

286 - 335

Artigo

**APLICABILIDADE DO CONCEITO DE
REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO
MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:
ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO
COLETIVO BRASILEIRO**

JOSÉ CASTANHEIRA CLEMENTE

APLICABILIDADE DO CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

APPLICABILITY OF THE CONCEPT OF ADEQUACY OF REPRESENTATION AS A MEANS TO HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS' EFFECTIVENESS:
A COMPARATIVE ANALYSIS OF BRAZILIAN COLLECTIVE PROCEDURE

JOSÉ CASTANHEIRA CLEMENTE

Advogado
castze@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito analisar o tratamento jurisdicional fornecido às modalidades de direitos transindividuais descritas pela legislação brasileira (direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos), especialmente no que diz respeito à sua efetivação. O tema foi escolhido em razão da falta de soluções adequadas, no direito processual nacional, quanto aos mecanismos destinados à reparação de lesões a interesses de titularidade múltipla. A este respeito, veja-se a *class action* movida nos Estados Unidos contra a Petrobrás – ação que objetiva a satisfação de direitos individuais homogêneos, cujas características e potencial reparatório não encontram paralelo no processo coletivo brasileiro. A pesquisa baseou-se em métodos qualitativos de análise do direito processual, mediante a aplicação de estratégias de direito comparado e verificação de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e históricas advindas dos ordenamentos jurídicos brasileiro e estrangeiro. Para tal, foram utilizadas publicações doutrinárias diversas, legislação pátria e estrangeira, artigos científicos – no formato impresso e presentes na rede mundial de computadores – e compilações jurisprudenciais. Diante da análise realizada, constatou-se que o processo coletivo brasileiro, desenvolvido sob as bases individualizadas do direito processual, deve dispor de mecanismos para o melhor tratamento dos interesses transindividuais, sendo pertinente a incorporação de conceitos das *class actions*. Verificou-se que a tutela fornecida aos direitos coletivos *lato sensu* pela jurisdição brasileira é complementar àquela presente no ordenamento jurídico norte-americano, visto que, enquanto a primeira privilegia os direitos transindividuais relacionados ao interesse público, esta última confere ênfase à satisfação dos direitos coletivos em sua esfera individual.

PALAVRAS-CHAVE: *Class actions*; direitos individuais homogêneos; legitimação; processo coletivo; representação.

ABSTRACT: This paper aims at analysing the jurisdictional treatment provided to the various modalities of collective rights described by Brazilian legislation (diffuse rights, collective rights *stricto sensu* and homogeneous individual rights), especially when it comes to its effectiveness. The subject has been chosen due to the absence of proper solutions, in national procedural law, about the mechanisms designed to repair damages to rights of multiple ownership. In this sense, see the class action brought in the United States against PETROBRAS – legal action which aims individual homogeneous rights' satisfaction, whose characteristics and potential for restoration are unmatched by the Brazilian collective procedure. The research was based on qualitative methods of analysis of procedural law, through the appliance of strategies of comparative law and checking of doctrinal, jurisprudential and historical sources derived from both Brazilian and foreign legal orders. For such, various doctrinal publications, national and foreign legislation, scientific papers – both printed and available on the internet – and jurisprudence compilations were resorted. Before the carried-out analysis, it was found that Brazilian collective procedure, developed under procedural law's individualized origins, must be provided with mechanisms designed for better treatment of collective rights, thus the importance of

incorporating some concepts coming from the class actions. It was verified that the protection provided to collective rights *lato sensu* by the Brazilian jurisdiction is complementary to that present on US' legal order, seeing that, while the first one privileges collective rights related to public interest, the last emphasizes the fulfilment of collective rights in its private aspect.

KEYWORDS: Class actions; collective procedure; individual homogeneous rights; legitimacy; representation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interesses transindividuais. 2.1. Interesses difusos. 2.2. Interesses coletivos *stricto sensu*. 2.3. Direitos individuais homogêneos. 3. O processo coletivo. 4. Direitos individuais homogêneos em juízo. 4.1. Obstáculos à efetivação dos direitos individuais homogêneos. 5. *Class Actions*. 5.1. Desenvolvimento das *Class Actions*. 5.2. Pressupostos das *Class Actions*. 5.2.1. Impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*). 5.2.2. Questões comuns de fato ou de direito (*commonality*). 5.2.3. Pre-tensões ou defesas típicas (*typicality*). 5.2.4. Representação adequada (*adequacy of representation*). 6. Representação vs. Legitimidade no Processo Coletivo. 6.1. A estratégia publicista adotada no Brasil. 6.2. Legitimação e *adequacy of representation* no direito norte-americano. 7. Aplicabilidade do conceito de representação adequada à reestruturação do sistema de legitimação para as ações coletivas no Brasil. 8. Devido processo legal coletivo e representação adequada. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. Introdução

O Estado Democrático de Direito pressupõe a participação ativa do cidadão em diversas situações jurídicas inerentes à vida em sociedade, tais como a defesa de direitos singularizados, próprios ou alheios, bem como a tutela de interesses atribuídos à coletividade, formada por grupos definidos ou não de indivíduos.

Os direitos transindividuais, ou coletivos em sentido amplo, compreendem os interesses que ultrapassam a esfera individual de titularidade, devendo, como tal, receber tratamento diferenciado por ocasião de sua postulação em juízo.

No Brasil, o desenvolvimento da temática da titularidade coletiva do direito ainda carece de sistematização adequada, pois a própria conceituação legal das espécies de direitos transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) é relativamente recente – *vide* o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que trouxe tais previsões, publicado em 12 de setembro de 1990.

Apesar do caráter moderno das questões relacionadas aos interesses coletivos, os mecanismos processuais aplicados à tutela deles foram desenvolvidos nos termos do processo civil tradicio-

nal, remontando à concepção individualista de direito. Observa-se, assim, o surgimento de consideráveis incompatibilidades no tratamento concedido pela jurisdição às distintas modalidades de direitos transindividuais.

Tratando das peculiaridades inerentes ao processo coletivo e da necessidade de que estas sejam observadas para a elaboração de legislação processual adequada, Vicente de Paula Maciel Júnior oferece valiosa exposição:

As fontes doutrinárias existentes para o direito individual material e processual foram transplantadas para o campo das relações coletivas, como se pertencessem ao mesmo mundo e sem o reconhecimento das diferenças que lhes são ínsitas. *A legitimação para agir, a prova, os institutos da sentença e da coisa julgada, o processo de execução, as tutelas de urgência, tudo necessita ser reavaliado quando se trata do processo coletivo*, cuja repercussão pode sempre atingir no fundo o indivíduo, mas que possui uma forma diferente de tutela dos direitos dos diversos interessados e que não pode ser a mesma nem pode ser desprezada (MACIEL, 2006, p. 136, grifo nosso).

Verifica-se que, em razão da distinção estabelecida entre o direito puramente individual e os interesses de natureza coletiva, as regras processuais também necessitam de tratamento específico.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. prelecionam:

As diferenças entre os conflitos coletivos justificam as variações sobre a competência, possibilidade de autocomposição, legitimação para a causa, intervenção de terceiro, conteúdo da decisão, etc. Tomar o conflito coletivo – e não o direito coletivo – como o fato de adequação do processo coletivo é uma das premissas mais importantes, se não for a mais importante, para a construção de um devido processo legal coletivo. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 96).

A perspectiva comparada, especialmente no que se refere ao contraste entre o direito processual coletivo brasileiro e o instituto correspondente desenvolvido nos Estados Unidos, por meio das *class actions*, será aplicada para alcançar dois objetivos principais: a análise da efetivação das distintas modalidades de direitos coletivos e as possibilidades de otimização de tal provimento.

2. Interesses transindividuais

A sistematização dos interesses transindividuais, ou direitos coletivos *lato sensu*, no ordenamento jurídico brasileiro, foi inicialmente realizada pela Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985. O artigo 1º da Lei nº 7.347/1985 enumera direitos e interesses que, na hipótese de serem violados – causando danos morais ou patrimoniais –, ensejam a propositura de ação civil pública:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico;

IV – a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*;

V – por infração da ordem econômica;

VI – à ordem urbanística;

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII – ao patrimônio público e social (BRASIL, 1985, grifos nossos).

Observa-se que a Lei da Ação Civil Pública não expôs rol taxativo dos direitos e interesses tutelados por seus preceitos, mantendo ampla possibilidade de que ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV, Lei nº. 7.347/1985) sejam da mesma forma propostas.

Os interesses listados, uma vez que se caracterizam pela violação a direitos de titularidade não unitária, requerem a aplicação de mecanismos distintos daqueles comumente usados na postulação em juízo por reparação a direito estritamente individual. A busca por reparação a direitos descritos pela Lei da Ação Civil Pública enseja a propositura de ação de natureza coletiva, revelando, dessa forma, a necessidade de tratamento processual diferenciado para sua tutela.

Apesar da sistematização inicial proposta, a Lei nº 7.347/85 não oferece meios objetivos de identificação da menção feita em seu art. 1º, inciso IV, a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, limitando-se a caracterizar alguns como tais e a ressaltar, de maneira ampla, a possibilidade de classificação de outros direitos e interesses como pertencentes a tais categorias.

A lacuna deixada pela Lei da Ação Civil Pública veio a ser preenchida com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/90.

Em seu Título III, o Código de Defesa do Consumidor leciona que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo ou individualmente, ou a título coletivo” (art. 81, *caput*).

O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor oferece, em seus três incisos, a definição necessária dos direitos coletivos *lato sensu*, preenchendo a lacuna deixada pela Lei da Ação Civil Pública. Nos termos do CDC, os direitos transindividuais subdividem-se em interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos (entendidos de maneira estrita) e interesses ou direitos individuais homogêneos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990).

2.1. Interesses difusos

Conforme a conceituação do art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, são difusos os direitos ou interesses “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Tratando dessa definição dos interesses difusos, Hugo Nigro Mazzilli observa que:

embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática – como outra qualquer – subordina-se, também, a uma relação jurídica; entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não ocorrerá propriamente da relação jurídica, e sim da situação fática resultante. (MAZZILI, 2001, p. 47).

Desta forma, o elo fático decorre dos elementos caracterizadores da relação travada entre o grupo e a conduta praticada pelo causador do dano, extraindo-se, subsequentemente, a relação jurídica entre ambos.

A natureza indivisível dos direitos difusos decorre da multiplicidade de seus titulares, visto que tais direitos são atribuídos a um número

indeterminável de membros da coletividade, ligados, inicialmente, por circunstâncias de fato. Assim, um evento que constitua lesão a direitos cuja titularidade é inerente à coletividade – como na hipótese de prática de poluição em face do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – tem como decorrência a obrigação de reparar o dano causado, por violação de interesse difuso.

Quanto à amplitude dos direitos difusos, é pertinente o comentário de Hugo Nigro Mazzilli sobre suas diversas possibilidades:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público, como o meio ambiente; b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes). (MAZZILLI, (2001, p. 47).

O caráter amplo e diverso dos direitos e interesses difusos é abordado, em sentido complementar, por Rodolfo de Camargo Mancuso, que aponta o seguinte, em tal âmbito:

Os conflitos que aí podem surgir trazem a marca da impessoalidade, isto é, discute-se em torno de valores, de idéias, de opções, fazem-se escolhas políticas; não está em jogo a posição de vantagem de A em face de B e, sim, cuida-se de aferir qual a postura mais oportuna e conveniente dentre um leque de alternativas aglutinadas nos diversos grupos sociais interessados, naquilo que se pode chamar, com a doutrina italiana, “conflituosidade intrínseca”. (MANCUSO, 1997, p. 120).

Diante de tais análises, extrai-se que a diferenciação inicial entre direitos e interesses de natureza difusa e aqueles cuja titularidade é inerente ao indivíduo singularmente considerado reside na

impossibilidade de que os primeiros sejam atribuídos ao portador individual, de maneira exclusiva, havendo de se observar, ainda, a relação – de natureza fática – que une tais titulares.

2.2. Interesses coletivos *stricto sensu*

Ao contrário da caracterização dos direitos difusos, a natureza de indivisibilidade inerente aos direitos coletivos *stricto sensu* decorre da relação jurídica existente entre seus titulares e o responsável pelo evento danoso. Nestes termos, preconiza o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor que os direitos coletivos são os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Mazzili exemplifica os direitos do art. 81, parágrafo único, II, do CDC, fazendo alusão a cláusulas ilegais presentes em contrato de adesão:

[...] no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática comum, e sim, da própria relação jurídica viciada. Assim, por exemplo, tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A pretensão à anulação da cláusula será considerada pretensão à tutela de interesse coletivo, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que deve necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. (MAZZILI, 2001, p. 49)

Diante dessa exposição doutrinária, extrai-se que o reconhecimento da ilegalidade da cláusula contida no contrato de adesão beneficiaria igualmente todo o grupo de indivíduos por ela afetados, não havendo nenhuma gradação em termos de interesse. Trata-se, pois, de pretensão à reparação de dano verificado no plano jurídico, numa relação em que um dos polos é ocupado por indivíduos determinados ou determináveis. Assim, o direito

do qual tal grupo é titular, ao contrário do caso de interesses individuais homogêneos, é de natureza indivisível.

À guisa de conclusão, oferecendo valiosa contribuição para distinguir as diversas categorias de direitos e interesses transindividuais, assevera Gregório Assagra de Almeida:

O núcleo conceitual de identificação entre interesses ou direitos difusos e os coletivos em sentido restrito é, destarte, justamente a indivisibilidade, o que os caracteriza como direitos ou interesses superindividuais, diferentemente dos direitos ou interesses individuais homogêneos, que são divisíveis; são considerados direitos ou interesses superindividuais somente no plano processual, tendo em vista o tratamento coletivo que recebem. (ALMEIDA, 2008, p. 484).

Ressalte-se que o elo entre os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito, de maneira distinta do observado em sede de análise de direitos difusos, é uma relação jurídica.

2.3. Direitos individuais homogêneos

Os interesses ou direitos individuais homogêneos, diversamente dos demais interesses transindividuais, apresentam, nos termos do parágrafo único, III, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, “origem comum”. Tal conceito representa a dupla possibilidade de origem dos direitos individuais homogêneos, os quais podem advir de relações jurídicas ou de relações de fato.

Nesse sentido, a advertência de Luiz Renato Topan mostra-se essencial para a correta compreensão do conceito relativo à origem dos interesses ou direitos individuais homogêneos:

Ressalte-se que ‘origem comum’ transcende a uma relação espaço-temporal e factual, pois vários indivíduos podem ter direitos seus lesados com origem comum, porém, sofridos em diversas localidades, épocas e situações. (TOPAN, 1993, p. 28).

Diante dessa elucidação, fica evidente que os direitos individuais homogêneos são dotados de maior amplitude do que se poderia atribuir-lhes inicialmente em razão de eventual interpretação restritiva do conceito exposto no Código de Defesa do Consumidor.

Por se tratarem de direitos que, eventualmente, são perfeitamente divisíveis – sobretudo à luz dos danos causados em decorrência de sua violação, mensuráveis em cada situação individual – poder-se-ia questionar a presença dos interesses individuais homogêneos entre aqueles merecedores de proteção dos mecanismos de tutela processual coletiva expressos pelo Código de Defesa do Consumidor. Na concepção de Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos individuais homogêneos “são coletivos apenas na forma, no modo de exercício, sendo, pois, coletivos apenas em função de uma contingência episódica: a sua origem comum” (MANCUSO, 2001, p. 35).

Nesse sentido, conclui Luiz Renato Topan, a respeito da natureza dos direitos individuais homogêneos:

[...] estes não são interesses essencialmente coletivos, seja em sua configuração, seja em seus efeitos, mas pelas características comuns em que seus titulares encontram-se, lhes é conferida certa coesão no exercício de sua defesa judicial. (TOPAN, 1993, p. 28).

Extraí-se daí a intenção legislativa que, por razões de conveniência processual, optou com acerto por caracterizar os direitos individuais homogêneos merecedores de tutela coletiva no microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, pois, que os interesses individuais homogêneos têm natureza eminentemente privada, à diferença daqueles interesses ou direitos coletivos cuja tutela se justifica pelo interesse público, prontamente identificável, inerente a seus efeitos, a tal ponto que Luiz Paulo da Silva Araújo Filho classifica a busca pela sua satisfação judicial como *ações pseudo-coletivas* (FILHO apud MANCUSO, 2001, p. 36).

Depreende-se que, em razão de um elemento especial – sua origem comum –, os direitos individuais homogêneos merecem o tratamento processual reservado aos direitos de titularidade coletiva “pura”, visto que, nos termos empregados por Mancuso (1999, p. 46), “a forma de sua tutela processual pode e até deve ser de tipo coletivo”.

Fica claro, portanto, que a classe dos interesses ou direitos individuais homogêneos é a que possui natureza mais distinta na análise comparada dos interesses ou direitos transindividuais.

Porém, se por um lado a inclusão dos direitos individuais homogêneos entre os merecedores da aplicação dos mecanismos de tutela processual coletiva representou significativo avanço na busca por sua reparação, os instrumentos previstos na legislação – sobretudo quanto ao sistema de legitimação empregado – não se mostram adequados ao tratamento jurisdicional daqueles. Essa constatação tem sólido embasamento ao se considerar o conceito de *representante* legalmente previsto, com que se atribui tão somente a órgãos públicos e entidades de classe predefinidos a legitimação para postular em prol dos detentores dos direitos individuais homogêneos.

3. O processo coletivo

A evolução dos direitos simultaneamente à construção das respectivas técnicas de tratamento jurisdicional constitui a principal razão para que o processo seja tradicionalmente avaliado sob a ótica do direito individual. Entretanto, à medida que os direitos e suas modalidades diferenciaram-se, tornando-se cada vez mais complexos, os mecanismos processuais aplicados para tutelá-los permaneceram inalterados.

O descompasso entre os direitos de natureza coletiva e as técnicas processuais disponíveis para tutelá-los é alvo de preciso comentário de Rodolfo de Camargo Mancuso:

A doutrina é unânime no sentido de que o processo civil, tendo sido forjado para a tutela de situações jurídicas individuais, está sensivelmente ‘deslocado’ quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais. A divergência existe apenas no que tange ao rumo a ser seguido ante tal constatação. (MANCUSO, 1997, p. 208).

Como já dissemos acima, os direitos e interesses coletivos, por implicarem a violação a direitos de titularidade não unitária, requerem mecanismos diferentes dos que são empregados comumente ao se postular em juízo a reparação a direito estritamente individual.

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas, porém, o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que seu acesso individual à Justiça seja substituído por um processo coletivo, apto a evitar decisões contraditórias e ainda mais eficiente, porque é exercido de uma só vez, e em proveito de todo o grupo. (MAZZILLI, 2001, p. 51).

O reconhecimento de interesses de titularidade múltipla e as diretrizes processuais para postulá-los em juízo, que especialmente a Lei da Ação Civil Pública trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, representam ruptura com a tradição individualista de detenção do direito, tendência indicada por Riccardo Orestano em referência feita por Vicente de Paula Maciel Jr.:

A posição do direito privado como fundamento do direito público e do Estado perde importância e a mudança de paradigma se faz sentir exatamente para a afirmação de que aquilo que o direito tem de mais essencial é seu caráter público. O direito, a norma e o ordenamento ditam a tônica e promovem uma nova reconstrução da unidade do direito que se havia perdido. (ORESTANO *apud* MACIEL, 2006, p. 93).

Considerando tal mudança de paradigma, observa-se que, ao contrário do que ocorre com o tratamento do direito na técnica

processual tradicional – sua individualização exacerbada, chamada por Kazuo Watanabe (1999, p. 797) *atomização* –, os conflitos de interesses de natureza coletiva requerem que se *moleculize* os conflitos.

Antônio Herman Benjamin, tratando do descompasso entre a visão clássica dos princípios de direito processual, tradicionalmente aplicados no direito nacional, e o tratamento dos direitos transindividuais, pontua:

Em sua formulação original nenhum desses princípios se ajusta à realidade econômica e social do final do século XX, à sociedade pós-industrial, caracterizada pela tecnologia, produção, comercialização, crédito, comunicação e conflituosidade massificados. *São princípios que trazem uma marcante concepção individualista, própria da sociedade interpessoal do século XIX, o que os leva, em sobrevivendo, a sacrificar os próprios fins do processo, que são a realização de uma tutela jurisdicional eficaz e justa.* (BENJAMIN, 2011, p. 10, grifos nossos).

Os problemas que derivam da aplicação de princípios processuais desenvolvidos sob a ótica individualista de direito não se restringem ao modelo tradicional de processo. Ainda que técnicas processuais diferenciadas tenham sido adotadas – contidas especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor –, há obstáculos advindos do modo de aplicação de tais dispositivos, o que leva Rodrigo Mendes de Araújo (2013, p. 128) a pontuar que “a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* ainda é analisada por alguns juristas de renome sob as bases individualistas”. O ponto de vista adotado pelo aplicador da lei ainda é fortemente relacionado à concepção clássica da detenção individual do direito.

Seguindo o exemplo da Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor prevê rol de legitimados para propor as ações de natureza transindividual que seus mecanismos possibi-

litam. Assim, embora conceitue separadamente os interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o CDC, “para efeito de legitimação ativa em juízo, não faz distinções, afetando uns e outros, de modo concorrente e disjuntivo, às entidades mencionadas no art. 82 e incisos.” (MANCUSO, 2001, p. 39).

O artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 1990)

As previsões legais relativas ao processo coletivo no Brasil, nos termos expostos anteriormente, são essencialmente focadas no interesse público – considerado fator que baliza a tutela dos direitos transindividuais.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública complementam-se: em matéria de interesses transindividuais, um é de aplicação subsidiária ao outro. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio da ação civil pública ou coletiva, sendo inconstitucional o querer vedar o acesso coletivo à jurisdição (MANCUSO, 2001, p. 36).

Sobrepondo-se aos demais dispositivos por sua abrangência e especificidade no tratamento do processo coletivo, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, ambos direcionados ao resguardo e postulação por direitos de natureza não puramente individual, constituem diplomas legais essenciais

para a tutela dos interesses transindividuais, bem como para a análise da dinâmica processual e suas peculiaridades no ordenamento jurídico pátrio.

A este respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart traçam precisa distinção:

O direito positivo brasileiro contempla, basicamente, duas espécies de ações: uma para tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, e outra para a tutela de direitos individuais homogêneos, sempre influenciada pela interferência existente entre a disciplina prevista pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública. (MARINONI; ARENHART apud MANCUSO, 2002, p. 22).

Os mecanismos apresentados por tais previsões legais, entretanto, não dão tratamento adequado para garantir a efetividade de direitos e interesses de titularidade coletiva cuja postulação pelos entes legitimados se mostra inviável – como ocorre na maioria dos casos em que se requer provimento jurisdicional diante da violação a direitos individuais homogêneos.

Nota-se que o direito processual coletivo brasileiro, especialmente no que se refere à detenção de legitimação e representatividade para a propositura de ações, foi desenvolvido sob perspectiva fortemente legalista, deixando de considerar, no momento da elaboração dos mecanismos correspondentes, as peculiaridades dos interesses que deveriam ser tutelados (MACIEL, 2006, p. 136).

4. Direitos individuais homogêneos em juízo

Quanto aos direitos individuais homogêneos, a grande inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se no Capítulo II do Título III, intitulado “Das Ações Coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, cujo artigo 91 dispõe:

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas, ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (BRASIL, 1990).

A modalidade de ação enfatizada pelo legislador, entre os artigos 91 e 100 do Código de Defesa do Consumidor, é aquela conhecida como reparatória dos danos individualmente considerados, abrangendo não somente os danos sofridos pelos consumidores, como também “os acarretados a terceiros, atingidos pelo produto ou pelo serviço.” (GRINOVER, 1999, p. 769).

Apesar da incorporação de institutos jurídicos antes não reconhecidos, está claro que, sob o ponto de vista da otimização da busca e efetividade dos direitos transindividuais, especialmente quando considerados em sua dimensão individual homogênea, foram adotadas pela legislação brasileira significativas alterações de caráter limitador – relacionadas à legitimação para a propositura de ações.

A lesão a direitos individuais homogêneos origina duas espécies de pretensões reparatórias: a pretensão individual, relacionada à satisfação do direito individual da vítima, e a modalidade coletiva de pretensão, destinada à resolução das questões comuns a todas as vítimas (ARAÚJO, 2013, p. 161). Entretanto, há consideráveis obstáculos ao adequado provimento jurisdicional de tal modalidade de direito coletivo.

Ainda que os direitos individuais homogêneos se apresentem no caso concreto como disponíveis e divisíveis, os entes legitimados à propositura de ação civil pública (também autorizados pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor a ingressar com ações de natureza coletiva) estão aptos a atuar em sua defesa. Essa atuação, entretanto, especialmente no que se refere ao Ministério Público, somente será justificada nas situações em que “relevante interesse social” estiver presente.

A este respeito, Leonardo de Medeiros Garcia oferece importante contribuição, atribuindo menor relevância à caracterização objetiva do direito individual homogêneo em questão (divisível, indivisível, disponível ou indisponível) e destacando a necessidade de se observar o interesse social para a atuação do Ministério Público:

[...] não é a disponibilidade ou divisibilidade que impossibilita a propositura da ação coletiva, de modo a descaracterizar os direitos individuais homogêneos. Pela leitura do art. 81, III, do CDC (definição de direito individual homogêneo), não há referência à indisponibilidade do direito, e nem poderia, pois são raros os casos em que é possível vislumbrar direitos ou interesses indisponíveis oriundos da relação de consumo. Assim, é o interesse social que passa a ser o 'divisor de águas' entre o direito individual considerado em sua dimensão particular e aquele observado sob a ótica coletiva, legitimando a defesa pelo Ministério Público. (GARCIA, 2010, p. 211).

Tratando da atuação do Ministério Público, órgão de maior tradição na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, Hugo Nigro Mazzilli, em sentido complementar, assevera:

[...] quanto à defesa de interesses *coletivos* e *interesses individuais homogêneos*, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público. (MAZZILLI, 2001, p. 95).

Explicitando a necessidade da presença de franco interesse público no caso concreto para que seja efetivada a defesa a direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 7:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade.

de, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico. (SÃO PAULO, 2017).

A violação a direito transindividual, seja difuso ou coletivo, por vezes coincide com a violação a direito individual homogêneo, gerando, no caso concreto, dupla pretensão à reparação. Assim, verificada a presença de interesse público, o Ministério Público e demais legitimados atuam para que todos os direitos afetados sejam adequadamente reparados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.111-GO, atestou a relevância social inerente à atuação do Ministério Público para tratar de questões relacionadas à cobrança do DPVAT, em evidente defesa de direitos individuais homogêneos, por meio de ações civis públicas.

O teor do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki ilustra a pertinência social de direito que, à primeira vista, é inerente a grupo definido de indivíduos – interesse individual homogêneo:

[...] o seguro DPVAT não é um seguro qualquer. É seguro obrigatório por força de lei e sua finalidade é proteger as vítimas de um recorrente e nefasto evento da nossa realidade moderna, os acidentes automobilísticos, que tantos males, sociais e econômicos, trazem às pessoas envolvidas, à sociedade e ao Estado, especialmente aos órgãos de seguridade social. Por isso mesmo, a própria lei impõe como obrigatório [...] (BRASIL, 2014).

Tal decisão resultou no cancelamento da Súmula 470 do Superior Tribunal de Justiça, que anteriormente prelecionava: “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado”. (BRASIL, 2010).

Entretanto, conforme demonstrado, nas hipóteses em que o interesse individual homogêneo seja a única espécie de direito coletivo afetada, as peculiaridades do caso concreto devem ser observadas para a propositura de ação reparatória.

4.1. Obstáculos à efetivação dos direitos individuais homogêneos

Há ocasiões em que o direito violado é de natureza unicamente individual homogênea. Em situações distintas das mencionadas, nas quais não se encontra presente a “*efetiva conveniência social* na atuação ministerial” (MAZZILLI, 2001, p. 95), a ausência de previsão sobre a possibilidade de legitimação diversa daquelas expostas pelo Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública representa, por vezes, óbice à análise jurisdicional da violação a direitos individuais homogêneos.

Abordando as previsões concernentes à inclusão do indivíduo no processo coletivo brasileiro, Rodrigo Mendes de Araújo pontua que tal participação foi relegada “às ações pessoais e, ainda, a uma intervenção ‘inconveniente’ nas ações para a tutela de direitos individuais homogêneos.” (ARAÚJO, 2013, p. 158).

O artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor trata da possibilidade de os indivíduos interessados intervirem no processo como “litisconsortes”:

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, 1990).

Faz-se necessário ressaltar que se trata de previsão tecnicamente inidônea, visto que contrária à própria conceituação de litisconsórcio. Considerando-se que os indivíduos estão ausentes do rol

de legitimados a propor ações coletivas, fica claro que aqueles “não poderiam ter sido litisconsortes iniciais do legitimado coletivo.” (ARAÚJO, 2013, p. 116).

Rodrigo Mendes de Araújo pontua que a eventual intervenção de indivíduos na forma preceituada pelo art. 94 do Código de Defesa do Consumidor não se adequa a nenhuma das hipóteses de litisconsórcio, “tampouco de assistência litisconsorcial e, nem mesmo, de assistência simples.” (ARAÚJO, 2013, p. 117). O mesmo autor, fazendo menção aos ensinamentos de Joaquim Spadoni, aduz tratar-se de “‘uma nova hipótese de assistência’, denominada de ‘assistência coletiva simples’.” (SPADONI apud ARAÚJO, 2013, p. 117).

Rodolfo de Camargo Mancuso preleciona que o modelo processual aplicado ao tratamento dos direitos individuais homogêneos “foi, em linhas gerais, buscado na experiência norte-americana, não havendo excesso em nela se reconhecer uma *class action* brasileira” (MANCUSO, 2001, p. 9).

Em que pese o entendimento de Mancuso, Rodrigo Mendes de Araújo (2013, p. 204), em sentido oposto àqueles que destacam suposta influência das *class actions* norte-americanas no processo coletivo brasileiro, pontua:

Embora alguns autores defendam a idéia de que a legislação brasileira relativa às ações coletivas tenha sido influenciada pela experiência norte-americana na utilização das *class actions*, o fato é que o legislador pátrio optou por um regime de ações coletivas manifestamente distinto daquele adotado pelo legislador norte-americano. (ARAÚJO, 2013, p. 204).

Portanto, a despeito da aparente amplitude, e apesar das relevantes inovações no tratamento processual ao litígio de natureza coletiva, o Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública, não forneceu mecanismos significativos com relação à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Assim como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor traz rol estático de legitimados para a propositura de ações de caráter coletivo, demonstrando que, *mesmo nas situações em que bens coletivos individualmente considerados sejam tratados em juízo, os próprios detentores do direito violado em questão não são dotados da capacidade de propor a ação correspondente à sua reparação*. Extrai-se da análise de tais exposições, à luz dos objetivos legislativos, que se buscava uma nova modalidade de tutela a direitos diferenciados (coletivamente considerados), sem que houvesse, entretanto, rompimento com o tradicional modelo de legitimação legal expressa.

Tratando da hipótese comumente observada no ordenamento jurídico brasileiro, acerca da inviabilidade de propositura adequada de ação de natureza essencialmente coletiva – situação em que somente a ação individual ou a formação de litisconsórcio far-se-iam possíveis – Rodrigo Mendes de Araújo preconiza:

Tanto as ações individuais quanto as ações em litisconsórcio dificilmente seriam propostas, levando-se em conta a relação custo-benefício, caracterizada pelo sopesamento dos custos do litígio (custas, despesas processuais e honorários advocatícios) com os benefícios (incerta reparação do dano sofrido, que muitas vezes não chega a alcançar um mil reais). *Diante deste quadro, o processo civil tradicional não oferece respostas adequadas à solução desta espécie de litígio*. (ARAÚJO, 2013, p. 64, grifos nossos).

Aliando essas considerações à presença de rol estático de entes legitimados para propositura das ações mencionadas no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, observa-se o papel processual irrisório do indivíduo portador de direito coletivo caracterizado como individual homogêneo.

Diante de tal quadro, é pertinente analisar uma gradual incorporação de mecanismos que visem ao correto tratamento processual de direitos individuais homogêneos, especialmente aqueles mecanismos advindos das *class actions* – ações de classe.

5. *Class Actions*

5.1. Desenvolvimento das *Class Actions*

As *class actions* norte-americanas são comumente definidas como procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum (BUENO, 1996, p. 92).

As origens históricas das *class actions*, a exemplo do que ocorre com a ação popular, remontam às *actiones populares* da Roma antiga, as primeiras modalidades de ações coletivas com registros históricos.

Neste sentido, ilustra André Vasconcelos Roque:

As ações populares em Roma não eram propriamente um procedimento especial. Esta denominação, na realidade, englobava um conjunto variado de ações cuja característica diferenciada consistia em permitir que qualquer cidadão ingressasse em juízo, ainda que não tivesse no assunto um interesse pessoal direto. (ROQUE, 2013, p. 27).

A Suprema Corte Norte-Americana aprovou em 1842 a *Equity Rule 48* – considerada a primeira norma escrita concernente às *class actions*. Os preceitos da *Equity Rule 48* tinham forte influência do direito tratado sob bases individuais, razão pela qual a norma previa que o indivíduo interessado na demanda coletiva que não fosse representado em juízo não sofreria prejuízos em caso de improcedência da ação.

Em se tratando da mitigação da natureza coletiva da ação pelos preceitos da *Equity Rule 48*, são consideráveis as críticas doutrinárias:

Na prática, isso representava a própria denegação do caráter coletivo do processo, o que pode ser explicado não apenas pelo

individualismo reinante ao longo do século XIX, mas sobretudo pelo fato de que a norma tinha por objetivo principal flexibilizar a *necessary party rule* da equidade, quando a formação do litis-consórcio necessário se tornasse manifestamente inconveniente e opressiva. (ROQUE, 2013, p. 49).

A experiência acumulada pelo sistema judicial norte-americano no tocante às ações coletivas permitiu a reunião de sólido arcabouço jurisprudencial, também favorecendo a análise detida a respeito dos aspectos legais cuja alteração se fazia necessária a fim de se conferir plena aplicabilidade às *class actions*. Cássio Scarpinella Bueno expõe que, naquela época, “a principal preocupação era descrever quando se verificava a hipótese de cabimento de uma *class action*.” (BUENO, 2014, p. 98).

Em 1938 foram aprovadas as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), consolidando-se as regras derivadas dos sistemas de *common law* e *equity law* norte-americanos no âmbito da justiça federal (ROQUE, 2013, p. 53). Dentre as regras editadas, encontra-se a *Rule 23*, que trata das *class actions* e contém significativas alterações no mecanismo das ações coletivas em relação àqueles anteriormente dispostos na *Equity Rule 48*.

Considerando que na época da edição das *Federal Rules of Civil Procedure* o instituto das *class actions* já era aplicado, André Vasconcelos Roque (2013) conclui que a idéia por trás da Regra 23 original era elaborar uma classificação de casos admissíveis como *class actions*, levando em conta a prática jurisprudencial acumulada a partir da *Equity Rule 48*.

Havia, entretanto, consideráveis falhas na Regra 23 originalmente aprovada, com previsões excessivamente abstratas, tais como a categorização das *class actions* entre puras e espúrias, bem como disposições acerca de remédio processual comum a ser oferecido aos membros da classe no caso desta última modalidade. Dificultava-se também a extensão dos efeitos das decisões

proferidas aos membros ausentes da classe, visto que não havia previsões a respeito (ROQUE, 2013, p. 59).

Objetivando corrigir tais falhas e conferir roupagem adequada às *class actions*, a revisão promovida nas *Federal Rules of Civil Procedure* em 1966 alcançou a *Regra 23*, alterando-se seu teor para a inclusão de definições e determinações cujas linhas gerais permanecem sendo observadas atualmente.

Após a reforma de 1966, a aplicabilidade das *class actions* foi consideravelmente ampliada, conferindo-se destaque às ações coletivas especialmente em razão da massificação das relações de consumo, o desenvolvimento do comércio e da indústria, bem como do fortalecimento dos movimentos sociais em defesa dos direitos civis na década de 1960 (ROQUE, 2013, p. 63).

5.2. Pressupostos das *Class Actions*

A Regra 23 contém, em sua alínea (a), os requisitos gerais de admissibilidade das *class actions*, observadas em qualquer das modalidades possíveis – tratadas pela alínea (b). Tais requisitos incluem a numerosidade dos membros e detenção de direito comum aos membros da classe, totalizando quatro pressupostos¹:

Regra 23. *Class Actions*

(a) PRÉ-REQUISITOS. Um ou mais membros de uma classe somente poderá processar ou ser processado como parte representante em nome de todos os membros se:

1 Rule 23. Class Actions

(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

- (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros torna-se impraticável;
- (2) houver questões de fato e de direito comuns à classe;
- (3) as alegações ou defesas das partes representantes forem típicas das alegações ou defesas da classe; e
- (4) as partes representantes protegerem justa e adequadamente os interesses da classe.

A análise dos requisitos inerentes à *class action* cabe, precipuamente, ao juiz. Considerando preenchidos os pressupostos necessários à sua propositura, o juiz irá conferir certificação à ação (*class certification*). Antonio Gidi (1995, p. 192) preleciona que a certificação constitui genuína “decisão saneadora”, pois por meio dela a conveniência de sua manutenção na forma coletiva é atestada pelo magistrado.

Os dois sentidos inerentes à *class certification* são também trabalhados por Gidi:

- (i) a certificação do grupo (*certification of a class*), através da qual são definidos os contornos do grupo e há o reconhecimento jurídico da classe como entidade; (ii) a certificação da ação como coletiva (*certification of a class action*), por intermédio da qual o juiz certifica a ação como coletiva. (GIDI, 1995, p. 193).

A seguir, os pressupostos necessários à admissão da *class action* serão individualmente expostos em breve análise de suas peculiaridades.

5.2.1. Impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*)

A alínea (a) (1) da Regra 23 preconiza que a *class action* será admitida se “a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros torna-se impraticável”.

O cumprimento desse requisito favorece a efetivação de dois dos principais objetivos da ação de classe: a promoção da economia

processual (e consequente preservação dos recursos da máquina judiciária estatal) e o fomento do acesso à justiça.

Não há, entretanto, critérios objetivos para a verificação do número de membros da classe aptos a inviabilizar a formação de litisconsórcio.

Quando os envolvidos na propositura de uma ação de classe forem extremamente numerosos, em demanda de âmbito nacional, por exemplo, fica demonstrado que o requisito foi preenchido. Entretanto, se o número de interessados é excessivamente reduzido, a tendência é a denegação, de plano, da propositura da ação de classe.

Neste sentido, a jurisprudência norte-americana desenvolveu parâmetros não vinculantes para a admissibilidade de ações de classe, conforme elucida Roque:

Alguns juízes admitem a *class action* em termos de numerosidade quando o grupo possui mais de quarenta membros, sem considerar outros fatores, enquanto que outros somente dispensam tais considerações quando a classe atinge centenas ou até milhares de pessoas. (ROQUE, 2013, p. 113).

Assim, a análise do caso concreto constitui fator determinante para a análise da presença do primeiro pressuposto da alínea (a) da Regra 23, visto que um grupo relativamente pequeno de indivíduos presentes em diversos estados pode preencher o requisito da *numerosity*, ao passo que “uma outra classe do mesmo tamanho concentrada em determinado local pode não ser considerada numerosa o suficiente para fins de impraticabilidade do litisconsórcio” (ROQUE, 2013, p. 113, 114).

Observa-se, conforme demonstrado, que o requisito da *numerosity* representa o principal paradigma aplicável à necessária diferenciação entre ações de classe e quaisquer das modalidades de litisconsórcio.

5.2.2. Questões comuns de fato ou de direito (*commonality*)

Previsto pela alínea (a) (2) da Regra 23, o requisito da *commonality* exige a presença de “questões de fato e de direito comuns à classe” para a admissão da *class action*. André Vasconcelos Roque (2013, p. 118) afirma tratar-se de noção essencial a qualquer demanda coletiva.

A necessidade de que haja questões comuns aos interessados na ação coletiva também está prevista implicitamente na legislação brasileira, sendo notada “na própria categorização e definição dos direitos e interesses difusos (‘circunstâncias de fato’), coletivos (‘relação jurídica base’) e individuais homogêneos (‘origem comum’).” (ROQUE, 2013, p. 118).

O caráter intrínseco do pressuposto da *commonality* à existência da ação coletiva é demonstrado pela possibilidade de admissão da *class action* ainda que ausentes alguns dos outros requisitos, desde que presentes questões comuns de fato ou de direito a permear a relação do grupo.

A lei pode dispensar a numerosidade, a tipicidade ou mesmo a representatividade adequada, com enormes prejuízos. Mas não poderá, sob nenhum fundamento, dispensar a existência mínima de questões comuns, porque sem elas não existirá nem mesmo uma controvérsia de natureza coletiva (ROQUE, 2013, p. 118).

5.2.3. Pretensões ou defesas típicas (*typicality*)

Ao contrário dos dois requisitos acima expostos, os pressupostos da *typicality* e da *adequacy of representation* são de natureza subjetiva, pois constituem qualidades desejáveis ao representante que será designado para a classe, a fim de, assim, “assegurar um julgamento justo da ação coletiva, tendo em vista os interesses dos membros ausentes.” (ROQUE, 2013, p. 123).

O representante da classe nas *class actions* é indivíduo que, além dos interesses do grupo, também postula seus próprios interesses. Dessa forma, as pretensões do representante da classe, por serem coincidentes àquelas inerentes aos membros representados, garantem a efetiva defesa do direito na ação coletiva.

Nesse sentido são as lições de André Vasconcelos Roque:

A pretensão ou defesa do representante em uma *class action* deve se originar dos mesmos eventos, práticas ou condutas ou estar baseada no mesmo fundamento jurídico que os demais membros do grupo. A tipicidade consiste em uma análise da relação entre os interesses pessoais do representante e dos representados. (ROQUE, 2013, p. 123).

Observa-se que o requisito da *tipicallity* está diretamente relacionado à necessidade de questões comuns de fato e de direito aos membros da classe (*commonality*), e ambos abordam a existência de questões em comum sob diferentes perspectivas. Assim, havendo o reconhecimento do requisito da tipicidade, as questões comuns estarão necessariamente presentes (ROQUE, 2013, p. 124).

5.2.4. Representação adequada (*adequacy of representation*)

A representação (ou representatividade) adequada é o último dos requisitos necessários à admissibilidade da *class action*, e encontra-se disposta na Regra 23, alínea (a) (4): “as partes representantes deverão proteger os interesses da classe de maneira justa e adequada”.

O pressuposto da representatividade adequada é considerado o mais importante dentre todos os itens constantes da alínea (a) da Regra 23, pois trata da vinculação ao resultado da lide daqueles que não integram formalmente o processo – membros ausentes da classe.

A defesa do direito levado à apreciação jurisdicional deve ser feita de maneira plena pelo representante da classe, de maneira que possivelmente “o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações separadas”, evitando-se, assim, ofensa ao devido processo legal (ROQUE, 2013, p. 132).

Com o propósito de demonstrar as peculiaridades do conceito da *adequacy of representation* em contraste com as ações coletivas brasileiras, será realizada no próximo capítulo a análise detida da representação adequada de maneira integrada à exposição de conceitos relativos à representação e legitimação.

6. Representação vs. Legitimidade no Processo Coletivo

O conceito de representante, em se tratando de ações coletivas, é diverso daquele tradicionalmente considerado no estudo do processo civil brasileiro. A este respeito, esclarece Fernando da Fonseca Gajardoni:

Quando se fala em *representação* por aqui, não nos referimos à *representação* no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro, mas, sim, àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito ou interesse metaindividual. Como bem adverte a doutrina, *representante*, aqui, deve ser considerado como sinônimo de porta-voz: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses da coletividade (seu portador em juízo). (GAJARDONI, 2012, p. 48).

Logo, as fórmulas preestabelecidas pelo processo civil tradicional, que diferenciam a legitimidade ordinária e a extraordinária à luz da relação entre o titular do direito material e o seu portador judicial, revelam-se totalmente inadequadas no tocante às ações coletivas (ARAÚJO, 2013, p. 181), fazendo-se necessário estabelecer distinção apropriada do instituto em sede de processo coletivo.

A concepção vigorante no âmbito das ações individuais considera a titularidade da relação jurídica litigiosa como sendo o fator que confere legitimidade ao proponente da demanda. Entretanto, tal concepção, de cunho essencialmente individualista, revela-se sobremaneira inadequada na análise das características do instituto em sede de ações coletivas (ARAÚJO, 2013, p. 182).

Quando se trata de analisar a legitimação de postular direitos de titularidade coletiva no ordenamento jurídico nacional, é necessário fazer menção às três correntes doutrinárias existentes.

A corrente tradicional preconiza que, seja qual for o direito coletivo, se está diante de hipótese de legitimação extraordinária, visto que o proponente da ação, agindo em nome próprio – de maneira exclusiva ou em concurso com o titular do direito material –, defende direito alheio (GAJARDONI, 2012, p. 49).

Ada Pellegrini Grinover adota esse entendimento, expondo valiosos ensinamentos:

A legitimação ativa, concorrente e disjuntiva, é atribuída, pelo dispositivo em foco, aos entes e pessoas indicados no art. 82. Aqui se trata inquestionavelmente de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim o afirma o legislador, quando expressamente se refere ao litigar, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores; mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos, mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos. (GRINOVER, 1999, p. 770).

A aplicação da teoria da legitimação extraordinária ao estudo da tutela processual coletiva mostra-se conveniente à medida que o conceito de legitimação extraordinária é plenamente estabelecido pela doutrina pátria. Há, entretanto, consideráveis falhas decorrentes da adoção de tal entendimento. A respeito de ambas as facetas mencionadas, Fernando da Fonseca Gajardoni preleciona:

A grande vantagem desta posição é se aproveitar de um instituto típico e conhecido do processo individual, adaptando-o às nuances do processo coletivo. Traz, entretanto, a desvantagem de não representar adequadamente o fenômeno, já que não se pode negar que o autor coletivo – especialmente nas hipóteses de tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – também é o titular do direito material ou mesmo tem, entre suas finalidades institucionais, a defesa do bem ou direito objeto da ação (de modo que o direito tutelado não é alheio a ele). (GAJARDONI, 2012, p. 50).

A segunda teoria relativa à legitimação ativa para o processo coletivo preconiza que a legitimidade em questão é de natureza ordinária. Os defensores desta corrente entendem que o autor da ação encontra-se em defesa de direitos dos quais também é titular, de maneira pessoal ou institucional, havendo, assim, “coincidência de parcela da titularidade do direito material ou dos fins institucionais com a representação processual.” (GAJARDONI, 2012, p. 51).

Depreende-se, porém, que o conceito de legitimação ordinária somente se adequaria à defesa de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, visto que direitos individuais homogêneos são naturalmente inerentes a indivíduos predeterminados. Neste sentido, Gajardoni conclui:

Quando os direitos e interesses tutelados pela ação coletiva fossem individuais homogêneos, haveria mesmo legitimação ativa *extraordinária* (a título de substituição processual), tal qual defendido na primeira posição. (GAJARDONI, 2012, p. 52).

Por fim, a terceira teoria trata a legitimação ativa para o processo coletivo como sendo “autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsrecht*)”. (GAJARDONI, 2012, p. 53).

Considerando tal modalidade, Fernando da Fonseca Gajardoni esclarece que os modelos concernentes à legitimidade extraordinária

e legitimidade ordinária usualmente aplicados ao processo individual são incompatíveis com o processo coletivo, sendo necessária a conceituação distinta que melhor alcance suas peculiaridades.

De acordo com os defensores desta tese, a legitimação autônoma para a condução do processo seria um modelo de legitimação própria, *sui generis*, existente exclusivamente no âmbito do direito processual coletivo e em razão dos direitos e interesses metaindividuais que ele tutela. Para eles, não tem cabimento no processo coletivo a aplicação do modelo de legitimação do processo individual (*ordinária e extraordinária*), a qual é baseada, exclusivamente, na titularidade (ou não) do direito material (GAJARDONI, 2012, p. 55).

Em que pese se afigure mais adequada ao estudo do tema a terceira teoria atinente à legitimação ativa para a propositura de ações de caráter coletivo, fica claro que adotá-la não é suficiente para alterar a ótica essencialmente privada atribuída a tais modalidades processuais (MACIEL JR, 2006).

6.1. A estratégia publicista adotada no Brasil

No Brasil, a solução aplicada ao modelo de representação em ações coletivas é tratada pela doutrina como “publicista”, uma vez que, conforme leciona Rodrigo Mendes de Araújo, os entes políticos e as entidades da administração pública indireta, tradicionalmente atuantes para o alcance do interesse público, “são os responsáveis pela gestão da coisa pública e do bem comum, o que os torna, por consequência, legitimados ‘naturais’ à defesa dos interesses coletivos *lato sensu*.” (ARAÚJO, 2013, p. 129).

Um dos principais reflexos da política legislativa aplicada aos direitos coletivos é a previsão sobre a legitimação ativa para postulação desses direitos em juízo somente atribuída a órgãos e entidades predeterminados. A Lei da Ação Civil Pública dispõe, em seu art. 5º:

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil,.

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

(BRASIL, 1985).

A exemplo da Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor também atribui legitimação ativa a determinados órgãos e entidades:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 1990).

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor tenha trazido ligeira alteração quanto aos requisitos previstos para a proposição de ações coletivas pelas associações (acrescentando tal previsão à Lei de Ação Civil Pública por meio da inclusão do § 4º em

seu art. 5º), observa-se que a restrição fundamental à propositura de ações se manteve, visto que foi reproduzido o modelo de legitimação expressa proposto inicialmente pela LACP.

Investigando as razões para a adoção da estratégia publicista, Mancuso (1997, p. 106) atribui tal opção ao temor do enfraquecimento do Estado diante da possibilidade de que demandas advindas de direitos coletivos não tenham solução relacionada à direta atuação estatal – por meio dos entes legalmente legitimados.

Apesar da existência de divergências doutrinárias, Mancuso alia-se à corrente que apoia a necessária evolução dos mecanismos processuais a fim de abrigar adequadamente a “ordem coletiva” na qual vivemos. Comenta Mancuso:

Aliás, a história das instituições políticas está a evidenciar que somente através de expedientes espúrios ou artificiais foi possível afastar os grupos sociais dos centros de decisão política, e, mesmo assim, por curto espaço de tempo. (MANCUSO, 1997, p. 107).

Portanto, a real intenção legislativa ao impor restrições à obtenção da tutela de direitos coletivos (*lato sensu*) representa, sob a ótica de Mancuso, a estratégia estatal de “reservar para si o poder de fazer a ‘escolha política’ dentre aqueles interesses; e ação dos grupos que deles querem se fazer portadores significaria uma concorrência incômoda.” (MANCUSO, 1997, p. 108).

6.2. Legitimação e *adequacy of representation* no direito norte-americano

No direito norte-americano, o conceito de legitimidade processual é distinto do instituto da representação coletiva. André Vasconcelos Roque (2013, p. 80) aponta que “não se conhece nos Estados Unidos nenhuma concepção análoga ao conceito de legitimação extraordinária” (ROQUE, 2013, p. 80).

Assim, a legitimidade é tratada como a detenção de direito individual pelo autor em relação aos interesses defendidos em juízo. Considerando tal tratamento, o juízo de admissibilidade da ação coletiva quanto à legitimidade/representação passa por dois momentos:

A primeira etapa consiste em verificar se o representante tem legitimidade (*standing to sue*) sob um ponto de vista tipicamente individual [...]. A segunda etapa, que se refere à representação da coletividade propriamente dita, envolve os requisitos gerais de admissibilidade e as categorias da Regra 23. (ROQUE, 2013, p. 81).

Dessa forma, verifica-se que o representante da classe, por ocasião da propositura de *class action*, deve ser necessariamente indivíduo diretamente atingido pelos resultados da conduta lesiva a cuja reparação se pretende. A noção de legitimidade é, pois, consubstanciada na idéia de prejuízo efetivo sofrido pelo autor da ação.

Em uma *class action*, é necessário que o representante demonstre possuir legitimidade, antes de quaisquer outras considerações. Entende-se que a mera presença de questões comuns do representante com outros indivíduos do grupo, por si só, não é fundamento suficiente para superar a ausência de legitimidade dos autores de uma ação coletiva (ROQUE, 2013, p. 88).

Conclui-se que, ao contrário do observado no ordenamento jurídico nacional, a detenção de legitimidade, vista sob a ótica da relação direta com o fato causador dos danos, é pressuposto necessário à representação adequada por ocasião da propositura de ações coletivas no formato das *class actions*. Nesse sentido é a importante consideração feita por André Vasconcelos Roque acerca das relações entre legitimidade e representação no direito norte-americano:

A consequência direta do modelo de legitimação norte-americano é que, pelo menos em linha de princípio, como os representantes devem alegar ter sofrido um prejuízo individual e particularizado em virtude da conduta imputada ao réu, necessariamente eles serão integrantes da classe afetada. (ROQUE, 2013, p. 89).

A dupla função do controle da representatividade adequada é exposta por André Vasconcelos Roque nos seguintes termos:

O controle da representatividade adequada possui duas funções muito importantes: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros [...] (ROQUE, 2013, p. 133).

Considerando tais objetivos, faz-se necessário avaliar a inexistência de conflitos de interesses entre a classe e seu representante, bem como a capacidade deste último de oferecer defesa vigorosa às pretensões da coletividade (ROQUE, 2013, p. 136).

O controle da representatividade adequada nas *class actions* é tarefa essencialmente atribuída ao juiz, que deve, de ofício e em todas as fases do processo (até mesmo após proferir a sentença) aferir a continuidade da qualidade inerente ao representante. Caso não verifique a presença da representatividade adequada no momento de propositura da ação, o juiz não irá conceder a certificação necessária ao processamento da *class action*, razão pela qual tal requisito é considerado “o ponto mais controvertido em uma decisão de certificação” (ROQUE, 2013, p. 134).

Na hipótese de propositura de *class action* sem que o requisito da representatividade adequada esteja preenchido, a ação poderá ser extinta, ou ainda convertida, de ofício, em demanda de cunho individual. De maneira semelhante, caso se verifique situação de ausência de representatividade adequada superveniente, a ação coletiva também poderá ser transformada em ação individual.

7. Aplicabilidade do conceito de representação adequada à reestruturação do sistema de legitimação para as ações coletivas no Brasil

A lesão a direitos individuais homogêneos gera duas variedades de pretensões reparatórias, sendo uma delas de natureza individual, enquanto a outra é inerente ao grupo portador do direito.

Conforme mostrado, no Brasil, apesar de os detentores do direito individual homogêneo serem diretamente interessados no processo, cujo resultado será eventualmente pela procedência ou pela improcedência da pretensão coletiva, somente os entes institucionais são dotados de legitimidade para buscá-la em juízo.

Nos termos anteriormente expostos, os diplomas legais de maior representatividade no âmbito do processo coletivo brasileiro seguem modelo de legitimidade estático, taxativo, relegando ao indivíduo papel secundário no tratamento dos direitos cuja titularidade não seja unitária.

Neste sentido, pontua Rodrigo Mendes de Araújo:

Nas duas principais oportunidades, o legislador pátrio optou por não conferir aos indivíduos legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*. Tanto por ocasião da edição da Lei de Ação Civil Pública, quanto do Código de Defesa do Consumidor, conferiu-se legitimidade aos entes públicos, aos corpos intermediários e ao Ministério Público, relegando a participação do indivíduo às ações pessoais e, ainda, a uma intervenção inconveniente nas ações para a tutela dos direitos individuais homogêneos. (ARAÚJO, 2013, p. 158).

Quanto aos direitos difusos e coletivos *lato sensu*, a opção publicista aplicada ao direito pátrio mostra-se adequada, pois os órgãos e entidades legitimados à sua defesa apresentam plena aptidão para propor ações que busquem reparação à coletividade.

Entretanto, apesar da escolha correta em relação aos interesses coletivos de natureza indivisível, os mesmos motivos não representam justificativa aceitável para tolher a legitimidade individual por ocasião da defesa de direitos individuais homogêneos.

Verifica-se que, ao se delimitarem de maneira taxativa os legitimados para a propositura de ações com pretensão a direitos transindividuais, o legislador restringiu sobremaneira o acesso à jurisdição para a reparação de danos causados pela violação a direitos individuais homogêneos. Conforme tratado antes, a violação de tais direitos somente será objeto de propositura de ação nas hipóteses em que se fizer presente um incontestável interesse público.

O exame da legitimação para a tutela coletiva compreende, essencialmente, três principais etapas:

a) a identificação, no cardápio legislativo, que funciona como o primeiro filtro, de quem pode, em tese, conduzir m processo coletivo como autor ou réu; b) o controle jurisdicional *in concreto* da adequação dessa legitimação; c) o controle da condução do legitimado adequado, feito pelo juiz e pelos substituídos, de modo a tornar adequada também a sua atuação (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 211).

Fica claro que a primeira etapa, atinente à verificação dos legalmente legitimados à propositura de ação coletiva, conforme demonstrado, representa o principal obstáculo à satisfação dos direitos individuais homogêneos. Após a constatação de que somente os entes listados pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor são aptos à tutela processual de direitos transindividuais, nota-se que diversas possibilidades de reparação a interesses dessa natureza são perdidas, visto que diversas delas não são compatíveis com as finalidades institucionais dos colegitimados do art. 5º da IACP e do art. 82 do CDC.

O efeito desta obstaculização é, por vezes, a formulação de demandas puramente individuais para o provimento de direito cuja tutela é preferencialmente coletiva. A sobrecarga da jurisdição, com número excessivo de novas demandas propostas em razão de um mesmo fato e a ausência de segurança jurídica em razão da probabilidade de decisões conflitantes acerca de questão idêntica são algumas das consequências negativas advindas do tratamento individualizado de direitos individuais homogêneos.

Revela-se, assim, a importância da aplicação da segunda etapa do procedimento exposto por Didier e Zaneti anteriormente transcrito, uma vez que, diante da atuação do órgão no caso concreto, caberá ao juiz a análise do preenchimento dos pressupostos necessários à propositura da ação coletiva.

Dessa forma, para que os objetivos das ações coletivas sejam alcançados, “será necessária a depuração dos conceitos de representação adequada, procurando uma identificação entre a busca dessa representação adequada e a finalidade da tutela coletiva.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 203).

Assim, com vistas a garantir o acesso à jurisdição, à economia processual e à segurança jurídica, seria necessário que prevalescesse o instituto da representação adequada advindo das *class actions* em detrimento do sistema de legitimação legal à tutela coletiva jurisdicional, que se originou da estratégia publicista.

Faz-se necessário destacar importante previsão, posteriormente vetada, do anteprojeto da Lei de Ação Civil Pública, que tratava da inclusão do conceito de representatividade adequada em relação às associações. De acordo com o art. 2º do Projeto de Lei nº 3.034/84, concedia-se ao juiz margem discricionária para análise da presença de representatividade adequada no caso concreto.

Tratando da influência inicial exercida pelo modelo das *class actions* no texto original da Lei 7.347/85, preconiza Rodolfo de Camargo Mancuso, em relevante comentário a título comparativo:

Assim se fez com o conceito de representatividade adequada das *class actions* do Direito norte-americano, atribuindo uma certa dose de discricionariedade ao juiz (Federal Rules of Civil Procedure, de 1996, n. 23), mas fixando na disciplina legislativa as condições para avaliá-las. (MANCUSO, 2002, p. 101).

Cássio Scarpinella Bueno oferece considerações essenciais para o tratamento do assunto no Brasil, conferindo destaque à atuação do magistrado na análise da representatividade adequada quanto ao caso concreto:

Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que *não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei*. Que a lei possa (e deva) indicar soluções, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitido ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, *plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo adequadamente cumpridos*. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva. (BUENO, 2014, p. 71, grifos nossos).

Verifica-se que a influência do instituto assume tons mais pronunciados no que se refere à atuação do juiz no caso concreto, dispondo de discricionariedade para realizar a análise da correta subsunção dos pressupostos legais à figuração do autor da demanda coletiva como representante do grupo.

A gradual incorporação do conceito de representação adequada pelo direito brasileiro, ainda que atualmente tímida, mostra-se

essencial ao correto tratamento de questões processuais coletivas ainda sem resposta na legislação pátria.

8. Devido processo legal coletivo e representação adequada

De acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr., “o princípio do devido processo legal tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso.” (DIDIER JR, 2016, p. 69).

Em sentido complementar, André Vasconcelos Roque (2013, p. 557) preconiza que, entre outras características, o devido processo legal tradicionalmente exige que seja dada aos litigantes a oportunidade de tomar ciência dos atos processuais, podendo, assim, apresentar seus argumentos em defesa do direito discutido.

Quando se trata da tutela jurisdicional coletiva, a garantia do devido processo legal adquire certas peculiaridades em relação à sua acepção clássica, visto que, dentre outras alterações procedimentais, torna-se inviável informar a todos os interessados os atos processuais a serem praticados.

Didier e Zaneti aduzem ser necessário “pensar em um devido processo legal coletivo”, pois é “preciso construir um regime diferenciado para o processo coletivo.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 104).

Tratando do devido processo legal e de sua roupagem coletiva adquirida diante das *class actions*, André Vasconcelos Roque leciona:

As *class actions* representam uma exceção à concepção tradicional do devido processo legal. Para proporcionar economia processual e permitir que sejam apreciadas pretensões que, de outra forma, jamais seriam submetidas ao Poder Judiciário [...], admitem-se processos de natureza representativa (*representati-*

ve suits). Como seria simplesmente impossível exigir que todos os envolvidos participassem ativamente de uma ação coletiva, admite-se que eles atuem através de um ou mais representantes, que deverão tomar as decisões sempre no interesse do grupo [...] (ROQUE, 2013, p. 558, grifos nossos).

Na hipótese de que o conceito de representatividade adequada não estivesse presente entre os requisitos de admissibilidade das *class actions* dispostos na *Rule 23*, as ações coletivas dificilmente teriam a ampla utilização e efetividade atualmente observadas (ROQUE, 2013, p. 560).

Conferindo ênfase ao fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, a relação consequencial entre o devido processo legal aplicado à tutela jurisdicional coletiva e o conceito de representação adequada é abordada por Didier e Hermes Zaneti:

A despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o 'representante adequado' para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo, esfera na qual 'os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado' (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 204, grifos nossos).

Verifica-se que a garantia ao devido processo legal, em sede de ações que discutem direitos transindividuais, é moldada à tutela coletiva por meio do controle da representação adequada. Nesse sentido, pontua Araújo:

Nos Estados Unidos, o legislador criou uma fórmula com vistas a *compatibilizar o devido processo legal e a utilização das ações coletivas*: exigiu que o candidato a representante do grupo tutelasse de forma justa e adequada (*fairly and adequately*) os interesses de todos os membros ausentes (ARAÚJO, 2013, p. 190, grifos nossos).

As características essenciais do devido processo legal coletivo, consideradas, à luz das soluções da doutrina norte-americana, “verdadeiros princípios autônomos do direito processual coletivo” (DIDIER; ZANETI, 2017, p. 105), são expostas em pertinente comentário doutrinário:

Princípio da adequada representação, princípio da competência adequada, princípio da certificação adequada, princípio da informação e publicidade adequada e o princípio da coisa julgada diferenciada com a extensão *secundum eventum litis* da decisão favorável ao plano individual. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 105).

Portanto, depreende-se que o conceito de representação adequada nas ações coletivas – aliado aos demais “princípios do direito processual coletivo” mencionados –, ao garantir que o grupo possua representante apto à defesa de seus interesses, é essencial para que não haja desrespeito ao devido processo legal.

9. Conclusão

Há uma relação complementar entre os mecanismos de legitimação/representação do ordenamento jurídico brasileiro e do norte-americano. Enquanto a legislação pátria considera aptos à propositura de ações coletivas órgãos e entidades dotados de natureza essencialmente pública, privilegiando a defesa de direitos transindividuais em sua dimensão ampla – interesses difusos e coletivos em sentido estrito –, a estratégia norte-americana é fortemente calcada na verificação da detenção individual de direito coletivamente considerado.

Assim, enquanto nos Estados Unidos se privilegiou a autonomia privada para a propositura de ações com vistas à reparação de direitos pertencentes a grupo determinado de indivíduos, no Brasil os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* foram tratados de maneira prioritária, em detrimento dos direitos individuais homogêneos.

Rodrigo Mendes de Araújo contribui para expor a dicotomia entre o direito norte-americano e o ordenamento jurídico nacional na tutela de direitos individuais homogêneos:

Nos Estados Unidos da América *cada uma das vítimas tem a legitimidade para defender não somente o seu interesse individual, mas também para ser o “representante” dos demais indivíduos que fazem parte da classe*. Inclusive, a necessidade de que o representante seja um membro da classe é considerada um dos requisitos das *class actions* (ARAÚJO, 2013, p. 161, grifos nossos).

Apesar de não haver inconstitucionalidade na legitimação do Ministério Público e demais colegitimados para a propositura de ações de caráter coletivo aptas a tutelar direitos individuais homogêneos, a atuação deles mostra-se inviável nas situações em que a natureza dos direitos em litígio é divisível – sem traços de interesse público ou social amplo. Assim, observa-se que o sistema estático de legitimação da legislação pátria, especialmente no que se refere aos direitos individuais homogêneos, em que pese não inviabilizar completamente a propositura de ação coletiva de reparação de determinados interesses transindividuais, dificulta consideravelmente a satisfação desses direitos. Assim, o sistema de legitimação legal, em razão da previsão de rol taxativo de sujeitos ativos, se torna o principal obstáculo ao provimento jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Portanto, a incorporação de técnicas que visem à efetivação jurisdicional relativa aos direitos acidentalmente coletivos é de grande necessidade no ordenamento jurídico nacional.

Didier e Zaneti ressaltam a tendência em flexibilizar o rol legal de legitimados para a propositura de ações coletivas em razão da necessária adoção, de modo expresse, do conceito de representação adequada, aduzindo que “a tendência é a consagração legislativa da possibilidade desse controle judicial” (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2017, p. 202).

Em sentido idêntico, André Vasconcelos Roque anota que a atual “presunção absoluta de adequação dos representantes arrolados pelo legislador pode não passar de ilusão” (ROQUE, 2013, p. 561), destacando, ainda, que “embora o sistema brasileiro não afirme expressamente o controle judicial da adequação do representante, tal providência não só é possível, como plenamente recomendável” (ROQUE, 2013, p. 562).

Desta forma, será garantida a efetividade de direitos e interesses de titularidade coletiva cuja postulação pelo Ministério Público e demais legitimados não se mostra adequada, como ocorre na maioria dos casos observáveis em que se requer provimento jurisdicional diante da violação de direitos individuais homogêneos.

Faz-se necessário considerar que, mesmo no que se refere aos demais direitos de natureza coletiva – direitos difusos e coletivos *stricto sensu* –, a atribuição de legitimidade a entes predeterminados não constitui a melhor solução.

As constatações acerca do descompasso entre os mecanismos do direito processual tradicional aplicados ao processo coletivo são assim sintetizadas por Mancuso: “A doutrina é unânime no sentido de que o processo civil, tendo sido forjado para a tutela de situações jurídicas individuais, está sensivelmente “deslocado” quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais” (MANCUSO, 1997, p. 208).

Tratando da crescente tendência à diversificação dos legitimados à propositura de ações coletivas, inclusive quanto àquelas que se direcionam à tutela de direitos difusos, Mancuso (1997, p. 109) aduz que a representação adequada gradualmente vem sendo incorporada no ordenamento jurídico interno:

O Estado moderno está sendo levado naturalmente à constatação de que os interesses difusos são insuscetíveis de captação e apropriação isolada, até mesmo por ele, Estado. Formam um

reduto que transcende a ordem normativa já estabelecida e, por isso mesmo, até que se definam as “escolhas políticas” que a respeito deles se podem estabelecer, *tais interesses devem ser tuteláveis disjuntiva e concorrentemente, sem possibilidade de atribuição exclusiva a um portador determinado*. (MANCUSO, 1997, p. 109, grifos nossos).

Desta forma, a fim de otimizar a técnica processual – especialmente diante dos direitos pretendidos –, é recomendável promover o deslocamento do modelo de titularidade estatal exclusiva para aquele advindo das *class actions*, adotando-se o conceito de representação adequada para verificar-se, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos necessários à propositura de ação coletiva em nome do grupo representado.

10. Referências

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#-view>. Acesso em: 8 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 470, Segunda Seção, julgado em 24 de novembro de 2010, DJe 6 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 631.111-GO. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 30 de outubro de 2014.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *A insurreição da aldeia global contra o Processo Civil Clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8688>>. Acesso em: 5 set. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 82, p. 92-151, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: direito processual público, direito processual coletivo. vol. 2, tomo III, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos II*: ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*: código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

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

GIDI, Antônio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 5, maio/jun. 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. 1. ed. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

SÃO PAULO. Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Súmula nº 7. Reunião de 20 de junho de 2017. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725105545.pdf>. Acesso em: 8 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TOPAN, Luiz Renato. *Ação Coletiva e Adequação da Tutela Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis. (Org.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 441-457.

Artigo recebido em: 21/8/2018

Artigo aprovado em: 20/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180015