

**REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: UMA
COMPARAÇÃO ENTRE O MODELO NORTE-
AMERICANO DA CLASS-ACTION E O MODELO
BRASILEIRO**

ADEQUACY OF REPRESENTATION: A COMPARISON
BETWEEN THE CLASS ACTION MODEL AND THE
BRAZILIAN COLLECTIVE SUIT

Bianca Mendes Pereira Richter

Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade de São Paulo (USP), com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp).

Resumo

O presente artigo analisa o controle da representatividade adequada em ações coletivas, inicialmente, delimitando seu conceito, características e possibilidades, para, em seguida, analisar o sistema jurídico norte-americano das *class actions*, que possui larga tradição no tema. O objetivo é confrontar o sistema pátrio de controle de representatividade com o modelo norte-americano das *class actions* para que possam ser estabelecidos pontos de aproximação e de distanciamento, sem deixar de apontar as tendências jurisprudenciais e doutrinárias.

Palavras-chave

Representatividade adequada. *Class action*. Ação coletiva. Modelo brasileiro. Devido processo legal.

Abstract

This paper analyses the adequacy of representation in collective suits in Brazil. It starts with its concept, characteristics and possibilities, so it can be compared to the class action system. The aim is to establish this comparison in order to specify points of coincidence between the two systems under analysis and, also, the differences.

Keywords

Adequacy of representation. Class action. Collective suit. Brazilian model. Due process.

Sumário

Introdução 1. Representatividade adequada: conceito e características 2. *Class action* norte-americana 2.1. Respeito às garantias constitucionais do processo: *due process* 2.2. Momento: *certification* e durante todo o processo 2.3. Representação inadequada: *collateral attack* 3. Ordenamento jurídico brasileiro: controle de representatividade adequada nas ações coletivas. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A escolha do ordenamento norte-americano da *class action* para o estudo do presente trabalho, em comparação com o sistema pátrio, se deu pelas razões a seguir expostas: apesar de haver grandes diferenças na comparação entre o sistema da *common law* e da *civil law*, percebe-se existência um núcleo comum, o *common core*, falado por Vincenzo Vigoriti¹; além disso, o referido autor aponta a existência de uma ideologia comum entre as duas famílias do direito, que, entretanto, é circundada por diferentes costumes, formas e instrumentos jurídicos.

1. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973, p.1.

Diante desses motivos, convém estabelecermos uma análise sobre o sistema norte-americano das *class actions* e o controle da representatividade adequada alhures e perquirirmos como o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se, hodiernamente, a respeito do tema.

Primeiramente, partimos do conceito, conteúdo e características da representatividade adequada de forma geral para, em seguida, analisarmos o ordenamento norte-americano e os dispositivos legais que regulam o controle da representatividade adequada naquele país.

Posteriormente, estudamos a forma como a legislação pátria regula a legitimidade para a ação coletiva e a forma que o controle da representatividade se dá aqui, além de uma breve análise da jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema, para que possamos alcançar conclusões acerca da temática e a sua possível evolução.

Convém salientar, como ensina Vincenzo Vigoriti², que a participação popular pode se dar através da justiça, quando o processo passa a ser um instrumento de realização do princípio da participação. Dentre as várias ocasiões em que esse fenômeno pode ocorrer, inclui-se a tutela jurisdicional dos interesses supraindividuais, que, além de demonstrar a confiança no sistema processual, é uma expressão da vontade de renovação desse sistema.

O uso do sistema processual para a tutela de interesses coletivos, em sentido lato, traz consigo questões intrincadas do âmbito político-constitucional e também questões técnicas³. Dentre os vários questionamentos, convém, para os objetivos do presente estudo, apontar a diferente perspectiva da legitimação para agir no processo coletivo quando em comparação com o processo individual.

Cabe-nos destacar a falta de adequação da estrutura e dos institutos do processo civil individual quando transportados para a seara coletiva. Dessa forma, os instrumentos processuais, no âmbito coletivo, devem ser tomados com vistas às peculiaridades dos interesses materiais em jogo⁴.

1. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Observamos que a doutrina tende a tratar da representatividade adequada junto ao tema da legitimidade. No entanto, elas não são institutos similares, embora sejam relacionáveis, pois a representatividade adequada é instituto mais

2. VIGORITI, *op. cit.*, p.12-16.

3. *Ibid.*, p. 14.

4. Nesse sentido: COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 956.

amplo, exigindo que o magistrado analise elementos do caso concreto para garantir a efetiva observância do devido processo legal⁵. Dessa maneira, convém estabelecer, nesse momento, um conceito de “representatividade adequada” para que possamos prosseguir no tema. No entanto, conceituar não é tarefa fácil, sobretudo quando estamos diante de termos amplos e com forte carga subjetiva, pois, primordialmente, cabe ao magistrado dizer sobre a presença ou a ausência da adequação da representação.

Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, em tese sobre o tema, conceituou a representatividade adequada como “[...] uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva [...]”⁶. A qualidade do representante se afere pela capacidade de defender de forma eficiente os interesses em jogo em âmbito social, administrativo e judicial. Dessa forma, a representatividade adequada independe da existência de um processo judicial, demonstrando a importância do estudo do instituto de forma desvinculada da legitimidade⁷. Entretanto, quando no âmbito judicial, o representante adequado será o próprio autor da demanda coletiva, agindo em nome do grupo e de seus indivíduos.

Eurico Ferraresi⁸ coloca que a relação entre legitimidade⁹ e coisa julgada é estreita, apesar de desvinculada, pois os atingidos não participam do processo, assim, devem ser bem representados, para a satisfatória observância do contraditório.

O mesmo autor ensina que:

O requisito da representatividade adequada tem origem no sistema da *common law*, apresentando-se como uma decorrência natural da proteção do *due process*. Os países do *common law* exigem que o autor coletivo represente adequadamente os interesses do grupo, diante da ausência dos interessados não identificados e que sequer serão ouvidos em juízo. Por este motivo é que

5. COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 959

6. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p.50.

7. *Ibid.*, p. 50. “Assim sendo, a importância do estudo processual da representatividade adequada é, tão só, garantir que esses adequados representantes sejam os porta-vozes dos cidadãos, grupos e classes titulares de um direito judicialmente controvertido; isso não implica, entretanto, que o conceito de representante adequado seja ligado ao processo.” No mesmo sentido: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 51-52.

8. FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

9. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire..* Milano: Giuffrè, 1979, p.65. “Il problema della legittimazione ad agire in giudizio (legittimatio ad causam), e cioè il problema della individuazione dei soggetti che in concreto possono stimolare e nei confronti dei quali deve essere stimolata, in un determinato caso, la funzione giurisdizionale, costituisce uno dei temi classici della teoria generale del processo e non ha certo bisogno di introduzione.”

os tribunais redobram a atenção no momento de verificarem a capacidade do autor coletivo.”¹⁰

A representatividade adequada funciona como um instituto legitimador da tutela jurisdicional coletiva, pois a decisão alcançará quem não participou do processo, portanto, a representação deve ter sido adequada. Segundo Susana Henriques da Costa¹¹: *É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos erga omnes, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo..* Dessa maneira, a representatividade adequada está intimamente relacionada à observância do devido processo legal, em seu aspecto substancial, no processo coletivo.

A discussão tem relevância distinta nos Estados Unidos, pois, lá, a coisa julgada opera *pro et contra*, enquanto que o nosso ordenamento adota o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*. Talvez, por isso, o sistema norte-americano se concentre mais sobre a representatividade adequada, já que a coisa julgada produzirá efeitos no âmbito individual, mesmo quando prejudicial. No entanto, a adoção de um sistema da coisa julgada coletiva de forma distinta, em nosso sistema jurídico, não garante a adequação da representação e a efetividade da tutela coletiva.

Dentre os requisitos para uma *class action* ser certificada está a representatividade adequada, pela previsão da *Rule 23 (a) (4)*. A verificação da adequação da representatividade não se limita à certificação, podendo ocorrer, dessa forma, durante todo o processo e mesmo após o seu término, conforme será tratado adiante. Nessa última hipótese, caso o juiz verifique a inadequação da representação, o julgado não produz efeitos.

De forma a garantir que o grupo esteja representado de forma satisfatória, caso haja interesses divergentes dentro de um grupo, a demanda não deve prosseguir na forma coletiva.

O objetivo deste estudo é analisar a representatividade em ações coletivas, no direito brasileiro, passando por observações quanto ao direito estrangeiro, especificamente o direito norte-americano dos Estados Unidos, no entanto, não se pode deixar de abordar o tema da legitimidade, pois relacionado à representatividade adequada de forma estreita, como já apontado.

10. FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.112. Cf. MULLENIX, Linda S. *New trends in standing and res judicata in collective suits. General Report – Common law*. In: *Direito processual comparado, XIII World Congress of Procedural Law*, Salvador, 16-22 set. 2007; Rio de Janeiro: Forense, 2007. A autora coloca o conceito de representatividade nos seguintes termos: *“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”*.

11. COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957.

Diante disso, caso o juiz entenda haver a falta de representatividade adequada em um caso específico, o processo deve ser extinto por falta de uma das condições da ação, como ensina Ada Pellegrini Grinover¹².

Os dois temas a serem abordados quanto à representatividade adequada são: os sujeitos que melhor podem cumprir essa defesa de indivíduos que não estão presentes no processo e a controle do cumprimento dessa tarefa pelo juiz da causa.

Quanto ao primeiro tema, sobre os sujeitos, interessa notar que, normalmente, cada ordenamento adota uma solução. No Brasil, optou-se por legitimar entidades públicas e privadas, mas não pessoas físicas, ressalvada a ação popular¹³. A aferição da representatividade adequada pode ser feita pela lei ou pelo juiz. A lei brasileira adotou o critério legal, estabelecendo previamente as pessoas presumivelmente aptas a defender os interesses transindividuais em juízo, já o ordenamento norte-americano adotou o outro sistema.

O legislador pátrio previu o rol de legitimados nos artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 – e 82 do Código de Defesa do Consumidor. Diante desse rol extenso de legitimados, é possível a tomada de duas posições: ou todos os entes possuem presunção absoluta de legitimidade, não se admitindo o controle judicial da representatividade, ou deve ser verificada a adequada representação de todos os legitimados. A adoção da primeira posição traz empecilhos, como a possibilidade de entidades sem a adequada estrutura operacional, econômica e jurídica promoverem ações coletivas temerárias ou mesmo mal arguidas. Diante dessa possibilidade, o controle da representatividade adequada, principalmente das associações, tem tomado força na doutrina¹⁴.

Assim, diante da própria previsão legal, o magistrado deve aferir se a associação tem o tempo mínimo de constituição e se tem, em seu estatuto social, a finalidade de proteção dos direitos envolvidos, ou seja, se há pertinência temática entre a demanda coletiva proposta e a associação. Dessa forma, o próprio legislador pátrio estabeleceu critérios para que o juiz verifique a adequada representação em ações coletivas propostas por associações.

12. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas”. In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Ed., 2006. No entanto, o tema é controverso, pois ora a doutrina se refere à representatividade adequada como condição da ação, ora como pressuposto processual. Por todos: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 296. “Os requisitos de representatividade adequada e pertinência temática são pressupostos processuais, não condições da ação [...]”.

13. FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 115. “A opção brasileira pela legitimidade concorrente é a mais adequada, uma vez que vários são os entes aptos à propositura de demandas coletivas. [...] Não há hierarquia ou preferência de um legitimado sobre o outro. Todos são igualmente legitimados para o ajuizamento da demanda – desde que, claro, representem adequadamente a coletividade.”

14. FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 118.

Convém salientar que esse controle não é absolutamente efetivo em evitar fraudes, mas esse não é o principal objetivo da representatividade adequada¹⁵.

Há requisitos subjetivos para a aferição da adequação da representatividade, que são: credibilidade, capacidade, prestígio, experiência do legitimado, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos interesses do grupo, condutas em outros processos, coincidência ou não de interesses, tempo de constituição da associação, representatividade do indivíduo frente ao grupo. Assim, o magistrado deve fazer a análise da associação de forma conjunta com a realidade da situação jurídica de direito material¹⁶, não sendo suficiente a mera observância da letra da lei, tampouco seria eficiente uma legislação que fixasse critérios rígidos de aferição da adequação da representatividade.

Convém destacar o seguinte trecho de Flávia Hellmeister Clito Fornaciari:

Diante disso, não se vislumbra justificativa plausível para que qualquer legislação que verse sobre direitos coletivos não coloque a representatividade adequada dentre os princípios dos processos voltados a sua defesa, porque ele é intrínseco ao próprio conceito das ações representativas.¹⁷

2. CLASS ACTION NORTE-AMERICANA

Não pretendemos, neste trabalho, analisar todos os ordenamentos jurídicos dos países da família jurídica do *common law*, mas somente o dos Estados Unidos da América, [...] *na medida em que o legislador brasileiro colheu subsídios preciosos daquele sistema, particularmente no que atine às ações destinadas à tutela de interesses individuais homogêneos, [...]*¹⁸, assim como pela tradição das *class actions*.

Através da *class action*, é possível que uma demanda proposta por ou em face de um grande número de indivíduos seja levada ao Poder Judiciário, por terem os indivíduos interesses relacionados ou pela maior eficiência na responsabilização conjunta.

No entanto, para que uma ação de classe seja certificada como tal, naquele sistema, ela deve preencher alguns requisitos:

Pré-requisitos para a ação de classe: um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se
(1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável,

15. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover, apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010. p. 52.

16. *Ibid.*, p. 53.

17. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover, apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010. p. 54.

18. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59.

- (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe,
- (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e
- (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.¹⁹

Como aponta Eurico Ferraresi: o *sistema norte-americano das class actions permite ao juiz, com base nas circunstâncias, na credibilidade, na seriedade, dentre outros critérios, aferir se o autor está representando adequadamente o grupo*.²⁰

Antonio Gidi²¹ destaca que o direito norte-americano se interessa mais pela realidade dos fatos do que por ficções legais, assim, foi necessária a criação de meios para o controle da representatividade adequada de forma a garantir o efetivo direito de todos os membros do grupo serem ouvidos em juízo através do representante. Os norte-americanos, outrossim, acreditam que somente um membro do grupo, ou seja, com interesse pessoal na controvérsia contra o réu, possa defender bem os interesses do grupo. Além disso, segundo o referido autor, há as seguintes vantagens:

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

O direito norte-americano, para aferir a adequação da representatividade, além da análise do representante, averigua também o advogado do grupo, desde a sua experiência na condução de demandas coletivas, como a capacidade de suportar os custos do processo e a ausência de conflitos entre advogado, grupo e representante.

2.1 Respeito às garantias constitucionais do processo: *due process*

Quanto ao tema, Vincenzo Vigoriti²² bem delimitou o problema da adequação da representação e o reflexo nas garantias processuais dos sujeitos que não estão presentes no processo.

19. GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 49.

20. FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 116.

21. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 100.

22. Cf. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 271-288.

A *rule 23(a) (4)* coloca como uma das condições da *class action* a adequação da representação: “*The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*”²³

A exigência tem fundamento no devido processo, que não poderia admitir decisões judiciais proferidas contra ou a favor de quem não teve a chance de ser bem representado no processo.

A adequação da tutela é averiguada caso a caso, diante de variados dados, como o tipo de interesse, o objeto da demanda, a capacidade financeira dos representantes, dentre outros. A sentença alcançará indivíduos que não estiveram presente em juízo, por isso, a importância do tema e os maiores poderes que são atribuídos ao magistrado em matéria de ações coletivas.

Como aponta Susana Henriques da Costa,

À análise séria da representatividade adequada alia-se, ainda, dentro de uma perspectiva garantista, a necessidade de realização de notificação pessoal dos membros ausentes sobre a existência da *class actions*, permitindo que estes optem por não ser atingidos pela sua decisão (*opt out*).²⁴

Se o número de lesados for elevado, pode haver complicações quanto ao prosseguimento da demanda como coletiva diante das dificuldades em notificar a todos. Diante disso, a *Rule 23* sofreu uma emenda no ano de 2003 para a forma de notificação ser distinta conforme o tipo de *class action*. Para as *mandatory (Rule 23 (b)(1) e (b)(2))*, não é necessária a notificação pessoal, bastando que o juiz garanta a *appropriate notice*. Nesse tipo de *class action*, não existe o direito de autoexclusão, pois o interesse é indivisível.

No entanto, nas *class actions for damages – Rule 23(b)(3) -*, a notificação de cada membro do grupo é obrigatória, pois há a possibilidade de auto-exclusão do membro do grupo e os interesses são divisíveis. Entretanto, não há a exigência de que todos os membros sejam notificados obrigatoriamente, pois esse tipo de exigência poderia prejudicar o andamento da ação coletiva. Assim, basta que todos os membros que possam ser notificados com *reasonable effort* o sejam.

Dessa maneira, a representatividade adequada unida a esse sistema de notificação dos membros ausentes garante a observância do devido processo legal, possibilitando a ocorrência da coisa julgada e de acordos coletivos²⁵.

23. Cf. BAICKER McKEE, Steven; JANSSEN, William M.; CORR, John B. *A student's guide to the Federal Rules of Civil Procedure*. 3ª ed. Saint Paul: West Group, 2000. p. 361. “*Because class actions vest authority over the interests of passive members of the class in the hands of class activists, Rule 23(a)(4) requires the court to ensure that class representatives will be individuals who will meet those responsibilities fully.*”

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

25. COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 962.

2.2 Momento: certification e durante todo o processo

Diante da dúvida quanto à adequação da representação, pode o juiz redefinir o grupo ou não certificar a ação como coletiva. Além disso, é importante que o representante esteja em sintonia com os interesses do grupo. Caso o magistrado perceba não ocorrer isso, ou seja, existindo conflitos internos, ele pode estabelecer a divisão em subgrupos, chamar outros representantes, redefinir o grupo ou determinar que a ação seja coletiva somente em parte.

A análise da representatividade adequada não fica limitada no tempo, ou seja, não é questão apta à preclusão, podendo o juiz verificar a presença da adequação da representatividade a qualquer tempo e sem a necessidade de provocação das partes.

2.3. Representação inadequada: *collateral attack*

Teoricamente, não se poderia sequer falar em representação inadequada, pois a adequação faz parte do conceito de representação, que precisa ser eficaz para garantir o cumprimento do devido processo em relação a todos os sujeitos que não puderam estar presentes no processo.

No entanto, se ocorrer de algum ou alguns membros do grupo não serem adequadamente representados, um processo posterior pode decidir a questão novamente, é o chamado *collateral attack*, pois é direito do indivíduo não ser atingido por uma decisão na qual não foi ele bem representado. Assim, a ocorrência da coisa julgada e os seus limites são avaliados nessa eventual demanda posterior, como ensina Susana Henriques da Costa²⁶. Dessa forma, é a representatividade adequada que determina a coisa julgada coletiva, ou seja, se houver ocorrido uma representação adequada no processo coletivo, ele atingirá o grupo, mesmo que a decisão lhe tenha sido desfavorável.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONTROLE DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS

O legislador brasileiro concedeu legitimidade ativa a um rol taxativo de entes, quais sejam: Ministério Público; União, Estados, Municípios e Distrito Federal; entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos; associações constituídas há pelo menos um ano e que tenham, como um de seus fins institucionais, a defesa dos interesses transindividuais de seus membros. Portanto, o sistema brasileiro é misto, tendo por legitimados tanto entes públicos quanto entes privados.

26. *Ibid.*, p. 963.

Diante dessa previsão legal, há autores, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷, que entendem a legitimação coletiva ser *ope legis*, ou seja, não cabe ao magistrado aferir, casuisticamente, a adequação da representação, pois já teria o legislador, previamente, estabelecido um rol legal taxativo de legitimados. Vincenzo Vigoriti²⁸ ensina ser a questão da legitimidade, antes de tudo, uma questão de política legislativa e, somente após, um problema técnico. No entanto, percebe-se uma diminuição no número de pessoas que defendem esta corrente²⁹.

Outros autores defendem, com base na experiência norte-americana, a existência de controle da representação adequada também no nosso ordenamento jurídico, que se daria em duas fases, como ensinam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior:

Primeiramente, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle *in concreto* da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela.³⁰

A necessidade do controle judicial na segunda fase decorre da necessária observância do devido processo legal. A possibilidade de dispensa pelo magistrado da constituição prévia por um ano da associação que pretenda propor ação coletiva, prevista no artigo 82, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor aponta para a possibilidade de controle judicial sobre a legitimação.

No mesmo sentido, a afirmação da jurisprudência e o texto da Súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público também indicam a legitimidade da instituição somente para a defesa de interesses individuais homogêneos quando estiver presente a relevância social. Esse exame casuístico está próximo à análise da representatividade adequada.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exigido um vínculo de afinidade entre o objeto da demanda coletiva e o legitimado, ao que eles têm chamado de “pertinência temática”, o que seria uma forma de controle jurisdicional da adequação da representação³¹. Apesar de ser uma forma de controle, não se identifica com a representatividade adequada, pois esta abrange, além do vínculo, outros

27. NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1443.

28. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 66.

29. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover, apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p.60.

30. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 211-212. *A tendência é a consagração legislativa da possibilidade deste controle judicial*.

31. Nesse sentido: cf. ADI 2482/MG, STF, Pleno, relator ministro Moreira Alves, j. 2-10-2002, DJ de 25-4-2003.

critérios, como seriedade, aptidão, atuação na defesa, dentre outros. Percebe-se que os Tribunais têm chamado de “representatividade adequada” o que é, na verdade, apenas “pertinência temática”³². Sobre o tema, Susana Henriques da Costa ensina que:

A exigência jurisprudencial desta pertinência temática no caso concreto, mesmo nos casos em que a lei não menciona nada a respeito, leva a doutrina brasileira a refletir e rever o entendimento de que no sistema vigente não é permitido o controle judicial da representatividade adequada do legitimado à propositura da ação civil pública.³³

O Projeto de Lei Flávio Bierrenbach havia previsto o controle da representatividade adequada pelo juiz, mas a Lei da Ação Civil Pública acolheu, quanto ao tema, a proposta do Ministério Público paulista, que prevê a legitimidade *ope legis* e sem referência à adequação da representatividade. Os regulamentos legais posteriores seguiram a mesma orientação. No entanto, convém transcrever o que aponta Ada Pellegrini Grinover:

Todavia, problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo.³⁴

Para casos como esses ilustrados pela professora Ada Pellegrini Grinover que seria interessante conceder ao juiz o controle sobre a adequação da representatividade.

Os elementos para a certificação, nos Estados Unidos, estão na rule 23 (a) e a tipificação das *class actions* é acertada conforme a rule 23 (b), como já foi observado. Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior³⁵ apontam que, no direito brasileiro, a certificação também deve ocorrer, porém, na fase de saneamento, como uma garantia para o réu, pois o procedimento coletivo traz inúmeras e graves consequências para as partes, portanto, seria uma exigência natural. Esses autores se referem a tal necessidade como um princípio, o princípio da adequada certificação da ação coletiva.

32. Nesse sentido: cf. STJ-REsp 651.064/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 15-3-2005, DJ 25-4-2005, p. 240.

33. COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 972.

34. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, in Revista Forense, nº 301, p. 3-12.

35. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 113-114.

Flávia Hellmeister Clito Fornaciari³⁶ destaca que, independentemente do texto legal, o juiz deve aferir os requisitos de admissibilidade da demanda coletiva no despacho saneador, pois a representatividade adequada seria inerente ao sistema, independentemente, assim, de previsão legal.

Nesse sentido, os autores apontam que a legislação brasileira, na Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429 de 1992, em seu artigo 17, parágrafo 6º, – prevê uma fase própria para a verificação da existência de elementos mínimos de prova. Por ser a Lei de Improbidade Administrativa parte do microsistema processual coletivo³⁷, esse mesmo dispositivo poderia ser aplicado a qualquer ação coletiva, segundo Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior³⁸. No entanto, em posição oposta, Susana Henriques da Costa aponta:

Por serem produto de um mesmo movimento histórico e jurídico, às leis da ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa aplicam-se os mesmos princípios e regras interpretativas previstos para os processos coletivos. São todas demandas coletivas e, como tais, sujeitas à disciplina da teoria geral do processo coletivo.

O fato de as demandas acima mencionadas serem todas coletivas, entretanto, não implica automaticamente a conclusão de que os dispositivos legais sejam interdependentes, ou seja, de que as leis tenham aplicação recíproca. [...] A comunhão de regras específicas, ao contrário dos princípios, somente pode decorrer por expressa previsão legal.³⁹

Assim, em sentido oposto ao defendido pelos mencionados autores, a aplicação do dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa somente seria possível se houvesse previsão expressa na lei.

Eurico Ferraresi ensina:

As novas tendências apontam que nos países do sistema *civil law*, a aferição da representatividade adequada se faz mediante critérios previamente estabelecidos pela lei. A aferição caso a caso, realizada pelo juiz, acerca do preenchimento da representatividade adequada sobressai no sistema norte-americano, sendo raros os países que preveem esse tipo de controle individualizado pelo juiz.⁴⁰

36. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover, apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p.62-63.

37. O processo coletivo não é codificado e sua regulamentação é feita pela relação de complementaridade entre diversas leis, principalmente o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei do Mandado de Segurança. O Código de Processo Civil é fonte residual desse microsistema.

38. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 113-114.

39. COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 133-135.

40. FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.118.

De acordo com Susana Henriques da Costa⁴¹, o controle judicial da representatividade adequada deve ser permitido tanto no aspecto quantitativo, quanto no qualitativo, pois, pelo primeiro, não se deve admitir a movimentação da máquina judiciária para uma demanda que, provavelmente, será reproposta; pelo segundo, não há como controlar a qualidades das peças apresentadas. Apesar do esquema da coisa julgada coletiva, no Brasil, ser garantista (artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor), não é efetivo permitir o prosseguimento de uma demanda que tem altos riscos de ser proposta novamente, como destacado. Dessa forma, Susana Henriques da Costa conclui:

Sob todos os pontos de vista, portanto, o controle judicial da representatividade adequada se mostra melhor e mais efetivo. Sendo a efetividade o móvel do processo civil moderno, não há por que negar a possibilidade de o juiz apreciar a aptidão do legitimado coletivo em representar os membros ausentes na relação jurídica processual.⁴²

O artigo 13 do Código de Processo Civil cuida da deficiência na representação no processo civil individual clássico. Como os institutos e princípios do processo civil tradicional não devem ser simplesmente transpostos para o processo coletivo, não é possível a aplicação do dispositivo na seara coletiva⁴³.

CONCLUSÕES

Diante de todas as questões levantadas, podemos sumarizar as seguintes conclusões:

1. Os membros do grupo que não estão presentes no processo judicial devem ser adequadamente representados para a observância do devido processo legal substancial. A inadequação da representação é a não representação, pois a adequação faz parte do conceito da representação necessária para que o processo coletivo seja eficaz, justo e eficiente.

2. O legislador brasileiro adotou o controle da representatividade adequada *ope legis*, ou seja, os indivíduos legitimados à propositura de ações coletivas são previstos em lei de forma taxativa. Ao passo que, no ordenamento jurídico norte-americano, principal paradigma para o processo coletivo, o controle da adequação da representatividade adequada é feito pelo juiz.

41. COSTA, *op.cit.*, p. 975/976.

42. COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 975.

43. "Art. 13, CPC. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II – ao réu, reputar-se-á revel; III – ao terceiro, será excluído do processo." Nesse sentido: FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover, apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p.61.

3. Para compensar essa distinção, cada país trata de uma maneira distinta a coisa julgada. No entanto, a coisa julgada conforme delineada aqui – artigo 103, Código de Defesa do Consumidor – não garante, necessariamente, a eficácia da tutela jurisdicional coletiva, uma vez que permite a repropositura de demandas, contrariando pilares da economia e da instrumentalidade.

4. É necessário reconhecer que, além do rol de legitimados à ação coletiva, é possível que o juiz exerça um controle de representatividade, para que o processo atinja seus escopos da forma mais efetiva possível.

5. Doutrina e jurisprudência têm entendido nesse sentido, principalmente pelo reconhecimento da necessidade da pertinência temática, pela possibilidade de dispensa do requisito de constituição ânua para associações pelo juiz, dentre outros.

6. Devem ser reconhecidos poderes ao juiz para que controle a adequação da representatividade, sob pena de permitir que um ente legitimado legalmente, mas totalmente incapaz de conduzir a demanda judicial de forma satisfatória, conduza o processo até o final de forma desvinculada ao seu objeto.

REFERÊNCIAS

- BAICKER McKEE, Steven; JANSSEN, William M.; CORR, John B. *A student's guide to the Federal Rules of Civil Procedure*. 3ª ed. Saint Paul: West Group, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, nº 5, p. 101-111.
- COSTA, Suzana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quatier Latin, 2009.
- _____. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- COUND, John et al. *Civil Procedure: Cases and Materials*. St Paul: West Group, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4. 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover, apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

- GIDI, Antonio. *Class actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries*. *American Journal of Comparative Law*, vol. 51 (Spring, 2003).
- _____. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: Os Requisitos de Admissibilidade*. Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. II. Porto Alegre: São Paulo, 2000, p. 47-62.
- _____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In: O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Ed., 2006.
- _____; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. 2. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In Revista Forense*, nº 301, p. 3-12.
- HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.
- HENSLER, Deborah R. *et al. Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand, 2000.
- KOMATSU, Paula. *Ação coletiva: evolução histórica*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva. In: MILARÉ, Édís. et al. (Org.). A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARCUS, Richard L., SHERMAN, Edward F. *Complex litigation*. St. Paul: West Group, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- _____. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas: o Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita. et. al. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MULLENIX, Linda S. New trends in standing and res judicata in collective suits. General Report – Common law. In: *Direito Processual Comparado, XIII World Congress of Procedural Law*. Salvador, 16-22 set. 2007; Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- PASCHOAL, Maximilian Fierro. *A representatividade adequada na ação coletiva brasileira: Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor*. (Dissertação de mestrado sob a orientação do prof. dr. Kazuo Watanabe). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.
- SALLES, Carlos Alberto de. *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____; SILVA, Solange Teles da e NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006.
- SANSEVERINO, Milton. Interesse público e Ministério Público no processo civil: breves reflexões. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 171-180.
- VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.
- _____. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.
- YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven: Yale University Press, 1987.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.