função do magistrado deve sempre ter em vista o caso concreto, sendo inconcebível sua participação sem considerar a efetividade do direito material que se visa tutelar. É por isso que o juiz não só pode, como deve exercer o controle de representação adequada, independentemente de provocação das partes e a qualquer tempo, quando verificar que o legitimado ativo não conduz adequadamente o processo.

Não se pretende aqui defender que o legislador deixe que o controle seja feito de forma absolutamente discricionária pelo juiz. É extremamente desejável que o legislador estabeleça critérios exemplificativos a serem observados pelo magistrado ao fazer o controle no caso concreto.

Os anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo existentes, bem como o PJ 5139/09 adotaram o controle judicial de representação adequada, demonstrando ser essa a tendência e a melhor alternativa na tutela coletiva brasileira.

É sabido que a determinação do conteúdo de uma norma nunca é completo, sendo que não pode vincular todas as direções do ato através do qual é aplicada; sempre ficará uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação pelo juiz.¹⁵⁶

¹⁵⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 111.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28.

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

Deste modo, impossível pensar que o legislador consiga antever todas as hipóteses para se verificar se o legitimado ativo no caso é um representante adequado; em última análise, sempre o juiz será mais apto para fazer tal controle, ainda que à luz de critérios estabelecidos previamente na lei.

Neste sentido, talvez a melhor maneira para ilustrar a situação seja a metáfora da moldura apresentada por Kelsen:

[...] a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o *caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato*. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.¹⁵⁷

Assim, dentro do quadro ou moldura existem várias possibilidades de aplicação da lei, sendo em conformidade com o Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, com qualquer sentido que seja preenchido.¹⁵⁸

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, surgido em Roma, 2002, que deve servir de modelo para os sistemas jurídicos americanos,¹⁵⁹ prevê o controle de representação adequada, mediante uma lista de critérios exemplificativos que devem ser levados em conta pelo juiz.

Ressalte-se, inclusive, que a previsão de critérios gerais sobre a existência de representação adequada não seria exclusividade do direito brasileiro. No direito norte-americano os requisitos também são expressos em lei, contudo, é concedido ao juiz liberdade para analisar no caso concreto se presente a representação adequada.¹⁶⁰

Assim, é impreciso dizer que, mesmo nos Estados Unidos, o juiz é quem escolhe livremente quem é o autor da ação coletiva. Ao contrário, no sistema norte-americano, também, é a lei escrita que determina quem tem ou não legitimidade para propor uma demanda coletiva, e o juiz só poderá mudá-lo nos casos em que determinado pela própria lei, ou seja, quando o legitimado não seja membro do grupo ou quando não seja um representante adequado.¹⁶¹

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 390.

¹⁵⁹ Sobre o tema, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 28-30.

¹⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104 – 105.

¹⁶¹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 87.

É evidente, portanto, que seria absurdo esperar que o legislador previsse uma resposta completa para cada hipótese de tutela coletiva ajuizada por um legitimado, sendo inevitável reconhecer a necessidade de se conceder certa discricionariedade ao juiz,¹⁶² ainda que, idealmente, amparado por parâmetros legais objetivos estabelecidos pelo legislador.

Obviamente que o juiz deve atuar de forma cautelosa, considerando os princípios da proporcionalidade¹⁶³ e da razoabilidade ao realizar o controle de representação adequada.

Além disso, a tutela coletiva já foi introduzida no nosso ordenamento jurídico há 30 anos (ou mais, se considerarmos como marco inicial a ação popular), motivo pelo qual não se trata de tema embrionário no direito brasileiro, estando o direito brasileiro suficiente maduro para permitir que o juiz realize em cada caso o controle da representação adequada.

O controle a ser realizado pelo juiz não é óbice para que o Ministério Público, seguindo sua função de *custos legis*, também exerça seu papel e fiscalize se o legitimado ativo defende adequadamente os interesses envolvidos na ação coletiva. Deve o órgão ministerial, então, demonstrar ao juiz, se for o caso, que a representação dos interesses do grupo é insuficiente, requerendo a substituição do legitimado ativo, mesmo porque há claramente um interesse público na correta condução do processo de índole transindividual¹⁶⁴ – isso, claro, nas hipóteses em que não for o próprio Ministério Público o autor da demanda.

Por fim, interessante destacar que é extremamente benéfico que se estimule o hábito dos juízes realizarem audiências públicas, de modo a ouvir as vítimas lesadas e reais interessados no desfecho da demanda, inclusive para verificação se o legitimado aparenta representar adequadamente aqueles que não participam

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. RePro 5/128-159. São Paulo: RT, janeiro-março/1997.

¹⁶³ “O critério da proporcionalidade implica, em última análise, a procura do ‘melhor’ meio de intervenção do Judiciário, ou seja, aquele menos gravoso, observados os parâmetros de necessidade e adequação ao caso concreto. [...] Nesse passo, pode-se afirmar que todo ato praticado pelo Poder Público brasileiro há de pautar-se por uma análise de proporcionalidade, que envolve a cogitação sobre a adequação do ato, a sua necessidade e sua proporcionalidade em sentido estrito.” ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 21 e 27.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 142.

diretamente do processo. De outro modo, como se qualificar como adequado representante de uma comunidade afetada sem ouvi-la?

4.2 O CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO DECORRÊNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Como dito, o ideal seria que o legislador atuasse no sentido de fornecer um suporte legal com requisitos – ainda que exemplificativos – para o juiz se basear ao realizar o controle de representação adequada. Todavia, sabe-se que não se pode esperar o Poder Legislativo sair da inércia se quisermos ver avanços no campo do processo civil coletivo (mesmo porque as medidas adotadas pelo Executivo e Legislativo nos últimos tempos, em via de regra, são para restringir e não melhorar a tutela coletiva).¹⁶⁵

O microssistema brasileiro de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos deve guardar correspondência com o que prevê a Constituição. Desta sorte, cabe aos juízes e aos Tribunais se ampararem nas garantias processuais constitucionais para realizarem o controle de representação adequada nos casos em que julgarem.

A adequação do representante é indispensável para que seja concretizado o direito de acesso à justiça. Assim, como já analisado no capítulo 2 do presente trabalho, tal garantia constitucional não significa necessariamente que cada indivíduo terá o “seu dia na corte”, mas, por outro lado, terá seus interesses devidamente defendidos em juízo, ainda que por meio de um legitimado, desde que adequado para exercer a representação.

Sendo assim, deve haver o controle de representação adequada, tendo em vista a concretização dos direitos fundamentais, em especial o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como o direito de acesso à justiça, que no processo coletivo, como já visto, só são observados se o legitimado atuar adequadamente na defesa dos interesses dos direitos de grupo.

¹⁶⁵ Apenas para exemplificar, ver a Medida Provisória n.º 2.180-35, que incluiu o art. 2º-A, p. único, da Lei n.º 9.494/97, e a alteração do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que tratam da limitação do julgado coletivo. Sobre o tema, ver também GRINOVER, Ada Pellegrini. “A ação civil pública refém do autoritarismo”. In: *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 236-247.

O controle pelo juiz no caso concreto deve ocorrer mesmo antes do legislador ordinário positivizar expressamente tal hipótese em nosso ordenamento. Isto porque, como visto, a adequada representação é consequência direta dos direitos processuais fundamentais previstos na Constituição.

É sabido que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e sendo continente de valores e princípios que irão condicionar todos os demais ramos do direito.¹⁶⁶ Logo, as garantias constitucionais devem ditar o modo de interpretar a legislação infraconstitucional.

Importa destacar, inclusive, que todas as garantias processuais fundamentais, esculpidas no art. 5º da nossa Carta Maior, são dotadas de aplicabilidade imediata. Assim, por força do §1º do mesmo dispositivo constitucional,¹⁶⁷ mesmo na eventual omissão do legislador ordinário em regular esses preceitos, ao juiz cabe se socorrer a eles quando se verificar a necessidade no caso concreto.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso ensina que:

As disposições constitucionais, já se demonstrou, são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior. Conquanto isto pareça uma obviedade, tem sido ela tão longamente negligenciada que diversas Constituições modernas se viram na contingência de declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.¹⁶⁸

Cuida-se de procurar compreender o verdadeiro alcance das normas constitucionais fundamentais, sendo mister perceber o Judiciário como órgão apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, inclusive ante a eventual omissão dos órgãos do Poder Público,¹⁶⁹ mais especificamente no que interessa a este trabalho: mesmo em caso de omissão do legislador em editar lei instituindo expressamente o controle de representação adequada.

¹⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apointamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 120.

¹⁶⁷ “Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 138.

Diante disso, a ausência de lei integradora – desde que não inviabilize a integral aplicação da garantia constitucional – não é óbice para a concretização do magistrado do direito fundamental ao proferir sua decisão.¹⁷⁰ Evita-se, desta forma, que as garantias definidas como essenciais às pessoas caiam como letra morta e dependam da eficácia a partir da atuação do legislador. Fica claro, então, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei, razão pela qual os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais ao exercerem a prestação jurisdicional no caso concreto.¹⁷¹

Isto porque, como ensina Luiz Guilherme Marinoni, é papel do magistrado na prestação de proteção jurisdicional atuar com base em um direito fundamental para suprir a omissão de proteção devida pelo legislador ou pelo administrador. E vale dizer que, em havendo omissão por parte do legislador em editar norma para proteger determinada garantia constitucional, incumbe ao magistrado suprir essa inexistência de proteção normativa e conferir a tutela esquecida pela lei e garantida pela Constituição, mesmo nas relações entre particulares.¹⁷²

No mesmo sentido entende Sérgio Cruz Arenhart, de modo que os direitos fundamentais também têm como sujeito passivo o próprio Poder Judiciário, razão pela qual deve o magistrado dar o maior atendimento possível às garantias constitucionais ao exercer a prestação jurisdicional.¹⁷³

Afastada, em geral, a necessidade de uma interposição legislativa, é necessário compreender a existência de um dever, por parte dos órgãos estatais – em especial o Poder Judiciário – em atribuir a máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais.¹⁷⁴

O art. 5º, LIV da Constituição consagra o princípio do devido processo legal.¹⁷⁵ Várias são as ideias associadas a essa garantia constitucional, a depender do

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

¹⁷¹ BRANCO, Paul Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 173 – 175.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 206 e 209.

¹⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 515.

¹⁷⁵ “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

momento histórico em que é observada. Hoje, não se pode desconsiderar a intrínseca relação entre o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico do texto constitucional,¹⁷⁶ corolários do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁷

Assim, tanto a garantia do devido processo legal como o princípio da dignidade da pessoa humana cumprem função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo, balizando não apenas os atos estatais, mas também as relações privadas que se desenvolvem na sociedade.¹⁷⁸

O devido processo legal significa a existência de um processo justo; e processo justo não é apenas o processo legal – entendido como aquele que está formalmente preestabelecido em lei –, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para atingir o seu objetivo primordial no Estado Democrático de Direito, qual seja, a garantia e proteção dos direitos fundamentais.¹⁷⁹

O juiz, então, não deve se furtar em se socorrer ao princípio do devido processo legal como vetor interpretativo e norma de integração de outras garantias processuais constitucionais¹⁸⁰ quando o legislador infraconstitucional tiver atuado de forma insuficiente para atender às necessidades do caso concreto, de modo a ampliar as garantias estabelecidas por esse princípio.¹⁸¹

O princípio do devido processo legal procura, ainda, dar concretude à igualdade processual, de modo a proporcionar a igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil,¹⁸² o que é de especial importância quando se fala em se verificar se o legitimado ativo da ação coletiva representa adequadamente os interesses das vítimas que não podem comparecer pessoalmente em juízo.

O Supremo Tribunal Federal inclusive possui precedentes de aplicação direta e imediata do art. 5º, LIV, da Constituição, garantindo o direito ao devido processo legal à parte na lide.¹⁸³

¹⁷⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

¹⁷⁷ MENDES. Gilmar Ferreira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 429.

¹⁷⁸ VENTURI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁹ MENDES. In: CANOTILHO et al, *op. cit.* p. 430.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 432.

¹⁸¹ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 28-29.

¹⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 92.

¹⁸³ Neste sentido, cf. STF, MS 26854-DF, rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. em 28.08.2007.

No direito norte-americano, cabe ao juiz garantir *ex officio* que o processo coletivo seja conduzido de forma adequada, desde a propositura da ação até a execução da sentença. Assim, ainda que a adequação do representante esteja prevista na lei, trata-se, acima de tudo, de uma questão de ordem constitucional, em observância ao *due process of law*.¹⁸⁴

Assim, considerando que o processo coletivo, como visto, possui institutos e princípios próprios, a doutrina vem afirmando que o devido processo legal precisa ser adaptado ao processo coletivo, de modo a acomodar-se às suas peculiaridades, inclusive no tocante à necessidade de controle judicial de representação adequada. Fala-se, então, na observância do devido processo legal coletivo.¹⁸⁵

Elton Venturi, ao tratar do devido processo social, afirma que:

Sob tais perspectivas é possível determinar-se, assim, uma releitura do princípio do devido processo legal, que passa a assumir uma vocação coletiva, daí mensurando-se os contornos do devido processo social, dependente, muito mais que da ampliação e desburocratização do aparelhamento judiciário ou de alterações legislativas, do abandono da dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça, da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático mediante a afirmação dos direitos individuais e sociais fundamentais... não constitui, em absoluto, qualquer subversão. Trata-se apenas de emprestar efetiva vigência a um princípio geral de hermenêutica acentuado por expressa disposição normativa implementada no ordenamento jurídico brasileiro em 1942..., segundo o qual 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'.¹⁸⁶

Do mesmo modo, o controle de representação adequada pelo juiz pode ser igualmente fundamentado para garantir a observância do direito fundamental de acesso à justiça,¹⁸⁷ bem como das garantias do contraditório e ampla defesa,¹⁸⁸ inclusive, também, nos casos de omissão do legislador, o que não justifica a omissão do juiz. Com esse entendimento ensina Luiz Guilherme Marinoni:

¹⁸⁴ GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002. p. 66.

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 101-103.

¹⁸⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151.

¹⁸⁷ "Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁸⁸ "Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Se tal direito fundamental [de ação], para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a tutela dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental de ação. Assim, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental de ação, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional ou da insuficiência de proteção normativa ao direito fundamental de ação.¹⁸⁹

Raciocinar de forma contrária significaria deixar a concretização do direito fundamental de ação à sorte da legislação processual, o que, obviamente não é aceitável. O direito de ação incide também sobre o juiz, de modo que a insuficiência normativa para sua proteção deve ser suprimida pelo magistrado no caso concreto.¹⁹⁰

O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção realmente efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento. Assim, o direito de ação obriga mais o juiz do que o próprio legislador, sendo seu dever prestar uma tutela jurisdicional adequada, ou seja: dever do magistrado em fornecer uma proteção para que as partes participem de forma adequada do processo.¹⁹¹

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não se volta, portanto, apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-juiz, o que gera o dever do juiz em interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição, de forma a conformar as regras processuais com as necessidades do direito material.¹⁹²

Como já visto anteriormente, as garantias fundamentais de acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa não podem ser vistas estritamente sob a ótica individualista, de modo que sua observância quando se fala em direitos de grupo depende da existência de um legitimado ativo que represente adequadamente os interessados que não podem comparecer pessoalmente em juízo,¹⁹³ a fim de romper com os dogmas processuais seculares existentes e alcançar o chamado “justo processo”.¹⁹⁴

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 362.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 365.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 213 e 216.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 224-225.

¹⁹³ Cf. capítulo 2 do presente trabalho.

¹⁹⁴ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. pp. 42-43.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., inclusive, defendem a ideia do princípio do contraditório – que, no processo coletivo, só pode ser concretizado por meio de um representante adequado – como ponto central da constitucionalização do direito processual civil:

É justamente no contraditório como “valor fonte” do direito processual civil que se identifica o movimento convergente para a norma constitucional e seus elevados ideais de realização dos direitos fundamentais. Isto porque, para além da salutar democratização que esta postura oportuniza, não se pode esquecer que o próprio contraditório e o processo civil em geral apresentam-se como direitos fundamentais em si, enquanto instrumentos vocacionados a realização da Justiça constitucionalmente pretendida.¹⁹⁵

Importa destacar que, ainda que vagarosamente, a jurisprudência brasileira vem admitindo a possibilidade do controle de representação adequada. A título exemplificativo, confira-se o seguinte julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL POR ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO AUTORA. CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DO AUTOR COLETIVO. POSSIBILIDADE RECONHECIDA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA. O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 5º, V, DA LEI Nº 7.347/1985 NÃO TORNA, POR SI SÓ, A ASSOCIAÇÃO LEGÍTIMA À PROPOSITURA DE QUALQUER AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O MAGISTRADO, PARTINDO DA PRETENSÃO CONCRETAMENTE DEDUZIDA EM JUÍZO, DEVE ANALISAR A CAPACIDADE DA ASSOCIAÇÃO DE DEFENDER JUDICIALMENTE O DIREITO ALEGADO. A ASSOCIAÇÃO NÃO PODE SE VALER DE FINALIDADES INSTITUCIONAIS GENERICAMENTE PREVISTAS NO SEU ESTATUTO PARA DEFENDER JUDICIALMENTE TODA SORTE DE DIREITOS. ASSOCIAÇÃO QUE PREVÊ FINALIDADES SOCIAIS EXTREMAMENTE AMPLAS, COMO RECUPERAÇÃO DE DEPENDENTES QUÍMICOS, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS A COMUNIDADES CARENTES, CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ENTIDADES DE ENSINO, DEFESA DE DIREITOS DAS MULHERES, CRIANÇAS E ADOLESCENTES, CONSUMIDORES, CONTRIBUINTES, MEIO AMBIENTE ETC. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ÁREA DE RESERVA LEGAL NO IMÓVEL DOS RÉUS FUNDADA NO MERO EXAME DO REGISTRO IMOBILIÁRIO. FALTA DE SERIEDADE DA ASSOCIAÇÃO NO TRATO DO DIREITO DIFUSO ALEGADO, POIS NENHUMA OUTRA DILIGÊNCIA PARA VERIFICAR A EFETIVA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL AFIRMADA FOI INTENTADA. AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹⁹⁶

¹⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 65.

¹⁹⁶ TJ-PR, AC n.º 1250681-5, Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima, Data de Julgamento: 03/02/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1415 26/02/2015.

Em virtude de tudo isso, para assegurar a observância de todos esses direitos fundamentais nas situações de tutela coletiva, é imperioso que o juiz realize o controle de representação adequada no caso concreto, utilizando-se, na omissão do legislador infraconstitucional, das garantias processuais constitucionais como fundamento.

4.3 A NECESSÁRIA SUBSTITUIÇÃO DO LEGITIMADO INADEQUADO

É importante perceber que a atuação do juiz, ao realizar o controle de representação adequada, deve ser, obviamente, no sentido de privilegiar a tutela coletiva.

Assim, caso verifique que o legitimado que propôs a ação não representa adequadamente os interesses envolvidos, não deve o magistrado extinguir de plano a ação coletiva, sob pena de se criar no país uma jurisprudência defensiva, em que se usará o controle de representação adequada como via oblíqua para os juízes não terem que julgar o mérito da ação.

Elton Venturi, ao tratar sobre a frequência assustadora com que o Poder Judiciário se apega a formalismos processuais para não analisar o mérito do conflito transindividual, afirma que:

Sob outra perspectiva, a instrumentalidade que se deseja imprimir aos processos coletivos torna completamente injustificáveis e inaceitáveis as decisões judiciais que extinguem ações coletivas sem apreciação do mérito (terminativas) fundamentadas em pretensa falta de legitimação ativa ou de interesse processual das entidades autoras, sem que antes se busque ao menos tentar suprir a carência da ação através, v.g., de intimação direta de outro legitimado (do Ministério Público, associação civil ou de ente público) ou da publicação de editais convocatórios para tal finalidade.¹⁹⁷

Portanto, deve o juiz promover a substituição de um legitimado por outro, ao verificar eventual inadequação do representante. Desta sorte, deve o magistrado conceder prazo para que o legitimado seja substituído por outro, utilizando, como

¹⁹⁷ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 154.

analogia, o art. 5º, §3º, da Lei da Ação Civil Pública,¹⁹⁸ que prevê a substituição do legitimado caso o autor original desistir ou abandonar a ação.¹⁹⁹

É inegável que o Ministério Público possui posição de destaque, uma vez que sua participação é obrigatória em todas as ações coletivas, sendo que, não figurando como parte autora, deve atuar como fiscal da lei, conforme dispõe os art. 5º, §1º, da Lei 7.347/85, e art. 92 da Lei 8.078/90.²⁰⁰

Já existe, inclusive, precedentes em nossa jurisprudência neste sentido de substituição do legitimado ativo. Confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

(...)

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade.

7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.

8. Diante do microsistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda.

Precedentes.

¹⁹⁸ “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”. BRASIL. Lei n.º 7.347/85, de 24 de julho de. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

¹⁹⁹ GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002. p. 68.

²⁰⁰ “Art. 5º, § 1º - O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. BRASIL. Lei n.º 7.347/85, de 24 de julho de. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

“Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.” BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 12 de setembro de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

9. Recurso especial provido.²⁰¹

Todavia, nem sempre o Ministério Público será um representante adequado para a propositura da ação coletiva,²⁰² hipótese na qual um legitimado que atenda a esse requisito deve assumir a condução da demanda.

Uma referência a ser observada é como dispõe o art. 4º, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa, o qual prevê que, nos casos de inexistência do requisito de representação adequada, será notificado o Ministério Público ou, se possível e desejável, outro legitimado adequado para dar prosseguimento à ação.²⁰³

Faz-se fundamental uma mudança de mentalidade, a fim de que a ação coletiva passe a ser observada como um processo de interesse público.²⁰⁴ Não se pretende dizer que o dano decorrente da violação de um direito estritamente individual não tenha repercussão do ponto de vista social, mas é inegável a relevância da amplitude do objeto de uma ação que vise tutelar um direito difuso, coletivo ou mesmo individual homogêneo.²⁰⁵

É dever do magistrado, então, procurar resguardar a efetividade da ação coletiva, sendo que somente deve o juiz extinguir o feito sem julgamento de mérito como *ultima ratio*, em situações excepcionais, ocasião em que se deverá aguardar que um representante adequado e preparado repropõe a demanda.

4.4 O MODELO DE *RIGHT TO OPT OUT* COMO ALTERNATIVA AO *RIGHT TO OPT IN*

No sistema do *right to opt in*, adotado pelo direito brasileiro, nas ações

²⁰¹ STJ, REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014. (grifo não presente no original)

²⁰² Cf. capítulo 3.2.5 deste trabalho.

²⁰³ Art. 4º, Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2128/codigo_modelo_de_processos_coletivos_para_iberoamerica>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

²⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 36.

²⁰⁵ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 141.

coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, somente o indivíduo será atingido pela coisa julgada se manifestar expressamente seu desejo em ser beneficiado pela sentença proferida. Sobre esse tema, discorre Sérgio Cruz Arenhart:

Como se sabe, nos termos da lei nacional, proposta a ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos, deve ser publicado edital com o qual se convida os interessados a participarem da ação coletiva. Aqueles que expressamente manifestarem esse interesse (art. 94 e art. 103, §2º, a *contrario sensu*, do CDC) estarão sujeitos aos efeitos da sentença coletiva e à coisa julgada coletiva, tanto no caso de procedência como no caso de improcedência da demanda (coisa julgada *pro et contra*). De modo semelhante, aqueles que já tiverem formulado demandas individuais, para que sejam atingidos pelos efeitos da sentença coletiva (aqui, apenas a de procedência), deverão requerer a suspensão de seus processos individuais, no prazo de 30 dias a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 do CDC).²⁰⁶

Esse critério geralmente sofre a crítica no sentido de esvaziar o processo coletivo,²⁰⁷ o que frustra as finalidades da tutela coletiva, como a multiplicação de demandas, a contradição de julgados e a fragmentação da prestação jurisdicional.²⁰⁸

Já o direito norte-americano (e também o Canadá e a Austrália²⁰⁹), de outro vértice, adotou sistema diverso, o chamado sistema do *right to opt out*, em que, desde que devidamente notificados, os indivíduos só deixarão de serem atingidos pela coisa julgada se manifestarem expressamente esse desejo.

Essa técnica do *opt out* obviamente atinge um número muito maior de pessoas. Todavia, para que seja adotada é necessário que exista confiança naquele legitimado para propor a ação coletiva, ou seja, que seja de fato um representante adequado. Ora, especialmente se consideradas as peculiaridades mencionadas do sistema brasileiro, o estímulo em se suspender as demandas individuais só ocorre se houver confiança de que o representante seja adequado e tenha boas chances de obter resultado favorável.

Desta forma, com uma adequada representação – e havendo esse controle pelo juiz no caso concreto – o sistema de *opt out* em contraposição ao de *opt in* pode

²⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 49 e 50.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 54.

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 302.

²⁰⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 187.

ser mais desejável. Isto porque não se pode olvidar os diversos obstáculos para efetivação do direito de acesso à justiça. Não somente os problemas relacionados aos custos que envolvem o exercício do direito de ação, mas também a importância do tempo, que pode ser fundamental para uma tutela jurisdicional eficaz.

Assim, considerando que o tempo repercute na questão da efetiva proteção do direito substancial, uma vez que a morosidade atinge de forma mais evidente aqueles que têm menos recursos,²¹⁰ o sistema do *opt out*, que notadamente privilegia a extensão da coisa julgada a um número muito maior de interessados, seria mais adequado para se atingir os fins da tutela coletiva.²¹¹

Ademais, não se pode desconsiderar que é preferível, sempre que possível, a solução coletiva dos litígios, em especial as que versam sobre direitos individuais homogêneos, haja vista que se evita a proliferação de demandas individuais, ou causas “atômicas”, “molecularizando” a solução do litígio e privilegiando a solução uniforme das decisões,²¹² sendo mais um motivo para se adotar o modelo do *right to opt out*.

Obviamente, quanto mais amplo o princípio da extensão a terceiros da coisa julgada, como é o caso no sistema do *opt out*, mais necessário se faz o controle da representação adequada pelo juiz.

Em regra, nos países que adotam o critério do *opt out*, aqueles que não exercerem o direito de se autoexcluir do processo são considerados parte e, por isso, sofrem os efeitos da coisa julgada, seja positiva ou negativa.²¹³ No Brasil, de outro vértice, adota-se hoje, nos casos em que há o pedido de suspensão das demandas individuais, a técnica da extensão da coisa julgada apenas no caso de sentença coletiva favorável, de modo que a vinculação da coisa julgada na esfera individual está condicionada à procedência da demanda coletiva. Assim, mesmo se for julgada improcedente a demanda, não há óbice para que as vítimas prossigam com suas ações individuais em virtude da coisa julgada *in utilibus*.²¹⁴

Em que pese esse modelo brasileiro, pensamos não há óbice para que se

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 235.

²¹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 73.

²¹³ GRINOVER; MULLENIX; WATANABE, *op. cit.*, p. 302.

²¹⁴ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 391 e 392.

adote, mesmo assim, o sistema *right to opt out*, uma vez que ele continuaria a vincular muito mais gente em caso de procedência da demanda.²¹⁵

Deste modo, a coisa julgada apenas não vincularia os autores de ações individuais que expressamente manifestassem o seu interesse em não serem vinculados pela coisa julgada proferida em ação coletiva, sem prejuízo da garantia da eficácia apenas no caso de sentença favorável.

Caso adotado o sistema de *opt out*, é indiscutível que a necessidade de publicização da existência da ação coletiva passa a ser muito mais acentuada, uma vez que a coisa julgada vinculará, como dito, os membros que não manifestarem expressamente seu desejo de forma contrária.

A notificação dar-se-ia de forma similar ao previsto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor,²¹⁶ que prevê que sejam informados os interessados acerca da propositura de ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos mediante a publicação de edital nos órgãos oficiais.

Contudo, a notificação dos interessados deverá ser feita de forma mais eficiente e abrangente possível, sendo que a via editalícia prevista no nosso ordenamento hoje claramente não é mais suficiente. Deve o juiz utilizar-se de todos os meios possíveis para isso, inclusive publicando a notificação na imprensa e internet, de acordo com a dimensão da causa e tamanho do grupo envolvido.²¹⁷

Elton Venturi, ao criticar a desinformação atual no direito brasileiro no que se refere ao processo coletivo e que compromete a efetividade da tutela dos direitos metaindividuais, ensina que:

[...] se revelam frequentes ajuizamentos de ações individuais na pendência de ação coletiva com idêntico objeto, ou, por vezes, até mesmo de diversas ações coletivas com objeto comum. Tal fenômeno se dá, em grande escala, em função da precariedade (quando não absoluta ausência) de comunicação a respeito seja do mero ajuizamento de ações coletivas, seja da publicação das sentenças de procedência com potencial eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.²¹⁸

²¹⁵ Com posicionamento em sentido contrário, cf. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

²¹⁶ “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.” BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 12 de setembro de 1990. Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil.

²¹⁷ Sobre o tema, ver art. 5º do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo elaborado por Antonio Gidi, disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18368-18369-1-PB.pdf>>. Acesso em 02 de novembro de 2015.

²¹⁸ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 395.

Faz-se imprescindível, portanto, que o Poder Judiciário brasileiro supere a cultura de apenas notificar no Diário Oficial, uma vez que, na prática, isso é negligenciar a importância da notificação no processo coletivo, considerando que muito raramente a leitura é feita pelos reais interessados.

Todavia, não se pode confundir a notificação com a citação. Assim, as formalidades exigidas em cada ato processual são diferentes. Segundo Antonio Gidi:

Para notificar é suficiente informar, de qualquer maneira efetiva e adequada. Não é preciso oficial de justiça nem carta com aviso de recebimento. Por exemplo, pode ser suficiente enviar uma carta simples ou e-mail, afixar cartazes em local onde o grupo costuma frequentar, publicar anúncios em revistas e jornais, na internet etc. A adequação de cada medida vai depender das peculiaridades de cada caso concreto, levando em consideração fatores como o tamanho, a dispersão geográfica e o tipo do grupo.²¹⁹

Desta sorte, a inércia opera a favor dos interessados no sistema do *right to opt out*, de modo a ampliar o número de pessoas abrangidas pela sentença na ação coletiva, contornando o problema do modelo *right to opt in*, em que poucas vítimas tomam a iniciativa de intervir no grupo.²²⁰

Para que isso ocorra de maneira satisfatória, contudo, é necessário, como dito, duas condições: que a notificação dos ausentes seja feita de maneira suficiente, bem como que o juiz exerça o controle de representação adequada no caso concreto, a fim de verificar se realmente o representante conduz o processo de forma a proteger de maneira satisfatória os interesses dos ausentes.

²¹⁹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67.

²²⁰ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 293.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, este trabalho tem por escopo principal a análise da representação adequada no direito brasileiro, de modo a compreender a importância do juiz exercer seu controle, como única maneira de potencializar a eficácia do sistema de tutela coletiva.

Inicialmente, demonstrou-se que o atual momento vivenciado, com a ampliação dos conflitos de massa, resultou no aumento da frequência de violação dos chamados novos direitos, ou seja: dos direitos caracterizados pela sua transindividualidade e plúrima titularidade.

Evoluiu-se como consequência de novas demandas de direito substancial, para pensar um processo coletivo a partir de seus próprios princípios e institutos, não os confundindo com os característicos especificamente do processo civil individual. Assim, para se conseguir extrair todos os benefícios da tutela coletiva, é necessário a quebra do paradigma do processo civil individual, de modo que a atuação do juiz deve ser igualmente diferente, compatível com a realidade do direitos de grupos.

Cria-se, então, um instrumento diferenciado para garantir a tutela desses direitos, de forma a garantir a concretização do princípio de acesso à justiça. Por meio de um representante, todo o grupo titular dos direitos violados é defendido em juízo por um legitimado;

Assim, devido a impossibilidade de que todo o grupo titular do direito demande em juízo, a legislação opta pela escolha de legitimados que serão incumbidos de conduzir a demanda coletiva em juízo.

Ocorre que esse legitimado para propor a ação coletiva não pode ser qualquer um. É necessário que o representante seja adequado, de modo que seja garantido o direito de ação, ao contraditório e à ampla defesa aos ausentes que não podem comparecer pessoalmente em juízo para defender seus interesses. Faz-se imprescindível, portanto, que o resultado da ação coletiva não seja substancialmente diferente do que se obteria se cada um do grupo titular dos direitos violado pudesse ajuizar demandas individuais para protegê-los.

Mostra-se positivo, como verificado no ordenamento jurídico brasileiro, que o rol de legitimados seja amplo em plural, haja vista que não há, como demonstrado, um único legitimado ideal, sendo que todos podem não ser representantes

adequados, a depender das circunstâncias do caso concreto. Contudo, se, de um lado, a ampliação da legitimação à ação coletiva representa poderoso instrumento de concretização do acesso à justiça; por outro lado, isso implica na necessidade de maior controle sobre esses legitimados.

Justamente pelo fato de não haver nenhum legitimado que seja presumidamente ideal – sem análise no caso concreto –, o controle de representação adequada é essencial, a fim de verificar se o autor da ação conduz o processo de forma a atender os interesses dos ausentes, isto é, daqueles titulares de direitos que não podem comparecer pessoalmente para defender seus interesses.

Não se nega a importância do legislador estabelecer previamente critérios – ainda que exemplificativos – para que o juiz verifique, ao fazer a análise do caso concreto, se foram atendidos pelo legitimado que propôs a ação coletiva. Todavia, não se nega, igualmente, que esperar que o Legislativo saia da sua posição de inércia para aprimorar o sistema de tutela coletiva brasileiro é extremamente temerário, especialmente se verificada a atuação do legislador nessa matéria nos últimos anos.

Isso vai de encontro ao que se espera do processo coletivo, em que a marcha deve ser sempre pra frente, evitando-se retrocessos. Diante dessas circunstâncias, em que pese não haver previsão legal expressa, não há óbice para que o juiz realize o controle de representação adequada. Isto porque o Poder Judiciário precisa adotar papel crucial na realização do Estado de Direito e de concretização das garantias fundamentais, em especial as que garantem o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa e devido processo legal, sob pena de ver esses direitos reduzidos a meras previsões textuais.

De outro vértice, é fundamental que a realização do controle de representação adequada não seja uma via oblíqua para que os juízes deixem de analisar o mérito da ação, muitas vezes por puro comodismo. Ou seja: que os magistrados aleguem a inadequação do representante para extinguir a demanda coletiva, sem a necessidade de entrar no seu mérito – muitas vezes complexo e trabalhoso. Dessa forma, importante o controle não desembocar numa jurisprudência defensiva para não haver o julgamento das ações.

Por esta razão, a substituição do legitimado inadequado é necessária, seja pelo Ministério Público ou qualquer outro legitimado adequado, devendo o juiz determinar a publicação de editais, a fim de que o polo ativo da ação seja integrado e a demanda coletiva seja apreciada, sendo que sua extinção sem julgamento do mérito

deve ser medida de *ultima ratio*, especialmente se considerado o interesse público envolvido nessa espécie de tutela.

Desta forma, propõe-se essa reflexão, de modo a perceber que o Brasil foi pioneiro entre os países de *civil law* no tratamento de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que é mais um incentivo para que continue a apresentar sua posição de vanguarda, a fim de passar a admitir o controle de representação adequada nas ações coletivas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. vol. 2. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Paul Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. RePro 5/128-159. São Paulo: RT, janeiro-março/1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juízes do RS, n. 33, 170/182.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28^o ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *A evolução das ações coletivas no Brasil*. RePro 77/232.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. RePro 108, pp. 61-70, 2002.

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

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: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública refém do autoritarismo". In: *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Assistência Judiciária e Acesso à Justiça*. In *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2^a ed. 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. 10. ed. ver. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: (arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. In MENDES, Gilmar Ferreira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in Luiz Manoel Gomes Jr. (Coord.), *Ação popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 2013. p. 515.

MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.346/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: RT, 1997.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. Ed. São Paulo: RT, 2003

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127.