



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Alexandre Magno da Conceição Bittencourt

**A representação adequada no processo coletivo: aspectos teóricos e  
elementos para a sua sistematização**

Rio de Janeiro

2020

Alexandre Magno da Conceição Bittencourt

**A representação adequada no processo coletivo: aspectos teóricos e elementos para a sua sistematização**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B624 Bittencourt, Alexandre Magno da Conceição.

A representação adequada no processo coletivo: aspectos teóricos e elementos para sua sistematização / Alexandre Magno da Conceição Bittencourt - 2020.

269 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo civil - Teses. 2. Devido processo legal - Teses. 3. Ação coletiva - Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Alexandre Magno da Conceição Bittencourt

**A representação adequada no processo coletivo: aspectos teóricos e elementos para a sua sistematização**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 10 de março de 2020.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Andre Vasconcelos Roque  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida  
Universidade Federal Fluminense e Universidade Estácio de Sá

Rio de Janeiro

2020

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Leda, pelo amor desmedido com que me acolheu neste mundo.

Ao meu pai, Waldemar, por ter feito tudo que estava a seu alcance para me proporcionar o que havia de melhor e por me revelar que o conhecimento é um dos ativos mais valiosos que construímos em nossas vidas, sendo sempre um fim, nunca um simples meio.

Ao meu amor, Aline, por sua calma, generosidade, amor e por estar sempre ao meu lado.

Aos meus padrinhos, Ana, Jorge e Cristóvão pelo amor e apoio incondicionais.

Aos meus tios, Áurea e Manuel, segundos pais, pelo amor e carinho com que me trataram desde sempre.

Aos meus primos, por me acolherem como um irmão.

À minha amiga Jane Costa Fernandes, pela dedicação e carinho de mãe a mim dispensados.

Ao meu orientador Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, pela ajuda na construção deste trabalho.

Aos professores Marco Antonio Rodrigues, Diogo Malan, Luiz Fux, Antonio Cabral e Luís Roberto Barroso, pelas aulas ministradas e conhecimentos transmitidos.

Ao professor Andre Vasconcelos Roque, pelas valiosas sugestões na banca de qualificação.

À UERJ, grande instituição de ensino do nosso país, por ter me concedido a oportunidade de estudar.

À equipe da Biblioteca da UERJ, pelo apoio e ajuda na realização da pesquisa acadêmica.

## RESUMO

BITTENCOURT, Alexandre Magno da Conceição. **A representação adequada no processo coletivo**: aspectos teóricos e elementos para sua sistematização. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da representação adequada nos processos coletivos. Na primeira parte, demonstra-se que a representação adequada é um instituto do Direito Processual Coletivo, atraindo a sua principiologia e normatividade. A seguir, analisa-se a relação entre a representação adequada e o conceito de jurisdição, argumentando-se que a visão tradicional deste último deve ser revisitada, tendo em vista as atividades de supervisão e gestão, entendidas como importantes para o controle da representação adequada e exercidas durante todo o processo pelo magistrado. Ademais, afirma-se a constitucionalidade do processo coletivo, com foco na cláusula do devido processo legal e outros relevantes princípios constitucionais, contraditando, assim, importantes críticas feitas na doutrina, sendo relevante para a tarefa, a análise, em perspectiva constitucional, de institutos do processo coletivo nos Estados Unidos, Alemanha e Brasil. A segunda parte demonstra que a representação adequada não é um mero exercício de pragmatismo, sendo possível construir teorias aptas a explicar a existência de processos representativos, a partir das noções de eficiência processual e dignidade. Além disso, verifica-se que, a fim de assegurar a representação adequada nos processos coletivos, alguns requisitos devem ser observados, como uma metodologia específica para abordar o problema e o controle judicial, o qual é visto como indispensável, devendo ser realizado com base em critérios de natureza qualitativa e quantitativa, idôneos a assegurar a higidez do processo, possibilitando, desta forma, a extensão de seus efeitos sobre aqueles que dele não participaram diretamente. Por fim, demonstra-se que a decisão de saneamento e organização do processo é um marco importante para o controle judicial da representação adequada nas ações coletivas brasileiras, bem como mostra a relevância, no sistema de casos repetitivos, de as partes opinarem sobre questões referentes à seleção de processos, representação adequada e questões jurídicas relevantes antes de o juiz decidir sobre a representação adequada.

Palavras-chave: Processo civil. Litigância coletiva. Ações coletivas. Devido processo legal.

Representação adequada. Controle judicial.

## ABSTRACT

BITTENCOURT, Alexandre Magno da Conceição. **Adequacy of representation in the collective actions:** theoretical aspects and elements for its sistematization. 2019. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

This work aims to study the adequacy of representation in the collective actions. In the first part, adequacy of representation is shown to be an institute of Collective Litigation, attracting its principles and norms. Sequentially, the work analyses the relationship between adequacy of representation and adjudication, arguing that the traditional view of this concept shall be revisited, as supervision and management activities, exercised by the judge along the process, are seen as decisive for the task of reviewing adequacy of representation. Moreover, the constitutionality of collective actions is affirmed, focussing on the due process clause and other relevant constitutional principles, denying, thus, influential criticisms made in the literature, being relevant for this goal the analysis, in constitutional perspective, of institutes of Collective Litigation in the United States, Germany and Brazil. The second part attests that adequacy of representation is not a mere exercise of pragmatism, as it is possible to build theories able to explain representative processes from the concepts of efficiency and dignity. Furthermore, it is shown that to assure adequacy of representation in collective actions, some requirements must be found, for instance, a specific methodology to approach the problem and the judicial review, that is considered to be essential and conducted from qualitative and quantitative criteria, all able to guarantee a fair process, allowing the extension of the effects of the decision on people who do not take any direct participation in the process. Finally, it is shown that the decision that organizes the process is an important reference for reviewing adequacy of representation in brazilian collective actions, as well as it is stressed how relevant is for the process, within the repetitive cases system, the parties be able to manifest their opinions related to process selection, adequacy of representation and applicable legal questions before the judge decides about adequacy of representation.

Keywords: Civil Procedure. Multi-party litigation. Collective actions. Due process of law. Adequacy of representation. Judicial review.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AJURIS	Associação de Juízes do Rio Grande do Sul
AO	Ação Originária
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	<b>CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>
EC	Emenda Constitucional
EDcl	Embargos de Declaração
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
Incs.	Incisos
IPTU	Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MP	Ministério Público
NAACP	<i>National Association for the Advancement of Colored People</i>
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PR	Estado do Paraná
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
RS	Estado do Rio Grande do Sul
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNESA	Universidade Estácio de Sá
US	<i>United States</i>
USP	Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
1	<b>REPRESENTAÇÃO ADEQUADA, PROCESSO E JURISDIÇÃO</b> .....	15
1.1	<b>O surgimento do processo coletivo. Da <i>actio popularis</i> às <i>class actions</i>: A origem da representação como forma de participação</b> .....	15
1.2	<b>Direito Processual Coletivo: concepções doutrinárias e definição</b> .....	20
1.3	<b>A representação adequada como técnica do Direito Processual Coletivo</b> .....	27
1.4	<b>Representação Adequada e Jurisdição</b> .....	29
1.4.1	<u>O entendimento doutrinário clássico da jurisdição</u> .....	29
1.4.2	<u>As novas funções da jurisdição e sua relação com a representação adequada</u> .....	33
2	<b>DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA: A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	39
2.1	<b>Processo civil clássico x Processo civil coletivo</b> .....	39
2.2	<b>A constitucionalidade do processo coletivo</b> .....	41
2.2.1	<u>O processo coletivo como consequência das lutas pelos direitos sociais e do fenômeno da judicialização</u> .....	42
2.2.2	<u>O devido processo legal coletivo</u> .....	46
2.2.3	<u>Acesso à justiça</u> .....	53
2.2.4	<u>Economia processual</u> .....	56
2.2.5	<u>Segurança jurídica</u> .....	59
2.2.6	<u>Isonomia</u> .....	64
2.2.7	<u>As críticas à constitucionalidade do processo coletivo e seus instrumentos</u> .....	67
2.2.7.1	A constitucionalidade das <i>class actions</i> .....	68
2.2.7.2	A constitucionalidade do procedimento-modelo alemão ( <i>Musterverfahren</i> ) .....	73
2.2.7.3	A constitucionalidade do IRDR .....	76
2.3	<b>A Representação Adequada como consectário lógico da proteção constitucional aos direitos coletivos</b> .....	80
3	<b>TEORIZANDO A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA</b> .....	81
3.1	<b>Formulação do problema e história</b> .....	81
3.2	<b>As formulações teóricas da representação adequada</b> .....	89
3.2.1	<u>Uma teoria da não-representação?</u> .....	92

3.2.2	<u>Uma teoria com base na participação. A necessidade de justificar teoricamente a representação</u> .....	94
3.2.2.1	A teoria da representação: substituição da participação, baseada na eficiência....	95
3.2.2.1.1	A eficiência avaliada pela análise econômica do direito .....	96
3.2.2.1.2	A eficiência avaliada pela teoria da justiça de Dworkin .....	101
3.2.2.2	A teoria da representação: substituição da participação, baseada no respeito à dignidade e sua importância para o processo.....	105
3.2.2.3	Pensando a participação-representação a partir das teorias apresentadas .....	109
4	<b>A METODOLOGIA DA REPRESENTAÇÃO</b> .....	113
4.1	<b>A lição da Suprema Corte Americana: diretrizes para a adequação da representação</b> .....	114
4.2	<b>Os direitos coletivos e a representação</b> .....	121
4.3	<b>A metodologia de Edilson Vitorelli</b> .....	133
4.4	<b>A metodologia americana</b> .....	143
4.5	<b>A importância da metodologia que estabelece a representação adequada</b> ..	147
5	<b>O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA</b> .....	152
5.1	<b>A afirmação da necessidade do controle judicial da representação adequada</b> .....	153
5.2	<b>O controle judicial da representação adequada nos Estados Unidos: anotações sobre a jurisprudência</b> .....	163
5.3	<b>O controle judicial da representação adequada no Brasil: anotações sobre a jurisprudência</b> .....	170
6	<b>OS CRITÉRIOS PARA A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA</b> .....	183
6.1	<b>Os critérios qualitativos</b> .....	185
6.1.1	<u>O critério temporal</u> .....	185
6.1.2	<u>O critério pessoal</u> .....	190
6.1.2.1	O representante da classe.....	190
6.1.2.2	O advogado da classe .....	200
6.1.3	<u>O critério institucional</u> .....	216
6.2	<b>O critério quantitativo</b> .....	218
6.3	<b>Os critérios de avaliação da representação adequada nos anteprojetos de códigos coletivos brasileiros</b> .....	227
7	<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E A SELEÇÃO DE PROCESSOS:</b>	

	<b>OS CASOS AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO</b> .....	228
7.1	<b>O caso americano: As <i>class actions</i></b> .....	229
7.2	<b>O caso alemão: O <i>Musterverfahren</i></b> .....	232
7.3	<b>O caso brasileiro</b> .....	234
7.3.1	<u>O sistema de casos repetitivos e as ações objetivas de controle de constitucionalidade</u> .....	235
7.3.2	<u>O microsistema processual coletivo</u> .....	243
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	251
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	257

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é tratar de um importante instituto do direito processual coletivo, a representação adequada, estudando a sua gênese, sua importância para o direito processual coletivo, sua relação com a jurisdição, assim como as justificativas teóricas para o seu desenvolvimento. Além disso, são apontados elementos para a sistematização do instituto, como a identificação de princípios informadores, uma metodologia para sua implementação, o indispensável controle judicial e os critérios de avaliação.

Um outro aspecto do estudo que merece ser revelado de início é que ele apresenta um evidente marco teórico, qual seja: a análise econômica do direito. Assim sendo, sempre que possível ou conveniente, o estudo buscará apresentar justificativas e explicações amparadas nas lições da economia, sobretudo na teoria dos jogos, haja vista a concepção de que o processo civil nada mais é do que um jogo não cooperativo, em que as partes traçam suas estratégias de antemão, sem conhecer com exatidão todo o conjunto de informações relacionado à causa, o que gera assimetrias que possuem repercussões importantes, sobretudo na seara processual coletiva.

A relevância do estudo parece cristalina. Em um mundo em que as relações jurídicas são cada vez mais dinâmicas, envolvendo um contingente expressivo de pessoas, o sistema jurídico precisa de novas ferramentas capazes de enfrentar a realidade que surge, sob pena de os tribunais ficarem cada vez mais sobrecarregados, drenando recursos da sociedade que poderiam ser utilizados em atividades com maior retorno.

Assim, muitas relações jurídicas que se tornam conflituosas, sendo decididas perante as cortes de justiça são, na verdade, questões repetitivas, reproduzidas em diferentes processos, de forma que uma determinada interpretação da lei gera uma tese jurídica apta a resolver a questão para todos os envolvidos. Ou, alternativamente, vários problemas que se discutem em juízo, usualmente, dizem respeito a um determinado agrupamento social, de forma que o tratamento mais eficiente da questão e, muitas vezes, o único possível, é, de fato, a via coletiva.

Tomando por base tal realidade, nada mais justo do que perquirir se é de fato necessário que todos os envolvidos compareçam perante o juiz a fim de resolverem suas contendas e terem seus direitos concretizados. Em havendo mecanismos idôneos a dispensar a presença dos interessados em juízo, ao mesmo tempo em que o devido processo legal e as demais garantias processuais são assegurados, seria possível avançar de forma significativa no

estudo do processo civil, dotando-o de uma eficiência e abrangência impensadas durante muitos anos.

A pretensão da representação adequada enquanto instituto processual é justamente produzir uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, tempestiva e econômica, tarefa realizada pela articulação de quatro valores constitucionais que envolvem o Direito Processual Coletivo, quais sejam: o acesso à justiça, a economia processual, a segurança jurídica e a isonomia. Assim, a representação adequada busca concretizar o devido processo legal, viabilizando o tratamento processual coletivo de questões comuns a uma miríade de processos e das questões atinentes a certos agrupamentos sociais, cujo tratamento adequado requer a via coletiva, por necessidade ou adequação. O objetivo deste estudo é verificar se isso é realmente possível, em que medida e sob que condições.

É importante entender a forma pela qual a tarefa será cumprida.

Para que a tarefa seja realizada, é vital observar a experiência americana. O processo coletivo estadunidense alcançou um desenvolvimento de tal ordem que muito do conhecimento estilizado sobre o assunto teve origem na academia e nos tribunais americanos. A partir do século XIX as *class actions* têm ocupado um relevante espaço na cena processual americana, o que motivou intensos debates e reflexões na doutrina e na jurisprudência que serão aqui abordados, por meio do estudo de casos e da análise crítica dos ensinamentos de importantes doutrinadores.

Não obstante, o trabalho contempla também uma importante experiência europeia, o instituto do *Musterverfahren* alemão. É certo que nesse continente, a experiência com o processo coletivo não é tão expressiva quanto a americana, porém o instituto aqui analisado é relevante para o novo processo civil brasileiro, por servir de inspiração para a criação de uma das grandes apostas do Código de Processo Civil (CPC), a lei 13.105/2015, que vem a ser o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, doravante chamado de IRDR. Assim sendo, as lições da jurisprudência alemã tornam-se uma referência obrigatória para quem estuda os incidentes de coletivização no Brasil.

Em nosso país, por sinal, inexistente uma sistematização do instituto da representação adequada. Conquanto seja um instrumento central ao processo coletivo, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, onde a lei a elenca como um dos requisitos das *class actions*, no Brasil a legislação não a menciona, ainda que a doutrina e a jurisprudência reconheçam a sua importância e relevância para o processo. Assim, o instituto é valorizado na realidade forense, ainda que a lei e a jurisprudência não tenham ainda alinhavado elementos precisos e sistemáticos para a sua caracterização, identificação, controle e valoração.

Como já dito acima, a pretensão deste trabalho é não apenas justificar teoricamente o instituto, mas também apontar elementos para a sua sistematização.

Para cumprir o seu objetivo, o estudo é dividido em duas partes. Na primeira, que compreende os capítulos 1 e 2, a representação adequada é tratada de forma *ad hoc*, sem que uma explicação sobre a sua existência, necessidade e manejo seja veiculada. Trata-se, fundamentalmente, de afirmar a posição da representação adequada no âmbito da ciência processual, verificando a constitucionalidade do Direito Processual Coletivo, suas técnicas e seus instrumentos, entre os quais ela se insere.

Na verdade, a primeira parte trata do aspecto macro da representação adequada. Desta forma, o trabalho busca considerar a origem do instituto, sua relação com o processo civil, com a jurisdição, assim como avaliar a sua constitucionalidade e natureza.

Assim, no capítulo 1, examina-se, em breve relato histórico, o surgimento da representação no processo, com o propósito de avaliar a sua posição no estudo da ciência processual. Como instituto processual, é necessário verificar em que ramo do direito a representação adequada encontra abrigo, tendo em vista a principiologia e normatividade pertinentes. Ademais, uma importante noção é elaborada. Trata-se de avaliar possíveis exigências que a representação adequada faz ao conceito de jurisdição, verificando se há repercussões sobre o entendimento clássico. Examina-se a relação da representação adequada com a jurisdição.

No capítulo 2, realiza-se um exame de constitucionalidade do processo coletivo, tendo em vista importantes críticas doutrinárias realizadas, sobretudo na literatura americana. Neste capítulo são examinados importantes princípios constitucionais que informam o processo coletivo e, conseqüentemente, a relação que eles estabelecem com a técnica da representação adequada. Inicia-se pelo significado do devido processo legal, a determinação do seu conteúdo, assim como analisa-se a possibilidade de existência de um devido processo legal coletivo, tendo em vista a previsão de direitos de natureza coletiva na Constituição Federal. Assim, o trabalho busca apontar as conseqüências da afirmação de um devido processo legal coletivo para o instituto da representação adequada. Na sequência, quatro outros valores constitucionais de relevo para o processo coletivo são examinados, a saber: o acesso à justiça, a economia processual, a segurança jurídica e a isonomia. Identifica-se, portanto, em que medida tais valores condicionam e reforçam a necessidade de um processo coletivo, bem como seus reflexos sobre a representação adequada.

A seguir, o trabalho apresenta importantes críticas e observações feitas na doutrina ao processo coletivo, tendo como pano de fundo três relevantes instrumentos de tutela

jurisdicional coletiva, nos quais a representação adequada cumpre importante papel: as *class actions*, o *Musterverfahren* alemão e o IRDR, de forma que se pretende mostrar que as críticas não infirmam a pertinência destes institutos. Finalmente, o estudo de dispositivos da Constituição Brasileira revela que o legislador constituinte protegeu os direitos coletivos em sentido amplo, permitindo que a representação adequada possa ser vista como consectário lógico desta proteção constitucional.

A segunda parte do trabalho, que abrange do capítulo 3 ao 7, realiza uma abordagem eminentemente teórica da representação adequada. A perspectiva não é mais exógena como na análise feita na primeira parte, já que nesta a perspectiva era *ad hoc* e a representação adequada foi tomada como um fato, sendo o objetivo primordial, a avaliação de sua importância e o seu enquadramento na ciência do direito.

Diferentemente, a análise conduzida nesta segunda parte é endógena, já que se almeja contar a história do desenvolvimento da representação adequada, bem como apresentar a evolução dogmática que acompanhou este importante instituto ao longo do tempo, revelando especificidades, exigências e condições.

Consequentemente, a técnica da representação adequada é justificada não através de macroprincípios processuais, mas avaliando sua importância para o processo em si, seja por promover a eficiência, seja por oferecer uma alternativa à importância da participação das partes no processo, preservando a dignidade. O foco está, portanto, no aspecto micro, sendo a referência analítica o processo em si, buscando a teoria entender e justificar as condições em que a representação surge realmente como técnica processual idônea a solucionar problemas.

Assim, no capítulo 3, estudam-se razões que explicam a construção de um processo representativo. Assim, a hipótese inicial é que a lei elenca legitimados para atuar no processo, sendo, portanto, importante discutir se há razões jurídicas que autorizem esta construção. Assim, o exame teórico da legitimidade extraordinária e do processo representativo que se impõe é feito a partir de duas vertentes: o critério da eficiência e a dignidade. Na primeira, o foco é a eficiência gerada pela representação, em substituição à participação tradicional, sob a ótica da análise econômica do direito e da teoria da justiça de Dworkin, enquanto na segunda o aspecto central é aferir em que medida a representação é uma técnica hábil a permitir a substituição da participação, tendo em vista a importância desta para o processo, ao passo em que a dignidade resta preservada.

A seguir, o trabalho almeja, nos quatro capítulos seguintes, propor elementos para a sistematização de uma representação adequada, tarefa cumprida a partir de quatro vetores: a) a consideração de uma metodologia para a identificação e tratamento do problema; b) a

aferição da necessidade do controle judicial sobre a representação adequada; c) a apresentação de critérios possíveis para auxiliar o juiz a identificar o que configura uma representação adequada; d) considerações sobre o momento em que o controle da representação adequada deve acontecer e a forma pela qual a seleção de processos e representantes pode ser realizada.

No capítulo 4, o estudo apresenta uma metodologia hábil a considerar a adequação de um representante cuja missão é defender os interesses de uma determinada classe, sendo o ponto de referência da análise conduzida, o microssistema processual coletivo brasileiro.

O capítulo 5 averigua a importância do controle judicial da representação adequada, avaliando em que medida a atividade é decisiva, de forma que diversas lições doutrinárias sobre o tema são examinadas.

O capítulo 6 avalia a existência de critérios por meio dos quais é possível exercer o controle da representação adequada. Realiza-se uma análise em dois estágios, ambos decisivos, sendo que no primeiro são elaborados critérios qualitativos, enquanto no segundo uma abordagem quântica é formulada. A relevância da construção para o controle da representação adequada é também justificada.

No capítulo 7, o trabalho realiza considerações sobre o momento e a forma em que o controle da representação adequada deve acontecer, bem como avalia algumas de suas repercussões, sobretudo as relacionadas à seleção de processos e representantes. É feita uma análise para o caso das *class actions*, do *Musterverfahren* alemão e no Brasil, examina-se, separadamente, as ações objetivas de controle de constitucionalidade, o sistema de casos repetitivos e as ações coletivas do microssistema processual coletivo.

Finalmente, uma conclusão estabelece os pontos fundamentais do trabalho.

## PARTE I

### 1 REPRESENTAÇÃO ADEQUADA, PROCESSO E JURISDIÇÃO

#### 1.1 O surgimento do processo coletivo. Da *actio popularis* às *class actions*: A origem da representação como forma de participação

Neste capítulo, o objetivo é entender aonde se localiza a representação adequada no estudo do Direito.

A importância deste entendimento é grande. O conhecimento sobre o ramo do Direito ao qual o instituto se vincula é importante, já que toda a principiologia daquele campo do conhecimento acaba sendo incorporada aos contornos dogmáticos do instituto. Sendo assim, inicialmente, o que se pretende investigar é se a representação adequada se conecta ao estudo do Direito Processual Coletivo.

O instituto que é objeto deste estudo, a representação adequada, é conhecido de longa data dos estudiosos do processo civil.

Na verdade, desde o Império Romano já era possível o manejo das *actio popularis*, uma ação que podia ser proposta por qualquer pessoa, mas que se destinava a uma finalidade pública, de amplo espectro, contrariando o requisito da pertinência subjetiva do conflito apresentado na relação jurídica deduzida em juízo.<sup>1</sup> Desta forma, o direito romano já acolhia a possibilidade de um cidadão ajuizar uma ação para tutelar o interesse da sociedade, as chamadas ações procuratórias, cuja condenação pecuniária revertia em favor do Estado, o que implica um esquema processual representativo.<sup>2</sup>

Na Idade Média tornou-se comum a representação de pessoas ausentes em processos judiciais, haja vista a dificuldade em superar as distâncias e o próprio caráter comunitário da vida no Medievo, caracterizando circunstâncias em que as situações jurídicas e os conflitos

<sup>1</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.31. Ricardo de Barros Leonel aponta que a *actio popularis* representa o início da tutela judicial de interesses metaindividuais, ou seja, de interesses que ultrapassam a esfera jurídica do proponente da ação. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.46.

<sup>2</sup> Márcio Flávio Mafra Leal reconhece que, além das ações procuratórias, o direito romano abrigava as ações honorárias, nas quais a condenação pecuniária revertia para o autor. Assim, naquelas havia um esquema representativo, haja vista a atuação em nome da sociedade, enquanto nas últimas a atuação ocorria em nome do próprio autor. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.37 e ss.

ocorriam não apenas de forma individual, mas abrangiam todos os integrantes de uma determinada sociedade ou comunidade, de maneira quase uniforme. Assim sendo, a representação era vista como uma estratégia legítima para superar as dificuldades de transporte e de comunicação, bem como para maximizar os poucos recursos destinados à atividade jurisdicional. Mais do que isso, ainda que ausente previsão legal sobre a atuação deste representante em nome dos demais, é possível entender que havia uma autorização implícita dos membros ausentes da coletividade para esta ação, visto que seus interesses eram indissociáveis.<sup>3</sup>

Ao fim da Idade Média, com o desenvolvimento das corporações de ofício e das atividades bancárias, foi clara a alteração das estruturas sociais. A necessidade de comerciar, de aumentar a produção e de produzir retornos financeiros pela acumulação de capital acarretaram novas formas de organização social, como por exemplo, o advento das pessoas jurídicas, o que precipitou o fim da vida comunitária. Juridicamente, ainda que tais entidades reunissem várias pessoas, elas eram percebidas como um simples agente. Ademais, o Renascimento e a crença no homem como centro do Universo fizeram com que a vida passasse a ser entendida a partir de um prisma individualista, fato reforçado, posteriormente, pela competição e a busca incessante pelo lucro.<sup>4</sup>

A partir do século XVII, na Inglaterra, tornam-se mais frequentes as ações representativas, conhecidas como *bill of peace*, nas quais o tribunal autorizava um representante a litigar em nome de um determinado grupo, sendo que a decisão judicial prolatada alcançaria todos os membros daquele grupo. O fundamento da atuação do representante era o interesse comum entre representante e representados, de forma que não seria necessário ouvir todos, já que eles defendiam a mesma causa.<sup>5</sup>

Não obstante a nova visão de mundo, na qual a cooperação típica da Idade Média estava longe de se materializar, os conflitos de espectro coletivo continuaram a existir e cada

---

<sup>3</sup> O professor Stephen Yeazell anota a existência de processos de espectro coletivo, com base em esquemas representativos, antes mesmo do surgimento do *bill of peace* de forma sistêmica na Inglaterra. YEAZELL, Stephen. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987, p.28-36. Conforme explica Rodolfo Mancuso, o *bill of peace* “era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concebida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.34.

<sup>4</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 211-216.

<sup>5</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.240-242. O autor enfatiza a percepção do professor Stephen Yeazell no sentido de que a representação ali estabelecida seria adequada porque fundada na congruência de pretensões do representante e dos representados, fato que dispensaria o consentimento de cada membro do grupo.

vez mais, já que a partir da expansão da Revolução Industrial para a Europa Continental, um outro fenômeno foi vislumbrado: a massificação das relações, tanto de trabalho como de consumo. Assim, era cada vez mais importante produzir e acumular capital, sendo crucial, portanto, a contratação de trabalhadores em uma escala nunca antes vista. Estas pessoas que deixavam atividades rurais para se aglomerar no meio urbano estabeleciam relações de trabalho e de consumo entre si e com as pessoas jurídicas, a maior parte delas de natureza padronizada, bem como se agrupavam em entidades sociais que representavam seus interesses de qualquer ordem (política, social, recreativa, cultural, etc...). O cenário para a presença de conflitos coletivos estava plenamente delineado.

Um exemplo é capaz de revelar que a necessidade de lidar com processos que envolviam interesses coletivos continuava, não obstante o triunfo do individualismo como concepção de vida.<sup>6</sup> Assim, os esquemas representativos processuais, ainda que não completamente entendidos, continuavam tendo importante função na atividade jurisdicional. O caso é *Hichens vs. Congreve*, de 1828, no qual investidores desejavam ser indenizados pelas perdas sofridas em decorrência de uma fraude perpetrada na criação de uma sociedade empresarial. Já nesse novo cenário individualista, os réus argumentaram que seria necessário a existência de um litisconsórcio necessário entre os investidores, tendo em vista a pertinência subjetiva de suas pretensões. Não obstante, a *Chancery* refutou a argumentação, admitindo a atuação de um representante em nome dos investidores ausentes, dada a proteção que a atuação daquele conferia aos interesses destes. A *Chancery* agiu com base no conceito de *common interest*, ou seja, de que a coesão dos interesses de representante e representados afastaria a necessidade de presença física dos ausentes.<sup>7</sup>

Assim, a questão das demandas representativas, nas quais interesses coletivos eram discutidos, não deixou de atrair interesse também nos Estados Unidos. O membro da Suprema Corte, Joseph Story, estudou profundamente as *representative actions* e em 1820 defendeu a atuação do representante quando a estruturação do litisconsórcio não fosse viável e a representação fosse desejável, como nos casos de bagatela, admitindo que uma ação fosse proposta em benefício de todos, inclusive os ausentes.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

<sup>7</sup> O professor Yeazell diz que como a atuação do representante beneficia na mesma medida os representados, o consentimento dos membros do grupo torna-se dispensável, sendo a questão aferida em concreto. YEAZELL, Stephen. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987, p.15.

<sup>8</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.242. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 66.

Não obstante, o juiz Story também defendeu, posteriormente, a não vinculação dos ausentes à decisão proferida, em movimento contraditório com a sua postura inicial.

Fato é que a Suprema Corte decidiu editar a *Rule 48* em 1842, que foi a primeira norma escrita relacionada às *class actions* nos Estados Unidos<sup>9</sup>, que também propunha efeitos não vinculantes aos ausentes. Em 1853, no caso *Smith vs Swormstedt*, a Suprema Corte desconsiderou a regra proposta de não vinculação, assegurando a extensão da vinculação a inúmeros ausentes, por considerar a representação dos ausentes adequada, sendo esse considerado um caso-paradigma no universo das *class actions*.<sup>10</sup>

Michele Taruffo ensina que dois fatores levaram à formulação da futura *Rule 38*: (a) as exigências de promoção de um processo capaz de superar a dificuldade de um número excessivo de participantes que comungam de posições jurídicas idênticas ou análogas, por meio de um representante e (b) a consequente extensão do julgado a todas estas pessoas.<sup>11</sup> Não é difícil deduzir que a ideia de representação embasa os pensamentos do professor italiano, já que seria o instrumento a permitir a realização dos objetivos pretendidos.

Assim, em 1912, foi editada a *Rule 38* com uma mudança na antiga orientação, visto que suprimiu da redação da *Rule 48* a regra que fazia menção aos efeitos não vinculantes da decisão para os ausentes.<sup>12</sup> Contudo, foi apenas em 1938 que surgiu a *Rule 23*, a norma de regência que foi o embrião da regulamentação das *class actions* nos dias de hoje, principalmente após a reforma fundamental ocorrida em 1966.

A reforma foi substancial. A *Rule 38* previa três categorias, as ações autênticas (*true*), que tutelavam casos em que havia uma unidade de interesse, marcada pela indivisibilidade do objeto, as híbridas (*hybrid*), nas quais os direitos envolvidos podem ser diferentes, mas a

<sup>9</sup> Rodolfo Mancuso considera que as *class actions* continuam sendo o instrumento processual propício para a tutela judicial dos interesses de massa nos Estados Unidos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.50.

<sup>10</sup> 57 US 288 (1853). O caso reflete o litígio entre os pregadores metodistas que haviam contribuído com recursos para a capitalização de um fundo com o objetivo de prover o sustento de pregadores idosos e os administradores do fundo. Com a Guerra de Secessão, os administradores se recusaram a repassar os recursos para pregadores sulistas, ocasionando a proposição de uma ação por um representante em nome de todos os prejudicados. A Suprema Corte fez prevalecer a ideia de *common interest* e se pronunciou pela vinculação dos ausentes, tendo em vista a presença de “representação adequada”.

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale**, n.4, 1969, p.619 e ss.

<sup>12</sup> Aluisio Mendes reporta que a mencionada supressão foi a grande alteração promovida pela *Rule 38*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.69. Ricardo de Barros Leonel revela que a *Rule 38* forneceu, realmente, a primeira definição normativa das *class actions*, adotando como requisitos a inviabilidade da participação de todos os interessados, a existência de uma representação adequada exercida pelo proponente da ação em relação aos ausentes, a presença de uma questão de fato ou direito comum, entendido até então como o *common interest*. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.62.

matéria litigiosa é comum a todos e as espúrias (*spurious*), que eram meras autorizações para a formação de litisconsórcios, sendo que nos dois primeiros casos, a coisa julgada abrigava todos os membros da classe, enquanto no último, apenas os membros que participassem do processo estariam vinculados. Porém, na prática jurídica, o enquadramento das ações em cada categoria revelava-se problemática, ao passo que a falta de vinculação à coisa julgada nas ações espúrias, bastante comuns, tornava o instituto menos eficiente do que o desejado pela comunidade jurídica.<sup>13</sup>

Assim sendo, a reforma de 1966 buscou resolver os problemas, promovendo a vinculação de todos os membros da classe à coisa julgada, observados os pressupostos processuais exigidos (entre os quais, a representação adequada), nas seguintes hipóteses: (a) quando a situação jurídica discutida for capaz de promover decisões contraditórias se não contemplada de forma coletiva; (b) quando se materializar o risco de que a decisão tomada, que não contemple todos os envolvidos, coloque os membros ausentes do processo em posição de dificuldade para concretizar seus direitos posteriormente; (c) quando seja evidente a necessidade de uma ação única em relação à classe e (d) quando o trato coletivo das questões comuns de fato e de direito for claramente superior à abordagem individual. Posteriormente, a legislação também passou por mudanças, em 1987, 1998, 2003, 2007 e 2018.<sup>14</sup>

É importante entender que a representação adequada passou a ter importância crucial para as *class actions* a partir de 1966, já que a lei passou a considerá-la como requisito essencial para a continuidade de uma ação proposta na forma coletiva e, logicamente, para a vinculação dos membros da classe à coisa julgada. A recente reforma de 2018 é mais um passo na direção do reconhecimento da importância da representação adequada para as *class actions*, tanto que, entre outras 5 mudanças, a *Rule 23* foi alterada em seu dispositivo E (2) (A), passando a exigir que as cortes analisem a representatividade adequada do autor e do

---

<sup>13</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.73. O autor aponta que o desenho original das *class actions* não foi satisfatório, pois era difícil realizar o enquadramento na categoria definida na lei (*true, hybrid* ou *spurious*). Assim, já na reforma de 1966 a ideia de representação adequada e leal exsurge como central para o desenvolvimento das *class actions*, haja vista a ênfase colocada no instituto como pressuposto para a manutenção das ações como sendo de caráter coletivo.

<sup>14</sup> Avaliando as modificações feitas até 2007, Júlio Cesar Goulart Lanes entende que nenhuma delas é substancial, sendo preservado quase tudo aquilo considerado como tal na forma do texto de 1966. LANES, Júlio César Goulart. A class action estadunidense e algumas ponderações sobre o sistema processual brasileiro. **Revista Ajuris**, n.122, jun. 2011, p.140 e ss. A avaliação do autor do texto é no sentido de que também Aluisio Mendes, Rodolfo Mancuso e Ricardo Barros Leonel comungam da mesma opinião, por se limitarem a mencionar as reformas sem tecerem comentários aprofundados.

advogado da classe quando da realização de acordos que vinculem todos os membros da classe.

O breve histórico acima revela que a preocupação com o instituto da representação adequada é antiga, se fazendo presente até os dias atuais. Há muito tempo ele é estudado, tal a sua importância para os contornos do processo civil, sobretudo na época das relações jurídicas massificadas.

O professor Robert Bone é direto ao dizer que a ideia de representação desempenha um importante papel no processo civil moderno, justamente por ser usada como justificativa para uma série de estruturas procedimentais nas quais se percebe a impossibilidade de participação no processo de algumas pessoas, de forma que o representante atua, de forma adequada, em prol dos interesses dos ausentes, permitindo a vinculação destes à decisão proferida.<sup>15</sup>

## 1.2 Direito Processual Coletivo: concepções doutrinárias e definição

Reconstituído o breve perfil histórico do desenvolvimento da representação no processo civil, bem como apreendida a lição do professor Bone, é imperioso avaliar, investigar se a representação adequada é uma técnica, um instituto do Direito Processual Coletivo.

Antes de realizar uma revisão do que a doutrina entende por processo coletivo, é importante repisar a lição histórica de que a representação é uma forma idealizada de participação processual, através da qual um representante atua no litígio defendendo os interesses de uma coletividade de forma vigorosa (para que seja vista como adequada), a partir de elementos que assegurem a coesão entre os interesses da classe e os seus próprios. No Brasil, é a lei que autoriza essa estrutura representativa, permitindo que um legitimado extraordinário atue defendendo interesses alheios em um processo. Ademais, a história revela que o instituto nasce de dificuldades, das mais diversas origens, de se assegurar a participação de todos os interessados em uma contenda judicial, como será visto adiante.

O entendimento do que é processo coletivo passa pela configuração do litígio e não pela estrutura subjetiva do processo, segundo José Carlos Barbosa Moreira.<sup>16</sup> A lição é comungada por Aluisio Mendes, que exemplifica com a possibilidade de existência dos

---

<sup>15</sup> BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, mar. 1970, p.214.

<sup>16</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, jan.-mar. 1991, p.198 e ss.

litisconsórcios, arranjos típicos de processos individuais, porém idôneos a permitir a cumulação subjetiva em qualquer dos polos.<sup>17</sup> Desta forma, ambos os autores convergem no sentido de que é a natureza do litígio, envolvendo também um excessivo número de pessoas e a existência de um representante, que atua por muitos ausentes, que efetivamente determina a caracterização de um processo coletivo.

Rodolfo Mancuso segue a mesma linha, entendendo que o processo é coletivo quando o fim é “a tutela de um interesse metaindividual (difuso, coletivo em sentido estrito, individual homogêneo, conceituados nos incisos do § único do art.81 da Lei 8.078/90)”. O autor entende que não basta a presença do *Parquet* e de entes políticos como legitimados extraordinários, devendo a análise da questão se dar em duas dimensões. A positiva permite o reconhecimento de um processo como coletivo quando “uma certa faixa do universo coletivo irá receber a projeção da eficácia do comando judicial, não importando, pois, quem são os sujeitos a ele concernentes”. A dimensão negativa, em notório coro às lições dos doutrinadores citados anteriormente, permite a desconsideração de um processo como coletivo quando há mera soma de interesses individuais, sem quaisquer elementos comuns capazes de proporcionar coesão.<sup>18</sup>

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr propõem que o processo é coletivo quando nele se discute uma situação litigiosa coletiva, de titularidade de um grupo de pessoas. Assim, a caracterização se dá pela natureza do objeto litigioso do processo.<sup>19</sup>

Antonio Gidi propõe que uma ação coletiva possui em sua configuração um legitimado extraordinário, um direito coletivamente considerado que atua como objeto e uma eficácia sentencial que atinge toda a coletividade.<sup>20,21</sup>

Teori Albino Zavascki defendia a clara distinção, do ponto de vista do direito material, entre os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais homogêneos, entendidos como

<sup>17</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.24.

<sup>18</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.69-72.

<sup>19</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.29-30.

<sup>20</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.16.

<sup>21</sup> Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, salientando que por muito tempo seguiram o conceito de Antonio Gidi, passaram a criticá-lo por considerar que a caracterização de um processo coletivo não envolve qualquer associação com a legitimidade extraordinária e nem com o regime de estabilidade processual, tendo em vista que inexistia qualquer vínculo de especificidade entre tais conceitos e o processo coletivo, pois é possível verificar exemplos de legitimação extraordinária em processos individuais e de ausência de coisa julgada em processos de índole coletiva, como no IRDR. Assim, os autores afirmam uma distinção entre o que compõe efetivamente o conceito de processo coletivo e o que é uma característica própria do sistema processual adotado pelo ordenamento ou da técnica empregada. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.30-32.

aqueles “acidentalmente coletivos”.<sup>22</sup> Assim, o autor dizia que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (espécies do gênero direitos coletivos *lato sensu*) possuem estrutura e natureza completamente diferentes das observadas nos direitos individuais homogêneos, já que estes, ao contrário daqueles, representam direitos subjetivos individuais, divisíveis, de titulares plenamente determináveis. Já os direitos coletivos *lato sensu* possuem características comuns: a indivisibilidade e a transindividualidade, definida por ele como a múltipla e indeterminada titularidade.

Desta distinção, resulta a famosa advertência do autor, de que não se deve confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos.<sup>23</sup> Por isso, não obstante a diferença no plano material, citando Antonio Herman Benjamin, Teori Zavascki admitia o tratamento de todas as espécies através do processo coletivo, verificando a conveniência desta abordagem, entendida como um pragmatismo necessário à realização do acesso à justiça, da eficiência e economia processuais.<sup>24</sup>

Gregório Assagra de Almeida divide o estudo do direito processual em 3 ramos: o civil, o penal e o coletivo.<sup>25</sup> Este último é verdadeiramente autônomo e surge como consequência da impossibilidade de se tratar questões de índole coletiva individualmente, possuindo, inclusive, esteio constitucional, por meio de normas e princípios processuais constitucionais.<sup>26</sup>

Ademais, o autor reconhece que as ações pelas quais se realiza o controle concentrado de constitucionalidade também compõem o processo coletivo, visto que as sentenças possuem eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, constituindo um poderoso instrumento de tutela da ordem jurídica, através de um único processo. A eficácia vinculante potencializa a tutela oferecida,

<sup>22</sup> A expressão entre aspas é emprestada de José Carlos Barbosa Moreira. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, p.187-200.

<sup>23</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39 e ss.

<sup>24</sup> A referência é feita à página 96 do texto: BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública**: Lei 7347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003, p.137 e ss.

<sup>26</sup> As normas e princípios processuais constitucionais são, segundo o autor, aquelas que disciplinam a organização jurídica, as regras de competência e os vários tipos específicos de tutela jurisdicional, entre os quais vários que são direitos fundamentais, bem como o controle de constitucionalidade abstrato das leis. Já as normas constitucionais processuais são aquelas que estabelecem as garantias fundamentais, sendo abrangidas pela teoria geral do processo. Assim, as normas processuais constitucionais são formalmente constitucionais, enquanto as normas constitucionais processuais são essencialmente constitucionais. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003, p.34 e 142.

justificando que tais ações sejam consideradas instrumentos da tutela coletiva de direitos. Assim, em resumo, o autor considera que a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como o controle concentrado de constitucionalidade integram o Direito Processual Coletivo, ainda que, em alguns casos, por mera conveniência instrumental. Além disso, o autor divide o processo coletivo em comum e especial. O primeiro abrange as questões ligadas aos direitos difusos, coletivos e individuais, enquanto o segundo engloba as ações de controle concentrado, de natureza objetiva.<sup>27</sup>

Edilson Vitorelli define o processo coletivo como uma técnica colocada à disposição da sociedade pelo ordenamento jurídico com o fito de tutelar direitos materiais violados no contexto de litígios coletivos, usando-se a figura de um representante, responsável pela tutela dos direitos do grupo, mitigando o princípio do “*day in court*”.<sup>28</sup> Ademais, de forma contrária ao entendimento de Gregório Assagra de Almeida, o autor estabelece que as ações objetivas não podem ser consideradas processo coletivo pela evidente disparidade de métodos e de finalidade.<sup>29,30</sup>

Aluisio Mendes define o direito processual coletivo como o “ramo do Direito que se ocupa do conjunto de princípios, normas e institutos jurídicos vinculados aos meios de resolução de questões comuns e conflitos coletivos, no âmbito jurisdicional ou extrajudicial.” O corolário desta definição é a concepção de que, não apenas as ações representativas são objeto deste ramo processual, como também os meios consensuais (adequados) de resolução de conflitos coletivos e os instrumentos de resolução de questões comuns ou incidentes de coletivização, como o IRDR, por exemplo.<sup>31,32</sup>

<sup>27</sup> Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira também consideram que as ações objetivas de controle de constitucionalidade são espécies de ação coletiva, sendo instituídas para a defesa de um direito coletivamente considerado, a própria ordem constitucional, através de procedimento específico, que alcançará toda a coletividade, gozando a decisão da força da imutabilidade. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Ações constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p.355.

<sup>28</sup> Litígios coletivos, por sua vez, são definidos como os litígios ocorridos em que uma sociedade (grupo de pessoas) ocupa um dos polos, sendo tratada de forma igual, sem qualquer consideração acerca das peculiaridades individuais por ventura existentes.

<sup>29</sup> Para o autor, os processos objetivos são processos de interesse público, definidos, a partir da lição de Abraham Chayes, como aqueles que visam assegurar um direito, criando-o ou implementando-o, em favor de toda a sociedade e tendo como destinatário da ação o Poder Público necessariamente.

<sup>30</sup> VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v.284, out. 2018, p.333-369.

<sup>31</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.4-6.

<sup>32</sup> Não se desconhece o fato de que há autores que têm outra orientação, o que pode ser percebido em suas análises a respeito do IRDR. Por exemplo, Sofia Temer defende que o IRDR tem por função precípua a fixação de tese jurídica para a resolução de questões repetitivas, ou seja, possui uma função objetiva no ordenamento, diferindo, portanto, das ações coletivas, que tem caráter concreto por visar a tutela de situações subjetivas concretas. Desta forma, a autora entende que o IRDR não é um instrumento do direito processual coletivo. TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3ªed.rev ,ampl. e atual. Salvador:

Em outro texto, o autor elenca quatro características idôneas a tipificar um processo coletivo. São elas: (a) a promoção do acesso à justiça, ampliando-o; (b) a capacidade para promover a economia processual; (c) a garantia efetiva da segurança jurídica e (d) a persecução da isonomia como fim.<sup>33</sup>

Como será visto adiante, as características acima são importantes não apenas para caracterizar o processo coletivo, como também para atestar a sua constitucionalidade, bem como justificar suas técnicas e instrumentos.

Ademais, incorporando a doutrina de Aluisio Mendes, é possível considerar como instrumentos do Direito Processual Coletivo as ações coletivas e os incidentes de coletivização, por atuarem de forma cristalina sobre conflitos de escopo coletivo a partir da promoção do acesso à justiça, da isonomia, da economia processual e do acesso à justiça, sendo possível visualizar na maioria dos casos a impossibilidade de uma abordagem diversa consistente, visto que não é possível ouvir todos os interessados.

Com base nesta doutrina, conseqüentemente, é possível afirmar a natureza coletiva das ações objetivas de controle de constitucionalidade, que promovem também os importantes valores do acesso à justiça, da economia processual, da segurança jurídica e da isonomia. A situação tratada, a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, é, evidentemente, uma situação jurídica coletiva, já que o objeto de análise é uma lei ou ato normativo votado e aprovado majoritariamente por representantes eleitos, daí a expressão dificuldade contramajoritária, cunhada por Alexander Bickel, que denota a atividade de controle de constitucionalidade exercida pelo Poder Judiciário.<sup>34</sup> Assim, a decisão resultante destes

---

Juspodivm, 2018, p.94 e 95. Andrea Barbosa e Diego Cantoario também parecem defender tal ideia já que enfatizam que o IRDR não consiste na reunião de demandas individuais em uma única demanda como nas ações coletivas, mas apenas na prática de um ato concreto decisório com repercussão em inúmeros outros, de forma que as ações individuais guardam a sua autonomia. BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.500-502. Rodolfo de Camargo Mancuso também parece não adotar o entendimento de que o IRDR seja um instrumento do direito processual coletivo. O autor cita, a título de indício, o fato de que os legitimados para as ações coletivas possíveis no microsistema processual coletivo, como as ações civis públicas da lei 7.347/85, são diferentes dos legitimados para o IRDR. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.158. Não obstante a opinião destes autores, aqui opta-se pela corrente que vê o IRDR como instrumento do direito processual coletivo, conforme ficará claro e assentado no decorrer deste estudo.

<sup>33</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Genesis-Revista de Direito Processual Civil**, n.31, Curitiba, jan.-mar. 2004, p.19.

<sup>34</sup> BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

processos influencia toda uma sociedade, sem que fosse facultado a cada um de seus membros o direito de participar diretamente no processo.

Nestas ações, a própria Constituição Federal elenca os representantes adequados para promover a discussão da constitucionalidade da lei ou ato normativo, em contraposição aos representantes do povo que verdadeiramente produziram o objeto em discussão.<sup>35</sup> Visualiza-se, assim, a representação adequada como um elemento presente no processo objetivo, sendo devidamente fixada na Lei Maior. A atuação dos representantes indicados na Constituição Federal ocorre em nome de toda a sociedade, visando promover a higidez do sistema jurídico nacional, ceifando as leis que padeçam do vício de inconstitucionalidade. Os representantes agem com o objetivo de promover um bem a toda a sociedade, justamente o direito a um conjunto de leis e atos normativos harmônicos com a Constituição Federal.<sup>36</sup>

Por sua vez, o legislador ordinário, por meio da lei 9.868/1999, a fim de evitar que a Corte Constitucional se tornasse uma instância autoritária de poder, definindo questões coletivas tão somente a partir das visões dos legitimados previstos na Constituição Federal, tidos como representantes adequados, e da própria Corte, fomentou a ideia de cidadania constitucional, gerando diálogos com a sociedade, concretizando a ideia de Habermas de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” e contribuindo para mitigar a dificuldade contramajoritária, através da previsão da participação dos *amici curiae* no debate constitucional e da realização de audiências públicas com o objetivo de ouvir pessoas com notória experiência na matéria, oxigenando o debate e aumentando a participação da sociedade civil, fazendo com que segmentos sociais até então não ouvidos em um dado processo pudessem ter seus argumentos considerados. A prática embute notório fomento à importância da representação adequada, já que diversos espectros da sociedade poderão ser ouvidos.<sup>37,38,39</sup>

<sup>35</sup> Dos representantes adequados elencados na Constituição Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa de cada Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (art.103, IV) e o Governador de cada Estado (art.103, V) foram propostos pelo legislador constitucional derivado, por meio da EC45/2004.

<sup>36</sup> O art.103 da Constituição Federal fixa quem são os habilitados a propor as ações objetivas de controle de constitucionalidade. O rol de legitimados também é elencado no art.2º da lei 9.868/1999.

<sup>37</sup> O art.7º,§2º da lei 9.868/1999 prevê a participação de *amici curiae* e o art.9º, §2º a oitiva de pessoas com notória experiência e autoridade na matéria, em audiência pública. Pode-se entender que tais normas promovem o acesso à justiça.

<sup>38</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.224-225.

<sup>39</sup> Não se desconhece e, ao contrário, se prestigia a crítica de Fernando Leal ao modo pelo qual o STF opera a participação dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas, que são nitidamente irrelevantes para grande parte das decisões tomadas em sede constitucional, bem como a própria constatação do autor de que há evidente concentração de *amici curiae* na esfera pública, sendo quase irrelevante a participação do segmento social privado sem vínculo com carreiras jurídicas. LEAL, Fernando. **O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição** – Supremo escolhe quem ouvir e quando ouvir. Disponível em:

A crítica feita à natureza coletiva das ações de controle concentrado de constitucionalidade, no sentido de enaltecer a disparidade de métodos e de finalidades para com as ações coletivas *stricto sensu*, não merece prosperar. É certo que tais ações não tratam de direitos subjetivos, ao contrário buscam promover a tutela do próprio ordenamento jurídico, não havendo uma lide, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, porém tal fato não desnaturaliza a natureza jurisdicional e coletiva presentes nestas ações.

A Constituição Federal elenca os representantes adequados e a questão discutida reverbera sobre toda a sociedade, haja vista a preocupação da doutrina constitucionalista em todo o mundo com a legitimidade do controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia da supremacia constitucional.<sup>40</sup> Finalmente, a diversidade de métodos e finalidades no máximo enseja uma divisão do direito processual coletivo em especial e comum, tal qual propõe Gregório Assagra de Almeida, e não a descaracterização das ações de controle de constitucionalidade como instrumentos do Direito Processual Coletivo.<sup>41</sup> É importante mencionar que nestas ações objetivas de controle de constitucionalidade os importantes valores do acesso à justiça, da economia processual, da isonomia e da segurança jurídica são promovidos, o que alicerça ainda mais a tese de que elas são instrumentos do Direito Processual Coletivo.

Reconhecidamente, seus métodos e finalidades são diferentes, não havendo negativa possível nesse sentido, porém, há nestas ações um elemento comum, intrínseco aos processos de índole coletiva, que é o interesse coletivo *lato sensu*, no caso, específico sobre a higidez do sistema jurídico. Todos na sociedade têm interesse em guardar a coesão e acurácia do ordenamento jurídico, atraindo, portanto, a representação como a materialização da índole coletiva destas ações.

Em resumo, por reunir a discussão de uma situação jurídica coletiva, a promoção de importantes valores que permeiam processos de natureza coletiva e a técnica da representação, já que os representantes são fixados na Constituição Federal e na lei, com o fito de conduzir a argumentação de (in)constitucionalidade e tornar o debate permeável aos

---

<<https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretes-da-constituicao-08032018>>.

Acesso em 11.04.2019.

<sup>40</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.25-36.

<sup>41</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003, p.158.

diversos segmentos sociais, as ações objetivas de controle abstrato de constitucionalidade possuem um caráter coletivo.

A análise até agora revela que o tratamento processual coletivo é concedido quando há evidente exigência de adequação ou quando a tentativa de resolver o conflito no plano individual ensejaria uma resposta dissonante com princípios, valores e garantias processuais, sendo possível considerar que em certos casos a situação é de real impossibilidade.

Considerando o que foi discutido neste tópico, pode-se considerar que o Direito Processual Coletivo é o ramo do Direito Processual que congrega as normas, princípios e institutos atinentes à discussão de matérias, no plano judicial ou extrajudicial, com repercussão sobre determinado grupo social, cujo trato coletivo se imponha como necessário pela impossibilidade de abordagem diversa ou pela maior adequação.

### 1.3 A representação adequada como técnica do Direito Processual Coletivo

A breve resenha conduzida acima, acerca do entendimento doutrinário do que se considera processo coletivo, assim como a apresentação do seu conceito são úteis para fixar bases para este estudo.

Inicialmente, é importante dizer que o processo coletivo, ainda que calcado a partir de direitos individuais homogêneos, apresenta em um dos polos um grupo de pessoas cuja presença conjunta guarda uma afinidade que em muito supera a questão individual, já que ou compartilham situação jurídica coletiva marcada pela indivisibilidade ou integram relações jurídicas individuais divisíveis cuja solução deve ser idêntica, sob pena de violar a acurácia do sistema jurídico, o que aponta naturalmente para uma solução coletiva.<sup>42</sup> Como já dito, ou o trato coletivo é o mais adequado ou uma abordagem diversa torna-se impossível.

Em resumo, a presença do grupo em um mesmo polo, mais do que uma técnica pragmática ou consequencialista, decorre da exigência de coerência do sistema jurídico, sendo também uma imposição de respeito a valores importantes adotados pelo legislador constituinte, como o acesso à justiça, a isonomia, a segurança jurídica, a economia processual e a celeridade. Ademais, haja vista a impossibilidade prática de congrega o grupo todo em

<sup>42</sup> A professora Kathryn Spier explica que se as regras legais são desenhadas de forma apropriada, o que afirma a acurácia do sistema legal, o comportamento dos agentes tende a se tornar mais reto, distanciando-se de práticas que possam trazer violações e condenações futuras. SPIER, Kathryn. *Litigation*. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Editors). **Handbook of law and economics**. 1st. ed. Amsterdam: North Holland, 2007, v.1, p.283 e ss. Assim, no exemplo em tela, a possibilidade de que a mesma questão seja tratada de forma diferente pelos tribunais, incentiva um comportamento inadequado do violador, já que pode ser mais barato litigar quando necessário, apostando na jurisprudência errática, do que investir no aperfeiçoamento de suas práticas. A acurácia do sistema tem, portanto, importante função preventiva.

uma audiência, ouvindo a todos, no processo coletivo surge a figura do representante, justamente aquele que irá litigar pelo grupo, defendendo seus interesses, apontado que seja diretamente pela lei ou pelo próprio grupo. É por meio da atuação do representante que se dará o exercício dos direitos de participação da coletividade, permitindo que se consolide o ideal do “*day in court*” e concretizando o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O representante é o verdadeiro agente do contraditório nos processos coletivos, sendo sua atuação relevante para a preservação de garantias constitucionais, tais como o acesso à justiça, a isonomia, a economia processual e a segurança jurídica, que são extremamente importantes para a maior coerência e adequação do trato coletivo das questões que dizem respeito a um grupo de pessoas ou uma classe.

Neste trabalho será considerado instrumento do Direito Processual Coletivo qualquer técnica ou instituto processual que promover os valores acima elencados, na presença de uma situação jurídica coletiva e de um representante (que, presume-se, deve ser adequado) do grupo presente no litígio, idôneo, portanto, a exercer o contraditório em nome daquele grupo.

Desta forma, o exame da representação adequada, técnica típica e central presente em muitos diplomas ou anteprojetos que tratam dos processos coletivos, deverá ser feito necessariamente nas ações coletivas propostas a partir do microsistema processual coletivo brasileiro, que contempla os processos ditos estruturais, nos incidentes de coletivização, que no caso brasileiro corresponde ao sistema de casos repetitivos, assim como nas ações de controle de constitucionalidade abstrato, que possuem natureza objetiva.<sup>43/44</sup> Ademais, a experiência do direito comparado, que também será objeto de estudo, sobretudo as *class actions* americanas e o *Musterverfahren* alemão, revelará em que medida é importante ou necessário assegurar a representação adequada.

Feitos estes esclarecimentos, é possível reunir um elemento comum a todos os processos aqui cunhados de coletivos: a representação adequada. Assim, é importante

---

<sup>43</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso defende a ideia de que vários diplomas legais possuem normas que utilizam técnicas avançadas, disciplinando o processo coletivo e apresentando uma razoável integração e complementaridade, ainda que não se tenha alcançado ainda um verdadeiro Código Processual Coletivo. Entre os diplomas mencionados estão as leis 7.347/1985, 7.853/1989, 7.913/1989, 8.078/1990, 8.429/1992, 10.741/2003, 10.671/2003, entre outros. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.61-65.

<sup>44</sup> Edilson Vitorelli entende que “processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.” O autor diferencia o processo estrutural do processo de interesse público, já que este visa apenas assegurar um direito não concretizado pelo Estado, não havendo pretensão de reformar instituições, podendo ser litigado não apenas coletivamente, mas também individualmente, desde que se gere um precedente vinculante. VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v.284, out. 2018, p.334 e ss.

entender em que medida ela ajuda ou permite que tais processos se concretizem, servindo, portanto, de instrumentos para a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, tempestiva e econômica. Tanto os processos amparados no microsistema processual coletivo, como os incidentes de coletivização e o procedimento das ações objetivas que discutem a (in)constitucionalidade de leis e atos normativos não prescindem da noção de representação adequada como elemento central de suas concepções e o mesmo acontece no *Musterverfahren* e nas *class actions*. Abordada de forma expressa ou não na legislação pertinente, a representação adequada assume importante papel na conformação do processo coletivo.

## 1.4 Representação Adequada e Jurisdição

### 1.4.1 O entendimento doutrinário clássico da jurisdição

Após a análise da relação entre a representação adequada e o processo, no qual se firmou a ideia de que ela é uma técnica e instituto do Direito Processual Coletivo, é importante estabelecer a sua relação com a jurisdição. Esta categoria processual, ao lado do processo e da ação, forma o chamado tripé do Direito Processual, sobre as quais se embasaram o desenvolvimento da processualística.<sup>45</sup>

Cândido Dinamarco entende a jurisdição como o instituto central do sistema processual.<sup>46</sup> Segundo o autor, estabelecidos os fins do Estado e as regras que o orientam e condicionam o exercício do poder, a atividade estatal de império torna-se inexorável. No âmbito processual, tal poder equivale à jurisdição, de forma que, dos institutos processuais, ela é a categoria que se apresenta apta a ocupar o centro do sistema. O processo, por seu formalismo e pelo instrumentalismo que o caracteriza, bem como a ação, refletindo concepções individualistas dos institutos processuais e ligadas principalmente ao processo civil, são incapazes de ocupar tal posição.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.191. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.25.

<sup>46</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.77-80.

<sup>47</sup> A questão não é unânime. Daniel Mitidiero revela que, não obstante o caráter fundamental da jurisdição, o centro do sistema passa a ser ocupado pelo processo. Ao contrário da concepção formalista atribuída a este por Cândido Dinamarco, o autor argumenta que o art.6º do CPC, o princípio da colaboração, considerado norma fundamental, celebra a dimensão participativa da democracia e a transferência do centro do processo civil da atividade jurisdicional pela perspectiva decisória do juiz para a comunidade de trabalho formada entre o juiz e as partes. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.45 e ss. O entendimento que aqui se julga mais apropriado é o apresentado por Daniel Mitidiero. No entanto, ainda que não seja o centro da

Assim sendo, a jurisdição é um conceito que possui grande aptidão para influenciar todos os outros institutos do processo civil. O objetivo deste capítulo é mostrar que a avaliação da representação adequada, a partir dos seus contornos teóricos, deve ser feita à luz de um conceito de jurisdição diferente daquele classicamente adotado pela doutrina.

Desta forma, desde já afirma-se que o juiz de um processo de índole coletiva, qualquer que seja a sua configuração, precisa atuar de forma ativa no controle da representação adequada, por ser este o instituto que permite o tratamento concentrado de questões concernentes a inúmeras pessoas, sem que todas participem necessariamente do processo. A tarefa exige, portanto, ênfase em duas funções: a gestão e a supervisão do processo, não associadas tipicamente ao conceito clássico de jurisdição.

A jurisdição é classicamente entendida como a atividade típica desenvolvida pelo Poder Judiciário, já que este trata da interpretação do ordenamento jurídico, aplicando a lei nos casos concretos apresentados e solucionando os litígios.

Visto desta forma, o conceito aparece fortemente associado à imagem do Estado e à ocorrência de um conflito, já que o exercício da jurisdição está associado à ação do Estado substituindo a vontade das partes em um processo, com o fito de resolver o conflito apresentado perante o órgão jurisdicional.

Na doutrina italiana, fonte de inspiração para a construção do processo civil brasileiro, Carnelutti definiu a jurisdição como a função do Estado que busca a justa composição da lide, esta entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. Ao buscar exercer uma determinada pretensão, o agente enfrenta resistência na sua tentativa de submissão da parte contrária ao seu interesse próprio, acarretando o conflito a ser solucionado.<sup>48</sup>

Já para Chiovenda, a jurisdição é a função do Estado que faz atuar a vontade concreta da lei, através da substituição das partes pela atuação estatal.<sup>49</sup> Fredie Didier Jr. chama a atenção para o fato de que no conceito de Chiovenda, a jurisdição é claramente uma técnica de solução de conflitos baseada na heterocomposição, ou seja, na presença de um terceiro, o Estado, substituindo a vontade das partes e encerrando o problema.<sup>50</sup>

---

processualística moderna, a jurisdição continua sendo instituto basilar e como será exposto ao longo do trabalho, seu entendimento em muito contribui para a determinação da representação adequada.

<sup>48</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. da 5ª ed. italiana: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-Argentina, 1973, p.5.

<sup>49</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v.2, p.3.

<sup>50</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, v.1, p.156.

Piero Calamandrei, advertindo que não se pode definir a jurisdição para qualquer tempo e lugar, afirma que ela consiste em potestade ou função de exercício dos órgãos judiciais do Estado nos processos judiciais, com o objetivo de administrar a justiça.<sup>51</sup>

Na doutrina nacional, Antonio Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco também defendem que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Para os autores da chamada Escola Paulista de Processo, é poder pela ação imperativa do poder estatal, impondo as decisões necessárias à solução do conflito. É função pelo encargo de promover a pacificação de conflitos mediante o processo, sendo atividade pelo complexo de atos praticados pelo magistrado no processo, agindo no cumprimento da lei.<sup>52</sup> Na mesma toada, Rodolfo Mancuso.<sup>53</sup>

Leonardo Greco apresenta a jurisdição como uma função preponderantemente estatal, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares, sendo exercida por órgãos independentes e imparciais. Ademais, o professor entende ser a coação, ínsita ao Estado, um elemento essencial à jurisdição.<sup>54</sup>

Afrânio Jardim enxerga a jurisdição como uma função do Estado, diferindo, porém, substancialmente das funções administrativa e legislativa, em razão da atividade substitutiva, pelo fato de apresentar como pressuposto uma pretensão determinada à qual se apresenta uma resistência e ademais, por não ser constitutiva, já que não busca regular conflitos na esfera abstrata. A jurisdição, assim, é o verdadeiro poder de julgar, a fim de resolver um conflito já instalado, concreto, com o Estado atuando para dar a cada um o que lhe pertence.<sup>55</sup>

Humberto Dalla admite que os conceitos de Chiovenda e Carnelutti são complementares. Sendo assim, define a jurisdição como o poder-dever de dizer o direito, com o fim de alcançar a pacificação social.<sup>56</sup>

Fredie Didier Jr. define a jurisdição como a função de realização do Direito de modo imperativo ou criativo, reconhecendo, efetivando ou protegendo situações jurídicas

<sup>51</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituciones del derecho procesal civil**. Trad. da 2ª ed. italiana: Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962, v.1, p.114.

<sup>52</sup> CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada P. e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.155.

<sup>53</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.226.

<sup>54</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.1, p.65-66.

<sup>55</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.4-9.

<sup>56</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.49-50.

concretamente deduzidas em decisão insuscetível de controle externo e apta a tornar-se indiscutível, atribuída a um terceiro imparcial.<sup>57</sup>

A análise das lições doutrinárias acima expostas revela que a noção de jurisdição precisa e deve ser expandida a fim de cumprir com as exigências processuais atuais, haja vista as mudanças experimentadas pela sociedade, com consequentes reflexos no processo civil.<sup>58</sup> O exame dos conceitos doutrinários revela a preponderância de algumas ideias não essenciais à caracterização da jurisdição, tais como a existência de conflitos de interesses face a uma pretensão resistida, a substituição do Estado pelas partes, a definitividade da decisão e a preexistência de direitos subjetivos a serem meramente declarados.

Hodiernamente, é mais adequado conceber a jurisdição como uma atividade exercida por terceiro imparcial e independente, invulnerável a controle externo, dotado de poder coercitivo perante o grupo social, a partir de determinada forma de reconhecimento estatal, com o objetivo de homologar ou elucidar, ainda que por decisão criativa, uma questão no mínimo potencialmente conflituosa apresentada pelos interessados, nos limites por estes impostos e de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Assim sendo, frequentemente, a realização de tal atividade não pode prescindir das funções de gestão e supervisão do processo, as quais não são tipicamente associadas ao exercício da jurisdição.<sup>59</sup> Isso ocorre porque, em meio ao exercício do contraditório, há uma evidente necessidade de que a solução ocorra em tempo adequado, visto que objetiva resolver uma questão potencialmente conflituosa apresentada pelas partes.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, v.1, p.155.

<sup>58</sup> A advertência foi feita por Antonio do Passo Cabral: CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio *et al* (Org.). **Scritti in onore di Nicola Picardi**, 2016, tomo I.

<sup>59</sup> É certo que as funções de gestão e supervisão do processo exercidas pelo juiz suscitam críticas. Uma importante é feita por Judith Resnik, para quem o exercício destas funções, feito sem estudo prévio, com o fim único de promover a eficiência processual, pode acarretar efeitos danosos, confundindo-se em muitos aspectos com um indesejado ativismo judicial, tendo em vista que o magistrado é obrigado a imiscuir-se de forma antecipada nos detalhes do caso, afetando aquilo que deveria ser o objetivo precípua: a adjudicação racional, justa e imparcial do bem da vida em litígio. A autora lembra que o sistema adversarial é adotado pelos Estados Unidos, segundo o qual, aos advogados das partes cabe a condução do processo e não ao juiz, acrescentando, em tom originalista, que a Constituição Americana tanto tentou conter o Poder Judiciário que previu a figura do júri tanto na esfera criminal como cível, de maneira que este limite não deveria ser cruzado. RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v.96, n.374, 1982.

<sup>60</sup> As funções de gestão e supervisão encontram fundamento no ordenamento jurídico. Como será visto adiante, a Constituição Federal promove a defesa de direitos cuja tutela depende do Direito Processual Coletivo, garantindo que aquela seja promovida em tempo razoável e de forma efetiva. Assim sendo, o exercício de tais funções surge como uma exigência de organização do processo que permite a consecução dos objetivos constitucionais.

No processo coletivo, em muitos casos a importância da gestão e da supervisão processual aumenta, tendo em vista a maior complexidade, normalmente ditada por vários pedidos e interesses que se sobrepõe ou contrapõe de forma relevante para a solução final.

#### 1.4.2 As novas funções da jurisdição e sua relação com a representação adequada

Dentre as mudanças sociais relevantes para o processo já citadas, uma das mais importantes e bastante cara à estrutura deste trabalho é o caráter de massa que a litigância tem adquirido.

Este perfil está associado à padronização das relações jurídicas, um produto típico das sociedades de consumo de massa, bem como à judicialização da política e à incorporação de direitos fundamentais ao texto constitucional, proporcionando a todos a busca pelos direitos prometidos pela Constituição Federal.<sup>61</sup>

O fato é que o perfil da litigância mudou, tornando necessário atualizar conceitos e entendimentos. Uma noção que deve ser apreendida é que o processo civil clássico, de cunho individualista, não é plenamente capaz de lidar apropriadamente com as questões aqui estudadas, haja vista a impossibilidade de tratar questões de índole coletiva pelo prisma individual.

Sendo assim, alguns conceitos precisam ser ressignificados para que o fenômeno da litigância de massa seja compreendido plenamente. Um deles é justamente o de jurisdição. A

---

<sup>61</sup> Para Luís Roberto Barroso, há duas causas específicas, ínsitas ao modelo constitucional adotado no Brasil, que acentuam o fenômeno da judicialização. Trata-se da fórmula analítica usada na redação do texto constitucional e da previsão do sistema misto de controle de constitucionalidade. A elaboração de uma Constituição em tais moldes permite que uma ampla gama de assuntos seja tratada diretamente assim como viabiliza o acesso à discussão de questões constitucionais tanto nos juízos de primeira instância como nos tribunais superiores. A judicialização decorre do próprio desenho institucional, sendo fácil verificar que em tais circunstâncias, ainda mais se consideradas outras peculiaridades como a justiça gratuita e os juizados especiais, a litigância crescente é uma consequência natural. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.443. Daniel Sarmiento explica que as Constituições europeias do pós-guerra passam a ser verdadeiras normas jurídicas, não possuindo apenas uma feição política, visto que passam a abrigar normas que protegem os direitos fundamentais, não mais restritos à esfera legal, gerando a possibilidade de controle de leis pelo Poder Judiciário, o que levou segmentos derrotados na esfera legislativa e aqueles que queriam experimentar as promessas constitucionais a buscar o Judiciário para concretizar os direitos que acreditavam ter. O autor mostra, com relação ao impulso à litigância fornecido pelo neoconstitucionalismo no caso brasileiro, que é importante registrar a descrença da população em relação à política majoritária e aos partidos políticos, o que acentua a busca pelo Judiciário como a instância concretizadora de direitos fundamentais. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.117-119 e 131.

doutrina clássica, nacional ou estrangeira, conforme a breve resenha apresentada, a conceitua, em apertada síntese, como o poder de ditar a solução de um litígio por parte do Estado com base na lei, sendo uma função de promoção da paz social e uma atividade típica do Estado, realizada pelo Poder Judiciário. Alternativamente, o conceito majoritariamente adotado revela que o conceito de jurisdição se resolve em torno da ideia de decidir. Além disso, é usual o entendimento de que o juiz exerce tão somente uma função de declarar o direito, que preexiste efetivamente à decisão jurisdicional e que o Estado substitui as partes, apresentando a solução definitiva para a questão.

Contudo, por mais que este entendimento não seja completamente equivocado, ele precisa ser reformulado, ampliado, a fim de lidar com o processo coletivo. Como exemplo, já foi visto na seção anterior que nas ações de controle concentrado de constitucionalidade não há uma lide no sentido clássico, porém, o julgamento daquelas ações não deixa de ser uma atividade jurisdicional.

O enfrentamento da litigância de massa requer que outras funções, além da de decidir, sejam agregadas ao conceito. Mais precisamente, é importante considerar as ideias de supervisão e gestão dos processos. Ademais, importa pensar que o juiz não apenas declara o direito existente, mas também participa do processo de criação da norma, interpretando-a e, muitas vezes, projetando seu sentido para o futuro.<sup>62</sup> Pela atividade judicial, o Estado atua enquanto poder, assegurando valores e induzindo comportamentos. Além disso, em muitas ocasiões a substitutividade não está presente, já que as partes participam efetivamente da construção da decisão.

Aluisio Mendes compartilha desse pensamento, entendendo que a jurisdição contemporânea tem se voltado para um perfil menos repressivo e mais preventivo, notando também que os conflitos individuais e concretos têm perdido relevância, haja vista a importância das questões de espectro coletivo. Ademais, o autor ensina que o CPC buscou oferecer meios de gestão e institutos jurídicos hábeis a lidar com a litigância repetitiva, como é o caso do IRDR e, por extensão, do sistema de casos repetitivos. O autor aponta ainda que as técnicas de concentração ali empregadas devem ser entendidas a partir de um aprofundamento da doutrina do instrumentalismo, formulação essa que se apresenta em

---

<sup>62</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.39. Daniel Mitidiero explica que, historicamente, existe o confronto entre a perspectiva dualista (o direito preexistente é tão somente declarado pelo juiz) e a monista (o exercício da jurisdição pelo juiz integra o processo de criação da norma), porém afirma que há uma terceira maneira de abordar o problema, considerando que o juiz reconstrói a ordem jurídica a partir dos dados preexistentes, mormente os textos legais e os fatos.

sintonia com uma nova concepção de jurisdição, menos burocrática e mais focada na efetividade do processo e conseqüentemente, do acesso à justiça.<sup>63</sup>

É importante perceber que as técnicas de concentração presentes nos procedimentos dos casos repetitivos, permitindo o julgamento da questão com celeridade, envolvem a ideia de representação adequada, instituto central do Direito Processual Coletivo e elemento vital para a solução constitucional das questões tratadas pelo processo coletivo.

Como ficará claro na sequência deste trabalho, definir de forma acertada o representante, aquele que litigará defendendo os interesses de um grupo, é vital para evitar a pecha de inconstitucionalidade e para maximizar as chances de que a decisão que venha a ser prolatada tenha realmente considerado todos os aspectos que circundam a questão, enfrentando-as de forma pertinente.

No entanto, como também será visto, a escolha de um representante adequado é um processo dinâmico, que se estende por todo o desenrolar do processo, exigindo do magistrado uma grande capacidade de gestão e supervisão.<sup>64</sup> Isso acontece porque em muitos processos de índole coletiva, os interesses não se apresentam meramente contrapostos, mas na forma multipolar.<sup>65</sup> Na verdade, apresentam-se zonas de interesse<sup>66</sup>, compartilhadas em maior ou menor escala, sendo um requisito importante para o representante dito adequado a percepção refinada destas nuances que cercam o grupo que ele representa, bem como a capacidade de defesa destes interesses.

Tal percepção, contudo, não é inédita na doutrina. Sérgio Cruz Arenhart já defendeu a ideia de representatividade adequada *ad actum*, ou seja, para cada ato processual. O autor

<sup>63</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 226-227.

<sup>64</sup> A ideia de supervisão enquanto função da atividade jurisdicional não é nova na doutrina e nem na prática judicial. Kent Roach e Geoff Budlender, estudando casos que envolvem litígios estruturais na África do Sul e no Canadá, apontam a importância da atuação da Corte como supervisora, sobretudo nos casos nos quais pairam dúvidas sobre a real intenção de cumprimento por parte dos envolvidos ou ainda quando for realmente difícil executar o cumprimento da ordem, que por ser genérica, e dada a complexidade da questão, atrai a necessidade de uma execução dirigida, supervisionada e muitas vezes discutida, através de relatórios. ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? **The South African Law Journal**, v.11, n.2, 2005.

<sup>65</sup> Edilson Vitorelli disserta sobre a questão, dominante nos litígios irradiados, haja vista a conjugação de vários interesses com diferentes nuances em um mesmo processo. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.562 e ss.

<sup>66</sup> Antonio do Passo Cabral explica o fenômeno da formação das zonas de interesse. O autor argumenta que em muitas situações processuais, pelo dinamismo inerente à relação processual, não é possível manter uma relação fixa, antagônica, dual durante todo o desenrolar do processo. Assim, muitas vezes surgem ocasiões em que surge uma zona de interesse comum para pessoas que estão em polos opostos da relação processual, motivando eventual migração. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, v.404, 2009, p. 3-41. A questão não é inédita no ordenamento jurídico brasileiro, já que o art. 6º, §3º da lei 4717/65, a lei de Ação Popular, prevê a possibilidade de mudança de polo da pessoa jurídica de direito público cujo ato seja objeto de impugnação, caso considere útil ao interesse público.

entende que a análise da representação adequada deve ser feita para cada ato ou etapa processual, já que o processo é um instituto dinâmico em sua essência. Sendo assim, seria possível ter um representante adequado no início do processo e um outro para uma etapa posterior. O autor, então, desenvolve a ideia de que dentro de uma mesma instituição legitimada, como, por exemplo, o Ministério Público, um órgão seja o representante mais adequado para uma determinada situação processual envolvendo os representados do que outro.<sup>67</sup>

Assim, sendo atribuição do juiz definir a representação adequada, questão que será discutida em seções futuras deste estudo, é indispensável o foco nas funções de gestão e supervisão do processo. Ou seja, o juiz deve formar uma verdadeira comunidade de trabalho, sendo capaz de acompanhar de perto cada passo da instrução processual, ainda que por meio de auxiliares da justiça, requerendo e promovendo atividades que lhe garantam o entendimento de que a representação permanece adequada ao longo de todo o processo.<sup>68</sup> A atividade é fundamental, visto que nela se fia a concretização e a observância do devido processo legal, importantes para afastar questionamentos sobre déficits de garantias.

Não é possível olvidar que, nesta ótica, o juiz tem uma perspectiva diferente do que simplesmente declarar um direito preexistente. Na verdade, muitas vezes ele atua na construção da norma. Em muitos processos de índole coletiva, como aqueles que discutem direitos fundamentais e ambicionam reformar a estrutura de instituições, a norma é construída ao longo do processo, com a contribuição não apenas do magistrado, mas também das partes, por meio dos seus representantes adequados. O mesmo acontece nos processos que discutem a constitucionalidade de leis ou atos normativos. O sentido do texto constitucional é, muitas vezes, aberto, permitindo um espectro amplo de interpretações possíveis. Assim, é o próprio juiz quem constrói o sentido daquela norma, atuando de forma conjunta com as partes, em meio ao diálogo que se estabelece no processo.

---

<sup>67</sup> O autor, no texto, trata de processos estruturais, porém, por entender-se que o processo estrutural é espécie ligada ao Direito Processual Coletivo, a lição é julgada aplicável. Ademais, o autor ressalta que o grande ensinamento extraído da doutrina e jurisprudência americanas é que a representação adequada não deve envolver esquemas rígidos e abstratos, devendo sua análise ser feita à luz do caso concreto. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.444 e ss.

<sup>68</sup> A formação de uma comunidade de trabalho é exigência do próprio diploma processual civil que positivou o princípio da cooperação no art.6º.

Assim, o grau de exigência imposto ao juiz pela representação adequada e a manutenção de sua integridade têm por consequência lógica uma ênfase nos deveres de debate, esclarecimento, prevenção e auxílio, naturais ao modelo processual cooperativo.<sup>69</sup>

A necessidade de manter hígida a representação adequada durante todo o processo, em suas diferentes fases, haja vista a relevância da questão para a garantia de um processo que respeita o contraditório, entendido a partir do binômio debate-influência<sup>70</sup>, e para a consequente construção da decisão jurisdicional, que não é uma mera declaração, mas sim verdadeiramente criada a partir da contemplação de todos os ângulos da questão, tal como considerados pelos interessados, aponta para um reforço dos deveres associados ao princípio da cooperação. Assim, as partes cooperam para a solução e a noção de substitutividade fica de certo modo comprometida, já que muitas vezes a solução é engendrada pelas partes e tão somente apresentada ao juiz para homologação. Por exemplo, no caso de um negócio jurídico processual realizado pelas partes para a definição de questões de fato e de direito de um processo estrutural, são os litigantes, através dos representantes adequados, que efetivamente decidem os pontos controversos que merecem apreciação, devendo o juiz realizar a homologação.<sup>71</sup>

Desta forma, se se entender a jurisdição tão somente por seu sentido clássico, será difícil compreender, em primeiro lugar, a atuação do magistrado no controle da representação adequada, que não deve ser vista como mero ativismo judicial<sup>72</sup>, havendo também a possibilidade, na falta de afinidade com o entendimento aqui exposto, de questionamentos no sentido de possuir tal atividade caráter administrativo e não jurisdicional.

---

<sup>69</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Neste livro, Daniel Mitidiero enuncia o princípio da colaboração processual, tecendo os fundamentos e pressupostos do modelo colaborativo do processo civil, no qual surge, para o juiz, os deveres citados.

<sup>70</sup> O debate encerra a conjugação de duas atividades: a informação, através da qual o indivíduo toma ciência das alegações que pairam contra si, e a reação, através da qual ele tem a oportunidade de se manifestar, refutando as alegações feitas.

<sup>71</sup> RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismo de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.166-167. É claro que se o juiz entender que há outras questões relevantes não arroladas pelas partes, ele poderá estabelecer o necessário diálogo judicial a fim de elucidar os pontos controversos.

<sup>72</sup> Ativismo judicial é entendido aqui como uma conduta voluntarista. Como aponta Luís Roberto Barroso, o comportamento que expresse uma interpretação proativa da Constituição, na qual o sentido e alcance de seus dispositivos são extrapolados, reflete uma atitude ativista do juiz, justamente por associar-se a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, o que é fator de interferência no espaço de outros Poderes. Trata-se, portanto, de conceito diferente de judicialização, que é um fato, o qual pode ser explicado, principalmente, pelo maior afluxo de questões ao Poder Judiciário, a partir do reconhecimento de vários direitos fundamentais nos textos constitucionais. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v.4, Edição Comemorativa 2018, p.27.

Em segundo lugar, como decorrência lógica, será difícil apreender a importância e a centralidade do instituto da representação adequada para o Direito Processual Coletivo, o que pode gerar percepções de que o controle judicial é dispensável. Este ponto pode ser melhor compreendido caso se perceba que em muitos processos coletivos, a depender da complexidade envolvida, a solução do caso não está expressa na lei, devendo ser construída no processo, o que aponta para a necessidade de que sejam ouvidos aqueles que serão afetados pela decisão. Assim sendo, em muitos destes casos, a supervisão e a gestão realizadas pelo magistrado são as técnicas que garantem a observância das garantias processuais e os direitos fundamentais.

Um exemplo que poderia ser dado é um processo coletivo em que haja certa complexidade e oposição entre grupos formados por pessoas em situação de especial vulnerabilidade, devido à extrema pobreza, ao analfabetismo, à incapacidade para apreender a realidade jurídica (caso dos indígenas) e outros problemas afins. O cenário é comum em conflitos fundiários e nestes casos, o exercício da supervisão e da gestão pelo magistrado ao longo do processo é fundamental, de forma que apenas representantes adequados possam participar do contraditório, sob pena de que se produza uma sentença que, na melhor das hipóteses, não encerre o conflito. Neste contexto, pensar a jurisdição tão somente como o poder de decidir poderia conduzir a resultados que não sejam os mais adequados.

## **2 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA: A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

A constitucionalidade do processo coletivo e de seus institutos processuais sempre foi alvo de questionamentos. Porém, não sem razão, já que a lógica neles incorporada diverge substancialmente daquela estabelecida no chamado processo civil clássico. Sendo assim, é necessário garantir a compatibilidade dos processos coletivos e dos seus institutos com a Constituição, notadamente com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, a fim de que a análise possa se revestir de um aspecto prático, com ênfase nas garantias processuais.

### **2.1 Processo civil clássico x Processo civil coletivo**

No processo civil clássico, aquele que julga possuir um determinado direito é quem se habilita a discutir a questão em juízo (legitimidade ordinária), admitindo-se ainda que a lei determine a possibilidade de que um terceiro em nome próprio discuta o direito de outrem (legitimidade extraordinária).<sup>73</sup>

A concepção exposta acima é consentânea com o princípio da liberdade, consagrado pelas constituições burguesas, a partir da noção de que era necessário conter o arbítrio estatal no domínio da autonomia da vontade. Assim, nada mais natural do que o próprio indivíduo que julga ter tido um direito violado possa ir a juízo para apresentar o seu pleito.

---

<sup>73</sup> O art.18 do CPC: "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico." Na verdade, o CPC expandiu o conceito doutrinário da legitimidade extraordinária por permitir que não apenas a lei, mas também normas privadas, como as derivadas de negócios jurídicos processuais, possam configurar a legitimidade extraordinária. A *mens legis* parece clara quando o termo ordenamento jurídico é usado, diferentemente do art.6º do CPC-73, que usava o termo lei.

A arquitetura processual é, classicamente, bilateral, sendo as partes dispostas em dois polos, o ativo e o passivo, com interesses notoriamente antagônicos. Além disso, uma série de garantias processuais fundamentais apresentam-se incorporadas aos direitos das partes, tais como o direito ao acesso à justiça, ao contraditório, à ampla defesa, a um juiz imparcial, designado previamente por lei (juiz natural), ao devido processo legal e à inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, legitimando a decisão produzida no processo, que deverá ser seguida pelas partes.

De pronto, considerando um confronto com o processo coletivo, é possível identificar duas questões cruciais.

A primeira é que as partes participam diretamente, atuando no processo, seja pela proposição da ação, seja pela consequente citação, o ato pelo qual se convoca uma das partes para integrar a relação processual, realizado, preferencialmente, de forma pessoal. Desta forma, elas efetivamente exercem por si próprias todas as garantias processuais citadas acima, assim como dispõem de plena liberdade na condução de suas estratégias processuais. A questão é bastante relevante, já que o destino da parte no processo, além do direito discutido, está atrelado a sua liberdade de escolha no caminho a trilhar nas fases postulatórias e instrutórias, em meio a uma série de garantias processuais que asseguram esta atuação.

A segunda é que a decisão judicial se projeta tão somente em relação àqueles que efetivamente participaram do processo, atuando segundo suas escolhas e exercendo seus direitos e garantias processuais. Diz-se, então, que a coisa julgada atinge tão somente as partes do processo.

Lon Fuller adicionou uma perspectiva interessante ao que foi retratado acima. O autor reiterou a ideia de que a participação da pessoa lesada no processo é importante fator para que se alcance a justiça substancial. O argumento se baseia na importância do princípio dispositivo que concede independência ao julgador para avaliar a questão tal como apresentada pelas partes, bem como da própria interessoalidade presente em uma relação jurídica controvertida que torna as partes as melhores pessoas para conduzir a questão, apresentando argumentos, produzindo provas e, desta forma, alcançando a justiça substantiva.<sup>74</sup>

O desenho do processo coletivo em muito difere do apresentado acima. Dada a impossibilidade de atuação processual de todos os titulares do direito coletivo discutido em juízo, o processo coletivo apresenta um importante traço distintivo: o esquema representativo.

---

<sup>74</sup> FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v.92, dec. 1978, p.353 e ss.

A regra geral do processo coletivo é, pois, a legitimação extraordinária, pois é o representante quem atua em juízo, normalmente sob o consentimento legal, em nome dos titulares dos direitos discutidos coletivamente. É o representante adequado quem exerce o contraditório em nome dos titulares do direito ou da classe. Na mesma toada, é possível supor que a participação ocorre pelo processo, dada a impossibilidade de que os atos processuais se estabeleçam a partir da cientificação e manifestação de todos os titulares do direito discutido. Assim, a proposição da ação e a eleição da estratégia processual a ser seguida nas fases postulatória e instrutória não é objeto de decisão específica dos titulares do direito, estando, na verdade, a cargo do representante que em nome deles litiga.

Na realidade, o contraditório é exercido pelo representante adequado, o qual formula as teses de defesa, argumenta, influencia e define as estratégias processuais, agindo, portanto, como verdadeiro titular do direito. A robustez das tarefas sugere a necessidade da observância de exigências especiais por parte deste representante. A lei autoriza a presença de um legitimado extraordinário, porém sua atuação só estará verdadeiramente de acordo com as garantias constitucionais processuais e os direitos fundamentais, se o representante, que atua defendendo interesses alheios, apresentar determinadas características.

Em resumo, os titulares do direito coletivamente discutido participam indiretamente do processo, por meio da atuação do representante, já que o exercício do contraditório, a condução do processo e a eleição das estratégias processuais pertencem ao representante.

Não obstante, a decisão judicial de um processo coletivo atinge todos os titulares do direito, ainda que não tenham participado diretamente do processo. Em apertadíssima síntese, a atuação adequada do representante permite supor que a sorte deles não seria diferente caso decidissem litigar individualmente, pois o representante atua com o mesmo denodo que seria esperado do titular do direito.

Como se pode verificar, a maior força do processo coletivo, que consiste na promoção do acesso à justiça, da economia processual, da segurança jurídica e da isonomia, configura também a sua maior fraqueza, haja vista que a técnica que permite que tais fins sejam alcançados, sem qualquer prejuízo aos direitos fundamentais e às garantias processuais, a representação adequada, suprime a participação dos próprios titulares do direito. Aparentemente, há um evidente conflito com o direito à liberdade, à autodeterminação e outras importantes garantias processuais, que são também direitos fundamentais, o que exige o exame de constitucionalidade tanto do processo coletivo como de seus instrumentos.

## **2.2 A constitucionalidade do processo coletivo**

### 2.2.1 O processo coletivo como consequência das lutas pelos direitos sociais e do fenômeno da judicialização

As revoluções burguesas inauguraram o constitucionalismo, entendido como um movimento de limitação do poder do Estado frente às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos.<sup>75</sup> Não obstante, o estabelecimento de tal proteção não foi capaz de resguardar adequadamente a esfera do indivíduo. O advento da Revolução Industrial como fenômeno comum a toda Europa Continental trouxe inúmeras repercussões, tais como a intensa urbanização, a acumulação de capital, a exploração quase ilimitada do trabalho e o surgimento de movimentos sindicais e grevistas que ensejavam a perspectiva de uma luta de classes. Com base nesses fatos, resta evidente que a proteção meramente formal conferida pelo constitucionalismo liberal à liberdade e sobretudo à igualdade, não era suficiente para promover o desenvolvimento equilibrado da sociedade.<sup>76</sup>

O Estado precisava avançar em relação a sua postura de abstenção e atuar de forma positiva, a fim de assegurar a igualdade de condições para todos. A ele caberia, sim, intervir em relações jurídicas onde ficasse patente o espectro da desigualdade, bem como atuar no campo social (educação, saúde, principalmente), promovendo o bem-estar das pessoas de forma que estas, bem informadas e vivenciando uma existência digna, pudessem fazer escolhas em verdadeiro grau de liberdade.<sup>77</sup> Leis que reconheciam estes direitos sociais foram aprovadas por diversos parlamentos, inaugurando-se o Estado Social que, não obstante o sucesso inicial, terminou colapsando, décadas depois, por força do gigantismo atingido.

Após a Segunda Guerra Mundial, o movimento toma corpo e se aprofunda. As Constituições europeias do pós-guerra deixam de ser vistas como meros acordos políticos para serem entendidas como verdadeiras normas jurídicas que, em virtude dos horrores promovidos pelos movimentos totalitários, passaram a proteger direitos fundamentais,

---

<sup>75</sup> J.J.Gomes Canotilho define o constitucionalismo como “uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.51.

<sup>76</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.80.

<sup>77</sup> Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto ensinam que duas foram as formas de recepção desse constitucionalismo social. A primeira, realizada nos Estados Unidos, não positivou direitos sociais, não assegurando prestações sociais positivas pelo Estado, de forma que apenas a Constituição deixou de ser vista como empecilho à implementação de políticas sociais. A segunda, adotada na Europa, bem como no Brasil, deu-se pela incorporação ao texto constitucional de vários direitos sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p82.

prevendo, além dos direitos individuais e políticos, prestações positivas de cunho social a serem realizadas pelo Estado em favor da sociedade, bem como cláusulas de salvaguarda da democracia.<sup>78</sup> Assim surge o neoconstitucionalismo, um movimento que ambicionava não apenas a mera limitação do poder, mas também a efetiva concretização dos direitos constitucionais, contemplando, inclusive, os direitos fundamentais de natureza existencial, a partir das bases estabelecidas pelo constitucionalismo social. Não se desejava apenas uma teoria normativa para a política, mas a eficácia real da Constituição que não podia ser uma mera folha de papel. A Constituição passava a ser o centro do sistema jurídico, tornando hegemônico o modelo constitucional estadunidense.<sup>79</sup>

Em decorrência de todas estas transformações que se operavam, as Constituições passaram a incorporar em seus textos os direitos sociais, bem como alguns dos chamados direitos de terceira geração, de natureza difusa ou coletiva, além dos direitos individuais e das garantias processuais como o acesso à justiça, o processo justo e o devido processo legal, em uma clara adesão à ideia de necessidade de assegurar de forma concreta os direitos e as garantias fundamentais, viabilizando os instrumentos para tal.<sup>80</sup>

Assim sendo, o texto constitucional era predominantemente composto por regras de conteúdo aberto, indeterminado e que, portanto, reclamavam algum grau de interpretação e integração, tarefa a ser cumprida pelo Poder Judiciário, originando o movimento de judicialização do direito. Com isso, afirmava-se a jurisdição constitucional e a supremacia do Parlamento começava a ruir, ao passo que o Poder Judiciário se tornava mais importante, tendo em vista que as leis ou atos da Administração que não cumprissem o prometido no texto constitucional poderiam ser questionados. A constitucionalização do direito acarretou intensa judicialização, visto que os direitos fundamentais passaram a gozar de supremacia constitucional, sendo exigíveis em juízo.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup>SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.117.

<sup>79</sup>A menção à Constituição enquanto folha de papel é pensada originalmente por Lassale em seu livro “Que és una Constitución?”. O autor entendia que a Constituição deveria apresentar verdadeira correspondência com o poder social dominante, justamente por tratarem as normas constitucionais de questões de poder e não primordialmente jurídicas. Caso assim não fosse, sua legitimidade seria questionada e ela não passaria de uma simples folha de papel. HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.61.

<sup>80</sup>SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.118-123. O autor aponta para a transformação significativa operada pelas mudanças citadas, que acabaram servindo de objeto para uma nova corrente teórica, o neoconstitucionalismo, que buscava explicar os fenômenos observados, não obstante a partir de inúmeras vertentes, com grandes diferenças teóricas entre elas.

<sup>81</sup>Luís Roberto Barroso aponta que as mudanças citadas se deram a partir do neoconstitucionalismo, uma nova percepção do direito constitucional, ao qual podem ser atribuídos três marcos: (a) As gravíssimas violações aos direitos humanos perpetrados pelos regimes totalitários e a consequente redemocratização do pós-guerra

Não é difícil perceber que a judicialização do direito aprofundou a necessidade de um processo civil coletivo. O reconhecimento expresso dos direitos sociais, dos direitos difusos e das próprias garantias processuais no texto constitucional tornou nítida a existência de uma dimensão social do Direito, já que, além da tutela à liberdade individual e o freio à ação estatal, típicos das constituições liberais, foi viabilizado o enfrentamento das grandes transformações causadas na sociedade industrial e pós-industrial. Dentre estas mudanças significativas, são especialmente relevantes a formação de uma sociedade de massa e a existência de uma demanda robusta por mecanismos que garantam que valores essenciais não resem confinados ao plano formal e teórico, incluindo-se os de natureza existencial, como a liberdade e a igualdade.

Tornou-se cristalina a necessidade de tutelar a esfera coletiva da sociedade e não apenas a individual, já que as relações de massa, propiciadas pela sociedade de consumo industrial, tornavam-se dominantes. Vários direitos precisavam ser concretizados em uma escala coletiva, isonômica, de forma que o processo civil clássico já aparentava sua impropriedade.

Era patente a real necessidade de promoção do acesso à justiça para a tutela dos direitos coletivos, ensejando a transformação da realidade social e conseqüentemente, alcançando a paz social, um dos objetivos da jurisdição.<sup>82</sup>

Do mesmo modo, assegurar a igualdade material tornou-se uma exigência da sociedade, visto que a mera formalização, que caracterizava o modelo liberal-burguês, não era suficiente para contemplar os direitos reivindicados pelos movimentos grevistas e depois consagrados nos textos constitucionais. Ademais, era preciso fazer isso garantindo ao mesmo tempo a segurança jurídica e a economia processual, já que restaram superadas as dimensões comunitária e individual, características da Idade Média e do Estado Liberal. Tratava-se, portanto, do que Mauro Cappelletti chamou de dimensão social do Direito que, evidentemente, não poderia ser plenamente tutelada por uma concepção processual de cunho individualista como a que orientava o processo clássico.<sup>83,84</sup>

---

representam o marco histórico; (b) o triunfo do pós-positivismo enquanto corrente de pensamento, permitindo uma aproximação do direito com a filosofia e a moral é o marco filosófico e (c) o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova dogmática de interpretação constitucional compõem o marco teórico. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v.240, abr.-jun. 2005, p.3 e ss.

<sup>82</sup> É importante notar que a referência feita diz respeito à massificação dos litígios coletivos engendrada pela sociedade moderna no pós-guerra. Não se ignora que a Carta del Lavoro de 1927 já abordava as relações trabalhistas coletivas. Contudo, apesar do avanço no campo trabalhista, a feição coletiva do processo civil não era totalmente compreendida.

<sup>83</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. e notas: Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2008, p.381,

O processo coletivo pode ser compreendido como uma decorrência das lutas pelos direitos sociais em uma sociedade crescentemente massificada e como uma exigência da judicialização do direito observada a partir do momento em que os direitos fundamentais sociais passaram a ser consagrados nos textos constitucionais e sua concretização exigida nos tribunais. Na verdade, ele se apresenta como uma solução ao incômodo gerado nas sociedades modernas pela litigiosidade repetitiva e massiva, sobretudo pela necessidade de concretizar as promessas realizadas nas Constituições a partir de um referencial de coerência e adequação. Não à toa, o processo coletivo já havia se desenvolvido nos Estados Unidos, já que neste país, desde sempre, a constituição era vista como verdadeira norma jurídica, apta, portanto, a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.<sup>85</sup>

Assim sendo, a primeira conclusão que se pode tecer é que o processo coletivo é constitucional, já que responde às promessas feitas nos textos constitucionais acerca dos direitos sociais, dos direitos difusos e das garantias processuais. Trata-se, assim, de uma forma de instrumentalizar a efetividade dos direitos reconhecidos e das garantias processuais consagradas nos textos constitucionais.<sup>86</sup>

Contudo, para que se garanta realmente a sua constitucionalidade e a dos seus instrumentos e institutos, sobretudo a representação adequada, é necessário reconhecer a sua consonância com o devido processo legal coletivo, bem como sua compatibilidade com as garantias do acesso à justiça, economia processual, segurança jurídica e isonomia, já que estas garantias processuais são centrais para a visão de processo coletivo adotada por este estudo.

---

<sup>84</sup> Esta dimensão social do Direito a que se refere Cappelletti se estabelece já a partir das Constituições Mexicana de 1917 e da Alemanha de 1919, que reconhecem direitos sociais expressamente. Logicamente, ela se solidifica sob a égide do Estado Democrático de Direito que se estabelece a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, pois a partir de então tais direitos passam a ser reconhecidos ou referenciados em várias constituições.

<sup>85</sup> Sobre as diferenças entre os constitucionalismos americano e europeu: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.117-118. Sobre os primórdios da tutela coletiva nos Estados Unidos: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.40 e ss.

<sup>86</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.22-23. Dinamarco assevera que “é a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.”

É necessário, portanto, verificar a forma pela qual a representação adequada interage com cada uma das garantias citadas acima, compreendendo se ela se apresenta realmente como ferramenta útil à promoção destes valores constitucionais.

### 2.2.2 O devido processo legal coletivo

Como já definido, o Direito Processual Coletivo é o ramo do Direito Processual que congrega as normas, princípios e institutos atinentes à discussão de matérias, no plano judicial ou extrajudicial, com repercussão sobre determinado grupo social, cujo trato coletivo se imponha como necessário pela impossibilidade de abordagem diversa ou pela maior adequação. Neste sentido, é mandatório entender que quaisquer institutos do processo coletivo apresentam, provavelmente, uma dinâmica diferente daquela verificada no processo convencional. Já de início, há de se vislumbrar a impossibilidade de que todos os jurisdicionados participem direta e concretamente desta decisão, ainda que não de ser influenciados necessariamente pela decisão tomada em âmbito coletivo, tendo em vista os objetivos da tutela coletiva de prover uma solução efetiva, isonômica, célere e segura do ponto de vista jurídico.

Nestes moldes, o que viabiliza a tutela coletiva é a atuação de um representante, nos termos da lei, que atua como agente do contraditório, defendendo os direitos de um determinado grupo de pessoas em juízo. É justamente sua atuação que permite que o esquema representativo alcance os requisitos de coerência e adequação, promovendo o acesso à justiça, a economia processual, a isonomia e a segurança jurídica.

Sendo assim, para assegurar a consonância do processo coletivo e seus instrumentos com o devido processo legal coletivo, é importante entender a forma pela qual um elemento característico, a representação adequada, surge e se impõe como referência no estudo da tutela coletiva e como ela se afina com o próprio devido processo legal coletivo e demais garantias.

O princípio do devido processo legal, consagrado no texto de várias constituições modernas, exige que o jurisdicionado seja notificado e participe pelo processo da decisão judicial que vem a ser construída.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Humberto Ávila defende a ideia de que o princípio do devido processo legal não precisaria estar expresso na Constituição Federal. O autor defende a ideia de que a previsão constitucional de princípios e direitos fundamentais que deixam de ser promovidos ou que são restringidos faz surgir a necessidade de um processo justo e adequado que os garanta em sua plenitude. A avaliação do processo justo e adequado é, então, feita pelas noções de proporcionalidade e razoabilidade, extraídas como decorrências lógicas dos princípios da liberdade e da igualdade, respectivamente, ambos já previstos igualmente no texto constitucional. Assim, a previsão constitucional do devido processo legal é uma cautela excessiva do legislador constitucional, visto que a previsão dos princípios da liberdade e da igualdade implica na noção do devido processo legal e tudo

A origem histórica do princípio do devido processo legal é associada frequentemente aos arts.39 da Magna Carta de 1215 e 29 da reedição do documento, feita em 1354.<sup>88</sup> Os termos lei da terra e devido processo legal possuem um conteúdo determinável, porém aberto, de tal forma que coube à jurisprudência e ao Poder Legislativo dos Estados Unidos darem, ao longo do tempo, um conteúdo mais preciso a tais termos.

A compreensão da dinâmica jurisprudencial americana é útil porque os Estados Unidos são pioneiros no estudo e desenvolvimento do processo coletivo. Assim, é importante entender a concepção do devido processo legal em meio à evolução do processo coletivo. Neste sentido, as ações de notificar e ouvir afirmaram-se como conteúdo mínimo do devido processo legal, portanto.

O Congresso dos Estados Unidos, ao propor a 5ª Emenda à Constituição, ratificada pelos Estados em 1791, tornou obrigatória, entre outras diretrizes, a necessidade de observância do devido processo legal para que uma pessoa pudesse ser privada de sua vida, liberdade e propriedades. A 14ª Emenda, ratificada por vários estados em 1866, porém apenas de forma unânime em 1976, enunciou a mesma diretriz para os Estados, que não poderiam negar a ninguém o direito à proteção isonômica das leis e nem privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal.

Durante muito tempo o conceito de devido processo legal restringiu-se à ideia de notificação e oitiva dos interessados, amparado pela noção de “natural justice” do direito inglês e tomando os casos pretéritos como base.<sup>89</sup>

Não obstante, no período da Corte Warren, o caso *Joint Anti-Fascist Refugee Committee vs McGrath*<sup>90</sup> revela-se importante para o entendimento do conteúdo do devido processo legal. Além de afirmar o inequívoco direito à notificação e participação como fundamento de sua decisão, o juiz Frankfurter reconheceu a impossibilidade de tornar fixo e

---

que seja necessário para garanti-lo. ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v.33, set. 2008, p.50-59.

<sup>88</sup> No art.39 da Carta Magna de 1215, a referência é feita ao fato de que nenhum homem livre poderia ser preso, despido de seus bens, exilado ou de qualquer forma destruído sem que fosse realizado um julgamento legal feito por seus pares e de acordo com a lei da terra. Já o art.29 da versão de 1354, aponta para o conceito de devido processo legal como parâmetro para balizar as consequências negativas que alguém poderia sofrer.

<sup>89</sup> Frederick Shauer explica que a Constituição Inglesa não é escrita, logo, determinadas garantias foram extraídas das noções do direito natural, sendo aprimoradas com o tempo. Assim, duas garantias eram consideradas basilares: o direito de ser ouvido e o direito a um tribunal imparcial, as quais influenciaram a evolução da noção de devido processo no direito americano. SHAUER, Frederick F. English natural justice and american due process: an analytical comparison. **William and Mary Law Review**, v.18, issue 1, 1976, p.48-51.

<sup>90</sup> *Joint Anti-Fascist Refugee Committee vs McGrath*: 341 US 123 (1951). O caso tratava da legitimidade de determinados grupos para questionar a sua inclusão na lista de organizações subversivas, feita pelo Procurador Geral. Os votos foram fracionados, com cada magistrado emitindo razões próprias em seus votos, mas o resultado final foi no sentido de contemplar a legitimidade de tais grupos para questionar sua presença em tais listas.

independente de qualquer tempo, lugar e circunstância o conteúdo do devido processo legal, o qual não pode ser demarcado por uma fórmula pronta. Ao contrário, nessa decisão, o magistrado reconheceu a necessidade de entendimento do núcleo do devido processo legal pelo confronto com a história, a razão das decisões passadas e pela fé na democracia.<sup>91</sup>

Não obstante tal decisão possa ser considerada como um marco na construção do sentido de devido processo legal, é forçoso reconhecer que já em 1842, com a edição da *Equity Rule 48*, a Suprema Corte Americana já admitira a flexibilização no devido processo legal, materializada na construção do instituto da representação adequada, forma idealizada para permitir a participação de todos os interessados no processo.

A ideia do juiz Frankfurter embutia um senso de ressignificação do conceito de devido processo legal, visto que é clara a referência à impossibilidade de uma fórmula fixa hábil a definir e conter o significado do devido processo legal. Portanto, a flexibilização é o elo que une a proposta de entendimento do juiz Frankfurter e a fórmula que já havia sido acatada pela Suprema Corte Americana na edição da *Equity Rule 48*.

Contudo, tais abordagens não indicam a perda de valor da participação, já que *notice* e *hearing* são elementos nucleares do devido processo legal. Trata-se tão somente de reconhecer que, em muitas circunstâncias, a participação no sentido clássico de presença indispensável pode ser inviável no desenrolar do processo, dificultando a função instrumental deste na consecução dos escopos sociais, jurídicos e políticos aos quais se destina.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> Sobre o devido processo, o juiz Frankfurter assim se pronunciou: “*It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But “due process,” unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing, as it does in its ultimate analysis, respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, “due process” cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, “due process” is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process.*” Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/123/#149>. Acesso em: 31 jan. 2020. Trad. nossa: “(O devido processo) deve ser respeitado em períodos de calma e em tempos turbulentos: ele protege tanto os estrangeiros quanto os cidadãos. Mas “devido processo,” ao contrário de algumas regras legais, não é uma concepção técnica com um conteúdo fixo sem relação com o tempo, lugar ou circunstâncias. Expressando, em última análise, respeito forçado pela lei por aquele sentimento de tratamento justo o qual tem se desenvolvido através dos séculos de civilização e da história constitucional Anglo-Americana, “devido processo” não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de qualquer fórmula. Representando uma atitude profunda de justiça entre os homens, e mais particularmente entre os indivíduos e o governo, “devido processo” é composto pela história, razão, o curso de decisões passadas e robusta confiança na força da democracia, fé que nós professamos. Devido processo não é um instrumento mecânico. Não é um critério. É um processo. É um delicado processo de ajuste inescapável envolvendo o exercício de julgamento por parte daqueles aos quais a Constituição confiou o desenrolar do processo.”

<sup>92</sup> Defendendo a perspectiva instrumentalista do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. A ideia defendida pelo autor é que o

O pragmatismo da Suprema Corte Americana é evidente comprovação do que é afirmado acima quanto à flexibilidade da cláusula do devido processo nos Estados Unidos, podendo ser extraído de outros exemplos. Apenas 6 anos após decidir em *Goldberg vs Kelly*<sup>93</sup> que seria necessário notificar e ouvir previamente um beneficiário da seguridade social antes de decidir pela terminação de seu direito, a Corte, em *Mathews vs Eldridge*<sup>94</sup>, avaliou que a observância da notificação e oitiva pela Administração Pública, tal como decidido antes, deveria ser flexibilizada. Com isso, o parâmetro fixado em *Goldberg vs Kelly* não poderia ser observado sempre, devendo ser realizado um teste em que se consideram a natureza dos interesses privados discutidos, o risco da privação indevida destes interesses além dos interesses estatais envolvidos (mormente os custos). A consideração destas implicações e a noção de flexibilidade contida no devido processo legal garantem um diálogo com a função instrumental do processo, tal qual afirmada por Cândido Dinamarco.

A análise da jurisprudência americana revela, portanto, que o melhor entendimento é enxergar a flexibilidade não como uma possibilidade de redução de garantias processuais, mas sim como uma ressignificação, ou seja, como o reconhecimento de que a participação do membro da classe em si no processo, pela notificação e oitiva, é tão somente um instrumento de obtenção da tutela, o que pode ser perfeitamente alcançado por um outro mecanismo, como o aqui proposto, a representação adequada, bastando que determinadas características sejam exibidas pelo representante.

Não foi apenas a Suprema Corte Americana que percebeu a necessidade da ressignificação do devido processo legal em várias circunstâncias. Ao analisar o processo coletivo, a doutrina também percebeu a impossibilidade de conformar o devido processo legal, pensado sob a forma rígida da notificação e oitiva em perspectiva individual, ao cenário processual coletivo.

Owen Fiss diz que, na verdade, a Constituição garante o direito de ser adequadamente representado, desprezando, portanto, a ideia de participação direta no processo. A decisão judicial apenas não é final, padecendo de vulnerabilidade ínsita a impugnações, caso os indivíduos afetados pela decisão judicial não tenham sido representados adequadamente no processo.<sup>95</sup>

---

processo é um meio, um instrumento para a realização de importantes objetivos, os chamados escopos sociais, políticos e jurídicos do processo.

<sup>93</sup> 397 US 254 (1970).

<sup>94</sup> 424 US 319 (1976)

<sup>95</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós; Coord. da Trad.: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.215-216. Cabe ressaltar que o autor se referia aos processos

Na Itália, Michele Taruffo já destacava o fato de que o importante é a possibilidade de o indivíduo afetado pela decisão participar do processo. Em havendo isso, o devido processo legal é respeitado e a coisa julgada deve atingi-lo.<sup>96</sup> Mauro Cappelletti observou também a necessidade de um outro esquema processual para lidar com violações de massa, pugnando por um novo tipo, mais adequado às circunstâncias, de garantismo coletivo.<sup>97</sup> Justamente neste sentido, Vincenzo Vigoriti afirmou que a representação adequada, que deve ser garantida a todos os integrantes de uma mesma classe, é uma condição necessária e suficiente para que a coisa julgada atinja a todos estes participantes, independentemente de suas participações pessoais em juízo.<sup>98</sup>

No Brasil, Antonio Gidi buscou consolidar o conceito de representação adequada, dizendo que a observância pura e simples do princípio do devido processo legal previsto na Constituição Federal, nos moldes do processo individual clássico, levaria à impossibilidade de se tratar qualquer ação pelo prisma coletivo.<sup>99</sup>

Sendo assim, afirmada a impossibilidade de participação direta no processo de todos os que vem a ser afetados pela decisão em um processo coletivo ou de dimensão estrutural, bem como entendida a ideia nuclear do princípio do devido processo legal, calcada na notificação e oitiva, torna-se importante solucionar este aparente paradoxo a partir da própria definição de devido processo legal, oferecendo uma explicação para o caso brasileiro.

Partindo da reflexão proposta por Humberto Ávila, o devido processo legal pode ser extraído dos princípios da liberdade e da igualdade, dos quais a proporcionalidade e a razoabilidade, respectivamente, são consectários lógicos, não sendo difícil perceber que se estabelece, assim, uma verdadeira garantia do processo justo e adequado, necessário à consecução de importantes direitos que forem violados, pela omissão ou desvirtuamento de certos comportamentos que se faziam necessários à concretização daqueles direitos. De nada

---

estruturais, os quais compartilham diversas características essenciais com os processos coletivos, pertencendo também ao Direito Processual Coletivo. Igualmente em: FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, v.78, n.5, 1993, p.970-972.

<sup>96</sup> TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale**, n.4, 1969.

<sup>97</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociale e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, n.3, 1975. Com base nesse texto, Rodolfo de Camargo Mancuso defende a ideia de um devido processo legal coletivo, apto a resolver de forma igualitária, econômica e molecular os conflitos por ele chamados de metaindividuais, nitidamente atomizados, conformando os pressupostos e finalidades do processo coletivo. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.307.

<sup>98</sup> VIGORITI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire. Milão: Giuffrè, 1979, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.301.

<sup>99</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, n.108, São Paulo, out.-dez. 2002, p.61-70.

adiantaria prever direitos através de princípios ou regras se não houvesse meios adequados a torna-los exigíveis.<sup>100</sup> A ideia do autor concede uma autorização para que se pense em um devido processo legal coletivo.

Retomando a linha de pensamento do autor, se isso é aceito, como a Constituição Brasileira faz previsão expressa do devido processo legal no art.5º, LIV, é natural pensar no devido processo legal como um sobreprincípio, que tem, além das funções de integrar e interpretar atos e normas que o pretendam concretizar e de bloquear as que sejam incompatíveis com tal fim, a missão de rearticular todos os demais princípios também previstos na Carta Constitucional que tenham a finalidade de promover a concretização de princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal (CF), pela via de um processo justo e adequado. Mais uma vez é possível pensar em um devido processo legal coletivo.

Em assim sendo, o aparente paradoxo não encerra realmente uma contradição.<sup>101</sup> Simplesmente, a necessidade de proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos faz surgir um devido processo legal coletivo, que rearticula diversos elementos tais como o princípio do acesso à justiça (art.5º,XXXV,CF), os princípios do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV,CF), os princípios da publicidade e da motivação (art.93,IX,CF), da celeridade e duração razoável (art.5º, LXXVIII, CF) fazendo com que se estabeleça um processo coletivo, no qual a representação adequada é a fórmula possível para a tutela justa, adequada, tempestiva, efetiva e econômica de direitos fundamentais, que estaria impossibilitada em outros moldes. Não é demais lembrar a importância do princípio da cooperação para a fixação da representação adequada, pois ela deverá ser controlada pelo juiz, que exercerá a função de gestão e supervisão, sem deixar de considerar os argumentos das partes, o que é materializado pelo contraditório.<sup>102</sup>

Sendo assim, quanto ao aspecto procedimental, claro está que a tutela coletiva não pode ofertar a mesma estrutura do processo individual. Adaptações são importantes e a representação adequada é parte disso.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v.33, set. 2008, p.50-59.

<sup>101</sup> O paradoxo reflete a perplexidade exibida pela doutrina na tentativa de justificar um processo coletivo, com efeitos amplos sobre pessoas que não participaram diretamente do processo.

<sup>102</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.100-106.

<sup>103</sup> A partir do aspecto procedimental do devido processo legal, Fernando Gajardoni defende a ideia de flexibilidade procedimental e sua compatibilidade com o devido processo legal, visto que não é a rigidez procedimental, exclusivamente focado na forma, que garante ao indivíduo a observância das suas faculdades e poderes processuais, mas sim a previsibilidade das regras ao longo do próprio procedimento, para o que o contraditório efetivo se apresenta como essencial para garantir a legitimidade da decisão judicial e assegurar

Desta forma, não se verifica qualquer incompatibilidade entre a representação adequada e o devido processo legal, visto que este enseja, naturalmente, a noção de adequação do procedimento à realidade social e à relação de direito material controversada, assegurado sempre o contraditório, que legitima a decisão judicial e torna devido o procedimento. Logo, a instituição da representação adequada por lei pode ser vista como um puro reconhecimento de que o próprio juiz já teria poderes, caso não houvesse nenhuma previsão legal, ouvidas as partes e segundo o princípio do devido processo legal, para alterar a dinâmica procedimental ao se deparar com um processo de natureza coletiva, instituindo a representação adequada. Como ensina Humberto Ávila, a frustração de um direito encontra um remédio idôneo a promovê-lo, o qual deve ser adequado, logo, pautado pela proporcionalidade e pela razoabilidade.<sup>104</sup> É neste sentido que a representação adequada se apresenta como técnica apta a tutelar direitos de natureza coletiva, que seriam indevidamente tutelados a partir de uma concepção individual, sobretudo se se considerar que a solução de uma questão coletiva envolve a promoção de vários princípios ao mesmo tempo, como já visto.

Sendo assim, a ressignificação proposta pelo juiz Frankfurter e toda a discussão doutrinária evidenciada acima apontam que o devido processo legal coletivo é verdadeiro alicerce para a garantia de direitos que, de outra forma, não poderiam ser garantidos, estando a representação adequada, elemento essencial do processo coletivo, absolutamente em sintonia com tal princípio.

Contudo, cabe uma severa advertência ao leitor. Não se deve entender a representação adequada como resultado da flexibilização de um direito fundamental, no sentido de amenizar o teor da garantia prevista.<sup>105</sup> Ao contrário, entende-se que a técnica preserva o núcleo fundamental do devido processo legal, ao assegurar a oitiva e a participação dos membros da classe titulares de um determinado direito, não na forma direta, porém alcançando os mesmos objetivos, o debate e a influência, pela ação do representante, o agente do contraditório.

---

que o procedimento seguido é realmente devido para que a tutela do direito material ou da parte seja alcançada. Ademais, mesmo diante de previsões legais que não sejam capazes de prover a tutela adequada, é garantido ao juiz o poder de providenciar a variação ritual para promover a adequação do procedimento à especificidade da causa, a partir de um exame de razoabilidade e o exercício do contraditório pleno e efetivo. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008, p.100 e ss.

<sup>104</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v.33, set. 2008, p.53 e ss.

<sup>105</sup> Gilmar Mendes entende que é possível, inclusive, restringir direito fundamental caso seja necessário promover uma finalidade constitucional. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.144. Não é, definitivamente, o que se entende ocorrer com a representação adequada, pois ela tão somente otimiza, procedimentalmente, a condução do processo, não restringindo qualquer garantia fundamental.

A representação adequada é uma técnica que surge da necessidade de proteção de direitos, a partir de um processo justo e adequado, calcado na razoabilidade e proporcionalidade. Ademais, a compreensão do desenvolvimento da jurisprudência americana sobre o tema e as lições doutrinárias relatadas mostram que a participação direta de cada membro da classe não é um fim em si mesmo, mas apenas uma das formas de se promover o debate e a influência no processo.

### 2.2.3 Acesso à justiça

O reconhecimento diretamente no texto constitucional de vários direitos impactou o processo civil em dois sentidos. Primeiramente, era necessário garantir a efetividade de tais direitos, de forma que eles pudessem ser realmente exercidos e garantidos. A seguir, restou óbvia a necessidade de configurar estruturas procedimentais tão simples quanto possível, a fim de permitir a efetividade dos direitos e a operabilidade dos tribunais, sob pena de que a afluência de processos deteriorasse ou até paralisasse a atividade jurisdicional.<sup>106</sup>

Assim, o que Mauro Cappelletti chamou de dimensão social do direito exigiu uma reformulação na maneira de pensar o processo, de forma a promover verdadeiramente o acesso à justiça.<sup>107</sup> Não adiantaria a mera previsão de direitos se sua tutela não fosse efetiva.<sup>108</sup>

Nesse sentido, o processo coletivo revelou-se como a forma adequada de efetivação de uma série de direitos, justamente por permitir o trato molecular de questões que dificilmente levariam a um resultado profícuo se fossem contempladas de forma atomizada, sendo

---

<sup>106</sup> Daniel Sarmiento enuncia que o fenômeno foi mundial. Como as constituições europeias do pós-guerra não eram cartas documentais representando programas políticos, mas sim realizavam verdadeiras promessas em relação aos direitos fundamentais, por meio de normas que, pela baixa densidade normativa e grande abertura semântica, necessitavam ser interpretadas, o movimento de acesso ao Judiciário foi expressivo também na Europa. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.118-119.

<sup>107</sup> Vale mencionar as chamadas três ondas do acesso à justiça, enunciadas por Cappelletti e Garth. Segundo os autores, a primeira onda foi permitir o acesso dos mais pobres à jurisdição. A segunda foi assegurar justamente a tutela dos chamados direitos difusos e coletivos, enquanto a terceira onda se ocupou de garantir a simplificação dos procedimentos, bem como a criação de novas formas de acesso à justiça como a mediação, a conciliação e formas participativas que possibilitem o controle da atividade pública. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

<sup>108</sup> Defendendo a efetividade das normas constitucionais, incluindo os princípios, considerados verdadeiras normas jurídicas: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.63 e ss.

provável que, nesse caso, importantes princípios como a isonomia, a economia processual e a segurança jurídica fossem inobservados em alguma medida.<sup>109</sup>

O mérito do processo coletivo, sobretudo na ótica do acesso à justiça, é viabilizar a participação. No processo civil clássico, onde prevalecem as relações bilaterais, com uma estrutura notoriamente individualista, a participação se dá por meio do próprio indivíduo, que ativamente toma parte no processo. Já no processo coletivo, a lógica é representativa, dada a impossibilidade ou a inconveniência de reunir todos os interessados em um mesmo processo. Assim, a participação é viabilizada, mas não exatamente no processo e sim pelo processo.

Analisando a Constituição Federal, nota-se o art.5º, XXXV que atesta o princípio da inafastabilidade da jurisdição.<sup>110</sup> O reconhecimento de direitos fundamentais expressamente no texto constitucional evidencia o direito de ação enquanto verdadeiro instrumento para a consecução desses objetivos, já que de nada adiantaria a previsão de direitos se, em caso de lesão, eles não pudessem ser reivindicados. Aqui reside a importância do princípio mencionado.

Aliás, essa é justamente a diferença crucial que fica visível já a partir do Estado Social, com a consequente superação do Estado Liberal. Neste, o direito de ação era marcado por uma concepção formalista, baseada na igualdade perante a lei, o que, frequentemente, resultava em grande desigualdade, já que a disparidade de forças entre as partes, calcada em diferenças intelectuais, econômicas ou sócio-políticas, é fator de desequilíbrio processual, muitas vezes impedindo que o direito seja reivindicado.<sup>111</sup>

Leonardo Greco destaca que a partir do momento em que o Estado investe o cidadão no gozo de seus direitos diretamente, o que é proporcionado pela previsão expressa destes direitos na Constituição e mais ainda, com cláusula de aplicabilidade imediata, o recurso aos tribunais ocorre em caso de lesão ou ameaça a tais direitos, sendo, no entanto, importante pelo caráter sancionatório que embute, ainda que de natureza subsidiária.<sup>112</sup>

Assim, a partir do Estado Social, o sistema legal começou a ser considerado como parte de um ordenamento social complexo e não mais isolado.<sup>113</sup> Daí, naturalmente, o acesso

<sup>109</sup> WATANABE, Kazuo. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 790.

<sup>110</sup> Art.5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” O art.5º, §1º assegura a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>111</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p.6.

<sup>112</sup> GRECO, Leonardo. Acesso ao direito e à justiça. *In: GRECO, Leonardo. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.197.

<sup>113</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.15.

à justiça tornou-se também um verdadeiro direito fundamental, por representar o acesso a uma autoridade, o Poder Judiciário, capaz de resguardar tais direitos em caso de violação. Por isso, Ana Paula de Barcellos realça o vínculo do acesso à justiça com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, sem a possibilidade de acessar uma autoridade capaz de compor e decidir conflitos em caso de lesão, há uma natural dispensabilidade da previsão expressa de tais direitos seja na lei ou na Constituição.<sup>114</sup> Assim, seguindo a lógica da autora, sem o Poder Judiciário para garantir seus direitos, o que é viabilizado pelo acesso à justiça, o homem tem sua dignidade comprometida, já que poderá ser meio para a satisfação de outrem.

À medida em que tal entendimento foi ganhando corpo, reconheceu-se que o direito de ação não poderia ficar indiferente à realidade social<sup>115</sup>, devendo ele ser visto como um elemento garantidor da própria dignidade da pessoa humana, tornando necessário pensar em outras formas de acesso à justiça.

A doutrina processualista não ficou indiferente a isso. Antonio Araujo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco atestam que passou-se a pensar no acesso à justiça como algo indispensável para que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, de modo que o ingresso em juízo, o procedimento, bem como a justiça e efetividade das decisões sejam plenamente considerados a partir de uma perspectiva concretizadora dos direitos em discussão.<sup>116</sup>

Na mesma toada, Humberto Dalla, interpretando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, diz que ele encerra dois comandos, um ao legislador e outro ao intérprete. Ao legislador, seria vedado produzir leis que restringissem o acesso à justiça ou que encerrassem normas injustas, enquanto ao juiz (intérprete) é imposto o dever de garantir a tutela efetiva dos direitos àquele que ostentar uma posição jurídica de vantagem.<sup>117</sup>

Assim, é possível concluir que o processo coletivo, seus institutos e instrumentos processuais são cruciais para a concretização de importantes direitos fundamentais, devidamente consagrados pelo legislador constituinte no texto constitucional, ainda que sob a necessária atenção à forma da lei.<sup>118</sup> Ademais, resultam indispensáveis a partir da própria

<sup>114</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 293 e ss.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.189.

<sup>116</sup> CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada P. e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.42-43.

<sup>117</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.30.

<sup>118</sup> Barroso diz que a Constituição da Espanha adotou fórmula diversa da Brasileira. Em vez de reconhecer os direitos sociais diretamente no texto constitucional, alguns deles foram apenas referenciados em um capítulo, de forma que o art.53 exige a presença de lei para que possam ser invocados. Para estes direitos,

concepção de acesso à justiça. Através do processo coletivo e do uso da técnica da representação adequada, é possível promover e efetivar a tutela de direitos que seriam desconsiderados ou insuficientemente reconhecidos.

A conclusão é endossada por Rodolfo de Camargo Mancuso, que diz que o acesso à justiça com o fim de exercer tantos direitos de nova geração, tendo em vista a dessubstantivação e a indivisibilidade a eles inerentes, coloca em primeiro plano a necessidade de estruturação de um processo civil coletivo, a fim de que os direitos da coletividade sejam satisfeitos.<sup>119</sup> Obviamente que o raciocínio pode ser expandido também para os direitos individuais homogêneos em que a situação comum seja predominante, bem como no caso das ações objetivas, já que uma situação jurídica coletiva é o objeto de todas estas formas de tutela.

É dentro desta lógica de promoção do acesso à justiça que o Direito Processual Coletivo passou a englobar várias técnicas processuais, como a representação adequada e os incidentes de coletivização, no intuito de concretizar direitos fundamentais envolvidos em situações jurídicas coletivas, que não poderiam ser adequadamente tutelados de outra forma, pela desigualdade, demora ou insegurança que outras técnicas do processo individual ensejariam. Em resumo, assegura-se, por este prisma, o papel da representação adequada como ferramenta apta a promover um importante valor constitucional, o acesso à justiça.

#### 2.2.4 Economia processual

A efetividade dos direitos fundamentais passou a ser considerada a partir do início do século XX, com a afirmação do Estado Social e depois, com a promulgação de leis de conteúdo social aprovadas pelos parlamentos, consolidando-se como uma verdadeira preocupação dos constitucionalistas, tendo em vista o evidente apreço com a concretização dos direitos fundamentais.

Logicamente, houve repercussão no plano processual. Para que a ideia dos constitucionalistas se solidificasse, era preciso um processo devido, a fim de garantir à parte que detém a posição jurídica de vantagem, aquilo que a norma de direito material preconiza.

---

contemplados no capítulo III, não há eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo necessária a intervenção do legislador. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.74.

<sup>119</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.83.

Como decorrência do devido processo legal, o processo necessita ser efetivo, o que implica outras duas ideias importantes. A primeira é a celeridade e a segunda, a economia processual.

A celeridade repudia a morosidade imotivada, ditada por excessivo apego à forma processual, sem qualquer preocupação com o fato de que a parte que detém a posição jurídica de vantagem, que está, portanto, respaldada pelo ordenamento jurídico é também obrigada a suportar o ônus do tempo processual. Para aquele que age em sintonia com o ordenamento jurídico, o tempo do processo é não apenas angustiante, mas também custoso. Assim sendo, Barbosa Moreira já sugeria que o tempo processual deve ser aquele adequado para promover uma prestação jurisdicional de qualidade, não devendo a celeridade se impor sempre ao valor verdade e nem este sobrepor-se em quaisquer circunstâncias.<sup>120</sup>

No ordenamento brasileiro, a celeridade, apenas a partir da Emenda Constitucional (EC) 45, ganhou o status de norma constitucional, não obstante pudesse ser obtida anteriormente do princípio do devido processo legal, que impõe que o processo seja adequado, atraindo a ideia de razoabilidade na sua duração, conforme aponta José Rogério Cruz e Tucci.<sup>121</sup>

Já a economia processual estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. José Roberto dos Santos Bedaque diz que o princípio da economia processual trata de alcançar os escopos processuais com a maior eficiência e com dispêndio mínimo de recursos.<sup>122</sup>

Luigi Comoglio, analisando o princípio da economia processual em ordenamentos estrangeiros, lecionou que a existência de uma relação de proporcionalidade entre os fins desejados e os meios necessários é um pressuposto de qualquer análise econômica da duração de um processo. Ademais, ressalta que cabe ao juiz atuar para garantir a combinação ótima entre meio e fim, dada a possibilidade de várias combinações.<sup>123</sup>

Das lições acima, é possível depreender um claro vínculo entre a noção de efetividade processual e os princípios da celeridade e da economia processual. É certo que o

<sup>120</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p.22.

<sup>121</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil. **Revista de Processo**, v.192, 2011, p.193-208. O autor explica que por força do art.5º, §2º da Constituição Federal, mesmo antes da EC45, por ser signatário do Pacto de San José (art.8º, I), a ideia de duração razoável foi absorvida pelo ordenamento jurídico nacional. Diferentemente do direito alemão, no qual é a Constituição Federal que expressa se um direito é ou não fundamental, no Brasil, o dispositivo constitucional supra citado determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>122</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.50.

<sup>123</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordenamenti stranieri. **Rivista di Diritto Processuale**, n.4, v.XXXVII.

procedimento deve ser pensado pelo legislador e modificado pelo juiz, sempre que a especificidade da causa o exigir, a partir de um exame de proporcionalidade entre os fins almejados e os meios disponíveis para tal. Tal fato é uma exigência do princípio do devido processo legal e há, assim, um evidente ponto ótimo a ser alcançado, sob pena de a tutela jurisdicional se revelar inefetiva. Assim, não se despreza um procedimento detalhado em várias etapas, desde que isso seja necessário para a tutela do bem jurídico em questão.

Neste sentido, o processo coletivo é a própria expressão da economia processual no tocante à tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, considerada a possibilidade de repetição de inúmeras ações sobre o mesmo objeto, bem como no caso das ações objetivas. Em todos estes casos, o desenho de um procedimento que contemplasse a participação pessoal de todos os litigantes seria algo nitidamente irrazoável e desproporcional, que aviltaria qualquer noção de efetividade, celeridade e economia processual.

Assim sendo, por meio do uso da técnica da representação adequada, bem como da configuração de instrumentos como os incidentes de coletivização permite-se a discussão do direito em questão de forma mais apropriada, viabilizando a sua proteção. A título de exemplo, seria inimaginável conceber a presença em juízo, em um mesmo processo, de todos os consumidores que tivessem sofrido um dano oriundo da falta de cuidado do fornecedor na fabricação de um determinado lote de um dado produto. Igualmente, seria claramente ineficiente que todos estes consumidores recorressem ao Poder Judiciário de forma isolada, nos moldes do processo clássico, sem que houvesse uma forma de reuni-los perante um mesmo juízo.

Analisando a experiência americana, Rodolfo Mancuso afirma que “a grande virtude das ações de classe norte-americanas está em propiciar uma resposta judiciária isonômica, num procedimento unitário, com economia de tempo.”<sup>124</sup> Andrea Giussani aponta que estudos realizados nas cortes americanas mostram que as *class actions* são quatro vezes mais lentas que um processo individual, porém, se mostram extremamente compensadoras quando se verifica o custo e o benefício envolvidos.<sup>125</sup> Portanto, há economia processual, ainda que o procedimento seja um pouco mais complexo que o de uma ação individual.

Quanto à prática judiciária brasileira, Aluisio Mendes revela que a inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo tem consequências nefastas, acarretando

---

<sup>124</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.53.

<sup>125</sup> GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle “class actions”**. Padova: CEDAM, 1996, p.195 e ss.

verdadeira sobrecarga para o Poder Judiciário, haja vista a multiplicação desnecessária de ações repetitivas. Ademais, o autor aponta o protagonismo dos tribunais de vértice, já que apenas suas decisões têm o condão de inspirar alguma uniformidade, pois a mesma matéria é usualmente julgada inúmeras vezes por diversos juízos, oferecendo resultados diversos.<sup>126</sup> Assim sendo, é evidente a economia processual proporcionada pelo processo coletivo e seus instrumentos e técnicas.

Dos exemplos e das lições elencadas acima, se depreende que é cristalina a maior economia processual e celeridade proporcionadas pelo processo coletivo, implicando em maior efetividade da prestação jurisdicional, quando se está diante de um litígio de natureza coletiva. Evita-se a repetição de atos processuais de mesma substância em diversos processos, bem como a proliferação de diferentes decisões sobre o mesmo objeto, ainda que o tempo necessário para a solução seja maior que no processo individual, já que os custos associados são menores e os benefícios aos jurisdicionados e ao sistema seja bem maior. Trata-se, portanto, de entregar da melhor forma possível ao jurisdicionado a tutela jurídica que o ordenamento lhe oferece, em um contexto de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim sendo, é possível afirmar que também quanto ao valor economia processual, a representação adequada é uma técnica idônea a sua promoção.

### 2.2.5 Segurança jurídica

É certo que, com a prevalência do pós-positivismo, houve uma evidente aproximação entre Direito e Moral, ao passo que a argumentação jurídica emergiu incorporando teorias da justiça, que utilizavam elementos morais, filosóficos e da economia política. De outro lado, o Poder Judiciário tinha seu papel reforçado, já que a ele cabia decidir as inúmeras demandas reclamando direitos fundamentais positivados na Constituição.<sup>127</sup>

Paralelamente, o advento do Estado Social reclamava uma atuação legislativa maior, visto que a Administração Pública teve seu escopo de atuação ampliado, pela necessidade de cumprir com as prestações positivas em favor dos cidadãos, uma exigência das novas constituições.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.39.

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v.240, abr.-jun. 2005, p.3 e ss.

<sup>128</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.77 e ss.

O resultado foi uma evidente inflação legislativa, marcada pela politização delineada pelo embate entre os diversos grupos sociais. Assim, em determinados segmentos os lobbies se arregimentavam, produzindo leis em profusão, enquanto em outros a atividade legislativa permanecia deficiente. Ademais, em vez de usar conceitos, o legislador cada vez mais se fazia valer de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, além de princípios, haja vista a sua dificuldade em acompanhar o dinamismo exigido pelas atividades administrativas que, a partir de determinado ponto no tempo, se sofisticaram ainda mais, dada a preocupação crescente com a eficiência, a participação dos administrados e o consensualismo na administração.

O resultado é notado por Nicola Picardi, que relata um maior espaço de atuação do juiz, apto nesse novo esquema legal a preencher os espaços de discricionariedade deixados pelo legislador, quando este realizava tão somente o balizamento valorativo ou ainda atuar de forma totalmente discricionária, pela falta de conformação valorativa por parte do legislador.<sup>129</sup>

Não é de estranhar que em tal situação, as inúmeras ações propostas versando sobre questões idênticas obtivessem respostas distintas do Poder Judiciário, já que é possível a cada magistrado apresentar a solução que melhor lhe pareça. Torna-se também importante registrar a percepção de Robert Alexy no sentido de que existem situações em que a decisão judicial não é apurada tão somente por meio da lógica silogística, já que a imprecisão da linguagem, a antinomia em certas situações, a existência de casos que solicitam regras jurídicas que contrariam o estatuto ou que requeiram uma solução que não se adeque a nenhuma regra existente impõem uma outra solução.<sup>130</sup>

Em tal ambiente é nítido o incentivo a dois efeitos. O primeiro é a depuração do direito, tendo em vista o confronto de teses e a pacificação por meio de um tribunal superior. O segundo é o aumento da litigiosidade, pois a dispersão de soluções oferecidas pelo Poder Judiciário a uma mesma causa incentiva a litigância frívola, o enxergar o processo como uma loteria (*gambling effect*).

Não obstante, das Constituições europeias do pós-guerra é possível extrair um princípio idôneo a pautar as decisões judiciais e a resolver a questão: a segurança jurídica.

Na Itália, a segurança jurídica é considerada um valor importante, de forma que a Corte Constitucional Italiana a enxerga como de fundamental importância para o

---

<sup>129</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.19.

<sup>130</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.17.

funcionamento do Estado Democrático de Direito, tanto que há previsão expressa de que ela atue no sentido de promover a uniformidade da interpretação das leis, ou seja, que exerça a função nomofilática.<sup>131</sup> Humberto Theodoro Jr. entende que na Itália, na Alemanha, em Portugal e na França não se consagrou a segurança jurídica no texto constitucional, porém ela pode ser extraída do princípio geral do Estado de Direito, presente nestas cartas constitucionais, relatando que o princípio foi erigido pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia ao grau de exigência fundamental.<sup>132</sup>

No Brasil, a segurança jurídica poderia ser extraída da cláusula do Estado Democrático de Direito (art.1º, *caput*, CF), do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF), que impõe a irretroatividade, juntamente com a cláusula do devido processo legal (art.5º, LIV, CF). Nos Estados Unidos, onde tampouco existe previsão expressa no texto constitucional, a segurança jurídica se apresenta, não obstante, como um componente essencial do devido processo.

Contudo, no Brasil, ela está também positivada no art.5º, *caput*, da Carta Constitucional, juntamente com outros valores sociais objetivos, havendo também entre os direitos fundamentais catalogados neste artigo, vários que fazem-lhe menção indireta, seja pela segurança física, seja pela segurança às liberdades, como nota Humberto Ávila.<sup>133</sup> O autor define a segurança jurídica como uma norma-princípio que exige a adoção de comportamentos, com o intuito de beneficiar os cidadãos, por parte dos Poderes Constituídos que contribuam para a existência de um estado de confiabilidade e calculabilidade jurídica, a partir da sua cognoscibilidade e por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor da capacidade de todo indivíduo de determinar o seu presente e planejar estrategicamente o seu futuro.

Assim, o trinômio cognoscibilidade-confiabilidade-calculabilidade se apresenta como elemento central ao conceito de segurança jurídica. Através da sua capacidade de interação argumentativa, tendo como ponto de partida o sistema normativo, o indivíduo desenvolve o

<sup>131</sup> O dispositivo legal é o art.65, n.1 da Lei Fundamental do Ordenamento Judiciário. CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.226-228. O autor mostra que a função de uniformização da jurisprudência desempenhada pela Corte de Cassação pode ser extraída do art.3 da Constituição Italiana, que afirma a isonomia perante a lei, ligando-a também à segurança jurídica, à autoridade da Corte Suprema e à eficiência do processo.

<sup>132</sup> THEODORO JR., Humberto. Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, n.1, abr. 2006, p.97-101.

<sup>133</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.255. Por veicular uma noção de estabilidade e irretroatividade, há evidente correspondência com a segurança jurídica o inc. XXXVI do art.5º da Constituição Federal, que diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

conhecimento das alternativas de sentido possíveis a um dado texto normativo, sendo a confiabilidade a crença em uma continuidade do sistema normativo e a calculabilidade, a previsão das consequências possíveis de atos e fatos em um determinado período de tempo.

A continuidade é um elemento importante na construção da segurança jurídica por ensejar a estabilidade, a durabilidade e a irretroatividade do ordenamento jurídico, determinando a confiabilidade.<sup>134</sup> Quanto à cognoscibilidade e à calculabilidade, é importante ter em mente que o mero conhecimento das possibilidades e a atribuição de probabilidades a cada evento considerado não é capaz de prover a segurança jurídica. Ao contrário, esta depende de forma visceral da capacidade de o espectro de possibilidades interpretativas e de consequências presumidas se manterem em um nível razoável e restrito, sem o que não se pode falar em segurança. Assim sendo, a dispersão de possibilidades e consequências é um fator de enfraquecimento da segurança jurídica.

Quanto à segurança jurídica, um outro fator que merece destaque é que ela pode ser avaliada a partir de dois prismas. Um é o objetivo, que trata da proteção da integridade e estabilidade do ordenamento como um todo, enquanto o outro é o subjetivo, que trata da proteção da confiança legítima do cidadão. Em feliz afirmativa, Humberto Ávila diz que no aspecto objetivo, a “segurança jurídica serve de instrumento de proteção das ‘confianças’ (dos cidadãos em geral, em face do ordenamento jurídico globalmente considerado)”, enquanto no subjetivo, ela trata da “ ‘garantia da confiança’(de um cidadão em uma manifestação particularizada do ordenamento jurídico).”<sup>135</sup>

Com relação ao processo coletivo, pelo que foi dito até agora neste tópico, é evidente a sinergia por ele proporcionada ao desenvolvimento de uma atividade jurisdicional de qualidade quando situações jurídicas coletivas estejam sendo discutidas. Como anota Aluisio Mendes, “ a miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade.”<sup>136</sup> Isso acontece porque em meio a tantas decisões proferidas, torna-se difícil para o cidadão comum estabelecer, em um espectro limitado, as interpretações possíveis e ordenar as consequências possíveis aos atos e fatos em um dado espaço de tempo. A simples identificação de cenários possíveis e

<sup>134</sup> Lucas Buriel de Macêdo diz que a ideia da imutabilidade como valor essencial da segurança jurídica é que levou alguns autores, como Jerome Frank, a apontarem a segurança jurídica como um ideal irrealizável. MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador; Juspodivm, 2017, p.98.

<sup>135</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.267-268.

<sup>136</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.42.

atribuição de probabilidades a cada evento não garante a segurança jurídica, tendo em vista eventual dispersão em torno desta distribuição de probabilidades. Assim, a dificuldade em estabelecer um conjunto razoavelmente restrito de interpretações possíveis e de atribuir consequências restritas aos atos e fatos impede a autodeterminação do indivíduo, incapaz de se orientar no presente e de planejar o seu futuro, ferindo a dignidade da pessoa humana. Alegoricamente, pode-se dizer que o indivíduo se assemelharia a um barco desancorado, perdido em meio ao mar de interpretações possíveis e cabíveis em um ordenamento complexo, sendo igualmente incapaz de possuir uma confiança legítima em qualquer direção. Daí a importância da função nomofilática, aludida anteriormente.

O benefício gerado pelo processo coletivo é óbvio. Por sua natureza agregativa, desenvolvida em torno da representação adequada, as decisões judiciais afetam um grande número de pessoas, afastando a possibilidade de diversas interpretações dadas por diferentes juízes. Facilita-se a cognoscibilidade e a calculabilidade, ao passo que a confiabilidade afirma-se mais facilmente. Em havendo uma representação adequada, a segurança jurídica, como nota Humberto Ávila, refletirá “o esclarecimento discursivo de elementos normativos e fáticos a ser realizado por meio de um devido processo legal capaz de indicar os argumentos que conduziram à decisão.”<sup>137</sup>

A situação do processo coletivo em relação à segurança jurídica ganha contornos ainda mais interessantes quando se considera que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, alguns instrumentos do processo coletivo, como os casos repetitivos, passaram a ostentar a qualidade de padrões decisórios que devem ser observados pelos tribunais, como dispõe o art.927.<sup>138</sup> As teses jurídicas fixadas se incorporam ao ordenamento, condicionando as expectativas dos indivíduos. Assim, alimentam a confiança dos jurisdicionados no sentido de que às suas contendas seja dado o mesmo tratamento dos casos anteriores. Verifica-se um reforço da segurança jurídica, portanto, já que como relata Luiz Guilherme Marinoni, o conhecimento das leis é menos importante do que conhecer a interpretação conferidas às leis pelos tribunais, fato que confere relevância a qualquer decisão judicial que ostente a forma de padrão decisório.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.261.

<sup>138</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador; Juspodivm, 2017, p.109.

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.125-126. Ronaldo Cramer afirma que em sistemas que produzem causas repetitivas, a observância de um precedente (aqui referido como padrão decisório) é vital para determinar a uniformidade, de forma que o indivíduo possa ter certeza do que é a ordem jurídica (cognoscibilidade), ter confiança de que todos atuarão

É claro, porém, que não se afirma ingenuamente que o processo coletivo subtrai toda e qualquer insegurança jurídica. Como lembra Lucas Buril de Macêdo, é inerente ao Direito a existência de uma margem de incerteza.<sup>140</sup> Isso ocorre porque a formulação de uma decisão judicial é fruto da existência de regras procedimentais que propiciam a confluência do acerto dos fatos e a aplicação das regras jurídicas. Assim sendo, a determinação dos fatos atrai verdadeiramente uma série de dificuldades que o processo coletivo não elimina, porém, é cristalino que após a determinação fática, quando verdadeiramente há de se considerar a segurança jurídica, é maior a previsibilidade que enseja o processo coletivo em relação à utilização do processo individual para solucionar as mesmas questões.

Em resumo, no processo coletivo, onde atua um representante adequado que litiga segundo interesses alheios, há um nítido desincentivo à dispersão jurisprudencial pelo que foi discutido linhas acima. Desta feita, reafirma-se a importância da representação adequada, pelo reforço que proporciona a este importante valor do ordenamento jurídico, a segurança jurídica.

#### 2.2.6 Isonomia

A igualdade é um valor social retratado expressamente no art.5º, *caput* da Constituição Federal. Assim, o legislador constituinte originário simplesmente reiterou a singela ideia de que os seres humanos são iguais entre si, de forma que para assegurar a dignidade de cada um deles, todos devem ser considerados como fim, nunca como meio, fato que atrai a necessidade de que mediante circunstâncias equivalentes, o tratamento dispensado pelo ordenamento seja idêntico, salvo se exista condição suficiente para justificar o tratamento distinto.<sup>141</sup>

O sentido de igualdade teve notória evolução. Antes das revoluções liberais, era nítido que o valor igualdade era desconsiderado, visto que os interesses da nobreza suplantavam os da população comum. Após tais revoluções, a igualdade foi adotada expressamente como valor, porém, de forma meramente formal. A igualdade era perante a lei, fato esse que favorecia enormemente os interesses da classe burguesa, que dispunha de mais recursos e em ocupando posições de destaque nos governos, podia legislar e administrar de forma mais consentânea com seus objetivos.

---

conforme a ordem (confiabilidade) e prever os reflexos jurídicos de seus atos (calculabilidade). CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.54-55.

<sup>140</sup>MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p.96-97.

<sup>141</sup> Ressaltando que a isonomia repudia o arbítrio, a diferença injustificável: BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.148. E-book.

O despertar do Estado Social, a partir dos movimentos sociais e grevistas, fez surgir a igualdade em uma acepção material, substancial, de forma que passou a ser necessário prover uma igualdade não somente perante a lei, mas também na lei. O legislador passou a ser vinculado pelas exigências de igualdade material.<sup>142</sup>

A ideia foi apropriada pelo processo civil, de forma que é possível considerar que as partes devem receber igual tratamento, que deve ser assegurado pelo juiz. Trata-se, portanto, da isonomia em sua faceta interna. Em um mesmo processo, exige-se que o juiz promova o valor igualdade de forma a evitar que uma das partes prevaleça em decorrência do seu maior poderio. Assim, para que a atividade jurisdicional seja conduzida e obtenha um resultado que respeite o ordenamento, a chamada paridade de armas entre as partes deve ser observada.

O processo coletivo pode ser visto como uma ferramenta utilíssima de combate à desigualdade no processo. Explica-se. São frequentes as causas repetitivas em que uma mesma situação jurídica coletiva é discutida, havendo a peculiaridade de que em um dos polos, normalmente o passivo, encontra-se um *repeat player*, ou seja, um litigante que discute a mesma questão em diversos processos e que, normalmente, por ser uma corporação ou o próprio Estado, conta com um aparato legal que o litigante comum não possui. Trata-se de exemplo prático da teoria criada por Marc Galanter, segundo a qual os litigantes em juízo podem ser classificados em *repeat players* e *one-shotters*, ou seja, em litigantes contumazes e circunstanciais, respectivamente, de forma que os primeiros obtêm mais sucesso em contendas judiciais, já que possuem uma estrutura habituada ao sistema legal, um nível de risco de perdas relativamente baixo, estando melhor posicionados para sustentar a litigância.<sup>143</sup>

Assim, a reunião de todos estes litigantes circunstanciais em um mesmo polo, a partir de uma representação adequada, frequentemente, tem o condão de reduzir custos, diminuir a

---

<sup>142</sup> Nesse sentido já decidiu o STF: AgI no AgR 360.461, Rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 28.03.2008. Em passagem da decisão asseverou o relator: “Sabemos, tal como já decidiu o STF (RTJ 136/444, rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello), que o princípio da isonomia – cuja observância vincula todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. [...] A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade”.

<sup>143</sup> GALANTER, Marc. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v.9, n.1, Autumn 1974, p.95-160.

assimetria das informações destes litigantes, fatos que terminam por arrefecer a superioridade do *repeat player*.<sup>144</sup>

Todavia, a isonomia apresenta também uma faceta exterior. Trata-se da necessidade de dar a casos idênticos soluções idênticas, sob pena de o sistema jurídico gerar privilégios de natureza odiosa.<sup>145</sup> É a máxima vigente nos sistemas de *common law* (*treat like cases alike*). Na feliz síntese de Lucas Buri de Macêdo, “a ideia é que onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade”.<sup>146</sup>

Humberto Ávila nota importante relação entre a isonomia e a segurança jurídica.<sup>147</sup> Para ele, por meio da isonomia se estabelece uma proteção à segurança jurídica, o que ocorre por meio de dois mecanismos. Primeiro, ao se exigir um tratamento idêntico a casos similares, reforça-se a confiabilidade e a calculabilidade da tese adotada, já que o indivíduo sabe que a solução se repetirá se repetidas forem as circunstâncias. Na sequência, a adoção da isonomia no tempo permite ao indivíduo perceber que a solução de ontem para um caso será a mesma adotada hoje se as circunstâncias forem semelhantes, o que é também um reforço para a confiabilidade e a calculabilidade. Decorrido um espaço de tempo, em não havendo circunstâncias que receitem a alteração da tese jurídica anteriormente fixada, preserva-se a estabilidade do que já ficou decidido.

A mesma lógica está presente no sistema de precedentes que vigora nos países que adotam o *common law*. A segurança jurídica se estabelece não em decorrência de uma lei, mas sim pela repetição de soluções às circunstâncias evidenciadas em casos concretos semelhantes. A isonomia age como suporte da segurança jurídica. Teresa Arruda Alvim

---

<sup>144</sup> Esclarecendo as vantagens da coordenação entre litigantes: ERICHSON, Howard M. Informal aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related suits. **Duke Law Journal**, v.50, nov 2000, p.386 e ss. No mesmo sentido: SHERMAN, Edward F. The MDL Model for resolving complex litigation if a class action is not possible. **Tulane Law Review**, v.82, 2008, p.2210. A vantagem do *repeat player* não surge tão somente em função da economia de escala, advinda do fato de que ele litiga a mesma questão em inúmeros processos, se habilitando a apreender toda a informação gerada, de forma que é possível reduzir a nível mínimo a assimetria informacional. Pode advir do conhecimento específico que detém sobre seus processos produtivos, o que lhes confere natural vantagem comparativa. Assim: HARE JR., Francis H.; GILBERT, James L.; ELLENBERGER, Mathew S. Confidentiality orders in products liability cases. **American Journal of Trial Advocacy**, v.13, 1989, p.597-599.

<sup>145</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.59. A isonomia como valor ético a fundamentar o uso de precedentes.

<sup>146</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p.154.

<sup>147</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.229.

entende que a vinculação do juiz não se dá tão somente em relação à lei, mas sim a todos os elementos do sistema jurídico, sobretudo a lei já interpretada pelos tribunais.<sup>148</sup>

A questão ganha contornos interessantes quando se pensa que as teses jurídicas fixadas em sede de instrumentos do Direito Processual Coletivo (as ações objetivas de controle de constitucionalidade e os incidentes de coletivização, por exemplo) receberam o status de padrões decisórios necessariamente observáveis pelos tribunais, conforme preveem os incs. I e III do art.927 do CPC. Assim sendo, é evidente o ganho proporcionado pelo processo coletivo em causas que envolvam situações jurídicas coletivas. Em tais situações, o direito pertence a um grupo de pessoas ou é possível especificar uma circunstância comum que se repete e envolve o direito titularizado por inúmeras pessoas. Assim sendo, privilegia-se a isonomia caso a mesma solução seja adotada para todos os litigantes. Como bônus, reforça-se a segurança jurídica, diminuindo a litigiosidade na sociedade, facilitando a pacificação social, um dos escopos do processo civil.

Não por outro motivo, Aluisio Mendes afirmou que o processo perde sua natureza instrumental e passa a ostentar um caráter determinante caso pessoas que vivenciem situações fáticas absolutamente idênticas sejam tratadas de forma distinta diante da lei, simplesmente em decorrência da relação processual estabelecida.<sup>149</sup> É o que acontece quando, na ausência de um precedente vinculativo, diferentes juízes concedem interpretações diferentes a um dispositivo legal de forma que não obstante a mesma circunstância fática, o tratamento dado seja diferente.

Desta forma, é clara a contribuição do processo coletivo e da representação adequada no sentido de reforçar um importante valor constitucional, a igualdade. Notoriamente, a representação adequada, por ser elemento central aos instrumentos do processo coletivo, também contribui para a concretização da isonomia, já que a agregação dela resultante permite que um mesmo tratamento seja oferecido a vários litigantes.

### 2.2.7 As críticas à constitucionalidade do processo coletivo e seus instrumentos

Até aqui foi visto que o processo coletivo e a técnica da representação adequada estão plenamente integrados e adaptados à lógica de um devido processo legal coletivo. A supressão da participação em prol da representação, exercida por alguém autorizado pela lei,

<sup>148</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.26 e ss.

<sup>149</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.42.

ainda que até o momento não teorizada de forma aprofundada, pode ser entendida como necessária para a promoção de uma tutela adequada, efetiva, tempestiva e econômica, hábil a concretizar importantes valores como a economia processual, a celeridade, a segurança jurídica, o acesso à justiça e a isonomia.

Nesta seção, após ter-se afirmado teoricamente nas seções precedentes a constitucionalidade do processo coletivo e seus instrumentos, serão não apenas apresentadas, mas também debatidas algumas das principais críticas feitas pela doutrina à sua conformação constitucional.

Assim sendo, dividir-se-á a seção em 3 partes. A primeira discutirá a constitucionalidade no âmbito das *class actions*, a segunda focará as críticas recebidas pelo *Musterverfahren* alemão e a última se debruçará sobre o IRDR. Os três institutos são ferramentas importantes do processo coletivo, sendo que o primeiro prevalece nos Estados Unidos, o segundo na Alemanha e o terceiro, no Brasil.

#### 2.2.7.1 A constitucionalidade das *class actions*

A primeira crítica feita diz respeito justamente à observância do devido processo legal. Em seção anterior deste estudo, foi realizada uma ampla argumentação no sentido de defender que no processo coletivo e nos seus instrumentos, o devido processo legal não deixa de ser observado, ocorrendo tão somente uma adaptação.

Owen Fiss foi quem melhor respondeu a tais críticas, de forma original.<sup>150</sup> O professor argumentou que a Constituição exige para a observância do devido processo legal não a participação em si do litigante, mas apenas que ele estivesse adequadamente representado. Assim, não há um verdadeiro direito ao “*day in court*” mas apenas o “*right of representation*”, dando azo à formulação mínima, nuclear do devido processo legal, centrada no *notice* (notificação) e *hearing* (oitiva com influência), concretizada pela representação adequada e pela participação pelo processo via representante. Desta forma, a vinculação de um indivíduo ausente do processo à decisão judicial prolatada está atrelada a esta representação adequada<sup>151</sup>

Assim, o que fica claro a partir da resposta de Owen Fiss é a impossibilidade de se manter o mesmo padrão de contraditório e ampla defesa oferecido pelo processo individual. Não obstante, a presença de um representante adequado, apto e disposto a litigar

<sup>150</sup> O posicionamento de Owen Fiss é frontalmente contrário ao exposto por Lon Fuller, como já explicado anteriormente neste trabalho e referenciado na nota de rodapé 56.

<sup>151</sup> FISS, Owen. The allure of individualism. *Iowa Law Review*, v.78, n.5, 1993, p.970-972.

vigorosamente em nome dos ausentes, é um fator de superação das dificuldades, permitindo uma verdadeira ressignificação da forma pela qual se impõe o devido processo legal, permitindo, conseqüentemente, um novo desenho processual, que também observa as garantias processuais e propício a lidar com as questões coletivas.<sup>152</sup> Assinala-se, assim, uma verdadeira superação dos esquemas processuais individuais em questões judiciais que envolvem situações jurídicas coletivas, porém de forma que se observe todas as garantias processuais constitucionais.<sup>153</sup>

Contudo, as críticas mais poderosas ao processo coletivo, feitas especificamente à instituição das *class actions*, verdadeiro berço doutrinário do processo coletivo contemporâneo, são feitas pelo professor Martin Redish.<sup>154</sup>

Basicamente, são três as críticas desenvolvidas pelo professor Redish.

A primeira diz respeito à violação do princípio da separação de poderes, ao princípio democrático e ao devido processo legal. O autor argumenta que o desenho procedimental das *class actions* é uma afronta a estes princípios, já que ocorre verdadeira extrapolação do *Rules Enabling Act*<sup>155</sup>. Assim, as *class actions* permitiriam uma forma de criação de direitos, constituindo uma violação das prerrogativas do Poder Legislativo. O mecanismo de agregação presente nas *class actions* permitiria a criação de um direito coletivo a partir da reunião de diversos direitos subjetivos de natureza individual, sendo que os titulares destes direitos não participam diretamente do processo. Centenas de pequenas causas poderiam se transformar numa causa imensa, um verdadeiro novo direito, de forma que a *class action* se torna um instrumento de realização de justiça, um mecanismo de fiscalização aleatório dos erros corporativos ou ainda um verdadeiro instrumento de redistribuição de riquezas, o que não seria, claramente, um objetivo atinente às suas funções. Portanto, haveria inconstitucionalidade, já que a criação de direitos é um atributo evidente do Poder Legislativo, bem como a agregação de direitos também não resulta da interpretação direta do *Rules Enabling Act*.

<sup>152</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.307-309.

<sup>153</sup> CAPPELLETTI, Mauro, Formazioni sociali e interessi di grupo davanti ala giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, n.3, 1975, p.365 e ss.

<sup>154</sup> REDISH, Martin H. **Wholesale justice**: Constitutional democracy and the problem of class action suit. Stanford, Estados Unidos: Stanford Law Books, 2009. REDISH, Martin H. Class actions and the democratic difficulty: rethinking the intersection of private litigation and public goals. **The University of Chicago Legal Forum**, v.71, 2003, p.73-84. A introdução traz um apurado resumo das ideias desenvolvidas no texto. REDISH, Martin H. Procedural due process and aggregation devices in mass tort litigation. **Defense Council Journal**, v.63, 1996, p.18-25.

<sup>155</sup> *Rules Enabling Act* é um ato do Congresso, de 19 de junho de 1934, que deu ao Poder Judiciário o poder de promulgar as *Federal Rules of Civil Procedure*, que são as regras de processo civil vigentes no âmbito federal.

A violação ao princípio democrático se estabelece pelo fato de que não há “*democratic accountability*”, ou seja, não há prestação de contas ou manifestação democrática na criação destes direitos, que são agregados e discutidos unilateral e autonomamente. Na opinião do autor, as leis que conferem direitos devem ser feitas por congressistas escolhidos pelo povo e que estejam submetidos a um julgamento popular ao final de seus mandatos, através das eleições. No caso das *class actions*, o autor argumenta que isso não acontece, já que a criação de direitos subjetivos individuais se transforma em direito coletivo por meio de uma lei de natureza procedimental. De outro lado, um terceiro assume a causa (o advogado), conduzindo a litigância, sem que seja possível a qualquer dos membros da classe participar ou contestar inicialmente a escolha feita, com o agravante de que o advogado usualmente auferir lucros expressivos. Ambos os mecanismos citados expõem lesões ao princípio democrático.

Ademais, há violação ao devido processo legal, pois terceiros que não possuem direito subjetivo (os advogados) empreendem uma atividade caça-recompensa e frequentemente obtém um retorno maior da litigância do que os próprios titulares dos direitos, visto que muitos destes sequer estão inteirados da discussão travada ou se preocupam verdadeiramente com a matéria.

A segunda crítica diz respeito ao fato de que as *class actions* configuram evidente violação da autonomia privada do cidadão. Segundo o professor, ao agregar autonomamente diversos direitos subjetivos individuais, transformando-os em um direito coletivo, há uma automática supressão da autonomia dos indivíduos, sendo essa uma das mais importantes garantias asseguradas pela Constituição. O indivíduo é tratado de forma que perde o direito de determinar seu destino, decidindo se querem ou não litigar e mais do que isso, perdem a própria capacidade de se autoassociarem.

Finalmente, a última crítica do autor diz respeito à ausência de um pressuposto constitucional para o exame de uma questão pelo Poder Judiciário: a existência de uma controvérsia, uma lide, imposto pelo *Article III* da Constituição dos Estados Unidos (mais especificamente a *section 2*). O autor considera que a transformação dos direitos subjetivos em um direito único coletivo produz uma “*faux class action*”, propiciando a realização de acordos submetidos ao Poder Judiciário quando não há controvérsia, haja vista a concordância dos participantes acerca da solução para o caso.

Alexandra Lahav apresenta uma linha argumentativa que se contrapõe àquela desenvolvida pelo professor Redish.<sup>156</sup> A autora diz que é possível resumir a crítica de Redish, que ela reputa original, em dois pontos. O primeiro é a crença na separação de poderes absoluta e o segundo é a inexistência de mecanismos democráticos na definição de uma *class action*, contrariando o princípio democrático, que é basilar.

Quanto ao primeiro ponto, a autora diz que nos Estados Unidos nunca prevaleceu uma concepção de separação absoluta de poderes. Segundo ela, os artigos Federalistas números 48 e 51 já sugeriam a impropriedade de uma separação absoluta de poderes, tendo a Suprema Corte se manifestado no caso *Youngstown Sheet & Tube Co. vs Sawyer*<sup>157</sup> no sentido de que entre os poderes se estabelece uma relação de separação e interdependência, bem como de autonomia conjugada em reciprocidade. Tendo como pressupostos tais noções, a autora explica que o desenvolvimento legal das *class actions* sempre se deu com plena e ampla participação do Congresso, que sempre fez as modificações que julgou necessárias. Assim, o que se verifica é um verdadeiro diálogo institucional de forma a produzir a melhor legislação possível, não havendo, portanto, qualquer violação ao princípio da separação de poderes.

De fato, é possível verificar que o Congresso Americano sempre teve iniciativa de alterar a disciplina legal das *class actions*, o que pode ser facilmente verificado pelas reformas realizadas ao longo do tempo, incluindo o *Class Action Fairness Act*.<sup>158</sup>

No tocante ao segundo ponto, a autora afirma que as *class actions* são de conhecimento e experiência geral, contudo, por algum motivo, os membros da classe não se interessam pela questão da forma que seria desejável e esperada, ainda que haja muitos mecanismos postos à disposição deles, como os sites, e-mails e “*toll free numbers*”, também conhecidos como números telefônicos 0800, para acesso a informações ou realização de questionamentos. A alienação, portanto, é uma questão de escopo mais profundo, não sendo um problema específico da forma pela qual as *class actions* foram concebidas. Um reforço a esta argumentação é oferecido por um estudo que afirma que a limitação da participação e a apatia dos cidadãos exerce uma influência positiva para a continuidade do sistema

<sup>156</sup> LAHAV, Alexandra D. Are class action unconstitutional? *Michigan Law Review*, v.109, p.993 e ss.

<sup>157</sup> 343 US 579 (1952).

<sup>158</sup> CAFA (Class Action Fairness Act) tornou mais difícil o desenvolvimento de um processo coletivo nas cortes estaduais. A maior parte da doutrina considera que esta legislação foi nociva ao desenvolvimento das *class actions*, pois as cortes federais costumam ser mais duras e exigentes quanto à certificação de tais ações. Neste sentido: BURCH, Elizabeth Chamblee. CAFA's impact on litigation as a public good. *Cardozo Law Review*, v. 29, 2008, p.2517-2556. Em sentido contrário, defendendo que as alterações são mínimas com relação às demandas coletivas consumeristas: KANNER, Allan; CASEY, M. Ryan. Consumer class actions after CAFA. *Drake Law Review*, v.56, 2008, p.303-339. A divergência mostra que o Legislativo realmente se pronunciou e debateu com profundidade o tema, a ponto de produzir normas jurídicas que atraem notória divergência sobre seus efeitos práticos.

democrático, justamente por servir como elemento minimizador das tensões sociais.<sup>159</sup> Ademais, a autora aponta que, ao transformar direitos subjetivos individuais em direito coletivo, o Poder Judiciário tão somente utiliza um espaço que lhe foi concedido pelo próprio Congresso, logo, a criação de direitos de forma silenciosa não é verdadeiramente uma questão relevante, visto que o instituto é bastante conhecido pela população, bem como pelo fato de haver uma grande quantidade de leis que assinalam direitos, mas que permanecem totalmente desconhecidos da população, ainda que tenham seguido o processo legislativo.

Patricia Solomon examinou a constitucionalidade das *mandatory class actions*, que são aquelas nas quais o direito de *opt out* não existe, haja vista a natureza das questões discutidas<sup>160</sup>. Sendo assim, pensou a constitucionalidade das *class actions* de forma condicional. A autora entende que o grande apelo das *class actions*, como já veiculado anteriormente neste trabalho para o processo coletivo em geral, é a possibilidade de produzir decisões mais eficientes e equas. Não obstante, pela própria formação constitucional dos Estados Unidos, onde a liberdade e a autonomia privada são elementos basilares, é necessário levar em consideração tais fatores. Assim, a autora propõe dois testes.

O primeiro consiste em avaliar quatro fatores à luz do caso concreto. São eles: a eficiência gerada, a isonomia concedida pela solução, o perigo envolvido na litigância em um foro distante e o interesse individual no controle do caso. Desta forma, os dois primeiros fatores normalmente pesam a favor da certificação das *class actions* compulsórias, enquanto os dois últimos apontam em sentido contrário. A verdade é que a ponderação feita no caso concreto em relação aos dois últimos fatores é que determina a constitucionalidade ou não da certificação de uma *mandatory class action*. Assim, se há elementos que apontem para peculiaridades envolvendo determinados litigantes, de forma que para eles a eleição de um advogado exclusivo seja mais benéfico ou se a distância do foro constitui verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça, tendo em vista as circunstâncias da causa, o peso maior deverá ser dado aos dois últimos fatores, o que evidenciaria a inconstitucionalidade de eventual certificação.

O segundo teste proposto pela autora é aquele já empreendido pela Suprema Corte no caso *Matthews vs. Eldridge*<sup>161</sup>, já discutido neste texto. Novamente, a solução de constitucionalidade se extrai da ponderação de valores existentes no caso. Desta forma, a

<sup>159</sup> BERELSON, Bernard R.; LAZARFELD, Paul F.; McPHEE, William N. **Voting**: a study of opinion formation in a presidential campaign. Chicago: University of Chicago Press, 1986, p.305-321.

<sup>160</sup> SOLOMON, Patricia Anne. Are mandatory class actions unconstitutional? **Notre Dame Law Review**, v.72, feb. 2014, p.1641 e ss.

<sup>161</sup> 424 US 319 (1976).

ponderação é realizada considerando a natureza da restrição imposta à propriedade, a probabilidade de erro na atribuição de propriedade por falha procedimental e os custos associados a uma salvaguarda do procedimento.<sup>162</sup> As circunstâncias do caso é que determinarão a inconstitucionalidade da certificação. Quanto maiores as restrições impostas ao exercício do direito de forma individual, quanto maior a probabilidade de erro no tratamento coletivo da questão e quanto menor os custos de um tratamento individualizado, maior a inconstitucionalidade de uma eventual decisão de certificação.

#### 2.2.7.2 A constitucionalidade do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*)

O *Musterverfahren* foi um procedimento criado judicialmente para lidar com a litigância de massa, uma matéria com repercussões práticas interessantes, mas desconsiderada até então pela doutrina alemã.

Aluisio Mendes explica que já nos anos sessenta havia na Alemanha a proposição de inúmeras ações questionando os projetos nucleares vigentes. Contudo, foi uma questão em 1979, que discutia o projeto de construção do aeroporto internacional de Munique que originou uma solução para a litigância repetitiva observada.<sup>163</sup>

Naquela época não havia nenhum dispositivo na legislação alemã que fizesse menção ao tratamento das questões repetitivas. Ainda assim, tendo em vista a semelhança das argumentações e das atividades probatórias a serem realizadas para verificar os fatos alegados, o órgão judicial de primeiro grau inovou, efetuando um julgamento por amostragem. Assim sendo, do total de mais de cinco mil processos que discutiam idêntica questão, selecionou quarenta, que seriam processados normalmente, enquanto todos os demais restariam suspensos, esperando o resultado do julgamento dos processos selecionados. Instituíam-se com a iniciativa um verdadeiro procedimento-modelo, cujos resultados sobre as questões de fato e de direito examinadas seriam premissas a serem consideradas, necessariamente, nos processos individuais que ficaram suspensos.

A ideia se pautou na necessidade de oferecer uma resposta diferente daquela já preconizada pelos procedimentos representativos, como as *class actions*, nas quais a sociedade composta pelos titulares do direito era substituída processualmente por um representante na discussão do direito comum aos seus integrantes, fato que causava certo

<sup>162</sup> A autora fala em propriedade por considerar que o direito assinalado em lei faz parte do patrimônio jurídico de uma pessoa. A questão pode ser pensada, portanto, a partir de qualquer direito fundamental.

<sup>163</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.30.

incômodo pelas alegações de rompimento com a autonomia individual, a liberdade, o devido processo legal e o princípio dispositivo, todas críticas já analisadas neste texto.<sup>164</sup>

Gerhard Walter mostra que na Alemanha e na Suíça não existe legitimidade extraordinária, sendo cada pessoa tão somente habilitada para litigar direito próprio em seu próprio nome, não havendo, portanto, representantes, o que dificulta a adoção de um sistema tal qual o das *class actions*.<sup>165,166</sup> Outro fator a dificultar a existência de ações coletivas de cunho representativo é o fato de que muitas questões envolvendo o governo recebem tratamento administrativo, inclusive contemplando a suspensão da eficácia de determinados atos a partir da simples impugnação do ato pelo particular, cujas alegações são presumidas verdadeiras.<sup>167</sup> Ademais, o Professor Walter ressalta que sobretudo as cortes suíças têm enorme capacidade para lidar com casos complexos, haja vista a grande inserção comercial do país, logo, não seria difícil pensar em outras formas de tratar coletivamente questões que nos Estados Unidos estavam associadas às *class actions*.

Desta forma, a fim de manter a mesma efetividade das ações representativas em um outro modelo, imaginou-se um procedimento incidental de natureza coletiva de forma paralela às ações individuais propostas. Unir-se-ia a eficiência e economia processual geradas pela não realização de atos repetidos com a preservação da individualidade do litigante no âmbito processual. A cognição judicial seria cindida, havendo o conhecimento dos fatos e alegações comuns e posteriormente, a transposição dos resultados do incidente para a causa individual, sem deixar de considerar as circunstâncias específicas do caso concreto.<sup>168</sup> Não obstante, é útil desde já perceber que a operacionalidade do procedimento estava sujeito também à representação adequada, porém com um condicionante especial: o contraditório prévio. As

<sup>164</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v.147, 2007, p.124-131.

<sup>165</sup> WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. **Duke Journal of Comparative and International Law**, v.11, 2001, p.369 e ss.

<sup>166</sup> Hermes Zaneti Jr. explica que a dificuldade para a concepção de uma legitimidade extraordinária na Alemanha surge da própria Constituição, que faz menção apenas à defesa de direitos próprios lesados pelo poder público na via judicial. Assim, menciona o autor, tal qual na Itália, onde vigora norma constitucional semelhante e o CPC exige previsão expressa para a substituição processual, se verifica no ordenamento germânico natural dificuldade para a legitimidade extraordinária. ZANETI JR., HERMES. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: ASSIS, Araken de *et al* (Coords.). **Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.863-864. Nelson Nery Jr. incorporou a lição e a trouxe para nossa doutrina, dizendo que a legitimidade para propor ações coletivas no Brasil é aquela que surge em virtude da lei, visto que os verdadeiros titulares não podem atuar na defesa de seus direitos. Assim, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

<sup>167</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, v.164, 2008, p.44.

<sup>168</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v.147, 2007, p.128 e ss.

partes, efetivamente, expressam suas opiniões sobre quem é(são) o(s) representantes adequados.

Não obstante a tentativa de superação das críticas usualmente realizadas às *class actions* americanas, tendo em vista a ausência de previsão legal, naturalmente, houve o ajuizamento de ações discutindo a constitucionalidade do procedimento adotado pelo órgão de primeiro grau do Tribunal Administrativo. As alegações eram no sentido de que houvera abuso de poder dos juízes na conformação de um procedimento não previsto na lei, com importantes repercussões nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da igualdade perante a lei.

Contudo, como relata Aluisio Mendes, as alegações feitas pelos recorrentes foram ignoradas pelo Tribunal Constitucional. Os magistrados afirmaram que não houve abuso de poder, tendo em vista que o procedimento foi criado a partir de princípios constitucionais como a celeridade, a economia processual, bem como categoricamente negaram qualquer prejuízo à proteção judicial dos que tiveram o processo suspenso, pois teriam a oportunidade de se manifestar individualmente no próprio processo, inclusive solicitando medidas de urgência, de forma muito mais consentânea com a celeridade exigida pelo próprio princípio do acesso à justiça.<sup>169</sup> Assim, é forte a lição de que o Tribunal Constitucional percebeu a desnecessidade de se exigir uma abordagem individual, a qual, por certo, foi vista como meio para que se alcance a manifestação da parte e sua influência sobre o processo, não como fim, ensejando a constitucionalidade de um esquema representativo.

Desta forma, afirma o autor, o Tribunal Constitucional não apenas afirmou a constitucionalidade do *Musterverfahren*, como também deixou clara a ideia de que os órgãos judiciais têm certa autonomia para a criação de procedimentos, desde que pautados por princípios constitucionais e destinados a realizar especificidades não contempladas pela lei em vigor.<sup>170</sup>

Finalmente, confirmada a constitucionalidade e em decorrência dos resultados obtidos, o procedimento foi positivado tanto no Estatuto da Justiça Administrativa, no Estatuto da Justiça Social, bem como na Lei de Mercado de Capitais.

---

<sup>169</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.33 e ss.

<sup>170</sup> Na literatura brasileira, defendendo também a flexibilização procedimental a partir da iniciativa judicial, desde que informada pelo contraditório prévio, impedindo que as partes sejam surpreendidas e a segurança jurídica afetada: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

Em todos os procedimentos traçados pelo legislador é cristalina a presença de um representante adequado, o qual desenvolve a estratégia processual, participando ativamente da instrução do incidente, sendo escolhido a partir de contraditório prévio, no qual todos os litigantes têm a possibilidade de opinar, sempre submetido ao crivo judicial, sempre irrecorrível, o qual, por sua vez, respeita determinados critérios sugeridos pela lei, como a importância relativa da causa, o valor da pretensão, o objeto do procedimento padrão e a escolha das próprias partes manifestado no contraditório prévio.<sup>171</sup>

### 2.2.7.3 A constitucionalidade do IRDR

O IRDR é um incidente de coletivização destinado a resolver questões repetitivas comuns a inúmeros processos, tendo sido sugerido pelo professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro à chamada Comissão Fux, responsável pela elaboração de um projeto do atual CPC.<sup>172</sup>

O instituto foi pensado com finalidade dual: servir como padrão decisório ao mesmo tempo em que enfatizava a prevenção de disputas, que seriam resolvidas já nas instâncias inferiores sem a necessidade de alcançar os tribunais superiores a fim de determinar a tese jurídica aplicável ao caso.<sup>173</sup> É importante também mencionar que o instituto forma com os recursos especial e extraordinário repetitivos um verdadeiro microsistema, o de casos repetitivos, conforme prevê o art.928 do CPC.

Assim, o art.976 do CPC determina a aplicação do IRDR quando, havendo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, uma mesma questão controvertida unicamente de direito se apresentar repetidamente em vários processos, sendo, no entanto, incabível a sua instauração quando a questão já estiver afetada a um dos tribunais superiores para definição da tese jurídica (§3º), visto que esta decisão terá prevalência sobre a decisão em sede de

<sup>171</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.40 e 48.

<sup>172</sup> Sofia Temer argumenta, corretamente, que o instituto não soluciona demandas repetitivas, mas tão somente questões comuns de direito material ou processual a todas as demandas consideradas, que não precisam ser homogêneas. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ªed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.60. Leonardo Carneiro da Cunha realça o fato de que o instituto se caracteriza pela presença de situações jurídicas homogêneas, independentemente do fato de os direitos discutidos serem individuais ou coletivos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v.193, mar. 2011, p.255. Também concordando com o fato de que o IRDR não se aplica apenas a pretensões semelhantes em torno de um mesmo direito material, considerando também questões de direito processual: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts.976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1420.

<sup>173</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.2.

IRDR, considerada cogente apenas para a área de competência territorial do tribunal que a proferir. O art.977 elenca os legitimados à propositura do incidente (juiz ou relator, as partes e o Ministério Público - MP - ou a Defensoria), sendo necessária a demonstração do preenchimento dos pressupostos. Após a instauração do incidente, haverá ampla e específica divulgação e publicidade do mesmo (art.979, *caput*) com o fim de proporcionar o mais amplo debate, sendo determinada a suspensão dos processos pendentes após a admissão do incidente (art.982,I), possibilitando-se a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que discutam a questão objeto do IRDR (art.982, § 3º,4º). O art.983 determina a oitiva, pelo relator, das partes e demais interessados, sendo possibilitado a estes apresentar requerimentos sobre diligências e juntada de documentos, não obstante, em audiência, o prazo assinalado para as partes principais do incidente seja de 30 minutos, enquanto aos demais interessados este prazo seja dividido entre os inscritos (art.984, II, “a” e “b”). O art.985 estabelece que a tese jurídica estabelecida no incidente será aplicada a todos os processos que tratem da mesma questão na área de jurisdição do respectivo tribunal, incluídos os Juizados Especiais, bem como aos próprios casos futuros que versem sobre a mesma questão de direito e que tramitem na mesma área. O art.986 estabelece que a revisão da tese jurídica será feita de ofício pelo Tribunal ou mediante requerimento do MP ou da Defensoria.

Luiz Guilherme Marinoni questionou a constitucionalidade do IRDR.<sup>174</sup> O autor entende que o desenho legal imaginado pelo legislador para o IRDR se pautou no critério da celeridade e para tanto, fez com que a questão comum a inúmeros processos fosse decidida sem a participação direta de todos os interessados, mas tão somente a dos requerentes, porém, sem deixar de conferir à tese jurídica assim fixada eficácia perante todos os processos pendentes e futuros, instaurados na área de jurisdição do tribunal no qual o IRDR foi julgado, bem como a possibilidade de reclamação caso o preceito seja inobservado, como dispõe o art.985, *caput* e §1º.

Ademais, o autor argumenta que, com o intuito de legitimar a decisão que fixa a tese jurídica através de um procedimento que exclui parcela relevante dos interessados, o legislador conferiu o *status* de precedente a esta decisão, o que pode ser confirmado pela necessidade de os juízes observarem os acórdãos em sede de IRDR, como dispõe o art.927 do CPC. Desta forma, haveria evidente incongruência, pois um precedente é fixado para outorgar sentido ao Direito, garantindo o seu desenvolvimento e unidade, sendo de conhecimento das

---

<sup>174</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.19-50.

partes antes do litígio e não para resolver questões replicadas em múltiplas ações, sem que as partes possam participar.

Para o autor, a consequência de se enxergar a tese fixada no IRDR como precedente é que impõe-se a coisa julgada a terceiros, impedindo que a questão volte a ser discutida por eles, o que exigiria a atuação de um representante adequado capaz de defender os interesses daqueles que não participaram diretamente do incidente, já que a coisa julgada se estabelece entre as partes, não podendo prejudicar terceiros, como dispõe o art.506 do CPC. Sendo assim, a desnecessidade de representação adequada dos interessados que se mantém à margem do processo seria um pressuposto da construção do procedimento do IRDR, o que violenta o devido processo legal, já que a representação adequada é indispensável para qualquer sistema que tutele direitos sem a participação direta dos titulares.

O autor entende que a representação adequada é não apenas imprescindível à conformação do instituto, como deve ter uma disciplina mais rigorosa do que a observada nas ações civis públicas, onde os representantes são fixados pela própria lei, dado que é possível ajuizar uma ação individual ainda que uma ação coletiva tenha sido julgada improcedente (art.103, §2º do Código de Defesa do Consumidor – CDC), ao passo que a tese jurídica fixada no IRDR se impõe a todos os processos. Assim sendo, a solução seria o controle judicial da representação adequada, depois da divulgação e publicidade da instauração do incidente, de modo que se abra oportunidade para que legitimados da lei 7.347/85 se apresentem para participar do incidente.

George Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti também formulam críticas ao novel instituto no tocante à representação adequada. Segundo eles, há nítida violação ao contraditório à medida em que o CPC não contempla o controle judicial da representação adequada, nem assegura uma fórmula idônea a garantir que o processo mais representativo da controvérsia seja escolhido para orientar a solução do incidente. Não obstante, os autores argumentam que a pretensão é a de tornar vinculante a decisão para interessados que não participaram do incidente, incluindo os litigantes futuros, o que atrairia evidente inconstitucionalidade, salvo se o magistrado realizar o controle da representação adequada.<sup>175</sup>

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes refuta as críticas da doutrina. Segundo ele, a formação de um precedente nos países em que vigora o sistema de *common law* nunca exigiu

---

<sup>175</sup> ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. **Revista de Processo**, v.240, fev. 2015, p.223 e ss. Os autores apontam ainda outras inconstitucionalidades como a violação à independência funcional dos magistrados, à separação de poderes, ao direito de ação, ao sistema de competências da Constituição, pelo fato de a decisão do IRDR abranger os processos nos juizados especiais.

a representação adequada, ainda que a tese jurídica produzida em determinado julgado venha a ser aplicada posteriormente a inúmeros outros casos, por decisão de outros juízes, que considerarão aquela decisão anterior apropriada para os casos que envolverem aquelas determinadas hipóteses fáticas. Além disso, o autor vê quatro dispositivos que amparam certamente a tese de que as garantias processuais são observadas: as amplas e específicas divulgação e publicidade da instauração do IRDR, a intimação das partes cujos processos foram suspensos imediatamente após a decisão de afetação, a possibilidade de intervenção facultada a todos os interessados e a intervenção obrigatória do MP.<sup>176</sup>

No caso do IRDR, a controvérsia exposta acima explicita a importância da representação adequada para o instituto. Na verdade, o problema é a avaliação do desenho instituído pelo legislador, mais precisamente se o procedimento imaginado na lei é verdadeiramente capaz de configurar uma representação adequada. Em sendo positiva a resposta, seria possível assumir a plena constitucionalidade do instituto.

Desde já, é preciso entender a diferença que existe em relação ao *Musterverfahren*, já que neste instituto há critérios legais sugeridos e na visão aqui esposada, fundamentalmente, as partes têm a possibilidade de expressar seus desejos e influenciar a decisão sobre quem entendem ser o(s) melhor(es) representante(s). No caso do IRDR, faculta-se apenas a intervenção, mas não a influência sobre quem será o líder no incidente, o qual é escolhido pelo relator, de forma casuística.

É claro que é possível afastar as críticas com relação à representação adequada, bastando realizar uma leitura sistêmica das regras do IRDR, interpretando-os em conjunto com os dispositivos que orientam a admissão e o julgamento dos recursos repetitivos, já que juntos formam o microsistema de casos repetitivos (art.928, CPC). Assim, questionamentos quanto ao processo e os representantes escolhidos poderiam ser feitos por mera petição, segundo o art.983, *caput*, por iniciativa das partes, sendo também possível a elas exercer o direito de exclusão (*opt out*), demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida em seu processo e aquela que será solucionada pelo incidente (art.1037, §9º, CPC).

Não obstante, a falta de previsão expressa pode levar a entendimentos contrários, ensejando indesejável divergência, inclusive sobre os critérios que deveriam orientar a seleção de processos e a escolha do representante adequado, os quais tampouco são especificados na lei.

---

<sup>176</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.127-128.

### **2.3 A Representação Adequada como consectário lógico da proteção constitucional aos direitos coletivos**

Pelo que foi escrito até agora, afirma-se que o Direito Processual Coletivo é o ramo do Direito Processual que congrega as normas, princípios e institutos atinentes à discussão de matérias, no plano judicial ou extrajudicial, com repercussão sobre determinado grupo social, cujo trato coletivo se imponha como necessário pela impossibilidade de abordagem diversa ou pela maior adequação.

A Constituição Federal veicula um devido processo legal coletivo, que serve como norma basilar para a tutela das situações jurídicas coletivas, a fim de que a atividade jurisdicional que verse sobre tais questões seja feita de forma a maximizar o acesso à justiça, bem como observando de forma rigorosa as exigências de economia processual, isonomia e segurança jurídica.

É a técnica da representação adequada que permite que tais objetivos sejam alcançados, sendo ela um elemento central do Direito Processual Coletivo. Trata-se de uma técnica que cumpre com as exigências de proporcionalidade e razoabilidade, permitindo a tutela adequada de direitos com repercussão sobre um determinado grupo social.

Por ser temporã, a Constituição Federal de 1988 incorporou todos os elementos presentes nas constituições europeias do pós-guerra em seu texto. Desta maneira, o Título II descreve os direitos e garantias fundamentais previstas, sendo que o art.5º apresenta um rol exemplificativo de direitos e deveres individuais e coletivos. Assim, comprovando a proteção de direitos coletivos (em sentido *lato sensu*), estão expressamente previstos a proteção aos direitos consumeristas (inc.XXXII), assim como instrumentos para o resguardo de direitos coletivos, tais como o mandado de segurança coletivo (inc.LXX) e a ação popular (inc.LXXIII).

Fora desse rol, a Constituição Federal continua a tutela de direitos de natureza coletiva, como o faz no art.225, reconhecendo o direito ao meio ambiente equilibrado. Ademais, fornece outros instrumentos de tutela coletiva como a ação civil pública (art.129, III) e as ações diretas de constitucionalidade (art.102, I, “a” e §1º). Até no campo dos direitos trabalhistas, a Constituição permitiu, presente o comum acordo entre as partes, que dissídios coletivos de natureza econômica fossem decididos pela Justiça do Trabalho (art.114, §2º) Enfim, é evidente que o legislador constitucional não apenas reconhecia, como buscou concretizar e instrumentalizar os direitos de natureza coletiva.

José Carlos Barbosa Moreira já alertava que as ações coletivas assumiam na Constituição Federal de 1988 um protagonismo que não era evidente em nenhuma outra Constituição no mundo.<sup>177</sup>

A Constituição Federal de 1988 abrigou como decisão política fundamental a proteção aos direitos de natureza coletiva, resultando daí a necessidade de procedimentos idôneos à consecução de tal tarefa, que são construídos a partir da noção de um devido processo legal coletivo e dos direitos fundamentais ao acesso à justiça, à economia processual, à segurança jurídica e à isonomia.<sup>178,179</sup>

A importância da representação adequada está em permitir que situações jurídicas coletivas, ainda que de caráter objetivo, sejam tratadas sem ferir princípios e garantias fundamentais.

A representação adequada, com fundamento na própria Constituição, é a técnica processual que permite que situações jurídicas coletivas sejam tratadas de forma célere, equa e segura, sem requerer a presença direta, no processo, de todos os titulares dos direitos e interesses que estão no núcleo do litígio em juízo. Ela se apresenta como verdadeiro consectário lógico da proteção dos direitos coletivos previstos na Constituição Federal, sendo esquadrihada a partir das noções de razoabilidade e proporcionalidade, agindo como um pressuposto processual de validade das ações e incidentes coletivos.

## PARTE II

### 3 TEORIZANDO A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

#### 3.1 Formulação do problema e história

<sup>177</sup> BARBOSA MOREIRA, As ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, p.198.

<sup>178</sup> A proteção aos direitos coletivos pode ser visualizada no art.5º da Carta da República, mais precisamente nos incisos XXXII(defesa do consumidor), LXX( mandado de segurança coletivo) e LXXIII (ação popular);no art.102,I,"a" e §1º (tratam das ações de controle concentrado de constitucionalidade);no art.103 (trata dos legitimados a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade); no art.114, §2º(competência da justiça do trabalho para decidir questões coletivas) e no art.129,III (trata da legitimidade do MP para a promoção da ação civil pública).

<sup>179</sup> As decisões do legislador constituinte originário, que fazem parte do rol do art.5º, são consideradas cláusulas pétreas, podendo ser vistas como decisões políticas fundamentais por constituírem a identidade da Constituição, impondo limites materiais à reforma da Constituição. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.296-297.

Até o momento, este trabalho buscou associar a representação adequada a um ramo da ciência jurídica, o direito processual coletivo, bem como teceu considerações sobre sua relação com o conceito de jurisdição e finalmente, defendeu a constitucionalidade do processo coletivo e seus institutos.

Não obstante, o leitor atento deve ter percebido que a elucidação completa da representação adequada carece de mais informações. Até o momento não foi explicado o porquê do surgimento da representação adequada, tomada até o presente instante como um instituto *ad hoc*. Até o momento, não foram concedidas quaisquer explicações sobre a concepção teórica da representação adequada. Apenas se tomou a técnica como existente, relacionando-a ao processo, ao exercício da jurisdição, ao mesmo tempo em que sua centralidade no processo coletivo foi afirmada. Assim, é preciso entender as dificuldades práticas enfrentadas pelo processo civil, que se confundem com a própria gênese e desenvolvimento deste importante instituto, a fim de que seus aspectos essenciais sejam conhecidos.

Até agora, a representação adequada foi visualizada como uma técnica hábil a produzir resultados satisfatórios para o processo, respeitando, ademais, as garantias processuais dos envolvidos. Contudo, o estudo desse importante instituto deve ser aprofundado, sendo necessário teorizar a sua existência e entender minuciosamente o que justifica a sua centralidade no âmbito do processo coletivo.

Na verdade, o resgate da história também se faz necessário para que se possa compreender as premissas, os limites e a finalidade do instituto. É útil perceber que o processo não nasce na forma representativa. O triunfo da representação, consagrada no processo coletivo, é fruto de uma evolução histórica e dogmática.

Como já explicado, o devido processo legal assegura o direito de a parte ser notificada dos atos processuais, bem como lhe garante que seus argumentos serão ouvidos e considerados. Já o devido processo legal coletivo permite que tal esquema se reproduza nas ações que condensem no mesmo polo um grande número de pessoas e que se apresentam com estrutura tal que o tratamento singular seja impossível ou inadequado, o que é materializado através da representação adequada. Ora, apesar da evidente semelhança, há um evidente descompasso que deve ser anunciado. Trata-se da relação entre a participação no processo e a representação adequada, a fórmula que permite a participação pelo processo com o devido respeito às garantias processuais.

O salto não é pequeno e deve ser considerado de forma minuciosa. A participação no processo, uma decorrência do devido processo legal, é o que permite atingir vários objetivos,

entre os quais os mais importantes são diminuir a possibilidade do arbítrio, assegurar a oitiva e consideração dos argumentos das partes, viabilizando suas contribuições para o exercício da jurisdição, o que é feito por meio de uma postura ética, leal e proba, conforme exigido pelo modelo cooperativo de processo.<sup>180-181</sup>

Já a participação pelo processo permite que se consagrem as garantias de acesso à justiça, segurança jurídica, economia processual e isonomia, ao passo em que também se garante uma prestação jurisdicional adequada, efetiva, tempestiva e econômica, o que é realizado concretamente pela técnica da representação adequada. Parte-se, assim, do esquema individual, consagrado pelo devido processo legal e pelo ideal do “*day in court*”, em que o indivíduo participa, argumentando e influenciando as decisões do juiz<sup>182</sup>, contribuindo para a atividade jurisdicional em si e a legitimidade desta, para um esquema vislumbrado pelo devido processo legal coletivo, em que um representante atua em nome dos demais integrantes do polo, litigando com o vigor esperado e em nome daqueles, na defesa de seus interesses.

A participação direta sempre foi um elemento valorizado no processo civil. Jeremy Bentham, já em 1827, escrevia que um homem não deveria perder uma causa a partir de uma decisão tomada em processo no qual não foi parte.<sup>183</sup> Na doutrina americana, além das críticas feitas pelo professor Martin Redish e já expostas anteriormente neste trabalho, outros doutrinadores também alertaram para os efeitos nefastos de alguém ter sua causa decidida sem

---

<sup>180</sup> Leonardo Greco considera que o contraditório é a forma pela qual o processo abarca o princípio da participação democrática, constituindo-se em verdadeiro megaprincípio, englobando vários outros, não estando restrito à formalidade de uma audiência. Segundo o autor, é necessário garantir a participação eficaz das partes no debate, ou seja, devem elas ter a possibilidade de influir na decisão, já que não se pode submeter alguém a uma decisão judicial sem que lhe tenha sido dado esta chance. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2011, v.1, p.440 e ss.

<sup>181</sup> Daniel Mitidiero entende que o dever de cooperação se estabelece entre as partes e o juiz, em decorrência da divisão do trabalho no processo e da necessidade da prestação da tutela jurisdicional. Essa cooperação não se fundamenta na boa-fé, ainda que esta seja um elemento constitutivo do modelo de colaboração processual. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.102-104. Antonio do Passo Cabral diz que o compromisso de atuação ética deflui da natureza objetiva da eficácia dos direitos fundamentais, que se impõem aos direitos subjetivos, impondo-lhes restrições e articulando deveres a serem observados. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v.126, 2005, p.62 e ss.

<sup>182</sup> Defendendo que o contraditório representa não apenas o direito de ser notificado e ouvido, mas também a oportunidade de deliberar e ter a argumentação considerada: CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, ano LX, n.2, apr-giu 2005.

<sup>183</sup> BENTHAM, Jeremy. Rationale of judicial evidence. London: Hunt & Clarke, 1827, p.579 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.15.

que pudesse efetivamente tomar parte no processo, gerando inclusive efeitos colaterais.<sup>184</sup> Stephen Subrin e Richard Dykstra entendem a participação, concretizada no *notice and hearing*, como uma fórmula tanto para apurar fatos e aplicar a lei, como um meio de promover a dignidade humana em um regime democrático.<sup>185</sup> Como exemplo de visão radical, Lawrence Solum chega a dizer que a participação tem tamanha importância que em caso de violação às normas que a orientam, uma decisão judicial não poderia ser tomada como legítima, ainda que o processo fosse realmente confiável, que produzisse o resultado correto e que este fosse o mesmo que seria obtido no caso de a participação ter sido corretamente prevista.<sup>186</sup>

A própria Suprema Corte Americana, em três julgados bastante importantes, revelou a importância da participação. No célebre caso *Hansberry vs Lee*, ficou decidido que não se pode subordinar pessoas ausentes a uma decisão em que elas não participaram ou sequer foram adequadamente representadas, sob pena de se violar o devido processo legal.<sup>187</sup> No caso *Richards vs Jefferson County*<sup>188</sup>, a Suprema Corte Americana disse que contribuintes que não tinham discutido a constitucionalidade de determinado tributo imposto pelo condado tinham direito de fazê-lo, ainda que, anteriormente, outros contribuintes o tenham feito, pois estes não eram representantes adequados daqueles. Finalmente, no caso *Taylor vs Sturgell*<sup>189</sup>, a Suprema Corte fixou entendimento que a representação virtual afronta o princípio do “*day in court*”, devendo ser considerada tão somente em condições excepcionais, não presentes no

<sup>184</sup> REED, John W. Compulsory joinder of parties in civil actions. **Michigan Law Review**, v.55, n.3, jan 1957, p.332. KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward. K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. St Paul: Thomson Reuters, 2012, p.5.

<sup>185</sup> SUBRIN, Stephen; DYKSTRA, Richard. Notice and the right to be heard: the significance of old friends. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v.9, 1974, p.453 e ss.

<sup>186</sup> SOLUM, Lawrence. Procedural justice. **Southern California Law Review**, v.78, 2004, p.279. O autor admite que a participação se dê diretamente ou pelo instituto da representação adequada.

<sup>187</sup> 311 US 32 (1940). “(...) *the judgment in a ‘class’ or ‘representative’ suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it.*” Trad. nossa: “(...) o julgamento de um processo de classe ou representativo, no qual alguns membros da classe são partes, pode vincular membros da classe ou aqueles representados que não foram partes nesse processo.” A Suprema Corte, claramente, enuncia a possibilidade de membros que não participaram do processo restarem a ele vinculados a partir de um esquema representativo. Porém, não é um esquema qualquer: “(...) *It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present (...).*” Trad. nossa: “(...) É doutrina familiar das cortes federais que os membros de uma classe não presentes como partes do conflito podem ser vinculados pelo julgamento em que tenham sido de fato adequadamente representados pelas partes presentes(...)” A Corte especifica que a representação deve ser adequada, significado a ser apresentado posteriormente neste texto. Texto disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/311/32/>>. Acesso em: 31.01.2020.

<sup>188</sup> 517 US 793 (1996). O caso reportava um grupo de contribuintes que buscou rediscutir a constitucionalidade de um tributo imposto por um condado após três outros terem discutido a questão previamente, tendo sido derrotados no mérito.

<sup>189</sup> 553 US 880 (2008). O caso tratava de uma parte que buscou obter em juízo informações consideradas sigilosas pela Federal Aviation Administration (FAA), após um primeiro litigante ter sido derrotado com o mesmo pleito e com o mesmo advogado.

caso, sobretudo porque o vínculo entre o primeiro litigante e o segundo eram tênues, restritos a um advogado em comum.

O art.111 da Constituição da Itália pode ser visto como um ato de louvor à participação, preconizando que o devido (justo) processo ocorre mediante a participação em igualdade de condições, forjando o contraditório, perante um juiz imparcial, assegurada a duração razoável do processo. Em igual sentido, a doutrina também se manifesta. Andrea Graziosi entende que, pela participação, as partes exercem o contraditório, apresentando seus argumentos, viabilizando a cognição plena que embasa o processo justo previsto na Constituição Federal.<sup>190</sup> Também Nicolò Trocker se manifesta firme na ideia de que o contraditório se estabelece a partir de uma união de esforços entre as partes e o juiz em busca da verdade.<sup>191</sup>

No Brasil, o entendimento é semelhante. Cândido Dinamarco observa que todo processo deve ser feito em contraditório, sendo assegurada a participação dos interessados aos quais é disponibilizado o exercício de faculdades e poderes processuais, de forma equilibrada entre as partes, respeitando os ditames da cláusula do devido processo legal, o que permite alcançar uma decisão final legítima, idônea a vincular os participantes.<sup>192</sup> Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero dizem que a participação em contraditório é crucial para a configuração de um processo.<sup>193</sup> Antonio do Passo Cabral revela que o contraditório é a garantia máxima de informação e manifestação das partes interessadas na lide, que assim podem não apenas se proteger contra arbitrariedades, mas também influenciar a decisão a ser tomada pelo juiz, para quem, neste esquema, surge um dever de promoção de amplo debate, ao qual as partes devem responder com uma postura colaborativa.<sup>194</sup> Também o professor Leonardo Greco vê na participação das partes um elemento fundamental, pois é o que lhes garante o direito de influenciar a decisão judicial, sem o que não seria adequado vinculá-las a uma decisão.<sup>195</sup>

Assim, inicialmente, as ideias de liberdade de escolha e de exercício de garantias processuais não são facilmente reconciliáveis com a de representação, segundo a qual um

<sup>190</sup> GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LXIII, n.1, mar 2009.

<sup>191</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Procedura Civile**, 2001.

<sup>192</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.67.

<sup>193</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.647.

<sup>194</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diretto d’influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LX, apr-giu 2005.

<sup>195</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2011, v.1, p.440 e ss.

terceiro concentra as escolhas estratégicas e o exercício da atividade de litigar, não sendo possível ao indivíduo participar diretamente do processo, sendo que, por vezes, ele sequer é informado, ainda que possa vir a ser vinculado pelo resultado do processo.<sup>196</sup> Urge entender como isso é possível e sob que condições.

Os esquemas representativos, por envolverem um desenvolvimento histórico e dogmático, não constituem exatamente uma novidade. Já na Idade Média eram bastante comuns. O senso comunitário que orientava a vida das pessoas, os interesses comuns e muitas vezes indissociáveis eram um elo tão forte que não era incomum que um membro de uma dita comunidade atuasse na Corte não apenas em seu próprio nome, mas também em prol dos demais. A legitimação extraordinária decorria da própria organização social da época, que envolvia o meio rural, a vida comunitária e a ausência da possibilidade de escolher pertencer ou não a uma dada comunidade, bem como da simplicidade dos litígios verificados, que contemplavam quase sempre a realização de obrigações frente às paróquias e aos suseranos.<sup>197</sup> O professor Stephen Yeazell reporta que a vida medieval na Inglaterra possuía um caráter mais coletivo do que propriamente individual.<sup>198</sup>

Assim sendo, em tal ambiente, a representação adequada surge naturalmente em virtude da própria identidade de interesses entre os membros da comunidade. Esta escolhe e legitima o seu representante, autorizando-o, ainda que muitas vezes a autorização tenha se dado pela via da coerção moral. Trata-se de uma verdadeira transformação dos interesses de toda uma comunidade nos interesses daquele representante, haja vista a própria identidade de interesses. A participação de cada membro da comunidade se dá pelo representante, de forma natural, haja vista a força do vínculo que os une. A representação se apresentava como substituta natural da participação.

Porém, a afirmação dos regimes absolutistas e a expansão comercial transformou este cenário. A vida deixou de ser rural, passando a se concentrar nas cidades. Paralelamente, o Renascimento trouxe uma perspectiva individualista ao homem, ocasionando a perda do sentimento comunitário que vigorava na Idade Média. Além disso, nesta época surgem alguns grupos coletivos organizados, as associações comerciais e as sociedades empresárias, que

---

<sup>196</sup> A questão pode ser facilmente visualizada em litígios estruturais, nos quais uma grande parte da população sequer é avisada do processo.

<sup>197</sup> BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, 1990, p.219.

<sup>198</sup> YEAZELL, Stephen. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987, p.84.

congregam diversas pessoas, mas atuam em direção ao interesse comum que une aquelas (*affectio societatis*).<sup>199</sup>

Neste novo cenário social, a mudança no âmbito processual é imediata. O litígio coletivo perde força, sendo que apenas os grupos organizados e reconhecidos, como as corporações, tinham seus litígios analisados pelas cortes de justiça. Os litígios dos grupos informais passaram a ser tratados tão somente nas cortes de *equity*, que se limitavam a decisões de caráter declaratório. Em caso de provimento, os integrantes dos grupos informais tinham que ajuizar por conta própria um novo processo com o fito de executar o que restara decidido no processo anterior.<sup>200</sup>

Contudo, não obstante o individualismo que passou a predominar na sociedade europeia naquela época, as questões coletivas não deixaram de se apresentar. Ao contrário, eram fruto legítimo de uma sociedade que expandia suas relações jurídicas de maneira exponencial, aumentando a ocorrência de conflitos, que deviam ser, naturalmente, pacificados.

Assim sendo, do fim da Idade Média até o início do século XX, o processo civil adquiriu um caráter individualista e ainda que as questões coletivas tenham perdido importância, sendo tratadas de forma muitas vezes periférica no sistema, a real necessidade de oferecer uma solução para elas nunca deixou de existir. A questão se tornou um quebra-cabeças para os teóricos da época, já que a concepção individualista do processo era claramente incompatível com o desenvolvimento de um processo coletivo nos moldes verificados até então.<sup>201</sup> Repudiava ao homem médio a ideia de ser privado de seus bens ou propriedades sem ter a chance de pessoalmente tomar parte no processo, articulando sua defesa. Os vínculos pessoais não se sujeitavam mais ao sentimento comunitário e continham especificidades difíceis de conciliar com o trato processual coletivo. Porém, já se tornava evidente que muitas das questões que surgiam não podiam ser tratadas no plano meramente individual, haja vista a impossibilidade de os tribunais oferecerem o serviço adequado na escala desejada.

Neste cenário, operou-se uma mudança importante, sobretudo a partir do século XVIII. Passou-se a pensar em uma teoria da representação como substituta da participação, articulada a partir da noção de interesse e não mais da autorização, do consentimento, como

---

<sup>199</sup> CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.37-39.

<sup>200</sup> BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, 1990, p.221.

<sup>201</sup> BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v.67, n.2, may 1992, p.205.

acontecera na Idade Média.<sup>202</sup> O fato que levou os pensadores da época a articular semelhante solução foi a ocorrência de conflitos que, mesmo sob a influência de um processo que ganhava conotação individualista, apresentavam caráter coletivo e continuavam a ser solucionados com base em um esquema representativo. Assim, a solução engendrada pelas cortes para tais conflitos vinculava pessoas que não tinham participado de forma direta do processo. Já não era mais possível realizar um processo representativo a partir da noção de consenso, tendo em vista a quase impossibilidade de obtê-lo. Muitos eram os obstáculos, tais como a dificuldade de identificar os envolvidos, a distância física que os separava e a dificuldade de acesso a locais ermos em que muitos se encontravam. Enfim, se fosse possível superar estes problemas, muito provavelmente a atuação baseada em consenso não teria sido abandonada e a própria participação direta haveria prevalecido em qualquer caso.

Um fato importante para a análise da questão é a existência de causas que recebiam um tratamento na esfera coletiva, ainda que a participação no processo e a noção de consenso fossem valorizadas. Essas causas, contudo, embutiam uma peculiaridade: a existência de uma relação tão visceral entre as partes que o tratamento único tornava-se aceitável, ainda que pessoas ausentes do processo devessem ser vinculadas ao seu julgamento.<sup>203</sup> A título de exemplo, pode-se mencionar as relações entre ancestrais e herdeiros, entre administradores e beneficiários de *trusts*, bem como entre cedentes e cessionários. Em todas estas causas, há um vínculo forte entre as partes, estabelecido por lei ou ainda por relações lastreadas em costume bastante arraigado, de forma que a representação dos ausentes na causa assumia um ar de naturalidade. Nesses casos, o consenso necessário e a atuação direta no processo eram escanteados pela força que emergia destas relações jurídicas.

Os teóricos da época diziam que em certas relações jurídicas, o vínculo estabelecido era tão próximo entre determinados indivíduos (*privity relationship*) que certos efeitos processuais, entre os quais a vinculação ao resultado do processo e a proibição de rediscutir a questão, se justificavam, de tal sorte que assim procediam as cortes.<sup>204</sup>

Em meio aos desenvolvimentos da prática forense, vários doutrinadores buscavam entender o que havia de especial nestas relações, ou melhor, que dimensões uma dada relação devia apresentar para que semelhante tratamento pudesse ser dado. Não se questionava em

---

<sup>202</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.240-241.

YEAZELL, Stephen. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987, p.15.

<sup>203</sup> MORRIS, John K. Nonparties and preclusion by judgment. **California Law Review**, v.56, n.4, 1968, p.1101-1102.

<sup>204</sup> JENNINGS, Kenneth. Privity, preclusion and the parent-child relationship. **BYU Law Review**, v.1977, n.3, p.612-613.

absoluto o tratamento processual concedido às relações de *privity*, contudo, havia certa insegurança sobre as condições que uma dada relação deveria de fato apresentar para merecer um tratamento semelhante.

A busca por critérios uniformizadores permitiu o surgimento da doutrina da representação virtual.<sup>205</sup> Ela se formou nas cortes de *equity*, sendo forjada pela necessidade e pela experiência forense. A principal ideia que a caracterizava é que a identidade substancial de interesses entre determinados indivíduos permitia que os ausentes fossem representados por um destes indivíduos em uma questão judicial, de forma que aqueles (ausentes) sofreriam efeitos preclusivos e se submeteriam à coisa julgada em certas circunstâncias. Três noções fundamentavam a teoria: a economia processual, a igualdade e o acesso à justiça. Em havendo um interesse substancial comum, não seria absolutamente necessário que todos os que compartilhavam o dito interesse participassem efetivamente do processo, já que a questão discutida era idêntica e a solução seria única para todos. Além disso, em muitos casos, a presença de todos os que compartilhavam determinado interesse não era possível, o que poderia levar à denegação de justiça.<sup>206</sup>

A teoria da representação virtual se desenvolveu de forma difusa nos átrios dos tribunais. Era algo aceitável, praticado, porém insuficientemente teorizado. Foi Frederic Calvert, em 1837, quem primeiro sistematizou a teoria, permitindo que ela se transformasse no alicerce dos processos representativos.<sup>207</sup> Calvert considerou que estes tinham uma marca de impessoalidade, configurada a partir de um interesse substancial. Assim, este era o marco que permitia estender a participação pelo processo aos ausentes, via representação por outro interessado. Assim sendo, consagra-se o início das formulações teóricas sobre a representação adequada.

### 3.2 As formulações teóricas da representação adequada

<sup>205</sup> MORRIS, John K. Nonparties and preclusion by judgment. **California Law Review**, v.56, n.4, 1968, p.1105.

<sup>206</sup> Geoffrey Hazard Jr diz que durante os séculos XVII e XVIII a *Chancery* desenvolveu, basicamente, três regras para lidar com a presença das partes necessárias ao deslinde da causa. São elas: a) Todas as pessoas interessadas na controvérsia são necessárias ao deslinde da causa, a fim de que a disputa possa se resolver de forma completa; b) A presença de algumas das partes necessárias é dispensada quando for impossível ou complicado trazê-las a juízo; c) Uma pessoa que não participa do processo não pode ser vinculada pela decisão, a menos que seja representada por alguém que seja parte. HAZARD JR; Geoffrey C. Indispensable party: the historical origin of a procedural phantom. **Columbia Law Review**, v.61, 1961, p.1255.

<sup>207</sup> BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, 1990, p.224.

Analisando a narrativa histórica presente no livro do professor Stephen Yeazell, já referenciado neste texto, o professor Robert Bone faz importantes considerações sobre a representação baseada no interesse.<sup>208</sup>

Analisando os litígios do século XVII, o professor Robert Bone concluiu que os que eram tratados de forma coletiva continham três traços em comum: o aspecto rural, o costume como base legal e a possibilidade de múltiplos processos. A estrutura, portanto, era a mesma daquela verificada na Idade Média, sendo a questão discutida idêntica e compartilhada por todos os interessados.

Contudo, a nova dinâmica social obrigou os tribunais a expandir a prática a outros litígios, desde que a causa contivesse um direito geral, agora não mais considerado exclusivamente sobre a base dos costumes, mas também a partir de uma perspectiva legal. Segundo o professor Bone, o conceito de direito geral (*general right*) é fundamental para o entendimento dos processos representativos até o século XIX, já que sob tal concepção viabilizou-se uma perspectiva processual comum a diversos indivíduos, os quais antes deveriam ajuizar necessariamente seus litígios e participar deles individualmente. Ainda que os direitos fossem divisíveis, ou seja, apropriados individualmente, a questão discutida por cada um deles era idêntica, de forma que tais indivíduos poderiam ser agrupados em classes, dando um tom marcadamente impessoal ao litígio. Assim, a importância da relação de *privity* entre os indivíduos que tinham um mesmo interesse substancial e entre os quais se estabelecia a relação de representação foi consideravelmente reduzida, tendo em vista que a impessoalidade tornava o reconhecimento de um dado direito geral naturalmente expansível a todos os que dividiam o *status* de pertencer a uma dada classe.

A observação é muito importante porque ela permite fazer uma anotação crucial à teoria da representação virtual, que era adotada amplamente nos tribunais. Trata-se precisamente do interesse compartilhado pelos indivíduos que detinham um *general right*. Diferentemente do que se acreditava na época e do que defende o professor Stephen Yeazell em seu livro, o interesse comum não era tão somente obter a vitória na causa, não era apenas um objetivo comum. Mais do que isso, ele denotava uma relação formal entre os interessados a partir de um estatuto legal que lhes assinalava um mesmo direito, ainda que apropriável

---

<sup>208</sup>BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, 1990, p.235 e ss.

individualmente. Assim sendo, natural que uma solução única fosse gestada no processo e abarcasse a todos.<sup>209</sup>

Contudo, havia outro tipo de conflito que atraía a ideia de tratamento coletivo. Eram os litígios em que de um lado estavam indivíduos unidos não por uma base legal ou calcada em costumes, mas por contratos, fossem eles escritos ou verbais. O professor Robert Bone nota que nestes não há um tom de impessoalidade, o que reclamava, evidentemente, um outro tratamento. Assim, em muitos casos, as cortes, na maioria das vezes, não reconheciam o tratamento coletivo nestes litígios, ao passo que naqueles que envolviam “*general rights*”, ele era quase sempre concedido, afirmado.<sup>210</sup>

É vital entender o que justificaria a diferença de tratamento, haja vista a presença da noção de economia processual na ciência e na prática jurídica da época. Na verdade, o direito comum de base legal ou costumeira era uma justificativa poderosa para a ausência de outros interessados no processo, seja pela impossibilidade de alcançá-los ou pela dificuldade de notificá-los, haja vista a presença na contenda de um representante com interesses verdadeiramente idênticos. Assim, era possível supor que os argumentos mais importantes seriam apresentados, salvo nos casos onde uma eventual incompatibilidade com essa premissa fosse identificada, o que poderia acontecer em circunstâncias que revelassem falta de competência (no sentido de habilidade) ou eventual conflito. Não obstante, era patente que as cortes também mantinham as portas abertas para ulterior participação processual no processo do ausente, a fim de maximizar os efeitos da decisão judicial.

Já nos casos em que a relação era marcadamente contratual, era evidente que as partes gozavam de maior autonomia para definir suas estratégias processuais, tendo em vista as peculiaridades que poderiam existir. Não se tratava de um interesse nato com base em costumes ou estatutos legais, definidos abstratamente e de forma genérica e impessoal, mas

---

<sup>209</sup> “*The ‘common interest’ of class members therefore was not the same thing as imputed goals. Class members had a common interest when they all had the same kind of ‘interest’ in the lawsuit for purposes of joinder - that is, when their respective rights or duties were connected to the subject of the suit in exactly the same way.(...). The most important distinction - and one that Professor Yeazell completely overlooks - marked a difference between those representative suits brought to establish a general right and those representative suits not involving a general right.*” BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, n.2, 1990, p.249. Trad. nossa: “O ‘interesse comum’ dos membros da classe conseqüentemente não tinha o mesmo significado que os objetivos imputados. Membros da classe tinham um interesse comum quando todos eles tinham o mesmo tipo de ‘interesse’ no processo para propósitos litisconsorciais - isto é, quando seus respectivos direitos ou deveres estivessem conectados ao sujeito do processo exatamente da mesma maneira(...). A distinção mais importante - e uma completamente ignorada pelo Professor Yeazell - apontou para uma diferença entre aqueles processos representativos ajuizados para estabelecer um direito geral e aqueles processos representativos que não envolviam um direito geral.”

<sup>210</sup> BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, 1990, p.251-252.

antes forjados a partir da autonomia da vontade. Assim, nuances contratuais, circunstâncias específicas faziam com que os interesses dos membros de uma assim denominada classe não pudessem ser tomados sempre como idênticos. Tal fato tornava difícil para as cortes reconhecer o trato coletivo e suas repercussões processuais nestas questões.

É claro que o dinamismo social obrigava as cortes a considerar soluções coletivas mesmo quando a justificativa era centrada na existência de relações contratuais. As relações de massa que passaram a ser comuns já a partir do século XVII eram um incentivo para que os indivíduos se lançassem em vários tipos de arranjos contratuais, com o intuito de mitigar riscos, reduzir custos e diminuir a deficiência informacional. A autonomia da vontade era a marca destes negócios jurídicos e sua compatibilização com a teoria da representação virtual era tudo, menos óbvia, devendo ser demonstrada a cada caso concreto.

A maior importância assumida pelas relações contratuais no seio social trouxe importantes consequências para a forma pela qual as cortes passaram a enxergar as soluções coletivas para os processos. Por exemplo, diferentes tipos de procedimentos foram criados para lidar com cada espécie de processo representativo. Os processos fundamentados em “*general rights*” eram conduzidos de forma contínua, tendo em vista a presença de uma forte noção de “*commonality*” (comunhão de interesses substanciais). Já nos processos representativos baseados em relação contratual, exigia-se, normalmente, um procedimento em dois estágios, nos quais o primeiro tão somente afirmava ou não o direito envolvido para a dita classe, enquanto no segundo é que a adjudicação era realmente conduzida, a partir, no entanto, de uma participação individual. Apesar da configuração inicial coletiva, a presença do indivíduo no processo não deixou de ser prestigiada quando a base contratual estava presente como justificativa para o trato coletivo, haja vista que, na maioria destes casos, as situações contratuais eram específicas a determinados contratantes e a resolução final da questão não poderia prescindir da sua participação direta.

Outra repercussão interessante, já anunciada neste texto, foi que a representação com base no consentimento foi perdendo força. Os vínculos que autorizavam a representação não eram mais pensados sob a ótica do indivíduo, mas de uma relação jurídica. O indivíduo não autorizava a representação, pois era a própria natureza da relação jurídica que embutia e concretizava uma natural representação, tendo em vista a identidade das questões discutidas.

### 3.2.1 Uma teoria da não-representação?

A teoria da representação virtual tem sua importância até os dias de hoje, ainda que a preocupação fundamental dos processualistas atuais esteja centrada não mais nas repercussões lógicas sobre o comportamento processual da parte, a partir da existência de um costume, de um estatuto legal ou de um contrato, mas sim nas estabilidades processuais, sobretudo a coisa julgada.<sup>211</sup>

Porém, uma observação importante é aquela feita pelo professor Robert Bone em seus estudos. Na verdade, argumenta o professor, do fim da Idade Média até o início do século XX, a processualística tratou a agregação de partes, a vinculação de partes ausentes a determinadas decisões jurisdicionais a partir de uma teoria da não representação.<sup>212</sup>

Explica-se.

O professor Robert Bone traçou um cenário dual para as ações de cunho coletivo da época. Algumas eram baseadas em um costume ou em um direito estatutário, sendo ambos de natureza geral, abstrata e impessoal. De outro lado, os contratos constituíam a justificativa para o tratamento coletivo de outras questões. Contudo, nestas a predominância da autonomia da vontade não permitia que a escolha das estratégias processuais, dos argumentos ficasse, na maior parte das vezes, a cargo de outra pessoa. A participação deveria ser, pelo menos em algum estágio do processo, individual. Não era possível uma representação total nestes casos. Já nos casos em que a marca registrada era a presença de um “*general right*”, não havia propriamente a representação de partes, já que a ausência ou não da parte era indiferente para a condução do processo. Claramente a ausência tinha pouca importância, pois a presença de um membro da classe com um interesse comum, idêntico tornava a participação de qualquer outro interessado desnecessária. Na verdade, a impessoalidade contida no “*general right*” tornava desimportante a representação como equivalente da participação, já que esta era afastada completamente, pois a autonomia da vontade e a escolha de estratégias não eram elementos decisivos para a resolução de tais questões. Se a participação já não era considerada nestes casos, logicamente, não havia representação. Os resultados dos processos, nestes casos, teriam o mesmo nível de qualidade, houvesse ou não ausentes.

Em resumo, nos processos de base contratual, não havia representação efetivamente, pois a participação individual era relevante a fim de cumprir com princípios caros, como a autonomia da vontade, a liberdade, bem como observar garantias processuais, como o devido

<sup>211</sup> MORRIS, John K. Nonparties and preclusion by judgment. **California Law Review**, v.56, n.4, 1968.

<sup>212</sup> BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, 1990, p.263-264. BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v.67, n.2, may 1992, p.205 e ss.

processo legal, pelo menos em um segundo estágio do processo. Do outro lado, o esquema desenvolvido para permitir a representação, através de alguém que tivesse os mesmos interesses substanciais, era uma verdadeira desconstrução da necessidade da participação, já que a qualidade do resultado do processo não era percebida como sendo dependente da ausência de litigantes que se submeteriam à decisão. Desconstruída a necessidade de participação, torna-se difícil falar em representação como técnica substituta de algo que é subestimado.

Claramente, entretanto, na época esta não era a percepção dominante. Ao contrário, os doutrinadores e as cortes buscaram apoio teórico na teoria da representação virtual e a estenderam a diversas circunstâncias, a partir da análise de casos concretos idôneos a configurar uma identidade de interesses, uma advocacia vigorosa e a ausência de conflitos de interesse. Entendiam, certamente, que a representação enquanto técnica processual se apoiava nestes pressupostos, garantindo um efeito igual ao da participação direta.

Assim, ainda que não percebida na época, a representação havia sido estabelecida como uma teoria da desnecessidade da participação e conseqüentemente da não representação. O problema é que, à medida em que se caminhava para o século XX, a complexidade das relações sociais aumentava, os negócios jurídicos tornavam-se rotineiros, envolvendo elementos atípicos, o que fez com que os tribunais passassem a rejeitar mais do que aceitar a teoria da representação virtual. As soluções engendradas até então, ainda que sofisticadas, não eram mais capazes de lidar com muitas questões apresentadas às cortes.

### 3.2.2 Uma teoria com base na participação. A necessidade de justificar teoricamente a representação

Era necessário estabelecer uma teoria da representação com base na participação que, efetivamente, viabilizasse a concepção de um processo representativo. Já no início do século XX, com a implementação do chamado Estado Social, a demanda por direitos sociais era grande, já que muitos deles simplesmente não eram previstos ou, até aquele momento, garantidos somente no aspecto formal, porém, nunca vivenciados na prática. Posteriormente, a preocupação principal passou a ser com a concretização dos direitos fundamentais, agora previstos nos próprios textos constitucionais.

É útil perceber que a demanda por participação não era um movimento isolado da ciência processual. O Estado Liberal estava sendo fortemente questionado e conseqüentemente, superado, ao passo que a Administração Pública era bombardeada com

novas exigências, algumas das quais requeriam atividade normativa. A solução foi legitimar a atividade legislativa da Administração Pública com a participação do indivíduo. A velocidade e o dinamismo das prestações que se apresentavam e se exigiam da Administração não podiam ser regulados apenas a partir da atuação do Poder Legislativo. Contudo, ao administrador não era permitido também legislar, haja vista a vedação imposta pela separação de poderes, logo, a atuação do indivíduo passou a ser importante para legitimar as decisões administrativas acertadas com força de lei. Nascia a administração pública consensual a partir da participação do indivíduo, que se fez possível de duas maneiras principalmente: a) pelo estabelecimento de Conselhos com poder de influência nas decisões administrativas e que tinham entre seus integrantes cidadãos comuns; b) pela realização de audiências públicas cujo objetivo era entender e verificar a opinião do cidadão comum em relação a dada iniciativa administrativa.<sup>213</sup>

No plano processual, também se buscava garantir uma maior participação, sobretudo a fim de concretizar a garantia do devido processo legal, cristalizada no direito à participação, no direito ao dia na corte, agora reconhecidos no texto constitucional.

Sendo assim, basicamente, são duas as possibilidades imaginadas para uma teoria da representação que ambicione valorizar a participação. A primeira delas é trabalhar com um critério cujo foco é o resultado do processo, visando um processo de maior eficiência. A segunda, ao contrário, valoriza a participação pela importância que confere à dignidade do indivíduo e ao desenvolvimento regular do processo.<sup>214</sup>

### 3.2.2.1 A teoria da representação: substituição da participação, baseada na eficiência

O professor Robert Bone explica que a construção de uma teoria da participação com foco na eficiência parte de uma necessária definição inicial. Trata-se do que será efetivamente chamado de resultado ou eficiência. Assim sendo, apresentam-se duas abordagens diferentes a serem contempladas: a) a chamada análise econômica do direito e b) uma teoria da justiça.

O objetivo destas teorias é pensar quando a participação de alguém no processo é realmente importante do ponto de vista do resultado atingido e em quais circunstâncias ela

<sup>213</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.77 e ss.

<sup>214</sup> BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v. 67, n.2, may 1992, p.237. Edilson Vitorelli pensa as duas formas de participação a partir de nomenclaturas diferentes: participação instrumental e participação essencial. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.173.

pode ser dispensada, de forma que haja apenas representação, porém, vinculando-se à decisão proferida.

### 3.2.2.1.1 A eficiência avaliada pela análise econômica do direito

Sob a ótica da análise econômica do direito, a participação de um indivíduo no processo é desejável até o momento em que sua contribuição iguale ou supere os custos que ela gere. Tecnicamente, o juiz deve permitir a participação da parte até o momento em que o ganho marginal de eficiência trazido por ela ao processo, por contribuir com sua argumentação, com a produção de provas e com o contraditório não supere os custos marginais a ela associados. É neste sentido, por exemplo, que se justifica plenamente a participação de *amici curiae*, sobretudo em processos de temática complexa, já que os ganhos de eficiência por eles aportados superam os custos de sua participação. Pelo mesmo modo, é possível entender o porquê de a participação de determinados *amici curiae* ser negada, já que em muitas situações, a sua própria *expertise*, vivência e experiência em nada diferem de outros que já participaram do mesmo processo. Assim sendo, a contribuição marginal seria negativa, pois os custos superariam os benefícios da participação.

O exemplo acima demonstra que a participação é desejável desde que a parte contribua positivamente para a aplicação correta das regras existentes ou para a formulação de uma nova norma.<sup>215</sup> Obviamente, é possível imaginar que quanto maior a participação, mais precisas serão as informações apuradas e conseqüentemente, maior a possibilidade de que se alcance um resultado eficiente, seja pela aplicação da norma correta a partir do acerto devido dos fatos, seja pela criação de uma nova norma, um novo paradigma que possa orientar decisões futuras. O problema com esse raciocínio é ignorar que o aumento da participação está sujeito a rendimentos decrescentes. Em outras palavras, a maior participação só é capaz de contribuir positivamente para o processo até um determinado ponto-ótimo, a partir do qual a importância dos custos passa a prevalecer.

Até o momento muito se tem falado em custos. A ideia não é nova, sendo certo que o exercício de direitos tem custos, os quais podem ultrapassar em muito o benefício gerado pelos direitos usufruídos, de modo que a sociedade como um todo fique em uma situação

---

<sup>215</sup> A professora Kathryn Spier diz que a litigância pode promover valores sociais, contribuindo para o aperfeiçoamento do sistema legal, ao passo que também reforça a sua acurácia, já que a correta e previsível aplicação das leis permite que todos os agentes entendam que a tentativa de criar valor por meio de atos ilícitos será reprimida. SPIER, Kathryn. Litigation. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Editors). **Handbook of law and economics**. 1st. ed. Amsterdam: North Holland, 2007, v.1, p. 282-283.

pior.<sup>216</sup> Torna-se necessário aprofundar um pouco mais o assunto pela sua importância no bojo desta teoria.

Neste ponto vale perceber a dimensão do custo social do processo. Toma-se como premissas que o processo é um jogo não-cooperativo e que as partes buscam maximizar suas utilidades.<sup>217</sup> As partes podem ou não litigar, ainda que o efeito social desta decisão seja negativo.<sup>218</sup> Isso significa que a decisão de litigar pode não trazer benefício algum para a sociedade. Consequentemente, permitir maior participação nesses casos também produziria um resultado negativo para a sociedade como um todo.

Desta forma, caso a decisão seja litigar em juízo, a sociedade teria que arcar com os custos de uma máquina administrativa e com possíveis externalidades negativas de um conflito privado. Caso optem por não litigar, as partes manterão suas decisões, ainda que possa haver um efeito benéfico para a sociedade, como por exemplo, a fixação de padrões de conduta com fins de pacificação social, que são externalidades positivas.

Steven Shavell argumenta que aquele que ocupa a posição ativa no processo não considera como benefício de sua demanda os efeitos de desestímulo que a mesma pode ter sobre a conduta do ofensor ou potenciais ofensores. Ele apenas considera como vantagem aquilo que receberia ao vencer a demanda. Ou, alternativamente, ele apenas considera a utilidade que o processo poderá lhe trazer, não computando os custos da movimentação da máquina administrativa. Definitivamente, não há internalização das externalidades, positivas ou negativas, associadas ao processo, já que raciocínio análogo se impõe nos casos em que o autor decide não ajuizar a ação.

Por sua estrutura de custos, pensada individualmente e, portanto, inepta para internalizar as externalidades positivas e negativas associadas ao processo, um autor pode decidir não ajuizar uma ação quando a questão seria interessante para o Estado, já que um

---

<sup>216</sup> SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Cambridge University Press, 1999. A ideia central dos autores é que todos os direitos, inclusive os que exigem abstenção, são na verdade positivos. Em outras palavras, por dependerem de ação estatal para que se concretizem, envolvem o uso de recursos públicos. No caso de inação, os remédios necessários para a garantia dos direitos também têm custos, sobretudo os judiciais, por ensejarem uma estrutura robusta.

<sup>217</sup> O processo deve ser visto como um jogo em que as partes colaboram para que a melhor solução seja alcançada, estando o chamado princípio da cooperação ou colaboração configurado como norma processual fundamental no art.6º do CPC. Não obstante, é importante registrar que as partes não têm obrigação de cooperar entre si, já que o conflito existente entre as partes impede tal altruísmo, daí o jogo ser não-cooperativo. O dever de cooperação com as partes é do juiz, devendo ser exigido, contudo, atuação leal, transparente e ética das partes, em conformidade com a norma fundamental da boa-fé, presente no art.5º do diploma processual. Do ponto de vista econômico, o processo é um jogo não-cooperativo. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.70.

<sup>218</sup> SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, June 1997, p.581-586.

pronunciamento do tribunal poderia dar um norte para a interpretação da norma, caso prevaleça a ideia de Owen Fiss de que o juiz declara valores sociais ou mesmo a de Richard Posner e William Landes, de que tal atividade é importante para reforçar o capital jurídico do próprio tribunal.<sup>219,220</sup> Ou, contrariamente, poderia decidir ajuizar uma ação, não obstante o custo da máquina em muito ultrapasse o valor da causa.

Os custos privados da litigância são muito menores do que os custos sociais. De outro modo, os benefícios privados serão quase sempre financeiros, enquanto para a sociedade, o benefício da litigância se relaciona com os efeitos de desestímulo de condutas, compensação das vítimas e o estabelecimento de precedentes.<sup>221,222</sup>

O que toda esta argumentação expõe é o fato simples de que litigar, participar acarreta custos. E mais do que isso, muitos destes custos não estão devidamente internalizados pelos participantes do processo, de forma que são completamente ignorados por eles, ainda que tenham importância para a sociedade como um todo. Assim, ao analisar a necessidade da participação de um indivíduo em um processo é necessário estabelecer em que medida ela estará efetivamente contribuindo para o resultado final e não apenas onerando ainda mais uma atividade intrinsecamente custosa. Em outras palavras, garantir maior participação a todos indistintamente pode significar mais custos, que se expressam sob a forma de menos celeridade, efetividade e garantia de direitos. Mais, pode significar menos.

Em assumindo tal argumentação como razoável, não se pode deixar de concluir que uma teoria da representação construída a partir de tal base teórica deveria restringir o direito de participação *prima facie* e aumentar o sentido preclusivo no âmbito do processo civil.<sup>223</sup> Em outras palavras, aumentar o nível de participação em um dado processo além do ponto-ótimo, bem como permitir a litigância repetida sobre uma mesma questão de forma pouco

<sup>219</sup> FISS, Owen M. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v.93, n. 1, nov.1979, p.14.

<sup>220</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **Journal of Law and Economics**, v.19, 1976, p.262-270.

<sup>221</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; GEISTFELD, Mark. The divergence between social and private incentives to sue: a comment on Shavell, Menell and Kaplow. **Journal of Legal Studies**, v.16, 1987, p.483. SPIER, Kathryn E. A note on the divergence between the private and the social motive to settle under a negligence rule. **Journal of Legal Studies**, v. 26, 1997, p.614-615. Especificamente sobre o valor dos precedentes: SPIER, Kathryn. Litigation. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Editors). **Handbook of law and economics**. 1st. ed. Amsterdam: North Holland, 2007, v.1, p.298-300.

<sup>222</sup> Steven Shavell realça o fato de que, na verdade, a diferença entre os custos privados e sociais do processo é brutal, visto que o autor (demandante) não leva em consideração os custos do réu e muito menos os custos do Estado. SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**, 2004, p.83.

<sup>223</sup> No contexto desta teoria, pode-se defender, por exemplo, que o resultado de uma discussão judicial de uma questão repetitiva, sem mudanças fáticas ou legais significativas, poderia se estender a um outro processo que venha a ser apresentado em juízo. Neste caso, a participação teria um valor negativo, visto que a questão já teria sido discutida anteriormente. Obviamente, para o confronto desta teoria, torna-se necessário saber quais condições devem estar presentes no primeiro processo para que a teoria seja aplicada. Elas serão explicitadas posteriormente neste texto.

críteriosa são condutas que produzem resultados sociais indesejáveis, o que facilita a aceitação da construção de um processo representativo.

A presença de um representante adequado realizaria os escopos processuais ao mesmo passo em que suprimiria os custos da participação indesejável. A participação é importante à medida em que contribui positivamente, não devendo ser estimulada em nenhum sentido, seja pela permissão para participar de um processo ou para rediscutir uma questão já decidida, quando acarretar aumento mais do que proporcional dos custos frente aos benefícios verificados. Assim, a partir de um determinado ponto-ótimo, a representação se apresenta como legítima substituta da participação. Ela viabiliza os escopos processuais pelo fato de a participação tornar-se inviável, dado os custos de sua implementação. Em outras palavras, a representação se estabelece como substituta da participação, a partir de um critério de eficiência ou de uma perspectiva com ênfase nos resultados.

O leitor atento à argumentação até aqui desenvolvida poderia questionar dois pontos. O primeiro é a existência de erros de julgamento no primeiro processo (nos casos em que se proíbe a rediscussão da questão) e a forma pela qual tal proibição ajudaria a propagar aquele erro nos julgamentos futuros. O segundo trata da observação de que a realidade não é tão simples como até aqui imaginada, já que a cena processual admite eventos complexos, os quais envolvem mudanças fáticas relevantes, propiciando, entre outros fenômenos, mudanças de polo.

O professor Robert Bone propõe um exemplo capaz de elucidar o primeiro ponto.<sup>224</sup> Basta imaginar 100 processos que decidem a mesma questão, com chance de erro no julgamento de 20% na média. Assim sendo, supondo que a questão seja discutida apenas uma vez para cada uma das partes nos 100 processos, é correto esperar que 20 deles produzam resultados errados.<sup>225</sup> Contudo, se se permitisse que as partes rediscutissem a questão em cada processo, a média não se alteraria, considerando uma distribuição binomial.<sup>226</sup> Não obstante, é possível demonstrar que, neste segundo caso, a variância da amostra diminuiria, o que representa certamente um efeito positivo da litigância repetida.<sup>227</sup> Efetivamente, esta

<sup>224</sup>BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. *New York University Law Review*, v.67, n.2, may 1992, p.241 e ss.

<sup>225</sup> O cálculo diz respeito à esperança matemática, também chamada de média. Para o caso de decisões certas;  $100 \cdot 0,8 + 0 \cdot 0,2 = 80$ . Se 80 estão certas, 20 estarão erradas.

<sup>226</sup> A distribuição binomial é uma distribuição usada para analisar fenômenos tipicamente duais, em que um evento acontece ou não. Ela busca oferecer um entendimento dos efeitos sobre uma determinada população, a partir do cálculo da média e do desvio-padrão, dada uma determinada probabilidade de ocorrência do evento. LARSON, Harold J. *Introduction to probability theory and statistical inference*. 3ª ed. Singapore: John Wiley and sons, 1982, p.155 e ss.

<sup>227</sup> A variância cairia de 1600 para 16 com a litigância repetida. Os cálculos:  $0,8 \cdot (100-80)^2 + 0,2 \cdot (80-0)^2 = 1600$ ;  $100 \cdot 0,8 \cdot 0,2 = 16$ .

produziria uma pequena dispersão em torno dos 80 processos corretamente julgados, assegurando aos agentes econômicos que a sua chance de perder um processo por erro é realmente de 20%. Num primeiro momento considerou-se a média, mas nada impede que uma determinada amostra produzisse apenas 70 processos julgados corretamente, ao passo que outra produzisse, por exemplo, 90.

Quando novos julgamentos são admitidos, afastando-se qualquer proibição à rediscussão da questão, garante-se uma menor variância, ou seja, a chance de desvio da média de 80 julgamentos corretos diminui, o que é realmente relevante, por permitir aos agentes calcular melhor seus riscos, estabelecer suas condutas preventivas com maior certeza, dado o nível de acurácia do sistema. Menos variância equivale a menor dispersão, logo, maior calculabilidade, reforçando a segurança jurídica.

O resultado parece auspicioso no sentido de garantir o aumento da participação e de minimizar restrições à rediscussão da questão, porém, os altos custos associados, já relatados acima, bem como os rendimentos decrescentes também já comentados, não permitem que assim se conclua de forma genérica. São necessários cálculos, em cada caso, a fim de que se possa afirmar que a maior participação traria ganhos de fato.

Uma outra questão correlata a este assunto poderia passar pela mente de um leitor muito atento. Trata-se dos efeitos de um processo que limite a participação e a rediscussão de questões em outros processos futuros em circunstâncias nas quais exista um *repeat player* disposto a investir para garantir o seu êxito. Obviamente, por ser parte em inúmeros processos, o valor de suas causas ultrapassa muito o de um litigante comum. Assim, cabe inquirir se tal disparidade produziria efeitos danosos em um processo pensado de forma a obstar a participação livre ou que restrinja a rediscussão de questões repetitivas. Não é possível negar a posição de vantagem do *repeat player*, já que ele tem condições de atuar de forma mais eficiente, porém, os efeitos do investimento na causa tendem a não ser tão relevantes, pois sobre eles também paira a lei dos rendimentos decrescentes, bem como muitas causas não dependem de investimento na produção de provas para promover o acertamento dos fatos, sendo eminentemente jurídicas.

Assim, é possível defender a concepção de incidentes de coletivização ou a promoção de ações coletivas, já que são instrumentos que minoram estas diferenças frente aos *repeat players*. Na verdade, tais instrumentos do direito processual coletivo promovem a eficiência processual justamente por ensejar uma redução da participação, através de mecanismos representativos, ao mesmo tempo em que aumenta a chance de produzir resultados eficientes e de diminuir a disparidade para os litigantes contumazes, como já visto neste estudo.

Voltando à complexidade dos processos reais, o segundo ponto percebido pelo leitor atento, é certo que a teoria da representação calcada na análise econômica do direito admite desvios da sua proposição geral de redução da participação e aumento dos efeitos preclusivos.<sup>228</sup> Isso acontece nos casos em que seja possível provar a presença de circunstâncias fáticas ou legais diferentes das que prevaleceram nos processos anteriores, bem como no caso de erros terem sido detectados no julgamento dos processos anteriores, quando seja o caso de se provar que a rediscussão da questão seja idônea a permitir a superação do erro. Em ambos os casos, é nítido que o ganho de acurácia para o sistema há de prevalecer sobre os custos da litigância. É a sociedade a grande beneficiada pelo aumento da participação e pela rediscussão da questão nestes casos.<sup>229</sup>

Realizada esta argumentação, é possível conceber a representação como substituta da participação a partir de uma perspectiva de resultados. Ou seja, estabelece-se uma teoria que justifica a representação como substituta da participação com base na eficiência gerada para o processo.

### 3.2.2.1.2 A eficiência avaliada pela teoria da justiça de Dworkin

Como já dito, a teoria da participação pode ser pensada na ótica da eficiência a partir da concepção de uma teoria da justiça. Obviamente, a análise não será feita a partir dos efeitos da participação sobre os benefícios sociais e os custos gerados no processo, bem como seus impactos sobre a sociedade. A métrica da eficiência é estabelecida a partir da consideração da decisão judicial e seu impacto sobre os reais direitos da parte. Desta forma, obtém-se um processo eficiente quando a decisão judicial é produzida de forma a reconhecer o direito da parte quando devido.<sup>230</sup> Neste contexto, a participação do interessado é valorizada porque é o mecanismo que o habilita a promover a defesa dos seus direitos, escolhendo sua estratégia processual e articulando sua argumentação.

---

<sup>228</sup> A norma geral suposta para os casos a partir do ponto-ótimo seguramente. Até este ponto a norma é a ênfase na participação. Após este ponto, a participação é onerosa em excesso, justificando a representação e a adoção de efeitos preclusivos.

<sup>229</sup> A título de exemplo, pensando no caso brasileiro, é importante notar que o art.986 do CPC permite a revisão da tese jurídica afirmada em sede de IRDR, o que pode ser feito de ofício ou a requerimento do MP e da Defensoria Pública, bem como das partes, ainda que assim não disponha expressamente o código. Contudo, a rediscussão da questão só deverá ser permitida nos casos acima elaborados, ou seja, quando for possível visualizar um ganho social significativo, que deverá ser demonstrado de pronto pelo requerente, sob pena de tornar o incidente ineficiente.

<sup>230</sup> Em rápida síntese, Dworkin afirma que o direito é um romance em cadeia, sendo a coerência uma exigência. Assim sendo, na solução de um caso, o juiz aplica os princípios gerais do direito, mas não livremente, devendo observar os precedentes fixados, sem, contudo, deixar de conceder o melhor sentido possível ao direito aplicado. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**, 1985, p.119 e ss.

O professor Robert Bone propõe que a análise se estabeleça a partir da teoria dos direitos de Dworkin, pela sua sofisticação.<sup>231</sup> Assim, dois são os pressupostos da formulação teórica. O primeiro é a conhecida proposição de Dworkin de que a solução de uma questão judicial não é uma escolha discricionária, mas antes é fruto de uma conjugação das normas aplicáveis ao caso concreto, a qual fornece uma resposta à questão formulada. Estabelece-se, assim, uma correspondência unívoca entre as circunstâncias fáticas e jurídicas e a resposta, que é única àquele conjunto. Já o segundo pressuposto é a ideia de que o sistema processual deve obrar no sentido de evitar o “*moral harm*” sofrido pela parte.<sup>232</sup>

Tendo por base tais premissas, Dworkin assume que a parte possui dois direitos processuais evidentes. O primeiro surge em face dos legisladores, os quais devem fazer leis que considerem a importância do “*moral harm*” sentido pela parte quando, não obstante o procedimento judicial, o resultado alcançado seja errôneo. O segundo direito se impõe às cortes de justiça que devem considerar, na sua atividade jurisdicional, o “*moral harm*” que pode ser experimentado pela parte a partir do entendimento prevalecente no sistema jurídico. Desta forma, a conjugação destes direitos produz o direito a um processo que considere propriamente o peso que o “*moral harm*” tem na sociedade.

O dano que pode ser experimentado pela parte em caso de erro no julgamento, seja por desenho do procedimento ou por má aplicação das normas ao caso concreto, é o ponto central desta teoria, sendo, portanto, o elemento a partir do qual deve ser avaliada a pertinência ou não da participação de um indivíduo em um dado processo ou a conveniência da rediscussão de uma questão já acertada em processo prévio.

É claro que, de acordo com esta teoria, a participação deve ser facultada bem como a rediscussão de questões permitida, caso contribuam para reduzir a chance do dano experimentado pela parte em caso de erro no julgamento (“*moral harm*”), porém, não de forma absoluta. Aqui não se considera qualquer objetivo de minimização de risco do dano, pois a pretensão é tão somente de não permitir que ele se encontre em patamar acima do nível usualmente aceito pelo sistema jurídico.

Assim sendo, o direito de participação e a rediscussão de questão já decidida em processo anterior devem ser minimizados quando já no primeiro processo o nível de participação oferecido se apresenta em consonância com o peso que uma possível injustiça

---

<sup>231</sup> BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v.67, n.2, May 1992, p.260 e ss.

<sup>232</sup> O dano moral não deve ser tomado aqui em seu sentido usual nos tribunais. Não se trata de ofensa a direito da personalidade ou insuportável dor ou sofrimento causados por conduta alheia. Antes, significa a injustiça sofrida pelo indivíduo quando um dos seus direitos é erradamente desconsiderado.

possui no sistema jurídico. Se a sociedade tolera aquela possível injustiça que possa vir a ser cometida, não há razões para incrementar a participação ou permitir a rediscussão da matéria, em uma perspectiva de eficiência.

Nestes casos, participações adicionais no processo e um novo debate da questão não se apresentam como necessários, devendo ser desconsiderados. Isso acontece por uma exigência de coerência do próprio sistema legal.

A questão ganha contornos interessantes caso se admita a possibilidade de que a rediscussão da questão possa oferecer ganhos em termos de acurácia. Por exemplo, sob esta hipótese, é possível entender que haveria realmente um direito à participação livre e à rediscussão ampla de questões em sistemas que valorizam mais a segurança jurídica do que a possibilidade de erro? O professor Robert Bone pensa que não. Segundo ele, institutos como o *collateral estoppel* evidenciam que a parte tem sempre o direito de ficar irredignada com a decisão produzida, de forma que lhe é permitido apelar, porém, ela não poderá rediscutir a questão em outro processo, se já teve *fair and full opportunity* para fazê-lo em processo anterior.<sup>233</sup> Segundo ele, ainda que haja mudança nas circunstâncias, o sistema americano não permite a rediscussão. Logicamente, neste caso, a mera mudança de circunstâncias fáticas ou legais não autorizaria a rediscussão da questão, por exemplo.

Contudo, não é este o entendimento deste trabalho, pensando o caso brasileiro. Não se discorda das premissas adotadas e nem de alguns efeitos considerados, porém, é importante estabelecer que a presença de estabilidades processuais não determina a capacidade de um sistema processual permitir um maior nível de participação ou de impossibilitar a rediscussão das questões, ao contrário do que parece defender o professor Robert Bone.

O sistema proposto por Ronald Dworkin é coerente já que a viabilidade da participação e da rediscussão é determinada em função da importância que a sociedade confere ao “*moral harm*”.<sup>234</sup> Assim, se este é considerado altamente indesejável, a participação livre e a possibilidade de rediscussão de questões decididas devem ser consideradas pelo sistema processual. Porém, ainda que o foco esteja em outros valores como

---

<sup>233</sup> A Suprema Corte da Califórnia assim decidiu no caso *Bernhard vs BofA National Trust and Savings Association* ( 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942). Em 1971, a Suprema Corte Americana seguiu o mesmo caminho: *Blonder-Tongue Laboratories Inc vs University of Illinois Foundation* (402 US 313, 1971).

<sup>234</sup> Claro está que, embora coerente, é possível prever desigualdades no sistema proposto por Dworkin. Em não havendo mudanças significativas nas circunstâncias, aqueles que litigam uma questão comum primeiro colocam-se em posição de vantagem inequivocamente, já que os seguintes podem sofrer restrições à participação e impedimentos à rediscussão da matéria. Há então uma desigualdade crucial capaz de promover uma flagrante injustiça? Dworkin diz que não porque o sistema é criado sem que se faça qualquer particularização em relação a determinada pessoa, sendo proposto em abstrato. De antemão, não há imposição particularizada de um maior nível de *moral harm* a nenhum indivíduo. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**, 1985, p.85-89.

a segurança jurídica, a mudança de circunstâncias poderá operar a necessidade de maior participação e rediscussão de questões já decididas, pois a alteração de circunstâncias é fator que determina certamente a percepção do *moral harm*. Para tanto, basta pensar no caso do exame de DNA, idôneo a apontar a paternidade de um indivíduo, o que era impossível pela técnica anterior. A percepção da mudança tecnológica é fator a alterar a percepção do *moral harm* no seio social, ainda que se privilegie a segurança jurídica, bastando que se considere a segurança-continuidade e não a mera imutabilidade. Se o novo exame disponibilizado pelo estágio técnico atual determina a paternidade, não reconhecer um direito tão fundamental como este revelaria um nível de *moral harm* que a sociedade não estaria disposta a suportar.<sup>235</sup> Desta feita, a mudança da circunstância fática é idônea a promover a rediscussão da questão quando a lógica é dirigida pelo “moral harm”, tal qual entendido por Dworkin. A mudança fática influencia a percepção daquele na sociedade, permitindo que a questão seja novamente debatida em juízo, não obstante a partir de considerável ônus argumentativo.

Feito o destaque acima, o professor Robert Bone é forte na lição de que as teorias da representação orientadas pelo critério da eficiência deixam grande margem ao legislador para promover restrições à participação livre no processo bem como dificultar a rediscussão de questões em processos anteriores.

Claramente, o corolário desta posição é a aceitação de bom grado de processos representativos e incidentes de coletivização. Desta forma, a representação surge como uma possibilidade lógica de uma teoria de substituição da participação, construída a partir da eficiência processual, com base em uma teoria da justiça.

Em outras palavras, a argumentação revela que se estabelece uma teoria que legitima a representação como substituta da participação nos casos em que a percepção do “*moral harm*” no âmbito social não é maculada de forma aguda. A eficiência avaliada com base na teoria da justiça de Dworkin legitima o estabelecimento de um processo representativo, substituto da participação.

---

<sup>235</sup> “A continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança. A continuidade torna a posição jurídica tendencialmente estável, sem, contudo, apelar para a sua imutabilidade. Seu fundamento gira em torno do equilíbrio entre alteração e permanência de posições jurídicas consolidadas, permitindo uma segurança temporalmente balanceada entre as conquistas pretéritas, as exigências presentes e as expectativas e prognoses futuras.” CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.366. O autor, ao não considerar a imutabilidade como essencial à jurisdição, entende que a segurança-continuidade assegura a necessária estabilidade até o momento em que surjam circunstâncias que apontem para uma necessária mudança, resolvida por uma ponderação de interesses entre mudança e permanência. No exemplo dado, afirma-se que o interesse se inclina para a mudança, já que o nível de percepção do *moral harm* seria demasiado alto para a sociedade, atraindo a necessidade de rediscutir a questão. A segurança-continuidade não aprisiona a rediscussão da questão ou a participação. Na teoria exposta, basta que a ponderação de valores e o nível de *moral harm* o determinem.

### 3.2.2.2 A teoria da representação: substituição da participação, baseada no respeito à dignidade e sua importância para o processo

Tendo analisado a teoria da representação pela ótica da eficiência, resta abordá-la a partir da concepção de sua importância para o processo, conforme a proposta do professor Robert Bone.<sup>236</sup>

A ideia fundamental que anima o direito de participar de um processo ou de rediscutir uma questão já decidida em processo anterior decorre da particularização que se promove em relação ao indivíduo por meio da decisão judicial, bem como da possibilidade que o sistema legal atribui à pessoa de que ela possa controlar a estratégia processual a ser usada e os argumentos a serem elencados. Assim, se a decisão judicial, em vez de veicular um comando geral, idôneo a impactar toda uma classe, grupo ou categoria de pessoas, impuser um comando direcionado a um determinado indivíduo, este terá o direito de participar diretamente no processo, sob pena de sua dignidade ser maculada.

A teoria se estabelece a partir da conjunção de dois pressupostos. O primeiro é que se existe um interesse substancial próprio em discussão e a pessoa possui efetivamente, sobretudo se concedido pela lei, o direito de controlar a judicialização da questão, é fato que ela tem o direito de participar pessoalmente do processo. O segundo pressuposto é que a partir do momento em que o seu interesse substancial pode ser alvo de decisão singularizada pela corte, surge o direito de participar pessoalmente.

Caso assim não se decida, a dignidade do indivíduo estaria sendo afetada, já que se permitiria que o sistema o enxergasse tão somente como meio da atividade jurisdicional para atingir seus fins institucionais.<sup>237</sup> Presente o interesse substancial e se o sistema legal autoriza o indivíduo a agir por conta própria, minorar a participação do indivíduo no processo significa restringir a sua dignidade.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v.67, n.2, may 1992, p.264 e ss.

<sup>237</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v.919, maio 2012, p.153-182. O autor, com base em Kant, veicula o pensamento de que o indivíduo não pode ser meio, sendo sempre fim, caso sua dignidade seja respeitada.

<sup>238</sup> Entretanto, o professor Larry Alexander alerta para a impossibilidade de se permitir uma participação sem limites e os efeitos negativos que poderiam se dar sobre a atividade jurisdicional. O autor conclui que não são todos os processos que demandam a oitiva das partes. ALEXANDER, Larry. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. **University of Florida Law Review**, v.39, 1987.

Exemplos ajudam a entender os limites da teoria. Nos Estados Unidos, os sócios de uma *limited liability company* não são autorizados a agir judicialmente, a fim de preservar suposto direito individual associado à qualidade de sócio, se a questão já é alvo de processo proposto pela própria companhia. O sistema não reconhece autonomia ao sócio para conduzir a litigância, o que implica a minoração da participação processual e a ocorrência de efeitos preclusivos.

No caso acima, não se pode considerar ofensa a dignidade. Ao se associar, o próprio sócio retirou de si uma parcela razoável de sua autonomia, já que se vinculou a uma pessoa jurídica, tendo obrigação legal de respeitar seus estatutos e obedecer à lei processual aplicável a tais companhias.

No âmbito desta teoria e partindo das lições do professor Robert Bone, é possível entender que se projeta uma interessante relação entre a dignidade do sujeito, a representação e o conceito de jurisdição. Inicialmente, é digno de nota que nem todas as instituições democráticas apresentam um respeito absoluto pela dignidade do indivíduo, já que, por exemplo, o Congresso Nacional delibera sobre as condições necessárias para a condução de veículos automotores sem que se veja obrigado a consultar cada indivíduo com interesse na questão. E nem por isso é possível questionar a legitimidade dos representantes, os congressistas, que deliberam sobre diversos assuntos sem ter a obrigatoriedade de consultar os que os elegeram.<sup>239</sup>

Assim sendo, é possível perceber que se se toma o conceito tradicional de jurisdição, surge um fato interessante para a noção de dignidade. Se a jurisdição visa aplicar a vontade da lei ao caso concreto ou promover a justa composição da lide, a participação só se justifica na medida em que se fizer necessária para a promoção da dignidade. Contudo, o autor faz uma interessante reflexão. Há, segundo ele, limites claros que reforçam essa aproximação entre a dignidade e o conceito de jurisdição. Por exemplo, a maioria dos sistemas legais não permite que se invada o corpo humano sem autorização com o propósito de produzir provas que poderiam tornar o conceito de jurisdição e os seus objetivos mais reais. Assim sendo, a análise de dignidade é feita a partir da consideração de cada circunstância presente, de forma a autorizar ou não a restrição da participação e da possibilidade de rediscussão da matéria.

Retome-se o exemplo da discussão da paternidade. Se a mãe de um garoto estabelece as estratégias processuais, conduz a argumentação e a produção de provas e ao final, resta decidido que o alegado pai não o é verdadeiramente, há um direito do menino de acionar o

---

<sup>239</sup> BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. *New York University Law Review*, v.67, n.2, may 1992, p.264 e ss.

suposto pai novamente ao completar a maioridade? O professor Robert Bone diz que a questão é controvertida nos Estados Unidos, sendo que parte relevante dos tribunais decide pela possibilidade de rediscussão da matéria, não obstante a participação do menino em eventual segundo processo para rediscutir a matéria, ainda que possibilite uma mudança no resultado pela argumentação e provas a serem produzidas, não seja razão suficiente para se prever que uma alteração do resultado acontecerá de fato.<sup>240</sup>

Aprofundando o entendimento do caso à luz da teoria exposta, o menino realmente não deve ter reconhecido seu direito a rediscutir a paternidade, mas isso acontece porque quando a questão foi discutida, ele não possuía, por determinação legal, o poder de determinar a sua estratégia processual, por ausência de capacidade processual. Assim, justifica-se a minoração de sua participação no processo, no qual ele fez-se representado pela mãe, a quem a lei conferia tal atribuição.<sup>241</sup> Não há, afinal, ofensa à dignidade porque o sistema legal a resguarda ao conceder à mãe o poder de discutir a questão pelo filho, o qual participa do processo, sem qualquer limitação *ex ante*. Em eventual segundo processo, não há, assim, falta de dignidade a ser suprida a fim de se promover a vontade concreta da lei ou a justa composição da lide. A desnecessidade da participação do filho não reconhecido em processo posterior se estabelece porque ele já participou, na forma prevista pela lei, com todos os meios de defesa e provas assegurados, tendo sua dignidade resguardada, através da representação realizada pela sua mãe. Ao participar do processo, litigando em nome do filho como representante, a mãe evitou que a dignidade dele fosse aviltada, não sendo necessária qualquer participação posterior, ainda que a decisão judicial imponha uma determinação específica no caso, direcionada ao indivíduo. Como argumento de reforço, é possível acrescentar que a mãe possui laços de natureza visceral com seu filho, além de deter informações precisas sobre o seu nascimento, o que leva a crer que a dignidade do filho foi realmente preservada.<sup>242</sup>

Um outro exemplo interessante que permite perceber de forma mais acentuada a relação entre dignidade, representação e jurisdição são os processos estruturais. Eles visam reconstruir instituições por meio de decisões judiciais. No entanto, é notório pela experiência dos casos que buscaram a reforma dos hospitais psiquiátricos (Pennhurst State School and

---

<sup>240</sup> BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v.67, n.2, may 1992, p.285 e ss.

<sup>241</sup> É importante perceber que o filho é representado pela mãe, por falta de capacidade processual. Ele participa do processo, mas quem define as estratégias processuais é a mãe, sob a permissão da lei. Trata-se do cumprimento de um pressuposto processual, a capacidade para estar em juízo, tal como exigido pela lei.

<sup>242</sup> Eventual participação em processo posterior poderia ser concedida a partir de uma mudança significativa das circunstâncias do caso, como já abordado anteriormente na noção de segurança-continuidade. Ou ainda, no caso de se demonstrar que a mãe se beneficiou do não reconhecimento, tendo atuado de forma desleixada no processo.

Hospital vs Halderman<sup>243</sup>) e o fim da segregação racial nas instituições de ensino (Brown vs Board of Education of Topeka<sup>244</sup>) que a atividade conduzida nestes casos não se encaixa perfeitamente nos conceitos tradicionais de jurisdição. Isso acontece porque o processo é conduzido de tal forma que se assemelha muito a um processo deliberativo, devendo o juiz ser mais um promotor do diálogo e da afirmação de soluções do que um agente decisório. Há procedimentos deliberatórios em todas as etapas, desde a instrução até a execução, o que evidencia que a atividade realizada pelo Poder Judiciário nestes casos não é simplesmente uma justa composição da lide ou aplicação da vontade concreta da lei, já que, frequentemente, a única coisa que se sabe nestes processos é que existem direitos violados, sendo bastante difícil articular uma solução para tais violações.

Dito isto, é claro que a partir de uma teoria da representação orientada pelo processo, nos moldes propostos por Robert Bone, viabiliza-se a possibilidade de esquemas representativos que solucionem os processos estruturais.<sup>245</sup> O que se discute nestes processos são, na maioria dos casos, direitos fundamentais, os quais se conectam intimamente à dignidade da pessoa humana. Porém, em se promovendo um verdadeiro diálogo com as instâncias de poder responsáveis e se garantindo que a representação seja adequada na forma da lei, não há porque temer um possível déficit de dignidade pela não participação de todo e qualquer interessado. Nestes casos, a solução se assemelha a uma determinação legislativa, de caráter abstrata, geral e impessoal, não sendo o comando dirigido a um indivíduo especificamente. A reforma institucional acontece e é vivenciada por todos. Não há um monopólio visível da legitimidade para a condução desses casos e o que o juízo deve garantir é que aquele que tenha a missão de conduzir a argumentação seja realmente capacitado para tal. Em outras palavras, a representação é permitida pela teoria, mas deve ser igualmente adequada.

Finalmente, após estas considerações, pode-se dizer que a teoria da representação orientada pela dignidade e pelo processo admite o estabelecimento de esquemas representativos em substituição à participação direta, de forma que a dignidade da parte seja resguardada. Isso acontece até mesmo nos processos em que não haja um vínculo evidentemente forte entre representante e representado, como no caso dos processos estruturais. Não é difícil, portanto, concluir que é possível pensar em uma teoria da

---

<sup>243</sup> 451 US 1 (1981)

<sup>244</sup> 347 US 483 (1954)

<sup>245</sup> Uma abordagem calcada na eficiência permitiria alcançar a mesma conclusão, tendo em vista os enormes custos de reunir todos os interessados, fazendo-os participar. De certo, tais custos suplantariam os benefícios obtidos, justificando um processo representativo.

representação que explique a substituição da participação a partir de uma análise de sua importância para a preservação da dignidade e para o processo. Ou de outro modo, legitima-se uma teoria da representação que assegure a substituição da participação quando não houver ofensa à dignidade da pessoa humana, mantendo-se íntegro o processo.

### 3.2.2.3 Pensando a participação-representação a partir das teorias apresentadas

Das teorias expostas acima resulta que a participação não é verdadeiramente um valor essencial. É fato que ela não pode ser simplesmente subjugada, sob pena de violação do devido processo legal, porém, é certo que há circunstâncias que autorizam a sua substituição pela representação. Nestes casos, o processo representativo surge como uma alternativa, podendo ser entendido como efeito de uma ponderação realizada de antemão em abstrato, pelo legislador, ou mesmo pelo magistrado, em concreto.

Em todas as teorias, a ponderação é feita de forma a prestigiar o devido processo legal, já que há circunstâncias em que não sendo necessária ou viável a participação, a representação é a fórmula que permite otimizar a solução, consagrando o respeito ao devido processo legal, que, como já visto, é um sobreprincípio que aninha outros princípios processuais. Mais especificamente, a ponderação é feita entre a previsão de maior participação individual no processo e a prevalência de outros valores processuais igualmente importantes e abrigados pelo devido processo legal, como a efetividade, a celeridade, a economia processual, a isonomia, a segurança jurídica e o acesso à justiça. Pela natureza multifacetada do devido processo legal, há casos em que prestigiar de forma absoluta a participação<sup>246</sup> faria com que outros princípios como a celeridade e a efetividade fossem profundamente aviltados, o que denigre obviamente o devido processo. É justamente nestes casos em que a representação se faz necessária como instituto, devendo ser controlada pelo juiz em cada processo.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Defendendo que não há direitos fundamentais absolutos: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.141.

<sup>247</sup> Analisando os processos coletivos, Edilson Vitorelli faz uma pertinente provocação. Será que ao permitir a representação, a partir da ideia de que a participação não é essencial, não se estaria, ao mesmo tempo em que se garante a constitucionalidade dos processos coletivos, abrindo a porta para outros processos representativos, de forma que, por exemplo, o marido pudesse sempre representar a esposa em juízo, visto que afinal os vínculos que os unem são mais sólidos do que aqueles presentes no processo coletivo? VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.172-173. A resposta é não, já que a representação possui valor instrumental, devendo ser utilizada quando a participação não for necessária ou não seja o meio mais adequado para tratar o problema, haja vista que ela em si não é um valor absoluto, essencial. A representação surge como fruto de uma ponderação que permite maximizar a imposição do devido processo legal no sistema jurídico. Nos casos

Assim, quando a participação é afastada e a representação prevalece, já que de outra forma os custos seriam proibitivos, o resultado não seria melhor de acordo com o *moral harm* aceito na sociedade ou não haveria promoção da dignidade da parte, o que se realiza é uma verdadeira ponderação. A participação e o contraditório direto são substituídos pela representação, a fim de que valores fundamentais como o acesso à justiça, a isonomia, a segurança jurídica, a economia processual e a celeridade, idôneos a garantir a efetividade do processo, sejam privilegiados. Evidentemente, a ponderação pode ser realizada de antemão pelo próprio legislador, bem como pelo magistrado à luz do caso concreto.<sup>248</sup>

Na ciência processual, a participação ocupa lugar de destaque. Não se pretende negar o fato de que ela garante a efetividade do contraditório e em decorrência, a cognição plena, de forma que o juiz, a partir de uma atitude colaborativa para com as partes, revele-se apto a decidir, considerando e valorando os argumentos das partes a fim de decidir a questão. Assim sendo, a participação pode ser vista como uma exigência da cognição adequada.<sup>249</sup>

Mas é possível também pensar em situações processuais nas quais a participação é reduzida e, conseqüentemente, o contraditório, sem que se fale em qualquer violação ao devido processo legal. No campo do processo civil, há outras situações que comandam igualmente uma mitigação do contraditório, ainda que inicial, a fim de favorecer a efetividade

em que a representação não seja necessária para a instrumentalidade do processo, como no caso do litisconsórcio, não há porque consagrar esquemas processuais representativos.

<sup>248</sup> A lição parece seguida pelo PL8.058/2014, que recentemente voltou a tramitar na Câmara dos Deputados (desarquivamento em 21.02.2019 e reabertura do prazo para emendas em 04.04.2019). Nesse sentido, a professora Susana Costa elogia a possibilidade de coletivização de demandas individuais prevista no projeto (arts.28-30), por entender que, ao conceder a tutela de direitos subjetivos por meio de ações individuais, o Poder Judiciário gera desigualdades, logo, o tratamento pela via coletiva é o mais adequado. COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.371-379. Também escrevendo sobre uma proposta de substitutivo ao PL8.058/2014, a professora Ada Pellegrini Grinover entende que casos envolvendo ações individuais com efeitos coletivos ou ações pseudoindividuais devem sofrer controle *ope judicis*, ocasionando sua coletivização. GRINOVER, Ada Pellegrini. Projeto de lei n.8058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.632. A opinião deste trabalho é que, ao se deparar com uma ação individual envolvendo o risco de efeitos coletivos, o juiz deve efetuar uma ponderação, verificando em que medida o trato coletivo prejudica a concretização de direito que tutela o mínimo existencial, situação que impede o não reconhecimento do direito. As redações dos art.28, *caput* e § único da versão atual do PL8.058/2014, bem como do art.27, *caput* e §1º do projeto substituído proposto pela professora Ada Pellegrini parecem apoiar tal ideia. Não obstante, a concessão de tal direito deveria ser realizada a título provisório. Por envolver inúmeros outros valores, como orçamento e escolhas de políticas públicas, entre outros, o palco ideal para a discussão da questão é o processo coletivo, cuja decisão terá força de coisa julgada e será idônea para revogar decisões anteriores que a contrariem. Assim, ainda que concedida a tutela na ação individual, o processo coletivo deveria ser instaurado.

<sup>249</sup> SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.144. O autor relaciona, na verdade, o contraditório à exigência de cognição adequada. Contudo, entende-se que a participação também pode ser vista em igual sentido, visto que ela garante o contraditório.

e a celeridade. Assim, a ponderação aqui sugerida não é uma exclusividade dos processos representativos que decidem causas coletivas, já sendo exercida pelo legislador, de antemão, na ação monitoria, prevista nos arts.700 e ss. do CPC, por exemplo. O sistema processual brasileiro também aceita mitigações no contraditório no caso de decisão *inaudita altera pars*, na qual um valor de urgência e efetividade se sobrepõe ao contraditório, que é então diferido.<sup>250</sup>

A preocupação com a efetividade e a celeridade do processo em contraposição à participação e ao contraditório também se estabelecem em outros institutos processuais e se desenvolvem de forma geral no processo civil, não sendo incomum a presença de filtros e restrições a uma participação ampla.<sup>251</sup>

E ademais, note-se, a ponderação sugerida neste trabalho não é no sentido de restringir efetivamente o contraditório, mas sim para reformatá-lo, a partir da representação, permitindo a promoção conjunta de outros valores processuais como a efetividade, a celeridade, a economia processual e a eficiência, viabilizando, ademais, o acesso à justiça. Assim, a ponderação é realizada para promover direitos e não para restringi-los.<sup>252-253</sup>

Desta forma, a representação possui um valor instrumental. Trata-se de uma técnica processual que deve ser utilizada nas circunstâncias em que a participação não seja adequada e por qualquer motivo, seja ineficaz. Não obstante, como será visto, a técnica deve observar um conjunto de regras e critérios, explícitos ou implícitos, de forma que ela se constitui também em um instituto do Direito Processual Coletivo. Na verdade, a representação adequada, por sua importância, acaba por se tornar um pressuposto processual de validade das ações coletivas e dos incidentes de coletivização. É certo que ela decorre de impossibilidade ou inadequação da participação de todos os membros da classe, porém, é importante garantir sua idoneidade, que termina por legitimar e validar a decisão prolatada.

---

<sup>250</sup> Defendendo a possibilidade: GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.547 e ss. FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p.148 e ss.

<sup>251</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>252</sup> Admitindo a possibilidade de restrição de direitos subjetivos individuais e de direitos fundamentais (no caso em tela, o contraditório pela participação direta) em favor de outros bens constitucionalmente valiosos, em decorrência do aspecto objetivo dos direitos fundamentais: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.166.

<sup>253</sup> Também afirmando a possibilidade de restrição de direitos quando estão em jogo outros valores coletivos assegurados na Constituição Federal ou outros direitos fundamentais, assim como reconhecendo a proeminência do legislador no primeiro caso e a do juiz no segundo: BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.190. E-book.

Por exemplo, em um processo estrutural não dá para reunir toda a população de uma localidade para discutir uma determinada política pública como o limite orçamentário ao fornecimento de medicamentos. Nestes casos, a representação atua como instrumento que viabiliza a deliberação e a solução da questão no âmbito processual, com importantes repercussões sobre a economia processual, a celeridade e a isonomia. Já foi visto que não há nenhum óbice à dignidade e que do ponto de vista dos custos envolvidos, a solução é pertinente. O que se deve garantir, no entanto, é que a representação seja adequada, de forma que os ausentes tenham seus possíveis argumentos considerados e mantenham suas chances de vitória no processo, ainda que não participem diretamente. É cristalino que sem isso, a legitimidade da decisão judicial estaria afrontada, daí a conclusão de que a representação adequada é um pressuposto processual de validade.

Em outras palavras, a representação é uma técnica que permite que os interesses dos representados sejam preservados tanto quanto possível no processo, replicando o que ocorreria na participação direta. A inviabilidade desta, seja por questão de custos ou resultados, seja pela desnecessidade de promoção da dignidade, comprovada a partir de uma ponderação feita, implica a promoção da técnica da representação com o objetivo de que seja possível realizar uma prestação jurisdicional adequada, efetiva, tempestiva e econômica. Contudo, há de se garantir a adequação da representação.

Em todas as teorias abordadas, o processo representativo exsurge como uma decorrência do fato de que não são todos os processos que exigem a participação direta e pessoal como forma essencial, absoluta. Não há aqui qualquer incompatibilidade com o que a doutrina nacional e alienígena, bem como a Suprema Corte Americana tem entendido. A participação não precisa ser direta, ela pode se verificar por meio da representação. Porém, é necessário que o Poder Judiciário controle os casos em que isso pode ocorrer, a fim de que as garantias constitucionais não sejam vilipendiadas. É possível, então, realizar a ponderação já descrita acima, bem como efetuar o controle da representação. No âmbito deste, uma das tarefas é o exame de quão adequada é a representação oferecida no processo, um importante tópico a ser abordado posteriormente neste trabalho.

Em se reconhecendo a importância crucial dada na literatura processual brasileira ao contraditório, não se deixa de verificar uma certa contradição nessas lições. Explica-se. Assim, o contraditório não pode ser visto como um princípio absoluto, visto que é impossível aumentar sempre a participação no processo. Há circunstâncias em que o exercício desse direito implica custos que inviabilizam a própria tutela dos direitos, logo, a prestação jurisdicional, que se torna inócua. Essa lição já foi aqui apresentada, porém, é possível

argumentar ainda no sentido de que o reconhecimento de tais fatos implica uma oposição entre o contraditório como princípio absoluto e a instrumentalidade do processo. Desta forma, a concretização dos escopos processuais, reclamados por Cândido Dinamarco<sup>254</sup>, acarreta a necessidade de restrição da participação em algum grau. Nesta senda incluem-se também os que raciocinam com base no binômio participação-dignidade de forma inafastável, tendo em vista que nada é menos digno do que não realizar o direito material.<sup>255</sup>

A percepção é importante e se soma à argumentação já desenvolvida. Repisando o entendimento, a representação tem valor instrumental e sua relevância se apresenta a partir do momento em que sem ela, o processo tomaria um rumo descabido, sendo incapaz de realizar os direitos materiais. Se ao contrário, for factível ou adequado promover a participação ao mesmo passo em que os direitos materiais são garantidos, de forma que outros valores constitucionais experimentem igual prestígio (celeridade, eficiência, economia processual, efetividade), a representação se torna desnecessária, visto que não há vantagem evidente que resulte da sua adoção.

Dito isto, é necessário afirmar uma metodologia que configure a representação, bem como entender que tipo de controle o Poder Judiciário está apto a desenvolver nesta transformação da participação em representação, a fim de resguardar o devido processo legal.

Até o momento, foram estabelecidos os fundamentos teóricos para o processo representativo e se afirmou que a representação é uma técnica, um instrumento apto a concretizar o devido processo legal e permitir a realização dos escopos processuais, configurando-se como verdadeiro pressuposto processual de validade para as ações coletivas e incidentes de coletivização.

Contudo, não se disse como isso acontece, a que condições o representante deve atender, qual deve ser o seu objetivo, nem a forma pela qual o Poder Judiciário deve lidar com a questão. Tampouco se elucidou a forma pela qual o Poder Judiciário deve (ou não) realizar o controle judicial da representação adequada, discutindo os limites autorizativos e as circunstâncias de aplicação. Torna-se necessário estabelecer metodologia que permita ao operador do direito trabalhar de forma adequada com a técnica.

Este é o próximo objetivo do trabalho.

#### **4 A METODOLOGIA DA REPRESENTAÇÃO**

---

<sup>254</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>255</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.182 e ss.

O conhecimento de uma metodologia apta a explicar a operacionalização da técnica da representação deve seguir uma espécie de roteiro. Logicamente, o natural primeiro passo é empírico, consistindo em observar como o instituto se desenvolveu nos Estados Unidos, onde a técnica é empregada com relativo sucesso nas *class actions*. O estudo de casos da jurisprudência americana é útil para revelar se a representação deve aderir a certos padrões a fim de ser considerada adequada e, desta forma, cumprir seu papel no processo.

O segundo passo é entender que tipo de direitos e interesses podem ser tutelados pela técnica, bem como verificar quem são os representados. É preciso conhecer os limites da técnica, ter uma exata noção dos casos onde ela deve ser aplicada, bem como configurar aqueles que serão os seus destinatários. Assim, é crucial apontar uma construção lógica capaz de apontar quais os indivíduos que serão efetivamente representados, definir o papel do representante adequado e delinear seu vínculo com os representados.

Finalmente, o último passo é verificar se há necessidade ou não de controle judicial da representação, bem como apontar critérios para a atuação do representante e, por conseguinte, definir quem é o representante adequado. Assim sendo, é vital entender que requisitos deve cumprir ou que características deve ter o representante para ser considerado adequado.

Didaticamente, neste capítulo serão expostos os dois primeiros passos. Já o último passo será abordado nos dois capítulos seguintes, nos quais serão discutidos todos os aspectos que envolvem o controle judicial da representação adequada e apresentados os critérios para sua identificação.

#### **4.1 A lição da Suprema Corte Americana: diretrizes para a adequação da representação**

No âmbito do direito processual coletivo, já foi dito que os Estados Unidos são os responsáveis pela disseminação da tutela coletiva em larga escala, o que foi feito pelas *class actions*. O desenvolvimento deste instituto foi impulsionado em muitos sentidos pela atuação da Suprema Corte Americana. Assim sendo, alguns julgamentos desta corte devem ser mencionados, pela sua importância para o tema da representação adequada.

O primeiro deles, *Smith vs Swormstead*<sup>256</sup>, data de 1853, apenas onze anos após a instituição das *class actions*, apontando de imediato duas novidades. A primeira é a aceitação

---

<sup>256</sup> 57 US 288. O caso trata de uma ação ajuizada por três comissários da Igreja Metodista do Sul, que surge de uma divisão da Igreja Metodista Episcopal por conta de concepções diferentes sobre o fim da escravatura, em face dos administradores do fundo que havia sido constituído como fonte de poupança e pecúlio e que

de um processo no qual o réu não era um indivíduo ou uma instituição, mas uma classe (os pastores metodista do Norte)<sup>257</sup>, enquanto a segunda, muitíssimo relevante para este estudo, é a vinculação dos ausentes, sendo a representação tida por adequada, permitindo a expansão da decisão àqueles que não haviam participado diretamente do processo.

O caso é significativo, pois a *Equity Rule 48*, a norma que orientava as *class actions* naquele tempo, proibia de forma categórica a projeção dos efeitos diretos do julgado sobre os interessados ausentes do processo. Aluisio Mendes anota que as cortes podiam dispensar a atuação de partes ausentes caso houvesse embaraço tal que ocasionasse retardamentos indevidos, inconveniências ou a simples impossibilidade de participação direta, desde que estivessem diante da corte partes suficientes e idôneas a representar os interesses contrários de autores e réus, sem configurar prejuízo para os ausentes.<sup>258</sup>

Na verdade, a Corte, já naquela época, parece ter efetuado uma ponderação, avaliando o que seria mais danoso para o devido processo: a ausência de participação, pela qual se garantia à parte o *day in court* e a oportunidade de um contraditório direto ou a postergação indefinida da questão, de forma que a adjudicação dos direitos não pudesse ser realizada efetivamente. É indiscutível que a Suprema Corte optou pela concretização dos direitos, garantindo, não obstante, a adequação da representação.

A decisão é entendida como correta, visto que os três comissários que atuaram no processo tinham os mesmos interesses financeiros que os ausentes, já que o cerne da demanda era a transferência de parte dos ativos do fundo e não uma compensação individual capaz de provocar conflitos de interesse entre os pastores sulistas. Eles brigavam por um pedaço do bolo, que estaria disponível para todos os religiosos sulistas, não por fatias individuais capazes de criar conflitos distributivos. Tendo eles capacidade argumentativa e deliberatória, não havia motivos para a Suprema Corte ter agido de forma diferente. A lição do caso é clara no sentido de que a afinidade de interesses, a ausência de conflitos e a qualidade técnica do representante são fatores de real importância para a adoção de um esquema processual representativo.

---

pertencia a todos os pastores, incluindo os outros religiosos do norte. O administrador do fundo se recusou a enviar o dinheiro aos pastores sulistas, motivando a ação. A Suprema Corte, ao final, deu razão aos pastores sulistas.

<sup>257</sup> KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2012, p.896.

<sup>258</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.67-68.

O segundo caso digno de nota é *Supreme Tribe of Ben-Hur vs Cauble*, datando de 1921.<sup>259</sup> Este caso já foi julgado sob a égide da *Equity Rule 38*, de 1912, que havia retirado de seu texto a proibição para extensão de efeitos diretos da decisão judicial aos ausentes. Não obstante, o caso se mostra interessante porque a Suprema Corte afirma a importância dos autores de uma *class action*, vistos, efetivamente, como os representantes adequados.<sup>260</sup> Instada a decidir sobre uma matéria de competência, a Corte afirma, categoricamente, que aquela deveria ser fixada tendo em conta a cidadania dos autores, ainda que interessados ausentes fossem cidadãos residentes em outros estados. A conclusão importante que pode ser extraída do caso é que a propositura da ação serve também como indicação do representante adequado, sendo capaz de afetar estratégias processuais, já que cabe ao representante conduzir o processo, definindo também a regra de competência aplicável ao caso. Há, assim, uma forte presunção de que o autor da ação é o representante adequado.

Julgado em 1940, o caso *Hansberry vs Lee*<sup>261</sup> é tido, majoritariamente, pela doutrina como aquele que marca o início da representação adequada como o instituto central das ações coletivas, visto que a Suprema Corte enfatiza sua absoluta necessidade para a compatibilização das *class actions* com o devido processo legal, viabilizando a participação pelo processo através da técnica da representação.

A *ratio decidendi* fixada é que uma parte que não tenha sido adequadamente representada em processo anterior não se submeterá aos efeitos diretos deste julgado anterior e tampouco sofrerá qualquer efeito preclusivo. A Suprema Corte assentou a ideia de que a representação de ausentes poderia ser feita, sem qualquer ofensa às 5ª e 14ª emendas, desde que haja elementos para considerar que os interesses de representantes e ausentes sejam conjuntos ou que entre eles vigore uma relação legal idônea a caracterizar a natural extensão dos efeitos da decisão. Ademais, afirma que a mera pertinência a um determinado grupo não vincula uma pessoa às decisões judiciais decretadas em face do grupo, já que é exigido para tal, a identidade substancial de interesses a fim de que os ausentes sejam protegidos.

---

<sup>259</sup> 255 US 356 (1921). O caso trata de ação ajuizada por pessoas que tinham títulos mobiliários de uma companhia financeira, em face desta, com o fito de promover uma reorganização financeira da mesma. A questão que chegou à Suprema Corte dizia respeito à jurisdição a ser exercida, se a estadual ou a federal. A Corte afirmou que a verificação da diversidade de jurisdição e, conseqüentemente, a competência deve ser afirmada pela análise dos autores, que são os representantes adequados.

<sup>260</sup> É importante notar que, no Brasil, no sistema de casos repetitivos a lógica parece aplicada, já que as partes do processo selecionado são tidos por representantes adequados pela lei.

<sup>261</sup> 311 US 32 (1940). A questão discutida é se seria possível a alienação de terrenos para negros em uma determinada vizinhança de Chicago, tendo em vista uma convenção realizada por moradores da área, que determinava a necessidade de concordância de 95% dos residentes para que tal fato ocorresse. A Suprema Corte disse que os *Hansberry* não estavam vinculados à decisão tomada no caso anterior (*Burke vs Kleiman*) por não terem sido adequadamente representados naquele processo, logo, não estavam sujeitos à convenção.

Analisando o caso *Burke vs Kleiman*<sup>262</sup>, a partir do qual se buscava obter a extensão da coisa julgada para o caso *Hansberry vs Lee*, a Suprema Corte também enfatizou que aquele não havia sido proposto em face de uma classe, de forma que a decisão não poderia vincular pessoas ausentes, principalmente pelo fato de os interesses substanciais discutidos não serem os mesmos, logo, não haveria representação adequada.<sup>263</sup> Aluisio Mendes diz que para a Suprema Corte, “os limites internos (referindo-se à coisa julgada) podem ser excepcionalmente rompidos, sem prejuízo da norma prevista na Carta Magna, desde que haja, de fato, a presença de certos requisitos, dentre os quais a adequada representação.”<sup>264</sup> Luiz Guilherme Marinoni, sobre o caso, realça a opinião do *Justice Stevens*, para quem pelo fato de os autores das duas ações serem melhor descritos como estranhos uns aos outros, não seria possível falar em representação adequada, inexistindo qualquer projeção de vinculação, sob pena de ofensa ao devido processo.<sup>265</sup>

Nitidamente a corte, ao analisar o caso, tendo em vista as circunstâncias fáticas, prefere não decidir em favor da representação, por verificar que ela não foi suficiente para garantir o devido processo legal.

Não há óbice a esquemas representativos e nem incompatibilidade com a Constituição, porém, é necessário garantir que a representação seja adequada. Não é qualquer representação que se apresenta como capaz de oferecer uma justa alternativa à participação. Ela deve ser obrigatoriamente adequada. Este caso é útil porque a Suprema Corte assentou que não basta uma afinidade de interesses. É preciso que os interesses do representante adequado e o da classe estejam intimamente vinculados, de forma que as mesmas pretensões possam ser deduzidas. A mera afinidade, entendida a partir de intersecções fáticas, não é suficiente para definir uma representação adequada. Ademais, resulta importante que o representante tenha a consciência de que ele está atuando processualmente em nome de terceiros, sob pena de desrespeito ao devido processo legal, já que ele deve prover na maior medida possível os interesses dos ausentes. Se inexistir tal consciência por parte do representante, claramente não há vínculo com os representados ausentes, com idoneidade capaz de suportar a extensão da coisa julgada e eventuais efeitos preclusivos.

---

<sup>262</sup> 277 Illinois App. Court 519 (1934).

<sup>263</sup> KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2012, p.109-113.

<sup>264</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.80-81.

<sup>265</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de idêntica questão x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.30.

Um outro caso muitíssimo interessante e que revela o pensamento da Suprema Corte sobre a representação adequada é o caso *Martin vs Wilks*.<sup>266</sup> A questão discutida pela Suprema Corte dizia respeito à constitucionalidade de uma decisão judicial que, em processo anterior, havia homologado um acordo entre o órgão de pessoal da cidade de Birmingham e bombeiros negros, sendo o objeto, os critérios de promoção dos últimos na carreira. Um grupo de bombeiros brancos argumentou que não havia participado no processo anterior e nem sua intervenção fora aceita, o que impossibilitava que qualquer argumento favorável à pretensão deles fosse apresentado. De outra parte, foi argumentado que a matéria estava sujeita à coisa julgada por ter sido decidida em processo anterior, do qual os bombeiros brancos tiveram conhecimento e não procuraram intervir tempestivamente.

A Suprema Corte tinha, então, que decidir se a atuação da Prefeitura no processo anterior foi suficiente para garantir a representação adequada. A conclusão foi que não, tendo em vista que não basta a ciência do processo para que uma parte seja abrigada pela coisa julgada. São necessárias a notificação formal e a oitiva de seus argumentos, de forma que os bombeiros brancos deveriam ter sido levados ao processo de maneira formal. Ao argumento de que tal prática poderia dificultar a solução de processos estruturais, já que a decisão afirmava ser imperativa a convocação de todos os que seriam prejudicados com a decisão, os juízes da Suprema Corte, cujos votos prevaleceram em favor dos bombeiros brancos, argumentaram que desconsiderar a necessidade de convocar os bombeiros brancos ao processo significaria não interpretar, mas reescrever as regras processuais.<sup>267</sup>

A decisão é polêmica pelo potencial de tornar inócuos os processos estruturais<sup>268</sup>, porém, é compreensível. O fato é que a Prefeitura não tinha o mesmo interesse e nem litigou com o mesmo vigor esperado de um bombeiro branco. Para a Prefeitura, tanto faz promover um bombeiro branco ou um negro, pois ela estava mais preocupada em estancar os custos do processo judicial coletivo e talvez, os custos salariais dos bombeiros negros fossem mais

---

<sup>266</sup> 490 US 755 (1989). A ação foi ajuizada por um grupo de bombeiros brancos da cidade de Birmingham, no Alabama, que se insurgiram contra uma decisão judicial realizada em processo envolvendo a Prefeitura e seu órgão de pessoal de um lado e bombeiros negros com o apoio da NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) no outro polo. A decisão homologou um acordo entre as partes, cujo objeto eram critérios de promoção dos bombeiros negros na carreira. Assim, os autores, os bombeiros brancos, alegaram discriminação reversa, já que não haviam sido chamados a discutir a questão, nem aceitos como intervenientes no processo, argumentando, ademais, que os benefícios concedidos aos bombeiros negros lhes prejudicavam como classe, pelo que clamavam pela inconstitucionalidade da decisão.

<sup>267</sup> KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2012, p.1047-1051.

<sup>268</sup> FISS, Owen. The allure of individualism. *Iowa Law Review*, v.78, n.5, 1993. A argumentação se estabelece no sentido da inviabilidade de conchamar todos os interessados na solução de um litígio estrutural. Afirmada a necessidade da presença dos interessados, os processos estruturais estariam sob forte questionamento.

baixos na média, já que a maioria não havia logrado incorporar benefícios. Assim sendo, a representação foi vista como inadequada.

O caso reforça a ideia de que não se pode impedir a rediscussão da questão ou pretender a extensão do regime da coisa julgada se as pretensões deduzidas nos diferentes processos são diferentes. A polêmica está no fato de que não basta a ciência do processo por parte do ausente. A Corte afirmou que é necessário realizar a convocação formal daqueles que têm interesse na causa, mas não participam do processo, o que pode se revelar difícil, principalmente nos processos que envolvam direitos difusos ou nos processos estruturais, nos quais nem todos os afetados podem ser facilmente identificáveis e nos quais o custo de notificação individual tende a ser alto. Nestes casos, nitidamente, a exigência pode afetar a utilidade da técnica da representação.<sup>269</sup>

Finalmente, o último caso a ser relatado é Taylor vs Sturgell.<sup>270</sup> A questão discutida pela Suprema Corte é se a litigância prévia por uma parte com um perfil semelhante ao terceiro teria o condão de acarretar impedimentos à rediscussão da matéria em juízo. A corte rejeitou a teoria da representação virtual em um sentido amplo, segundo a qual aceita-se a impossibilidade de reapreciação da questão pelo tribunal quando ela já tenha sido discutida em processo anterior por outra parte com interesses proximamente alinhados. Citando o caso Richards vs Jefferson County<sup>271</sup>, a Suprema Corte disse que efeitos preclusivos direcionados a alguém que não foi parte são indevidos se, no primeiro processo, a corte falhasse em tomar o

---

<sup>269</sup> No caso Mullane vs Central Hanover Bank & Trust Co. (339 US 306, 1950), a Suprema Corte decidiu que, não obstante a publicação em meio de grande circulação, é requerida a notificação individual caso o nome e o endereço dos afetados pelo resultado do processo estejam disponíveis. Em Eisen vs Carlisle & Jacquelin (417 US 156, 1974), a ideia foi reafirmada, pois a Suprema Corte disse que a notificação individual deve ser feita aos membros da classe que possam ser identificados, sendo este um requisito legal que não pode ser flexibilizado, por garantir o exercício do *opt out*. A disponibilidade de informações sobre o membro da classe desempenha papel crucial. Obviamente, nos dias atuais a preocupação com o custo tende a cair, haja vista a facilidade da comunicação eletrônica proporcionado pela internet.

<sup>270</sup> 553 US 880 (2008). O caso trata de uma ação ajuizada por um entusiasta de aviões antigos que desejava obter informações técnicas de um órgão público sobre um certo modelo de avião. Tendo buscado uma solução administrativa, esta lhe foi sumariamente negada pelo órgão, que se negou a entregar os documentos pretendidos. A partir daí, Taylor aciona a justiça a fim de obter o direito que julgava ter. O problema é que a questão já havia sido julgada em processo anterior, quando um outro aficionado por aviões (Greg Herrick) fizera o mesmo pleito, o qual fora também negado.

<sup>271</sup> 517 US 793 (1996). A questão trata de um grupo de contribuintes que questionou judicialmente a constitucionalidade de um tributo imposto pelo condado, após a questão ter sido decidida anteriormente de forma desfavorável aos contribuintes em processo que envolvia um outro grupo de contribuintes. Assim, a Suprema Corte Estadual se manifestou reconhecendo os efeitos preclusivos (admitiu o *collateral estoppel*), mas a Suprema Corte reverteu o entendimento ao garantir que os contribuintes não poderiam ser proibidos de rediscutir a questão, sob pena de não o fazendo, violar o que restara decidido em *Hansberry vs Lee*, visto que os dois grupos de contribuintes eram absolutamente estranhos uns aos outros. Assim, não seria possível cumprir com o pressuposto da representação adequada, visto que os litigantes não foram notificados e nem se garantiu uma representação suficiente no processo anterior.

máximo cuidado com os interesses dos ausentes ou se as partes não tivessem a consciência de que naquele processo estavam também litigando em nome de pessoas ausentes.

Ademais, seis importantes orientações foram fixadas pela Suprema Corte neste caso: a) uma pessoa que concorde em se vincular ao resultado de um processo alheio o fará nos termos específicos do acordo assinado; b) os efeitos preclusivos podem ocorrer baseados em prévia relação legal entre o litigante do processo anterior e o litigante atual, como sói acontecer nos casos entre fiador e afiançado; c) os efeitos preclusivos se manifestam nas circunstâncias em que o litigante foi adequadamente representado em processo anterior sobre a mesma questão; d) os efeitos preclusivos podem se manifestar se a parte em algum momento assumiu o controle sobre a estratégia processual desenvolvida no processo anterior em que a decisão foi prolatada; e) os efeitos preclusivos também se manifestam quando uma parte ausente no primeiro julgamento inicia um novo processo representando ou atuando como agente de quem foi parte no processo anterior e f) determinações legais específicas consistentes com o devido processo legal têm o condão de afastar expressamente a rediscussão da questão.<sup>272</sup>

A solução do caso parece reforçar teses veiculadas em casos anteriores. Por exemplo, a ideia da representação adequada estabelecida em virtude de interesses necessariamente alinhados de forma estreita como em *Hansberry vs Lee*, assim como a necessidade de que a parte em um processo tenha consciência de quando ela está também representando terceiros ausentes e a importância de a corte controlar os interesses de quem não participa diretamente do processo, como em *Richards vs Jefferson County* e, finalmente, que a vinculação a um processo anterior pressupõe a notificação e oitiva naquele processo ou algum tipo de atividade nele realizada que demonstre o controle estratégico da litigância ou ainda a presença de um acordo de submissão, que deve ser interpretado estritamente, circunstâncias todas ausentes em *Martin vs Wilks*.

Os casos apresentados nessa seção revelam quão importante é a noção de representação adequada para a Suprema Corte Americana, oferecendo também alguns subsídios e diretrizes para a concepção da mesma.

Ainda que nem a Suprema Corte tenha realizado uma completa sistematização do instituto, a lição fundamental que une todos estes casos é que a participação direta da parte no processo não pode ser substituída por qualquer representação. Ela deve ser adequada, logo,

---

<sup>272</sup> KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2012, p.1053-1054.

deve possuir certas características a fim de que não se verifique nenhuma violação do devido processo legal.

A representação, como já visto, pode ser vista como uma técnica idônea a substituir a participação direta no processo sem ensejar danos aos ausentes, porém, é necessário que certos contornos na sua conformação sejam respeitados, de forma que o processo coletivo seja válido, visto que ela é um pressuposto de validade.

## 4.2 Os direitos coletivos e a representação

A análise dos direitos discutidos nas *class actions* revela sua aptidão ao tratamento processual de questões coletivas. Não por acaso a *Rule 23* exige que alguns pressupostos sejam observados a fim de que a ação possa ser tida como coletiva e desenvolvida como *class action*.

De imediato, exige-se: A1) a questão não deve ser passível de tratamento por litisconsórcio, tendo em vista a numerosidade da classe; A2) as questões de fato e direito devem ser comuns; A3) deve haver identidade de pretensões ou defesas entre o representante e os membros da classe; A4) que a questão seja apresentada por um representante idôneo a discutir a causa por conta de uma classe que deve estar bem delineada, sendo o representante um membro integrante da própria classe, logo, adequado à condução do processo.

A fim de conseguir a *certification*, a ação deve se ater a determinados tipos previstos na lei. Assim, uma ação pode ser entendida como *class action* quando: B1) houver risco de decisões contraditórias ou quando houver risco de que, admitida a litigância individual, membros da classe ausentes nos processos anteriores sejam privados de gozar seus direitos, ainda que amparados, posteriormente, por decisão judicial, por força de eventual escassez de recursos; B2) quando a parte contrária à classe tenha que, junto a esta, adotar uma conduta única, sob pena de ser obrigada a praticar atos contraditórios e B3) quando as questões de direito e de fato comuns forem verdadeiramente predominantes em comparação com as circunstâncias individuais. A análise de certificação envolve ainda os seguintes dispositivos: C) as exigências de notificação aos membros da classe, sendo que nos casos referentes a ações certificadas como B (1) e B (2), não há necessidade de notificação individual, estando todos os membros da classe naturalmente atingidos pela decisão, o que não acontece nas ações do tipo B (3), pois é possível o *opt out*, exercitável a partir da notificação individual; D) a previsão de poderes da Corte no processamento da demanda coletiva, o que é importante nos Estados Unidos, onde a participação ativa do juiz no processo tende a ser mínima; E) as

condições para a realização de negócios jurídicos processuais; F) o regime recursal; G) as regras diretivas da atuação do advogado da classe representada; H) normas que regulam a fixação de honorários.

Rodolfo Mancuso diz que a grande virtude das ações de classe norte-americanas consiste em permitir que se obtenha uma resposta abrangente, isonômica e pautada pela economia processual, de forma que se evita uma desnecessária e prejudicial atomização do processo, com inúmeras questões idênticas e repetitivas sendo discutidas em diversos processos, com efeitos naturalmente deletérios.<sup>273</sup>

É certo, portanto, que a ideia reverberou no sistema processual brasileiro. Algumas propostas foram apresentadas no sentido de regradar o processo coletivo no Brasil, mas, ao final, prevaleceu o projeto de autoria do Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual foi politicamente encampado pelo Ministério de Justiça, transformando-se, após o processo legislativo, na Lei de Ação Civil Pública, a lei 7.347/1985. Anos depois, a partir do reconhecimento, pelo art.5º, XXXII da Constituição Federal, da defesa do consumidor enquanto direito fundamental, o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado, trazendo regras sobre o processo coletivo, complementares às da lei 7.347/1985, formando o que se entende hoje como um verdadeiro microssistema processual coletivo.

Das normas que regulamentam o processo coletivo, uma é especialmente importante, justamente por representar o objeto destes processos. Trata-se do art.81, § único do CDC. De forma semelhante ao disposto na *Rule 23* original, determina-se que a tutela coletiva será exercida em três situações: a) no caso de direitos ou interesses difusos, que são aqueles de natureza transindividual e indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato; b) no caso de direitos coletivos, que são aqueles de natureza transindividual e indivisível, cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a contraparte por uma relação jurídica base e c) no caso de direitos individuais homogêneos, que são aqueles unidos por uma origem comum.

A importância do dispositivo citado acima pode ser melhor entendida a partir da apreciação do art.103 do CDC, que disciplina o regime de coisa julgada para cada tipo de direito discutido nas ações coletivas. Ademais, é natural supor que o pleno entendimento do dispositivo tenha uma importante repercussão na questão da representação adequada. A ideia é intuitiva, visto que, a depender do tipo de direito ou interesse discutido, é natural que diferentes representantes estejam habilitados para uma, mas não para outra causa.

---

<sup>273</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.53-54.

Assim, pela diferença no regime de coisa julgada e pela importância na definição do representante adequado, em determinadas circunstâncias, nas quais a caracterização do direito não é imediata, se faz muito importante entender de que tipo de direito cada caso apreciado trata efetivamente.

A doutrina logo passou a questionar como identificar o direito discutido a partir da narrativa realizada no processo, tendo como ponto de partida, a análise dos titulares do direito.

Nelson Nery Jr. diz que os direitos de natureza coletiva devem ser identificados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a partir da tutela pretendida, a qual está intimamente ligada aos titulares da pretensão. Assim, exemplificando com o acidente do barco turístico Bateau Mouche, em 1988, no Rio de Janeiro, o autor conclui que se a tutela veicular uma pretensão de uma associação de empresas de turismo, estar-se-ia diante de um direito coletivo, ao passo que se a pretensão fosse formulada com o intuito de garantir a vida e a segurança de todos os passageiros, pelo MP, o direito alegado seria difuso. Na mesma toada, se as ações fossem ajuizadas a fim de tutelar o direito à indenização de todos os envolvidos no acidente, tratar-se-ia de direitos individuais homogêneos. Assim, o autor relacionava o direito a sua titularidade, refutando a ideia de classificar o direito segundo a matéria genérica. O autor relacionou os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos às características de transindividualidade e indivisibilidade, a partir da tutela pretendida.<sup>274</sup>

Antonio Gidi não via diferença significativa entre os direitos difusos e os coletivos, pois ambos eram titularizados por um grupo de pessoas, sendo que um destes grupos era mais abrangente que o outro. Assim, o titular dos direitos difusos era uma comunidade, o dos direitos coletivos, uma coletividade e no caso dos individuais homogêneos, um grupo de vítimas tomadas em conjunto. O autor entendia que um grupo era o titular de cada uma das categorias de direito. A diferença, repete-se, concentra-se na dimensão do grupo que titulariza o direito, sendo um mais amplo do que o outro, já que os direitos difusos não exigem, na origem constitutiva do direito, nenhum vínculo jurídico prévio, mas apenas a união por circunstâncias de fato. Já no tocante aos direitos individuais homogêneos, o autor considera que são aqueles marcados pela divisibilidade e pela origem comum, a qual não aponta para uma unidade factual e temporal, de forma a não exigir, necessariamente, um único fato gerador.<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.117-118.

<sup>275</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.24 e ss.

Gregório Assagra de Almeida subscreve a lição de Antonio Gidi, deixando claro que os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos.<sup>276</sup>

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr defendem que a identificação do direito em questão afirma-se através da conjugação das visões de Antonio Gidi e de Nelson Nery Jr expostas acima. Assim, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos serão tratados processualmente conforme o direito subjetivo afirmado e a tutela requerida.<sup>277</sup>

Teresa Arruda Alvim entende que os direitos difusos e coletivos são naturalmente indivisíveis, pertencentes a um grupo e só podem ser questionados coletivamente, apontando que o art.82 do CDC promove significativa alteração na regra geral de legitimidade ordinária, ao conceder legitimidade para quem não possui efetivamente a titularidade do direito atuar no processo coletivo, de forma que os titulares da relação jurídica material não são os mesmos da relação processual, estando presente a legitimidade extraordinária.<sup>278</sup>

Teori Zavascki diz que os direitos coletivos e difusos são direitos indivisíveis, que não pertencem nem à Administração Pública, nem aos titulares individualmente considerados, mas sim a um grupo de pessoas, a uma classe ou categoria, ou à própria sociedade em sentido amplo. São estruturalmente diferentes, portanto, dos direitos individuais homogêneos que são direitos subjetivos divisíveis, ligados por uma relação de afinidade, titularizados por indivíduos perfeitamente determináveis e que recebem um tratamento coletivo por uma questão instrumental. Daí a ideia de que não se pode confundir a tutela coletiva destes direitos com a tutela de direitos verdadeiramente coletivos.<sup>279</sup>

Contudo, não eram todos os processualistas que atribuíam aos direitos difusos e coletivos uma titularidade essencialmente coletiva, devida a um grupo, classe ou sociedade.

Celso Bastos, escrevendo antes da lei 7.347/1985 e do CDC, já dizia que os direitos difusos se diferenciam dos coletivos por não serem titularizados por um grupo unido por um *affectio societatis*, senão por circunstâncias de fato, de maneira que “são titularizados por numerosos indivíduos que, ou compõem grupos mal circunscritos, ou nem mesmo chegam a constituir verdadeiros grupos, já que, seus titulares muitas vezes disseminam-se entre as várias camadas sociais, em âmbitos diversos e não circunscritos.” O autor parecia reconhecer,

---

<sup>276</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.487-494.

<sup>277</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.82.

<sup>278</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. Apontamentos sobre as ações coletivas. **Revista de Processo**, v.75, jul.-set. 1994, p.275 e ss.

<sup>279</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39 e ss.

no fundo, uma estrutura individual ainda que não perfeitamente determinável, tratada coletivamente por uma questão prática, chegando a afirmar que seria possível enxergar os direitos difusos no direito brasileiro tal como são tratados nas *class actions*, nas quais um indivíduo atua em defesa da classe.<sup>280</sup>

Para Marcelo Abelha, os direitos difusos têm uma estrutura individual, de forma que a nomenclatura plurindividual seria mais compatível com a existência de um direito que pertence a muitos indivíduos de forma concomitante.<sup>281</sup>

Edilson Vitorelli argumenta que o debate na doutrina sobre os direitos de natureza coletiva não se desenvolveu suficientemente a ponto de elucidar a questão da natureza dos direitos e a própria titularidade.<sup>282</sup> O autor sustenta que o foco na titularidade dos direitos, a partir da percepção do binômio indivisibilidade-indeterminabilidade pouco agregou na compreensão do fenômeno da tutela coletiva. O autor argumenta que definir a titularidade de litígios coletivos por si só não tem nenhuma relevância processual, já que somente com a lesão ou a ameaça é possível verdadeiramente configurar a sociedade ou classe atingida, já que íntegros, eles pertencem a todos, não sendo reivindicáveis por ninguém isoladamente. Além disso, o autor afirmou que a atenção dada à indivisibilidade não permitiu que a doutrina percebesse que nem todos são atingidos por um evento da mesma maneira, fato que suscita, por óbvio, soluções diversas.

Desta forma, o autor propõe uma análise a partir de duas características que envolvem o tratamento das questões coletivas e que foram ignoradas pela doutrina: a complexidade e a conflituosidade.

Edilson Vitorelli entende que a tutela de direitos coletivos envolve uma gama muito diferente de litígios, dificilmente classificáveis na forma eleita pelo legislador civil. Os litígios envolvem complexidades diferentes, assim como embutem, na mesma causa, interesses conflitantes no mesmo polo. Tanto a complexidade como o grau de conflituosidade apresentam-se em vários graus nos litígios coletivos. Assim, por vezes, o objetivo mediato é o mesmo, porém, a providência pretendida é diferente, visto que os interesses não são absolutamente coincidentes. A ideia de um direito cuja titularidade é de um grupo ou classe ou sociedade de pessoas, determináveis ou não, assume um caráter conceitual impreciso, visto

---

<sup>280</sup> BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**, v.23, jul.-set. 1981, p.41 e ss.

<sup>281</sup> ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.43.

<sup>282</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.73 e ss.

que, em muitos casos, as pessoas que compõem o grupo têm visões diversas do problema e das soluções.

A conclusão possível a partir desta observação é que mesmo nos casos de situações jurídicas coletivas em que a tônica seja a indivisibilidade, fato que exige uma solução comum a todos os envolvidos, a conflituosidade entre os membros da classe e a complexidade do problema evidenciam a necessidade de que a representação seja adequada para todos estes grupos que apresentam pretensões divergentes.

Um exemplo ajuda a clarear o ponto. A premissa inicial é um acidente com um navio petroleiro, sendo que o óleo derramado alcança as praias de uma determinada localidade. Assim, diversos grupos de pessoas, tais como pescadores, donos de pousada e prestadores de serviço, são atingidos pelo acidente, que causa importante repercussão em suas vidas. A questão a observar é que, no longo prazo, todas elas têm evidente interesse na recuperação total do meio-ambiente da localidade. Contudo, a forma de agir para conter e mitigar os efeitos do acidente pode ser pensada a partir de diferentes perspectivas, já que o interesse imediato de cada um destes grupos não é absolutamente coincidente. Assim, pleitear uma simples indenização por perdas e danos pode não ser suficiente para o grupo de pescadores, trabalhadores que não tem outra capacitação, são habituados a pescar na região e não pretendem deixar o lugar. Assim, o que eles pretendem é a adoção de medidas de recuperação imediata do lugar, preocupação que pode não ser a mesma para certos prestadores de serviço, visto que eles dispõem de mobilidade e flexibilidade para ajustar seus negócios, estando mais preocupados com a indenização que os ajudaria a fazer a transição no curto prazo. Já os donos de pousada poderiam estar mais preocupados em restringir a passagem de petroleiros na região, a fim de que as praias não sejam mais afetadas, diminuindo o risco de queda na taxa de ocupação de seus empreendimentos, pretensão esta que pode afetar, entretanto, outros prestadores de serviço, que dependem justamente da presença das empresas ligadas à indústria do petróleo para manter seus negócios operantes.

Tomando o caso americano como referência, é importante perceber que a *Rule 23* estabelece que a *class action* deve ser ajuizada por um representante adequado, o qual deve ter uma pretensão comum com a classe, sejam ou não a indivisibilidade e a transindividualidade consideradas questões relevantes no caso. Assim sendo, a identidade de pretensões é um fator-chave para determinar a adequação da representação. Desta forma, no exemplo acima, tampouco seria possível conceber um mesmo representante para o litígio. Contudo, a fórmula adotada pelo legislador brasileiro permite que outra solução seja alcançada.

O exemplo acima é capaz de evidenciar quão difícil é caracterizar os litígios coletivos a partir de uma classificação dos direitos de natureza coletiva na forma proposta pelo CDC. É possível, a partir deste exemplo, intuir pretensões relacionadas a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Cada grupo de pessoas é afetado de uma maneira, logo, simplesmente dizer que o direito ao meio-ambiente é difuso porque pertence a todos, não sendo passível de apropriação individual, ou ainda, considerá-lo coletivo, por ser indivisível e ter sido a ação ajuizada por um grupo de pessoas que possuem com a empresa poluidora uma relação jurídica (são vítimas de um ato ilícito), não oferece a melhor perspectiva da questão. A complexidade e a conflituosidade presentes em muitos destes litígios são muito importantes para serem ignoradas, assim como as pretensões a serem veiculadas.

Pensar a tutela coletiva de direitos tal como proposta pelos arts.81, §único e 82 do CDC exige um esforço maior para que a questão seja apropriadamente dimensionada. Basicamente, os dois dispositivos, tomados em conjunto, apontam um legitimado ativo e enunciam que os réus são aqueles que afrontarem os direitos tal como definidos na lei, causando lesões a seus titulares.

Tal como explica Sérgio Cruz Arenhart<sup>283</sup>, esta forma de pensar o processo coletivo em muito se aproxima de um processo clássico individual, em que há um réu no polo passivo e o autor no polo ativo, não havendo litigiosidade intrínseca em cada polo processual.

A solução técnica oferecida pelo legislador para o deslinde da situação coletiva é restritiva, pois ela classifica os direitos de natureza coletiva sem considerar elementos importantes, como a complexidade e a litigiosidade, ao passo em que busca apontar um legitimado a defender os interesses da coletividade lesada, sem que haja qualquer preocupação em identificar as possíveis nuances que envolvem o grupo de pessoas, desconsiderando as pretensões existentes e sem prever qualquer dever por parte do legitimado para com o grupo.

Não obstante, em situações jurídicas coletivas, torna-se difícil apontar uma solução para a representação adequada, logo, para o processo, a partir destes pressupostos. Claro está que os legitimados do art.82 do CDC, em muitas situações, não estariam aptos a representar todos os envolvidos na lide, ainda que concentrados em um mesmo polo da relação jurídica processual. Para tal, basta pensar no exemplo dado. Será que um mesmo legitimado seria capaz de defender os interesses conflitantes dos donos de pousada e de alguns prestadores de

---

<sup>283</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v.2, jul.-dez. 2015, p. 213. A crítica do autor se refere aos processos estruturais, os quais, como já visto, estão enquadrados no Direito Processual Coletivo, logo, sujeitos à técnica da representação adequada.

serviço? Ao caracterizar o direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo, pautando a diferença entre eles tão somente na indivisibilidade e indeterminabilidade, o legislador induz a pensar a tutela coletiva com a mesma ótica dos processos individuais, ignorando especificidades que trazem importantes repercussões para o devido processo legal. Como o titular é o grupo, afirmada a indivisibilidade do direito ao meio ambiente, bastaria eleger um representante, não obstante, dentro deste grupo haja divergências consideráveis. Formalmente a questão se resolve com elegância, porém, substancialmente continua a carecer de maior precisão.

É claro que é possível extrair dos dispositivos citados do CDC a noção de representação adequada<sup>284</sup>, a qual não aparece como exigência expressa da lei. Para tanto, deveriam ser interpretados conforme a Constituição, no sentido de que o devido processo legal coletivo exigiria a adequada representação dos membros ausentes, haja vista a legitimidade extraordinária prevista na lei.

Não obstante, a proposta de Sérgio Cruz Arenhart de promover um reforço ao contraditório, através de técnicas que aumentem a capacidade de ouvir os interessados na questão ou forneçam argumentos de diversos matizes, como as audiências públicas e a participação de *amici curiae*, é crucial para a abordagem que aqui se coloca e, certamente, é parte da solução ótima do problema.

Muitos são os fatores que conduziram à solução apresentada pelo legislador civil. O pano de fundo é composto pela situação política do país e pelas naturais dificuldades técnicas enfrentadas pelo processo civil na época.

No plano político, a lei 7.347/1985 foi editada no período de distensão da ditadura militar, enquanto o Código de Defesa do Consumidor foi editado em 1990, nos primeiros anos do governo democrático, período em que a influência do regime anterior era ainda muito grande, não apenas na vida social, mas também nos tribunais, que prestavam contínua deferência às concepções e valores jurídicos do período ditatorial. O Supremo Tribunal Federal (STF) caracterizou-se, no período, por uma atuação restritiva no tocante à interpretação de competências e de normas, tendo firmado a orientação de legislador

---

<sup>284</sup> A lição vale para os arts. 1º e 5º da lei 7.347/85, a lei de ação civil pública, que tratam das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a determinados direitos e valores do ordenamento jurídico e dos legitimados a promover tais ações.

negativo.<sup>285</sup> O processo coletivo era uma novidade na época, o que pode ter levado o legislador a não tentar propor características muito diferentes, sob pena de rejeição.<sup>286</sup>

Já no plano processual, não obstante a experiência americana no processo coletivo, viabilizada através das *class actions*, fosse bem avaliada, era evidente a dificuldade que os teóricos tinham para conceber um processo coletivo nos países de *civil law*. A questão da legitimidade, por exemplo, era um dos obstáculos à concepção do processo coletivo.

Classicamente, pensava-se na legitimidade como a pertinência subjetiva do interesse, de forma que o titular da relação jurídica material era o mesmo da processual. Admitia-se, excepcionalmente, nos casos identificados expressamente na lei, a figura do legitimado extraordinário, que, em nome próprio, discutiria direito alheio em juízo.<sup>287</sup>

Porém, a transposição dessa categoria processual do processo civil clássico para o processo coletivo não foi algo natural, havendo controvérsias doutrinárias. A doutrina pautava sua discussão na (in)divisibilidade dos direitos e na (in)determinabilidade dos titulares dos direitos, havendo uma natural dificuldade para definir um legitimado ativo, que defenderia em juízo um interesse marcadamente transindividual, não havendo entre este e aquele nenhum vínculo de correspondência. A segunda dificuldade resulta em definir a titularidade dos direitos, como simplesmente públicos, atraindo um legitimado da esfera pública, ou se privados, o que justificaria a legitimação de entidades privadas e do próprio indivíduo.<sup>288</sup>

Quanto à primeira dificuldade, Hermes Zaneti Jr. explica que se formaram, basicamente, três correntes com pontos de vista distintos sobre a legitimidade no processo coletivo.<sup>289</sup>

A primeira corrente foi capitaneada pelo professor Kazuo Watanabe e entendia que às pessoas jurídicas como as associações e os sindicatos, era possível atribuir interesse para movimentar a máquina judiciária, com o fito de resguardar seu papel institucional, o qual era incentivado pela Constituição Federal, que estimulava a liberdade de associação Assim, as

<sup>285</sup> CAMPOS MELLO, Patricia Perrone. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. In: BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patricia Perrone. **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018, p.6-10.

<sup>286</sup> Edilson Vitorelli aponta as dificuldades de se pensar, na época, em ações coletivas propostas por associações, haja vista a baixíssima participação de organizações civis na vida social, incluindo os sindicatos, que agiam mais na via assistencial do que promovendo ações reivindicatórias. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.362.

<sup>287</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.123.

<sup>288</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.161 e ss.

<sup>289</sup> ZANETI JR., HERMES. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: ASSIS, Araken *et al* (Coords.). **Direito civil e processo**: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.860-863.

entidades civis agiriam na defesa de direitos metaindividuais como legitimados ordinários, atuando por direito próprio, já que este é idêntico aos de seus membros.<sup>290</sup> Também a professora Ada Grinover aderiu à corrente, entendendo que no mandado de segurança coletivo, ao agir em defesa de objetivos institucionais, as formações sociais terminam por exercer uma legitimidade ordinária.<sup>291</sup>

A segunda corrente foi capitaneada por Arruda Alvim<sup>292</sup> e trouxe a importante adesão de José Carlos Barbosa Moreira.<sup>293</sup> A noção de juridicidade é basilar para esta corrente. O pensamento aqui é que, ainda que a legitimação extraordinária seja excepcional e afirmada em lei, é possível verificar situações em que a substituição processual se estabelece como um resultado natural do ordenamento jurídico. Em outras palavras, como Arruda Alvim propõe que a palavra lei tenha seu significado ampliado, englobando outras espécies normativas, a substituição processual nas ações coletivas simplesmente decorre do ordenamento jurídico.<sup>294</sup>

A terceira corrente trata da legitimidade autônoma para a condução do processo e teve como principal defensor Nelson Nery Jr.<sup>295</sup> Para este autor, apenas nos processos individuais se pode falar em legitimidade ordinária ou extraordinária, tendo em vista a impossibilidade de determinar um titular nos casos dos direitos difusos e coletivos. O autor, como já visto, defendia a caracterização do direito a partir da pretensão formulada, tendo por base as noções de indivisibilidade e indeterminabilidade. Assim sendo, não lhe parecia possível identificar um titular do direito, afastando, conseqüentemente, a ideia de substituição processual e

<sup>290</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonade, 1984, p. 90 e ss.

<sup>291</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, v.57, jan.-mar. 1990, p.101. Não obstante, em outro artigo, a autora adere à posição de José Carlos Barbosa Moreira, reconhecendo que o fenômeno nas obrigações indivisíveis e ações coletivas é o da substituição processual: GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. **Revista Forense**, v. 38, 2005, p. 6 e 7.

<sup>292</sup> ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I, p.426.

<sup>293</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, primeira série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.111. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a efetividade do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo; Saraiva, 1984, p. 34.

<sup>294</sup> Arruda Alvim relata emenda no Senado Federal, de autoria do Senador Nelson Carneiro, atendendo sugestão do Tribunal de Justiça da Guanabara, que considerava extremamente rigoroso o tratamento da substituição processual no texto original, a qual foi acatada, no sentido de suprimir a palavra expressamente no texto do art.6º, Anteprojeto Buzaid, que assim dispunha: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado expressamente por lei.”

<sup>295</sup> NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 14ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.215. Também Ricardo Barros Leonel defende a legitimidade autônoma para a condução do processo. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.157-158.

atraindo a noção de que a lei confere verdadeira legitimação autônoma para a condução do processo.

O professor Hermes Zaneti Jr, acertadamente, entende como correta a segunda corrente, denominada por ele de “legitimidade conglobante”, refutando as demais. Para ele, não há legitimidade ordinária, visto que não se realiza qualquer conferência dos estatutos das entidades com o objetivo de averiguar seus objetos sociais e conferir se o direito guerreado é próprio ou não. Tampouco se pode falar em legitimação autônoma para a condução do processo, já que esta é uma teoria alemã que visa explicar a atuação de uma entidade em juízo na defesa de direitos de titularidade indeterminada, tendo em vista que a Lei Federal de Bonn não possui dispositivo versando sobre a proteção de direitos coletivos, como já salientado anteriormente. Assim, sendo a ideia de legitimação extraordinária pouco íntima do direito alemão, a solução natural é usar a finalidade institucional da entidade como elemento configurador de uma legitimidade autônoma para a condução do processo.<sup>296</sup>

Quanto à segunda dificuldade, decidir sobre a natureza dos direitos coletivos, as opções seriam considerar uma natureza pública ou entendê-la como meramente privada. No primeiro caso, o incentivo seria atribuir a legitimidade para a defesa dos direitos a uma entidade pública, ao passo que no segundo, o ônus seria de entidades privadas.

Na doutrina, Aluisio Mendes reporta que Mauro Cappelletti e Bryant Garth haviam proposto, em 1983, no VII Congresso de Direito Processual, na Alemanha, quatro modelos de persecução de interesses difusos, fragmentários e coletivos, que caberia a: a) órgãos governamentais; b) particulares indicados pelo Poder Público; c) organizações não governamentais e d) os próprios indivíduos, como acontece no modelo norte-americano. No Brasil, a natureza pública dos direitos foi afastada, já que a doutrina, como visto, entendeu que a titularidade era do grupo, categoria ou classe de pessoas no caso dos direitos essencialmente coletivos e dos próprios indivíduos, no caso dos direitos acidentalmente coletivos. O legislador, concordando com a doutrina, optou por um sistema eclético, que combina as sugestões dos professores Cappelletti e Garth, conforme nota o professor Aluisio Mendes.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> O professor Hermes Zaneti Jr. explica que algo semelhante se passa na Itália no tocante aos direitos coletivos. A Constituição italiana apenas prevê direitos individuais e o CPC italiano exige que a legitimação extraordinária seja expressa em lei, o que dificulta a tutela de direitos de natureza coletiva. Assim, a legitimação autônoma para a condução do processo é a resposta necessária e possível. ZANETI JR., HERMES. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *In: ASSIS, Araken et al (Coords.). Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.863 e ss.

<sup>297</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.190.

Desta forma, o art.82 do CDC aponta que tanto órgãos públicos como entidades privadas são legitimados para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O art.104 do CDC também aponta que as ações coletivas não induzem litispendência para as individuais, nas causas que discutam direitos difusos e coletivos, assim como o art.103, §2º do CDC garante a qualquer indivíduo a possibilidade de ajuizar ação individual para discutir um direito próprio, caso não atuem como litisconsortes na ação coletiva.<sup>298</sup>

Cabe, então, enfatizar dois pontos. O primeiro é que o legislador organizou a tutela dos direitos coletivos a partir de uma arquitetura que busca reproduzir normas do processo civil clássico individual. Buscou ele indicar um autor e definir os direitos, de forma que seria facilmente extraível a visualização de um réu, como sendo aquele que os viola, ainda que a classificação não seja suficientemente elucidativa. Desta forma, a estrutura do processo coletivo foi pensada para obedecer às regras do processo individual em todas as suas fases, sem que qualquer providência tenha sido vislumbrada pelo legislador no sentido de oferecer uma efetiva representação dos titulares do direito, como, por exemplo, se pretende nos Estados Unidos, onde a certificação de uma *class action* depende, em tese, de rigorosa análise feita pelo juiz, por determinação da lei.

Assim, não se recrimina o fato de que a arquitetura do processo individual seja mantida, mas sim a ausência completa de soluções que garantam que as pessoas afetadas no litígio tenham uma representação adequada. Esta é simplesmente suposta na lei para todas as circunstâncias, que, no entanto, são extremamente variáveis. É possível que apenas nas ações objetivas de controle de constitucionalidade faça sentido identificar *ex-ante* um representante adequado, pois os eleitos dispõem claramente de estrutura e capacidade institucional adequadas a discutir a higidez da ordem jurídica.

A segunda, repise-se, é que não há qualquer manifestação de preocupação com a oitiva ou com a representação adequada dos titulares dos direitos disputados. No microsistema de ações coletivas, nem o CDC nem a Lei de Ação Civil Pública (lei 7.347/1985) atribuem, de forma expressa, qualquer importância à necessidade de um contraditório efetivo, com mínima participação dos titulares dos direitos coletivos. A ideia que prevalece é que a atuação de um órgão, conforme determinado pela lei, é condição necessária e suficiente para a concretização

---

<sup>298</sup> O art.104 do CDC também dispõe que, em optando pela suspensão do processo individual no prazo de 30 dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva, o litigante individual poderá usufruir os efeitos positivos da coisa julgada da sentença de procedência na ação coletiva.

da garantia do devido processo legal coletivo. A legitimação *ope legis* seria o instrumento a materializar a representação adequada dos titulares do direito.

Do que foi dito até o momento nesta seção, é importante perceber que o legislador brasileiro não teve qualquer preocupação, em tese ou sequer prática, com a representação adequada dos titulares dos direitos ou o seu controle. A adequação da representação foi simplesmente suposta. Discutem-se questões em processos com matérias relevantes, sem que haja a obrigatoriedade de oitiva dos interessados por parte dos representantes fixados *ope legis* e sem que se exija do juiz qualquer preocupação com a aferição da representação adequada em cada processo.

Assim, a importante questão da representação adequada passa a depender da interpretação que o juiz faça das regras legais, já que como argumentado, a deficiência poderia ser suprida por uma técnica de interpretação constitucional, porém, à luz do exame da jurisprudência da Suprema Corte, o descompasso é evidente, já que para aquele tribunal a representação adequada era um conceito fundamental na análise dos casos, de forma que a lei a elenca como requisito expresso.

### 4.3 A metodologia de Edilson Vitorelli

Nesta seção já foi enunciada a necessidade de uma metodologia para identificar a representação adequada, de forma que a partir dela, seja possível compreender de que maneira e sob que condições, a representação atua como verdadeiro instrumento do processo coletivo, substituindo a participação direta de todo e qualquer interessado no processo, sem deixar de prestigiar e obedecer ao princípio do devido processo legal.

Uma primeira proposta é a metodologia apresentada por Edilson Vitorelli.<sup>299</sup> O autor apresenta, inicialmente, a desconstrução do entendimento clássico sobre a tutela coletiva, criticando a forma pela qual foi concebida pelo legislador e desenvolvida pela doutrina no Brasil, a partir de um conceito de direitos de natureza coletiva baseado na indivisibilidade e na indeterminabilidade, com o intuito de justificar a introdução de uma nova forma de pensar a tutela coletiva.

A metodologia apresentada por Edilson Vitorelli adota pressupostos muito diferentes daqueles usados pelo legislador e discutidos usualmente pela doutrina. O autor tem uma visão

---

<sup>299</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.71 e ss.

dinâmica da tutela coletiva, discrepando em absoluto da concepção estática, materializada por conceitos rígidos que buscam definir os direitos de natureza coletiva.

A primeira premissa é afastar a centralidade da indivisibilidade e da indeterminabilidade da definição dos direitos transindividuais. Assim, o autor diz que a indivisibilidade confere uma noção de unidade tal que se torna difícil visualizar que os membros de uma coletividade que tem seus direitos violados são, na verdade, afetados de formas diferentes na maioria das vezes. Além disso, o autor relata que a noção de indeterminabilidade encerra uma ideia nociva, a de que como o direito é de todos, a participação se torna irrelevante, tendo em vista a indeterminação dos titulares do direito. Trata-se de algo análogo à teoria da não-representação exposta anteriormente. Como o direito violado se corresponde de forma unívoca com a classe, admite-se a inespecificidade. Assim, legitima-se a ação autônoma do representante autorizado pela lei, sem que qualquer satisfação ou prestação de contas seja realizada em relação aos representados. Em resumo, o próprio autor alinhava:

A adoção irrefletida do binômio indivisibilidade dos direitos-indeterminação dos titulares tem implicado o tratamento dos litígios coletivos (...) como se não impactassem diretamente na vida de qualquer pessoa. Isso permite que a vontade do legitimado coletivo, acatada ou não pelo juiz, se converta na vontade da coletividade, a ser recoberta, futuramente, pelo pesado manto da imutabilidade da coisa julgada.<sup>300</sup>

A segunda premissa é tratar a tutela coletiva não a partir da definição de direitos transindividuais ou individuais homogêneos, como faz o CDC, mas a partir da configuração do litígio. O autor afirma que é a violação, marcada pelo dano ou ameaça, verdadeiramente, o evento relevante para os direitos transindividuais. Até que ela ocorra, prevalece a indeterminação, justamente a característica eleita para servir de alicerce pelo legislador processual. Contudo, é somente a partir da violação que se torna possível extrair o conteúdo, bem como assegurar a titularidade dos direitos transindividuais. Pensando no exemplo acima do acidente com o petroleiro, até a violação todos são titulares do direito ao meio-ambiente saudável, mas na prática isso quer dizer muito pouco, visto que somente com a lesão ou ameaça, os interesses de cada pessoa ou grupo de afetados restam efetivamente determinados, de forma que ficam claros os diversos interesses e direitos que devem ser tutelados.

---

<sup>300</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.89.

A terceira premissa considerada por Edilson Vitorelli é o fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma. Assim sendo, o autor não vê necessidade de um tratamento diferenciado para os direitos individuais homogêneos em relação aos direitos difusos e coletivos. Para ele, a indeterminabilidade e a indivisibilidade não são características suficientemente fortes para promover a distinção entre os diversos direitos. A título de exemplo, o autor diz que a segurança do trabalho, normalmente reputada como direito coletivo, admite em sua tutela prestações que são perfeitamente divisíveis, de forma que a pretensa indivisibilidade nem sempre é verificável.<sup>301</sup>

A terceira premissa do autor, assim, se opõe de forma categórica à ideia defendida por José Carlos Barbosa Moreira e por Teori Zavascki que, como já relatado neste trabalho, advogavam que não obstante o tratamento coletivo, é marcante a diferença entre os direitos essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos (individuais homogêneos).<sup>302</sup>

Com base nestas três premissas, o autor abandona a classificação abstrata de direitos a partir de conceitos, reconstruindo a tutela coletiva sob uma perspectiva dinâmica, não mais estática, haja vista a importância que a ocorrência da lesão passa a ter para a definição da solução.

Assim, a metodologia proposta por Edilson Vitorelli para conceber a representação adequada em um processo coletivo ignora a diferenciação entre direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, adotando a classificação a partir dos litígios verificados, configurados verdadeiramente a partir da ocorrência da ameaça ou lesão, os quais são considerados a partir de duas características essenciais para as suas configurações: a complexidade e a conflituosidade.

A complexidade é uma característica exógena, estando associada à possibilidade de existirem múltiplas soluções para um mesmo litígio, que poderá ser tutelado de inúmeras formas diferentes. Quanto maior o número de soluções jurídicas viáveis, maior a complexidade, fato do qual decorre a necessidade de observância das tutelas abertas ou *open remedies*.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.96.

<sup>302</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, p.187-200. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39 e ss.

<sup>303</sup> Salienta-se aqui uma característica fundamental dos processos estruturais, qual seja: a de que a implementação das decisões judiciais é feita de forma gradual. Novamente se reforça a ideia das funções de gestão e supervisão exercidas pelo juiz no processo. O juiz não decide e determina o que será feito. Ele aponta o ato ilícito e a necessidade de proteção e reparação do direito e então, em conjunto com as partes, trabalha sobre um cronograma executivo, mesmo porque em diversas situações a solução não é previamente conhecida, dependendo de outras medidas que devem ser implementadas. Assim: FISS, Owen. The forms of

A conflituosidade representa a possibilidade de existência de interesses divergentes entre os titulares do direito, tratando-se, assim, de uma característica endógena. A conflituosidade tende a aumentar à medida que a lesão causa diferentes impactos nos titulares do grupo. Assim, quanto maior for a dispersão do impacto dentro do grupo atingido, maior será a conflituosidade. No exemplo do acidente com o petroleiro, os diferentes grupos eram atingidos de forma diferente e, naturalmente, desejavam tutelas diferentes, não obstante o interesse mediato de todos fosse a recuperação ampla do meio-ambiente. A divergência ocorria porque o impacto da lesão não abrangia a todos os titulares do direito na mesma intensidade.

A partir daí, o autor estabelece três diferentes tipos de litígio, os quais reclamam diferentes tipos de representação, tendo em vista que diferem em suas características essenciais.

O primeiro tipo de litígio é o global, que se caracteriza por baixa conflituosidade, visto que a lesão não causa impacto significativo em qualquer indivíduo, devendo sua tutela tão somente cuidar para que o violador não gere externalidades negativas para o resto da sociedade e não deixe de internalizar os custos de sua atividade. A titularidade destes direitos é de toda a sociedade. A complexidade neste tipo de litígio pode alcançar qualquer grau, não sendo este determinante na configuração do litígio. Um exemplo que pode ser pensado é o de um vazamento em uma plataforma que explora petróleo em alto-mar. Ninguém sofre diretamente aquele dano, mas é necessário proteger o meio-ambiente e evitar que o explorador socialize as perdas.

O segundo tipo de litígio é o local, no qual a lesão atinge diretamente um grupo de pessoas que são unidas por laços fortes de solidariedade social, territorial ou emocional. O titular do direito é uma sociedade coesa, obrigada a suportar de forma direta e especial o impacto da lesão. Como as pessoas que não pertencem ao grupo não são afetadas na mesma dimensão e por ser a sociedade atingida coesa, a conflituosidade é média. Como o impacto é direto, mesmo dentro do grupo social é possível verificar a presença de opiniões, perspectivas e interesses diversos. Porém, os laços de coesão são uma força poderosa que impede a maior dispersão de objetivos imediatos. Aqui a complexidade não é uma variável chave para a caracterização do litígio, mas pode ser alta, média ou baixa. Um exemplo atual é a ameaça de

---

justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n.1, nov. 1979, p.49; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.377 e ss.

rompimento da barreira de dejetos minerais em Barão de Cocais, Minas Gerais. Trata-se de um dano que afeta diretamente todos os habitantes da cidade.

O terceiro tipo de litígio são os de difusão irradiada, nos quais diversas pessoas são atingidas de forma diferente pela lesão, sem que se verifique entre elas um laço de coesão. A dispersão é a nota distintiva, acarretando visões diferentes acerca da solução para o caso. Normalmente, tanto a complexidade como a conflituosidade tendem a serem elevadas, visto que múltiplas soluções estão normalmente disponíveis assim como várias são os interesses distintos a serem tutelados. A titularidade é de um grupo amplo de pessoas, porém, algumas delas sofrem o impacto da lesão de forma mais contundente, justamente por estarem próximas ao núcleo da atividade predatória, enquanto outras são afetadas de forma mais amena, por estarem mais afastadas do epicentro da lesão. O exemplo mais característico pode ser visualizado nos acidentes ambientais de Mariana e Brumadinho, que produziram lesões dos mais diferentes níveis a inúmeras pessoas em diferentes situações.

A descrição dos litígios evidencia que a representação adequada não pode ser uniforme. Assim, é certo que o representante adequado para a sociedade lesada em um litígio global não é o mesmo que deverá atuar com sucesso no caso de um litígio irradiado. Neste, há uma dispersão de interesses, naturalmente acompanhada de elevada complexidade na solução do conflito, o que reclama uma especialização na representação. Assim, o representante que atua de forma geral no litígio global não é capaz de dimensionar, em todos os momentos, as necessidades prementes e os interesses dos diversos grupos lesados.

Os desastres ambientais de Mariana e Brumadinho são capazes de ilustrar com perfeição o ponto aqui ressaltado. É claro que um único representante não seria adequado para apreender todos os interesses dos diversos envolvidos. O litígio pode ser caracterizado como irradiado, já que embora originado nas cidades mineiras citadas, o impacto foi sentido por um grande número de pessoas, alcançando até mesmo outros estados.

Assim, pescadores que atuavam no Rio Doce, mas na cidade de Colatina, no Espírito Santo, foram igualmente atingidos, tanto quanto os que atuavam em Minas Gerais, pela morte do rio, ocasionada pelo desastre ambiental, tendo perdido a capacidade de exercer a profissão no meio que dominavam. De outro lado, várias pessoas que exploravam o turismo em cidades banhadas pelo rio Doce foram também prejudicadas, tendo observado queda na taxa de ocupação dos hotéis e pousadas. Em alguns casos é, certamente, possível redirecionar ou retomar a demanda anterior, haja vista a existência de outras atividades nas imediações, porém, em outras, tal possibilidade não existe, tendo em vista que a grande atração era realmente o rio Doce.

Outras cidades como Governador Valadares enfrentaram agudo problema de desabastecimento de água pela falência do rio. Enfim, a lista de problemas é extensa, talvez infinita, mas os casos aqui descritos apenas revelam o alto grau de litigiosidade e a complexidade envolvidas. São necessidades e interesses diferentes, eventualmente conflitantes, que requerem, igualmente, soluções distintas e possivelmente antagônicas, tendo em vista, sobretudo, a limitação dos recursos, fato que aponta para a impossibilidade de um mesmo representante ser capaz de, adequadamente, agir em nome de todos os lesados. Assim, diferentes representantes são necessários para que a representação das pessoas lesadas e que possuem pretensões diversas possa ser feita, dimensionada na exata medida, concretizando, assim, o devido processo. Claramente, não é possível que todos os atingidos participem do processo, sob pena de valores como a efetividade, a celeridade, a economia processual, a isonomia, a segurança jurídica, enfim, garantias igualmente previstas no texto constitucional sejam ignoradas. Desta forma, a representação deve ser adequada a fim de que se imponha como a solução que concretiza o devido processo legal, substituindo a participação.

A metodologia de Edilson Vitorelli é enunciada a partir da identificação dos tipos de litígio e parte das lições de Hanna Pitkin e de Greg Pycrz, que serão resumidas nos parágrafos seguintes.<sup>304</sup>

Hanna Pitkin apresenta as principais teorias que explicam a representação. Com isso, a autora pretende demonstrar no que consiste efetivamente a representação e o que significa representar alguém.

A primeira teoria é a representação como autorização, de inspiração hobbesiana. Ou seja, o representante age como se fosse os representados tomados como um conjunto porque por eles foi autorizado. A segunda teoria é a que estabelece a representação a partir do dever de prestar contas, ou seja, o representante age em nome de alguém, porque, ao final, deve prestar contas a ela de suas ações. A terceira teoria é a representação descritiva, na qual por força de uma correspondência entre representante e representado, este atua em nome daquele por refletir de forma quase idêntica os interesses daquele, descrevendo de forma muito próxima os mesmos interesses. A quarta teoria é a simbólica, na qual o representante é um símbolo do representado, o que ocorre por uma crença dos representados naquele que atua como representante. A última teoria é a representação por atuação, na qual o representante

---

<sup>304</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 20 e ss.; PYRCZ, Greg. Demanding deliberative democracy and representation. In: LAYCOCK, David (ed.) Representation and democratic theory. Vancouver: UBC, 2004, p.179-196, *apud* VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.234 e ss.

simplesmente atua em nome dos representados, agindo ou em substituição a estes, ou nos seus interesses ou ainda de acordo com suas instruções.

Expostas as motivações para a representação, há duas possibilidades: o representante pode agir de acordo com sua própria consciência ou exclusivamente de acordo com a vontade explícita dos seus representados. As teorias realçam o fato de que não se pode considerar como representante aquele que, conhecendo os efeitos perversos de determinada ação sobre a classe de representados, ainda assim prossegue na ação, simplesmente para não contrariar aqueles. Alternativamente, tampouco se considera representante aquele que resolve situações de interesse dos representados de forma autônoma, negando-se a ouvir ou entender os interesses dos representados. Ademais, a autora adiciona um outro complicador à análise: a heterogeneidade dos grupos formados pelos representados. Nem sempre prevalece um interesse único, fato já observado nos exemplos citados envolvendo desastres ambientais.

Assim sendo, para a autora, a representação consiste em promover os interesses materiais dos representados<sup>305</sup>, de forma a considerar a vontade destes no curso da ação, sobretudo quando o grupo de representados for mais concreto (entendido neste texto como sinônimo de facilmente verificável ou identificável).

No caso dos interesses materiais objetivos, ou seja, aqueles que não se vinculam de forma específica a qualquer grupo de pessoas particular (classe), podendo ser entendidos como comuns a uma sociedade geral, é natural que haja maior liberdade de atuação para o representante. No caso da preservação dos oceanos, um objetivo genérico de toda e qualquer sociedade, a liberdade de atuação do representante é maior, desde que o interesse maior, a busca pela preservação ambiental, seja o norte das atividades desempenhadas pelo representante. A ideia se compatibiliza com uma proposição já feita neste texto de que, no caso das ações objetivas de controle de constitucionalidade, a representação adequada pode ser determinada *ex-ante*, visto que se trata de um interesse verdadeiramente objetivo, a higidez do sistema jurídico.

A situação é outra no caso de direitos subjetivos, entendidos como os que envolvem a identificação de uma correspondência entre um grupo de indivíduos e um interesse material ou pretensão específicos. Assim sendo, há a necessidade de o representante agir com deferência à vontade dos representados, ainda que não precise obedecê-la necessariamente. Deve haver consideração mandatória da vontade dos representados, porém, há um espaço de atuação autônoma para o representante, ainda que existam limites a serem observados, desde

---

<sup>305</sup> A autora realiza uma diferenciação entre os interesses materiais e aqueles de motivação psicológica, os quais não são objeto de consideração por parte do representante.

que o interesse específico dos representados seja preservado. Tais limites se apresentam de forma naturalmente ampliada, principalmente, quando há evidente desconhecimento e/ou indiferença entre os representados sobre a matéria relevante. Nestes casos, o ônus argumentativo e a exigência de convencimento da classe de representados se reduzem.

Nos casos em que há uma pretensão específica identificada, a necessidade de o representante justificar a sua atuação perante os representados, esclarecendo os motivos que explicam o porquê de a desconsideração de suas vontades ser importante para a concretização de seus interesses materiais é o que garante a fidelidade do representante, haja vista a inadequação *prima facie* de uma representação que divirja da vontade dos representados. A necessidade de evitar conflitos com a classe de representados, portanto, atua como verdadeiro limite e a justificativa fornecida à classe surge como uma ferramenta real para alargar tais limites.

Nas palavras de Edilson Vitorelli, “em síntese, o representante deve agir no interesse dos representados, ficando-lhes resguardado um certo grau de autonomia em relação às suas vontades. Essa autonomia autoriza eventuais ocorrências de conflitos entre representante e representados, mas esse conflito não pode ser tido como normal e ocorrer habitualmente.”<sup>306</sup>

A lição de Greg Pycrz é tida por relevante por se somar à conclusão de Hanna Pitkin. Edilson Vitorelli explica que, para o autor, o representante deve considerar sempre a possibilidade de que suas respostas para os problemas da coletividade estejam erradas, assim como deve garantir que a vontade expressa dos representados esteja realmente pautando suas decisões. Desta forma, o representante deve procurar contribuir para que eventuais debilidades sejam reduzidas, principalmente atuando na criação de condições para uma melhor qualidade das deliberações. A opinião dos representados é, assim, vista como fundamental para o sucesso do processo representativo, sendo um dever do representante provocar o debate e a reflexão dos interessados quando se apresentar uma divergência entre a vontade destes e a ação do representante, ainda que preservado o interesse material específico.<sup>307</sup>

A partir da doutrina exposta, Edilson Vitorelli estabelece uma metodologia para a representação adequada. Tendo em vista os problemas enfrentados pela democracia representativa nos dias atuais, bem como a necessidade de estruturar um processo

---

<sup>306</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.232.

<sup>307</sup> O anteprojeto de código de processo coletivo formulado pelo professor Antonio Gidi exige que o representante da classe mantenha os membros da classe continuamente informados a respeito de qualquer desenvolvimento do processo, sob pena de ser desqualificado como representante adequado, conforme aponta o seu art.5.8.

representativo idôneo a prestar a tutela jurisdicional adequada, o autor entende que a abordagem metodológica da representação processual deve se basear na noção de complementaridade entre participação e representação. Isso ocorre porque nenhuma das quatro primeiras teorias apresentadas por Hanna Pitkin para explicar a representação estão presentes no processo: não há autorização explícita dos representados, não há prestação de contas, muitas vezes não há relação de proximidade e nem qualquer simbologia pode ser pensada. Assim, o representante simplesmente atua no processo em prol dos representados, defendendo seus interesses com o devido denodo, fato que exige uma âncora que escore e norteie essa relação. A conexão entre representante e representados é justamente esta âncora, sendo viabilizada por meio do diálogo, de forma que a representação adequada se situa em um meio-termo entre a teoria do mandato e a teoria da independência. O representante “não deve obediência cega aos representados, mas a vontade destes é relevante para a definição da conduta representativa. O conflito é possível, mas não é desejável.”<sup>308</sup>

Edilson Vitorelli enuncia quatro princípios que juntos expressam o conteúdo da representação no processo. São eles: o princípio da titularidade definida dos interesses representados, o princípio da atuação orbital do representante, o princípio da complementaridade entre representação e participação e o princípio da variância representativa.

O primeiro princípio diz respeito à necessidade de criar a conexão representante-representados. Assim sendo, é necessário conhecer quem são os representados, o que é feito pela identificação dos titulares dos interesses sob representação, de forma que a partir daí, é possível conhecer a vontade desse grupo, avaliá-la concretamente, perceber eventuais discrepâncias e contradições no âmago desse grupo (conflitos internos), bem como possíveis divergências entre a vontade do grupo e a estratégia do representante. Sem saber quem são os titulares dos interesses representados, tais tarefas são impossíveis, comprometendo qualquer processo representativo, visto a evidente violação do devido processo legal. Estar-se-ia legitimando, simplesmente, uma representação abstratamente adequada.

O segundo princípio evidencia o fato de que a atuação do representante não pode estar dissociada completa e nem indefinidamente da vontade do grupo representado, já que é este que formula os interesses a serem perseguidos em juízo. A importância do princípio reside no fato de que os interesses a serem defendidos são extraídos da vontade do grupo, de forma que

---

<sup>308</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.247.

o representante deve perceber quais são eles e estabelecer uma estratégia de ação que considere não apenas o objetivo definido, mas também a vontade do grupo.

O terceiro princípio preconiza a necessidade de formulação de esquemas participativos para o grupo de representados. O representante não deve trabalhar de forma autônoma, sem considerar a vontade do grupo de representados. É crucial para o representante ouvir os representados, angariar informações capazes de subsidiar sua ação e estratégia, avaliar escolhas, confrontar pensamentos, questionar a própria atuação, atividades que pressupõe um diálogo mínimo, o qual atua exatamente como âncora na relação entre representante e representados, sobretudo nos casos em que o primeiro é estranho aos últimos. Daí o acerto da estratégia adotada pelas *claims resolution facilities*, explicada adiante no texto. A representação deve ser estabelecida em bases concretas no plano processual, já que, diferentemente do plano político, aonde após certo período é sempre possível rever a atuação do representante e realizar novas escolhas, as relações jurídicas processuais são marcadas por regimes de estabilidade que cristalizam as escolhas e as estratégias, de forma que uma atuação indevida por parte de um representante pode perpetuar o efeito negativo advindo desta ação para o grupo de representados.

O quarto princípio mostra que a representação atinge graus maiores ou menores, dependendo da maior ou menor exigência de complementaridade da participação no caso concreto. Assim, litígios de baixa complexidade e conflituosidade, que denotam interesses inespecíficos e gerais, como a paz mundial, não requerem um alto grau de complementaridade, já que a simplicidade da matéria ou as restritas possibilidades de tutela façam com que os indivíduos sejam atingidos de forma uniforme pelo resultado, sem que possam fazer muito para contribuir efetivamente para um resultado melhor do processo. É o que acontece também nas ações de controle de constitucionalidade. Nesses casos, a participação não aumenta o grau de concretização de qualquer direito e nem promove a dignidade, sendo desnecessária, e, por vezes, indesejada, por significar aumento de custos.

Contudo, nos casos em que a complexidade e a litigiosidade se apresentem de forma aguda no processo, é necessário entender a vontade dos representados e definir os interesses em jogo. Em situações em que o espectro de soluções e tutelas seja demasiadamente amplo, considerar a vontade do grupo de representados e identificar as nuances presentes nos interesses existentes é crucial, verdadeiro fator de sucesso para o processo representativo.

A maior complementaridade entre participação e representação se estabelece em maior dimensão nos casos em que o grupo de representados seja atingido de forma mais direta, menos uniforme e em maior escala. Quanto maior o impacto direto sobre a posição pessoal,

quanto maior for a heterogeneidade de posições jurídicas e quanto maiores forem os danos e a gravidade observados no caso concreto, maior a necessidade de promover o diálogo com os representados.

Assim sendo, nos litígios globais, é possível crer que maior poderá ser a autonomia do representante, haja vista a baixa conflituosidade e o fato de que os titulares dos interesses em questão são apenas remotamente atingidos. Não é o que acontece no caso dos litígios locais, nos quais a classe atingida suporta diretamente os efeitos da lesão. Evidentemente, nesses casos não há sentido estabelecer um processo representativo abstrato, capaz de desconsiderar a vontade daqueles que efetivamente suportam os efeitos e o ônus da litigância. Portanto, em tais circunstâncias, faz-se necessário que o representante estabeleça canais de diálogo com os representados, sendo apto a justificar eventuais desvios de sua conduta em relação à vontade dos representados e mais do que isso, sendo capaz de convencer aqueles do acerto de sua escolha, sob pena de ter que renunciar à representação ou estabelecê-la em outras bases. O mesmo vale para os litígios irradiados, tendo em vista a alta conflituosidade e litigiosidade que são típicas destes conflitos.

Nos dois últimos tipos de conflitos, a liberdade do representante para ignorar ou contrariar a vontade dos representados deve ser vista como meramente circunstancial, estando sujeita a pesado ônus argumentativo, já que a identificação de vontades e a discriminação de nuances de interesses adquire importância crucial para a concretização do devido processo legal, visto que não seria adequado prever uma representação teórica, abstrata e ao mesmo tempo imaginar que as garantias processuais estariam sendo promovidas em dimensão máxima.

#### **4.4 A metodologia americana**

Uma outra proposta metodológica para abordar a questão da representação adequada que merece ser considerada é a americana. Como afirmado anteriormente, a *Rule 23*, a legislação que regulamenta as ações coletivas americanas, as *class actions*, elenca a representação adequada como requisito, de forma que uma ação não poderá ser certificada sem que seja verificada pelo magistrado a adequação da representação, sob pena de ser extinta sem resolução do mérito, caso seja evidenciada a inadequação da representação ou ainda,

propiciar a decretação de invalidade ou declaração de ineficácia da decisão prolatada em relação aos membros da classe ausentes do processo.<sup>309</sup>

A imposição feita pela lei americana é que o representante adequado seja membro da classe. Assim, ao ajuizar uma ação coletiva para discutir direitos de natureza indivisível, que exigem uma providência comum em relação a classe inteira, ou direitos individuais sobre os quais paire circunstâncias comuns, o autor deverá ser um membro da classe, ainda que a ação seja custeada por escritórios de advocacia, por exemplo.

A metodologia proposta pela lei americana apenas aparentemente parece seguir a mesma lógica do processo individual. Isso acontece porque a questão coletiva é discutida em juízo por meio de alguém que é também titular do direito, porém a necessidade de que os interesses dos membros da classe sejam respeitados e, mais do que isso, resguardados pela atuação do representante adequado, faz com que a lógica coletiva se instale no procedimento. O representante não atua tão somente com o intuito de resguardar seus interesses, mas o dos outros integrantes da classe também.<sup>310</sup>

Basicamente, o representante adequado é definido a partir da titularidade do direito. A ideia é que, em sendo membro da classe, ele estará apto a entender as nuances que envolvem os interesses do grupo que ele representa. Ao contrário do que defende Edilson Vitorelli, a titularidade do direito se apresenta como elemento central da determinação da representação adequada, que é assegurada pelo fato de o representante pertencer a um grupo, sofrendo os efeitos da lesão ou da ameaça ao direito na mesma medida dos demais membros da classe e possuindo a mesma pretensão, tanto no caso em que a titularidade do direito pertence ao grupo como um todo ou ainda se se tratar de um direito individual que guarda relação de proximidade com os direitos individuais dos outros membros da classe por força de circunstância comum.

É claro que, neste sistema, a lógica do processo individual é afastada. A condução do processo pelo representante adequado deve ser feita de tal forma que a pretensão exibida no

---

<sup>309</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.82.

<sup>310</sup> Na ação popular, regulada pela lei 4.717/1965, algo semelhante acontece, já que cidadão é legitimado para atuar em juízo na defesa de bens difusos, porém a lei não exige nada em termos de capacidade de representação. Entretanto, a fim de amenizar eventual inexistência de representatividade, assim como reconhecendo a possibilidade de interesses conflitantes, o diploma permite que a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha ato impugnado na ação possa atuar ao lado do autor, respeitada a utilidade do interesse público, não sendo, portanto, necessária a apresentação de contestação por parte dela (art.6º, §3º, lei 4.717/1965). Também, com o intuito de suprir eventual déficit de representatividade, o MP atua obrigatoriamente na ação (art.6º, §4º, lei 4.717/1965).

processo seja também típica da classe e não por acaso, a tipicidade é outro dos requisitos elencados na *Rule 23*.

Assim, a metodologia contempla também a plurividualidade dos direitos e a conseqüente pretensão a eles associada, a qual, considerada comum, permite a atuação do representante adequado em prol da classe.<sup>311</sup>

Considerando as teorias da representação arroladas por Hanna Pitkin, a metodologia americana preconiza a chamada representação descritiva. O fato de o representante dividir a mesma pretensão com os outros membros da classe estabelece um liame de tal ordem que assevera a adequação da representação.<sup>312</sup> Teoricamente, pode-se dizer que a metodologia aborda a questão da representação adequada conciliando, de um lado, a defesa vigorosa da pretensão típica a todos os membros da classe, que fortalece o devido processo e, de outro, uma concepção pragmática, embasada no valor eficiência processual, tendo em vista a impossibilidade de agregar todos os membros da classe no processo.<sup>313</sup>

Uma questão interessante surge quando se observa divergências no âmbito da classe. Tal fato é possibilitado porque a lei determina que os membros da classe sejam notificados sobre a ação proposta, exigindo ainda que, no caso em que se discutam direitos individuais ligados por circunstância comum, a notificação seja feita de forma individual tanto quanto possível, sendo necessária a demonstração dos melhores esforços.<sup>314</sup>

Pelo que foi dito até agora, é natural supor, em tal situação, que o representante não poderia mais ser tido como adequado, haja vista a natural diversidade de pretensões que subsiste quando há conflitos no âmago da classe.

Neste caso, a solução apresentada pela lei é a formação de subclasses, de forma que a cada pretensão veiculada no processo se associe um representante adequado. Ou seja, na prática cada subclasse passa a ser vista como uma classe dentro da ação coletiva proposta, conforme estabelece a regra C (5) da lei das *class actions*.

Outro ponto em que a metodologia americana diverge da apresentada por Edilson Vitorelli é que ela não trata de forma igual os direitos indivisíveis e os individuais homogêneos, divisíveis por natureza. Assim, como anota Rodolfo Mancuso, com relação aos

---

<sup>311</sup> Entendendo pela possibilidade de tratamento dos direitos difusos a partir da atuação de um indivíduo em defesa da classe: BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**, v.23, jul.-set. 1981, p.41 e ss. ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.43.

<sup>312</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984, p.20 e ss.

<sup>313</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.69-70.

<sup>314</sup> A determinação legal está presente na regra C (2) (a) e (b).

direitos marcados pela transindividualidade e indivisibilidade, a vinculação dos membros da classe é absoluta, sendo inadmitindo o *opt out*, ou seja, não existe possibilidade de renúncia ao tratamento coletivo, o que não acontece no que diz respeito aos direitos individuais que comunguem de uma mesma circunstância, em que a possibilidade de *opt out* é determinada em lei, com a sentença apenas abrangendo os indivíduos que não fizeram a escolha pela via da ação individual.<sup>315</sup>

A providência é importante para resguardar o importante direito da liberdade, a livre iniciativa e a autonomia da vontade, bastante valorizados no direito americano. Desta forma, pode-se extrair que a metodologia americana considera que os direitos indivisíveis possuem uma natureza pública, ainda que o representante adequado não seja um órgão público, enquanto os direitos pessoais divisíveis são claramente tratados como sendo de natureza privada.

Na metodologia americana, a identificação do representante adequado prescinde de qualquer análise da natureza do litígio verificado, sendo estabelecida de antemão quando do próprio ajuizamento da ação coletiva. Contudo, percebida qualquer discrepância ao longo do processo na atuação do representante adequado no que diz respeito aos interesses da classe, a estratégia da divisão em subclasses se estabelece como a abordagem adequada, a fim de evitar que o processo seja extinto ou que a decisão proferida não venha a promover seus habituais efeitos.

Aqui também valem as lições, examinadas no tópico anterior, de que o representante deve ser capaz de estabelecer um diálogo com a classe, agindo no interesse do grupo, de forma que sua autonomia não deve ser vista como ampla, mas condicionada pela satisfação da pretensão típica. A formação das subclasses, cada qual com seu representante adequado, é que permite o tratamento de questões complexas e conflituosas, em que diversas sejam as pretensões a serem examinadas. A representação adequada, assim, é estabelecida a princípio pelo autor da ação, mas apenas se determina realmente na fluência do processo, a partir da análise das pretensões suscitadas.

A metodologia pensada para estabelecer a representação nas ações coletivas americanas pode ser expandida para processos que envolvam acentuada conflituosidade, como no caso dos processos estruturais.<sup>316</sup> Nestes, o que se almeja é a transformação de estruturas institucionais vigentes, para que determinados valores constitucionais sejam

---

<sup>315</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.48.

<sup>316</sup> FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v.93, n.1, nov. 1979, p.26.

concretizados.<sup>317</sup> É cediço que há notório impacto no campo político-social-econômico, o que atrai, naturalmente, divergências sobre as formas de interpretar os valores constitucionais e as eventuais lacunas existentes, propiciando conflito de pretensões.

Desta forma, é necessário que os diversos segmentos sejam minimamente contemplados no plano processual, sendo ouvidos através de um representante adequado, sob pena de a decisão prolatada simplesmente não bastar para resolver a questão, pelo efeito *backlash*.<sup>318</sup>

Assim, a metodologia americana, aplicável também a processos estruturais, promove uma correspondência entre o grupo afetado e o representante adequado, tal qual a metodologia proposta por Edilson Vitorelli, a partir de diferentes pressupostos.

#### 4.5 A importância da metodologia que estabelece a representação adequada

As discussões acima são importantes porque fixam evidentes diretrizes para a construção de um processo representativo que busca replicar o que aconteceria em um processo em que a participação fosse direta. Como visto, a representação surge nos casos em que, após uma ponderação em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz, a participação revela-se inviável ou pouco adequada, havendo, não obstante, o objetivo de promover em dimensão máxima o devido processo legal.

O objetivo da representação é maximizar valores que integram o devido processo e que seriam ignorados ou minimizados se se promovesse a participação direta, de forma que o resultado final a ser alcançado pela técnica é justamente a promoção do devido processo. Para tanto, é indispensável acolher uma metodologia e entender que a atuação do representante deve ser próxima e referente à vontade dos representados. Em caso de divergência na estratégia de ação, o representante deve ser capaz de promover o diálogo com os representados, justificando o motivo da divergência e, caso estas se mostrem insuperáveis, surge um dever de agir, ocasionando, eventualmente, o afastamento da representação.

<sup>317</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. Trad.: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26 e ss.

<sup>318</sup> O efeito *backlash* ocorre quando se nota o questionamento de uma determinada decisão judicial, normalmente ligada à resolução de um tema político e que por não dispor de consenso razoável, é também polêmico. O caso *Roe vs Wade* é um evidente exemplo, já que a decisão da Suprema Corte que declarou inconstitucional lei do Estado do Texas que proibia o aborto, bem como a de todos os demais estados que tivessem semelhante conteúdo, até hoje não foi bem digerida, sendo contestada por diversos segmentos sociais. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v.42, n.2, jun. 2007, p.374-376.

Um exemplo atual e esclarecedor não deixa margem a dúvidas sobre o ponto. No dia 08/04/2019, no Programa Em Ponto, do canal de TV a cabo Globonews, o Ministro do Meio-Ambiente, Ricardo Salles, declarou posição contrária ao modelo de resolução de litígios implementado pela Fundação Renova.<sup>319</sup> Segundo o Ministro, a fundação conta com inúmeros comitês decisórios, que ouvem os representados em demasia, criando uma paralisia decisória, de forma que as muitas instâncias deliberativas não ajudam a gerar uma solução efetiva.

O pensamento exposto acima, que afronta o que vem sendo defendido neste texto de forma categórica, é também frontalmente contrário àquele apresentado por Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr.<sup>320</sup>, que, entre outras virtudes das chamadas entidades de infraestrutura específica ou *claims resolution facilities*, aponta justamente a capacidade de dialogar com a comunidade lesada, através de comitês, bem como a realização de audiências públicas, que deliberam com as comissões locais formadas pelas vítimas do dano e apontam soluções e riscos das estratégias pensadas, a partir de consultorias técnicas, com o fim de concretizar o interesse da classe. Desta forma, dizem os professores que “uma das características desse instrumento é dispor de uma forma otimizada de diálogo com o Judiciário, com os indivíduos e com a comunidade ou grupos atingidos pelo dano ou comportamento ilícito.” Assim, a ideia veiculada pelo Ministro é contrária à técnica da representação adequada, justamente por ignorar algo que é um preceito fundamental: o diálogo com os lesados. Não se pode conceber a promoção satisfatória dos direitos de alguém sem que se dê voz ao tutelado. Fazê-lo de forma oposta significar ofender a própria dignidade da pessoa humana, já que esta passa a ser um mero objeto do desejo de outrem. Sobretudo nos casos de litígios complexos e conflituosos, é vital entender o real interesse dos atingidos pela lesão ou ameaça.

A importância do que foi exposto acima é maior no caso brasileiro, no qual o representante é fixado *ope legis*, não tendo, a princípio, nenhum vínculo com os representados. A situação difere daquela presente nas *class actions*, onde o representante adequado deve ser um membro da classe, sujeito a uma questão comum à classe e dono das mesmas pretensões e defesas (interesse), havendo ainda o controle judicial.

Neste momento, a importância da representação adequada está mais do que afirmada. Assim sendo, por se tratar de um instituto central ao processo coletivo, é necessário que seja

---

<sup>319</sup> SALLES, Ricardo. **Desafios dos problemas ambientais em Minas Gerais**. Entrevistador: José Roberto Burnier. Entrevista concedida no Em Ponto, São Paulo, Globonews, 08.04.2019. Programa de TV.

<sup>320</sup> CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: As *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v.287, jan. 2019, p.466-468.

previsto expressamente na lei, assim como sistematizado, a partir da compreensão de uma metodologia capaz de determiná-la. Neste trabalho duas são as metodologias apresentadas, uma que lida com o estabelecimento da representação a partir da estrutura do litígio verificado, de forma que cada grupo de afetados com uma pretensão comum tem um representante e outra, que a aborda a partir da identificação da titularidade do direito, com a exigência de que o autor seja membro da classe que reivindica certa pretensão comum, havendo, nessa segunda proposta, a possibilidade de criação de subclasses, com um representante específico, para contornar divergências eventuais.

Contudo, também cabe advertências ao estabelecimento de uma metodologia de determinação da representação adequada. Assim, é claro que, ainda que a corte entenda os contornos do problema, apreendendo os conflitos e a complexidade existentes, por vezes não é factível estabelecer um grau de representatividade ideal sem que se incorra em custos elevados, o que acarreta, em muitos casos, a impossibilidade de resolução do conflito.

Assim, Nancy Morawetz adverte que a estratégia das subclasses não é capaz de resolver todas as dificuldades em uma *class action*, já que, afinal, ela sofre com os mesmos problemas, já que é um instrumento que nada mais faz do que reduzir o tamanho da classe.<sup>321</sup> Ademais, a autora aponta que os custos de formação de subclasses são muitas vezes proibitivos. Assim, é possível concluir, pragmaticamente, que as subclasses somente devem ser estabelecidas quando presentes pretensões substancialmente conflitantes.

O cenário não é diferente com relação à metodologia apresentada por Edilson Vitorelli.<sup>322</sup> O autor reconhece a impossibilidade de associar cada aspecto da densa realidade a um representante adequado. Assim sendo, sua proposta consiste em promover uma representação tão pluralizada quanto possível, de forma que as minorias eventualmente existentes tenham sempre possibilidade de expressar suas opiniões. Na verdade, o autor alinhava a necessidade de que haja uma fusão entre as fases postulatória, instrutória e decisória, já que, pela conflituosidade e complexidade, torna-se difícil estabelecer uma rota preclusiva para o processo. Assim, propõe que a coisa julgada incida apenas de modo mínimo no processo, de forma que apenas as questões adequadamente representadas no contexto social examinado estariam sob o efeito da imutabilidade. A solução dada pelo autor no plano teórico é interessante, porém, encontra fortes obstáculos a sua consecução pelo prisma dos custos associados à condução de tal processo e nas promessas constitucionais de celeridade e

---

<sup>321</sup> MORAWETZ, Nancy. Bargaining, class representation, and fairness. *Ohio State Law Journal*, v.54, n.1, 1993, p.19.

<sup>322</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.582 e ss.

efetividade, quanto mais porque não estabelece uma regra geral sobre quem deve suportar o ônus temporal do processo.

Por fim, o leitor atento pode se indagar se se trata de uma representação de pessoas ou uma representação de interesses.

Há autores que entendem, com base nas lições de Owen Fiss, que o processo coletivo promove uma representação de interesses e não de pessoas, de forma que o legitimado coletivo se apresenta em juízo não como substituto processual, mas como um representante de interesses supra-individuais ou individuais homogêneos.<sup>323</sup> Assim sendo, tais autores entendem que a Constituição Federal e o devido processo legal não garantem um direito de participação em si, o chamado “dia na corte”, mas tão somente o direito a uma representação adequada.<sup>324</sup> Ademais, entendem que a representação de pessoas engessa o processo coletivo, tornando-o inócuo na maioria das vezes, visto que ela exige notificação pessoal, normalmente custosa, assim como impede a expansão subjetiva da coisa julgada àqueles que não foram notificados e não participaram do processo ou, alternativamente, comanda a imposição de regimes de coisa julgada *secundum eventum litis* com o intuito de salvaguardar os direitos dos que não participaram do processo.

Ao contrário, a representação de interesses não impõe a notificação de todos os interessados, mas sim a adequada representação de seus interesses pelo legitimado coletivo, de forma que se estabelece um contraditório efetivo com a ação do representante adequado, estando presente o direito de retirada do processo (*opt out*), disponível a partir da notificação. Outra consequência importante da representação de interesses é que a coisa julgada operaria sempre *pro et contra*, pois os interesses foram adequadamente representados e qualquer impugnação deveria ter como fundamento tão somente a adequação da representação.

Não obstante, as alegações destes autores não parecem procedentes. Inicialmente, é possível visualizar na experiência americana que os custos de notificação, com o intuito de permitir o direito de retirada do processo (*opt out*), não são insignificantes. Assim, tenha o objetivo de notificação pessoal ou, simplesmente, pretenda ser ampla o suficiente para

---

<sup>323</sup> VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva:** Fundamentos e perfis. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 46 e ss. No mesmo sentido: MAHLER, Elayne Maria Sampaio Rodrigues. **Processo coletivo:** representação de pessoas ou de interesses? Uma ponderação e os reflexos sobre a legitimidade e a representatividade adequada. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p.44 e ss.

<sup>324</sup> Esta é precisamente a lição de Owen Fiss. A constituição não garante direito de participação, o “*day in court*”, mas o direito de ser adequadamente representado, de forma que nenhum indivíduo estará vinculado a uma decisão judicial na qual não tenha sido adequadamente representado. Na ausência de adequada representação, a decisão judicial poderá ser contestada. FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, v.78, n.5, 1993.

permitir a adequada ciência dos interessados, a questão dos custos é bastante relevante para a atividade de notificação dos interessados.<sup>325,326</sup>

Em segundo lugar, a definição de interesse e a conexão deste com a representação adequada não foram suficientemente teorizados. Não há descrição apurada do que venha a ser interesse e nem foi criada uma teoria que explique de que forma ocorre uma representação adequada de interesses. Levando em consideração que, nos termos ditados pelos autores, a representação adequada de interesses pode estar associada com todos os argumentos possíveis capazes de infirmar uma decisão, não é difícil perceber que, em um dado processo judicial, a chance de a representação não ser adequada é grande, levando à possibilidade de impugnações, tal qual aconteceria na representação de pessoas, visto que é sempre possível criar um argumento contrário a uma tese fixada.

Assim, parece claro que a representação de interesses é uma fórmula arguta de permitir a substituição da participação de forma indolor, sem a devida necessidade de justificar ou estabelecer uma metodologia e critérios para a representação adequada. Não é esta a linha de pensamento deste estudo. Como visto anteriormente, a participação é um direito fundamental, que cede espaço, em determinadas circunstâncias, à representação, a fim de que a atividade jurisdicional resguarde valores igualmente importantes do ordenamento jurídico, como a efetividade, a celeridade, a isonomia, a segurança jurídica e a economia processual.

Ademais, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III da Constituição Federal) é um princípio constitucional basilar, logo, não se afigura ideal permitir o escanteamento das pessoas em nome de interesses supra-individuais. Afinal, são as pessoas que serão obrigadas a suportar os efeitos da decisão. Construir uma solução artificial, baseado em um conceito

---

<sup>325</sup> Por exemplo, no caso *Oppenheimer Fund Inc. vs. Sanders* - 437 US 340 (1978) -, dado o significativo custo de prover a notificação dos interessados, os autores tentaram certificar a *class action* em uma dimensão reduzida da classe. A corte distrital não aceitou o pleito, considerando a ação em sua dimensão natural, porém, disse que o custo deveria ser atribuído aos réus. A Suprema Corte, não obstante, reformou a decisão, dizendo que a regra natural é que o financiamento da notificação se dê por conta dos autores da *class action*, por constituir aquele um ônus ordinário do processo coletivo. A questão já havia sido decidida pela Suprema Corte em *Eisen vs Carlisle & Jacquelin* -417 US 156 (1974). Em outro julgado importante versando sobre a questão da notificação, *Mullane vs. Central Hanover Bank & Trust Co.*-339 US 306 (1950)-, a Suprema Corte impõe que aquela deve ser realizada com o intuito de alcançar todos aqueles que se sabe que serão atingidos pela decisão. No caso, a discussão era se bastava a notificação ser realizada através de anúncios em jornais para que a cientificação dos investidores interessados ser considerada regular. A Suprema Corte decidiu que não, o que aumenta os custos de uma notificação regular. Assim, todos estes casos evidenciam que a notificação é sempre uma atividade custosa.

<sup>326</sup> A relevância dos custos de notificação não passou despercebida no anteprojeto de código proposto por Antonio Gidi. No art. 5.12, há previsão para a corte ordenar que as despesas de notificação corram às expensas do réu, se houver substancial probabilidade de que o mérito do pedido da classe seja procedente.

impreciso, ainda que aparentemente atraente, não contribui para elucidar o importante instituto da representação adequada.<sup>327</sup>

Assim sendo, o vetor através do qual a representação adequada deve ser pensada parte do binômio pessoa-interesse. O representante atua protegendo direitos de terceiros em função de objetivos determinados. Para finalizar, é importante afirmar que não há qualquer incompatibilidade entre este esquema e a formulação de Owen Fiss, pois aqui também se apresenta como desnecessária a participação de todo interessado em juízo.

## 5 O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

Em seção anterior, estabeleceu-se a forma pela qual a representação surge a partir de uma teoria da participação proposta a partir de dois vértices, a eficiência e a importância para o processo. Em ambas as propostas, o processo representativo apresenta-se como uma

---

<sup>327</sup> Edilson Vitorelli aponta que a identidade do binômio interesse-representação adequada pode se estabelecer de forma unívoca nos casos dos litígios simples, vistos que nestes, quase sempre, há um só interesse ou pretensão em jogo. É o caso da representação dos consumidores lesados por adquirir um produto com quantidade inferior à descrita no rótulo. Contudo, nos casos complexos, sustentar a integridade e a univocidade do binômio torna-se mais difícil. Daí, o autor conclui que a representação de interesses é “a forma encontrada pela teoria jurídica para tentar se reconciliar com o pluralismo exigido pela modernidade”, adicionando que interesse é “uma categoria zumbi”, ou seja imprecisa, devendo haver uma necessária teorização a fim de ganhar caráter científico. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.222-223.

construção possível e sólida, ainda que sujeita a condicionantes, devidamente apresentadas anteriormente.

Agora, o objetivo desta seção é verificar a necessidade do controle judicial da representação adequada, assim como realizar anotações sobre a jurisprudência nos Estados Unidos e no Brasil.

### **5.1 A afirmação da necessidade do controle judicial da representação adequada**

Um processo representativo de natureza coletiva deve ser estabelecido quando os custos de participação forem tão elevados que inviabilizem a participação de todos os interessados, quando a representação mostrar-se suficiente para evitar o *moral harm* em nível além do aceito pela sociedade ou quando for suficiente para assegurar a dignidade do indivíduo representado. Não obstante, indiscutivelmente, em qualquer hipótese, cabe ao juiz o controle desta representação. Ao Poder Judiciário cabe a tarefa de assegurar que as garantias processuais dos titulares do direito e que se encontram ausentes do processo sejam observadas.<sup>328</sup>

Assim sendo, o Poder Judiciário possui importante papel na conformação do processo coletivo. Daí a ideia de que está em gestação um novo conceito de jurisdição, por ser evidente que o juiz realiza nestes processos funções mais abrangentes do que simplesmente decidir, aplicando a vontade concreta da lei ou solucionando a lide. A ele cabe controlar a participação, supervisionar a prática de atos processuais de diferentes naturezas, realizar a gestão do processo, motivar o diálogo entre as partes e aproveitar este *input*, ou seja, o magistrado deve exercer funções estranhas ao conceito tradicional de jurisdição. Nos processos coletivos, é o juiz que deve verificar se a representação é realmente adequada, questionando a cada momento se a atuação do representante é compatível com os interesses e as pretensões da classe. O juiz precisa verificar se a atuação do representante é autônoma, errática ou se ela se estabelece de forma a respeitar e considerar a vontade pessoal dos representados, principalmente nos litígios que se caracterizam por elevada complexidade e/ou conflituosidade, como é o caso dos litígios locais e irradiados.

---

<sup>328</sup> Edilson Vitorelli afirma que o processo representativo não pode ser apenas uma manifestação pragmática, uma razão para que se abandone ou se afaste garantias processuais centrais a fim de que a resolução de determinadas questões seja facilitada. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.163. Neste sentido, entende-se que as teorias apresentadas fornecem verdadeiras justificativas ou fundamentos para a instauração de um processo representativo e não apenas motivações de ordem prática.

A tarefa a ser desempenhada pelo juiz é crucial, ensejando importante mudança: o Poder Judiciário assume um protagonismo na resolução de questões que não se visualizavam antes.<sup>329</sup>

O representante adequado é quem verdadeiramente conduz o processo coletivo, definindo estratégias capazes de garantir em juízo os interesses da classe ou grupo que representa. A sua importância é engrandecida pelo fato de que as escolhas feitas no processo coletivo tendem a serem abrigadas por regimes de estabilidade, o que não ocorre no processo político, onde os representantes podem, periodicamente, mudar seus representantes e mesmo as leis, ainda que de forma indireta, conforme a democracia representativa. Ao contrário, no plano processual a atuação do representante adequado cristaliza escolhas e resultados, fato que realça sua importância até para a legitimidade da sentença coletiva, pois uma indesejável inadequação da representação processual faria com que muitas pessoas que não participaram diretamente do processo fossem impactadas definitivamente por uma decisão judicial que não considerou propriamente as suas garantias processuais e os seus interesses objetivos.

Assim, idealmente, o representante adequado deve ser visto como aquele que assegura aos titulares do direito discutido, que estão ausentes do processo, tanto quanto possível e na maior medida, que o resultado que eles obteriam não seria diverso (ou pior) do que aquele que o representante adequado efetivamente obtém.<sup>330</sup>

As ideias acima são consonantes com o magistério de Susana Henriques da Costa, para quem o controle judicial da representatividade adequada mostra-se como atividade imperativa, que tem o objetivo de exercitar um controle específico, voltado às circunstâncias do caso concreto, a fim de que não se permita que a representação seja feita por alguém

---

<sup>329</sup> Nicola Picardi entende que a inflação legislativa, processo iniciado a partir do Estado Social, trouxe mais tarefas e maiores responsabilidades ao magistrado. O autor anota que muitas vezes a legislação usa conceitos-válvula, através dos quais não se estabelece qualquer escolha *ex-ante* de valores, tarefa que passa a depender do poder discricionário do juiz ou ainda se faz valer de conceitos indeterminados, que privilegia um determinado valor, fazendo com que o juiz simplesmente, sem qualquer discricionariedade, torne explícito os valores já apontados pela lei. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.15-20. A significância da atuação do magistrado no processo coletivo não pode ser menosprezada, fato que reforça a lição do professor italiano. Seja no modelo americano, no qual o juiz é protagonista absoluto no controle da representação adequada, seja no brasileiro, onde ele age balizado por parâmetros legais, é evidente que o juiz tem decisiva tarefa, da qual não se desincumbe sem certa discricionariedade. Dentro da proposta apresentada neste texto de representação adequada, a lição do professor Picardi torna-se mais aderente. Explica-se. No âmbito da proposta aqui defendida, há sempre uma zona cinzenta, idônea a conferir margem de discricionariedade ao juiz. Indubitavelmente, há um aumento do poder da magistratura nestas causas.

<sup>330</sup> No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**, v.227, jan. 2014, p. 210-211. TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v.87, 2009, p.1139. O professor da Notre Dame Law School defende que o resultado não poderia ser pior de fato.

totalmente desvinculado e alheio ao objeto do processo.<sup>331</sup> Nos termos do que já foi proposto neste texto, a autora reconhece a importância de o representante atentar para a vontade e o interesse da classe representada, tarefa que deve ser exigida pelo juiz, a fim de evitar que a tutela jurisdicional resultante seja inefetiva, inadequada e antieconômica.

A autora realça o fato de que o controle judicial da representação adequada aprimora o sistema, ao indeferir demandas propostas por quem não está devidamente preparado para a defesa de interesses dos representados. É possível inferir também a possibilidade de o juiz exercer o controle judicial da representação não apenas no início do processo, como sugere a professora, mas também durante todo o desenrolar do processo.<sup>332</sup> Evidencia-se, assim, a relevância da tarefa do magistrado e a pertinência das palavras do professor Nicola Picardi, que diz que a tendência atual é que o magistrado tenha suas responsabilidades aumentadas, sendo obrigado, muitas vezes, a exercer a sua discricionariedade, sempre pautado por critérios de imparcialidade e razoabilidade. Mais uma vez é útil repisar que tal atividade discrepa do conceito clássico de jurisdição, pois o magistrado é chamado a exercer atividades outras que não a de decidir somente, tais como gerir o processo, supervisionando a atividade das partes. O exercício de controle da representação adequada pode ser visto como uma atividade de gestão e supervisão do processo. Não deve o magistrado consentir com uma representação desenhada em termos abstratos, sendo necessário que ele promova a devida concretização da representação, principalmente nos casos onde a conflituosidade e a litigiosidade sejam elevadas.

A atuação do juiz no controle da representação adequada é vital para assegurar que os representados ausentes tenham seus interesses avaliados, mediante a consideração de argumentos que os sustentem, tarefa que cabe, justamente, ao representante adequado. A importância do juiz no processo coletivo, sobretudo pela sua participação no controle da representação adequada, pode ser aferida pelo fato de que é esta, segundo a acertada percepção de Ricardo Barros Leonel, que “assegura por via transversa a efetiva presença, em

---

<sup>331</sup> COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.957.

<sup>332</sup> Lucas Buril de Macêdo aponta a representação adequada como requisito de admissibilidade e de eficácia do processo, podendo ser analisado a qualquer tempo e grau de jurisdição, de acordo com o art. 485, §3º do CPC, admitindo, inclusive, que o controle seja exercido a posteriori, caso se perceba que a ação não foi adequadamente proposta pelo representante (legitimado). MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**, v.227, jan. 2014, p. 209 e ss. Também admitindo o controle da representação adequada durante todo o processo: SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v.205, mar. 2012, p.5. (edição online).

cada caso concreto, das garantias constitucionais do processo, justificando a posterior extensão a terceiros da eficácia do julgado.”<sup>333</sup>

Desta forma, a relevância do instituto, já afirmado como central ao direito processual coletivo, não permite que ações coletivas sejam propostas e julgadas sem que haja o exame da adequação do representante, haja vista a possibilidade de que decisões judiciais vinculantes sejam impostas a titulares de um direito que não participaram da contenda judicial e nem sequer foram representados, fato que viola de forma categórica o devido processo legal. A representação, repise-se, é uma técnica do processo coletivo que transcende a participação, nos casos em que esta não é adequada ou é infactível. Ela é um instituto que permite a promoção de outros direitos integrantes do conteúdo do devido processo legal, nunca uma forma de produzir decisões que desrespeitem o núcleo de garantias fundamentais. Neste sentido, admitir um representante inadequado equivale a desconsiderar a relevância do devido processo legal, do contraditório, do acesso à justiça, da isonomia e da efetividade do processo. Daí a relevância e a imperatividade do controle judicial.

A atuação judicial no controle da representação adequada se impõe como necessária porque este instituto é um corolário do devido processo legal. O processo representativo surge em decorrência da percepção de que, em determinadas situações, a participação se torna desnecessária ou inadequada. Assim sendo, a representação adequada é a técnica que viabiliza a concretização do devido processo legal em máxima dimensão, promovendo valores que seriam desconsiderados ou minimizados se se insistisse na participação direta. Daí a concordância com as palavras de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, que afirmam:

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.<sup>334</sup>

Se não serve qualquer representante, por certo que se faz necessária uma ação de controle. Aluisio Mendes também entende que a representação adequada nas ações coletivas é um requisito legal imposto em decorrência da necessidade de observar o devido processo legal, acrescentando que a possibilidade conferida pela lei apenas se justifica caso seja

---

<sup>333</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.169.

<sup>334</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.190. Os autores na pg.187 defendem a aferição da representatividade adequada pelo juiz e afirmam que os critérios devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.

exercida em termos adequados, o que implica a atuação dos órgãos judiciais no referido controle, que deve ser feito sobre os representantes e respectivos advogados.<sup>335</sup>

Na mesma senda, Antonio Gidi entende que a adequada representação dos interesses dos ausentes é uma regra fundamental, que permite que o desenvolvimento do processo coletivo, de forma a permitir a formação da coisa julgada.<sup>336</sup> Assim sendo, o professor assevera ser um dever do juiz o controle da representação adequada, mesmo no caso brasileiro.<sup>337,338</sup>

Ada Grinover, apesar de ter sustentado inicialmente que a representação adequada já era fixada na própria lei de forma objetiva<sup>339</sup>, passou a admitir a possibilidade de controle judicial da representação adequada.<sup>340</sup>

Diego Santiago y Caldo diz ser irrazoável afastar a possibilidade de controle judicial da representatividade adequada e também entende que ela é mais do que mera formalidade processual, constituindo-se em etapa fundamental para o prosseguimento sadio da ação coletiva, assegurando tratar-se de “verdadeiro princípio inerente a toda e qualquer demanda que tenha como objeto os direitos e interesses difusos.”<sup>341</sup>

Lucas Buril de Macêdo acredita que a representação adequada é proveitosa ao direito brasileiro, já que permite afastar quem não seja adequadamente qualificado para a tutela de direitos coletivos, enfatizando a possibilidade de controle até mesmo após o julgamento da demanda.<sup>342</sup>

Eduardo Scarparo propõe que a aptidão para promoção da participação dos interessados ausentes, que está vinculada à representação adequada, é o que concede legitimidade para as demandas coletivas. Assim, a representação adequada permite a

<sup>335</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.80-81.

<sup>336</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.77.

<sup>337</sup> GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.134.

<sup>338</sup> O anteprojeto de código coletivo formulado pelo autor prevê a possibilidade de a coisa julgada não se estabelecer em termos *erga omnes* no caso de a representação não ser adequada (art.18, I), fato que evidencia a importância de o juiz controlar se há ou não representação adequada no processo.

<sup>339</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Proteção do meio ambiente e ao consumidor (Lei 7.347 de 24.07.1985)**. **Advocacia Dinâmica-Seleções Jurídicas**, v.1, 1986, p.22.

<sup>340</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.890. A autora se refere ao controle judicial sobre a participação do MP em processos coletivos que discutam direitos individuais homogêneos.

<sup>341</sup> SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v.205, mar. 2012, p.5-6. (edição online).

<sup>342</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**, v.227, jan. 2014, p. 209 e ss.

“concretização efetiva de direitos fundamentais de acesso à justiça e de participação, inclusive para fins de que o juiz exija o preenchimento de requisitos não previstos expressamente na lei.”<sup>343</sup>

Jordão Violin defende o controle jurisdicional da representação adequada, afirmando que, no processo coletivo, o juiz assume uma posição muito mais ativa, configurando verdadeiro ativismo judicial, entendido como um princípio do processo coletivo, em virtude da necessidade de concretização de direitos fundamentais e das garantias constitucionais no âmbito coletivo.<sup>344</sup>

Muito claro também é o pensamento de Vincenzo Vigoriti sobre o controle da representação adequada. O autor assim enuncia:

*il controllo che il sistema affida al giudice della causa non é formale, ma sostanziale e verterà su tutti gli elementi rilevanti, dalla rappresentatività, in termine qualitative e quantitative del sodalizio che si propone, alla disponibilità finanziarie degli attori, e sull'effettiva determinazione nel coltivare l'iniziativa: al limite, il giudice può imporre il rispetto di certi requisiti, o lo svolgimento di particolari attività prima di garantire l'investitura.*<sup>345</sup>

Teori Zavascki não realiza em seu livro uma análise própria da representação adequada. Porém, é possível depreender da sua análise sobre a legitimidade ativa no processo coletivo que ele percebe como necessário o controle judicial em todo e qualquer caso.

Explica-se.

Analisando o art.5º da lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), o autor entende que a legitimidade dos entes federativos, das demais pessoas jurídicas de direito público e da Defensoria Pública devem estar atrelados a um interesse de agir, já que suas funções típicas e primordiais são outras, de forma que a defesa de direitos transindividuais é excepcional. Assim, não é qualquer ação civil pública que poderá ser ajuizada por tais entes, mas apenas aquelas relacionadas aos seus interesses, atividades, competências, serviços ou patrimônio,

<sup>343</sup> SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, v.208, jun. 2012, p.7 (edição online).

<sup>344</sup> VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva: Fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.117 e ss. Diferentemente do autor, este trabalho entende que não há ativismo, que deve ser entendido como conduta ativa. Na verdade, o que há é verdadeira exigência do modelo representativo em fazer atuar o juiz no controle da representação adequada.

<sup>345</sup> Trad. nossa: “O controle que o sistema confia ao juiz da causa não é formal, mas substancial e recairá sobre todos os elementos relevantes, da representatividade, em termos qualitativos e quantitativos da aliança que se propõe, à disponibilidade financeira dos atores, e sobre a efetiva determinação em cultivar a iniciativa: no limite, o juiz pode impor o respeito de certos requisitos, o desenvolvimento de atividades particulares antes de garantir a investitura.” VIGORITI, Vincenzo. *Class action e azione collettiva risarcitoria*. La legittimazione ad agire e altro. **Revista de Processo**, v.160, 2008, p.187.

sendo que no caso da Defensoria Pública é fundamental observar as competências reguladas na Constituição Federal. No caso do Ministério Público, o autor entende que a legitimação é ampla e irrestrita, desde que o bem tutelado tenha natureza típica de direito ou interesse difuso ou coletivo. Quanto às associações, o autor relaciona a observância aos requisitos da lei (um ano de existência e objeto da ação relacionado às finalidades da associação).<sup>346</sup>

No caso dos direitos individuais homogêneos, o autor apresenta entendimento semelhante. Os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta devem comprovar que sua função institucional pertence ao campo do objeto da ação proposta, tal qual exige a lei. Aos entes federativos, o autor defende uma limitação implícita, dado pelo nexo entre o interesse do ente e o objeto da tutela.<sup>347</sup> Para o autor, a atuação do Ministério Público deve observar os ditames da Constituição, de forma que a defesa dos direitos individuais homogêneos somente é legítima quando representar a tutela de relevante interesse social. No caso das associações, é imperativo, para o autor, observar se o objeto da demanda está circunscrito aos seus fins institucionais.<sup>348</sup>

Assim, não se trata de mera aferição de requisitos legais. Em vários casos, apresentam-se restrições implícitas, que devem ser controladas pelo juiz. Contudo, certamente o autor não parece referendar critérios que não estejam amparados pela lei ou pela Constituição Federal.

Entretanto, não são todos os doutrinadores que entendem como possível o controle judicial da representação adequada no Brasil. Isso se passa porque há dois sistemas de controle, um estabelecido *ex-ante* pelo próprio legislador, que elenca os legitimados para o processo coletivo, atribuindo ou não requisitos a serem cumpridos, e outro, baseado na aferição judicial, a partir de parâmetros fixados ou na própria lei ou nos precedentes judiciais. O primeiro sistema é dito *ope legis*, enquanto o segundo é dito *ope judicis*.

Assim sendo, há doutrinadores que entendem suficiente a mera especificação legal dos legitimados. Desta forma, se uma determinada instituição é considerada pelo legislador como apta a conduzir o processo coletivo, o juiz deve se ater meramente à comprovação dos eventuais requisitos elencados no diploma legal. Intentar outra forma de conduta significa

---

<sup>346</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.66-70.

<sup>347</sup> No REsp 1.509.586-SC, Rel. Min. Nancy Andrigli, data de julgamento: 15.05.2018, restou decidido que o Município possui legitimidade ativa para questionar a cobrança de tarifa de renovação de cadastro bancário em ação coletiva, sendo aquela, segundo a corte, na verdade, um poder-dever, amparado na capacidade institucional do Município. Tal reconhecimento possui um viés claramente progressista, portanto, por parte da 3ª Turma.

<sup>348</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.166-169.

atuar no campo da ilegalidade, como afirmam Nelson Nery Jr e Rosa Nery.<sup>349</sup> Realmente, não faria sentido o autor defender algo diferente, visto que ele é partidário da legitimação autônoma para a condução do processo, na qual o legislador determina a instituição apta a conduzir o processo.

Elton Venturi Jr e Márcio Flávio Mafra Leal também apontam que a lei já traz os requisitos necessários para a configuração da representação adequada ao discriminar os legitimados para conduzir o processo coletivo, não havendo, portanto, espaço para a o controle *ope iudicis*.<sup>350</sup> Pedro Dinamarco também entende não ser possível ao juiz a aferição da representação adequada, que sequer existe no direito brasileiro. Para o doutrinador, no Brasil, o autor de uma ação coletiva é um representante institucional estabelecido *ope legis*, não sendo apropriado falar em controle de um requisito inexistente.<sup>351</sup>

Contudo, o controle da representação adequada pelo juiz impõe-se também em decorrência do modelo cooperativo de processo adotado. Neste trabalho, já foi dito inúmeras vezes que o processo coletivo atrai uma nova feição da jurisdição, na qual o juiz exercita um papel relevante, visto que dotado de poder maior. Assim sendo, é natural que no modelo seguido, o diálogo entre os atores do processo estabeleça-se para que se alcance a legitimidade democrática, ainda mais que o contraditório é norma constitucional expressa (art.5º, LV, CF) e norma processual fundamental (art.7º, CPC).<sup>352</sup>

A exigência já comprovada da observância do devido processo legal pelo processo coletivo faz com que o contraditório veicule um tipo de comportamento processual adequado<sup>353</sup>, necessariamente observado por força da eficácia objetiva dos direitos fundamentais<sup>354</sup>, impondo às partes o dever de boa-fé, que devem atuar com lealdade, confiança, probidade e cuidado. Cabe, portanto, ao magistrado controlar tais atividades a fim de que a decisão judicial prolatada espelhe justamente o debate e a contribuição das partes.<sup>355</sup>

<sup>349</sup> Neste sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 14ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.1731.

<sup>350</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.220. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.231.

<sup>351</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.201.

<sup>352</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.172, jun. 2009, p.51 e ss.

<sup>353</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v.33, set 2008, p.50-59.

<sup>354</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v.126, p.62 e ss.

<sup>355</sup> Se se partir da ideia de Daniel Mitidiero de que a colaboração resulta da necessidade de divisão do trabalho no processo, o resultado é o mesmo: o juiz deve exercer o controle da representação adequada, pois a ele cabe o trabalho de organizar a comunidade de trabalhos segundo as normas processuais. MITIDIERO, Daniel.

Sendo assim, o controle da representação adequada no processo coletivo é ferramenta idônea a afastar o representante que não for capaz de atender tais exigências. A providência é justificada pelo fato de que o processo não pode servir de instrumento para a realização de fins outros que não os seus escopos sociais, jurídicos e políticos, devendo-se primar pelo afastamento de atividades ilícitas como a colusão, estabelecida com o fim de impor prejuízos a outros, bem como a própria realização de acordos espúrios capazes de prejudicar uma determinada classe (“*sweetheart deals*”), evitando erros processuais grosseiros, que muitas vezes ensejam verdadeiro abusos de direitos processuais.<sup>356,357,358,359</sup>

É neste sentido que a atuação do juiz é capaz de afastar aqueles que buscam o processo como uma atividade especulativa, objetivando o ganho fácil.<sup>360</sup> Já foi demonstrado neste trabalho a preocupação do professor Martin Redish com a questão, bem como é possível verificar que na literatura americana a preocupação com a “*judicial blackmail*” é real, tendo em vista que o réu de uma ação coletiva pode vir a enfrentar um grande problema, muitas vezes sendo levado a transigir e acordar, ainda que com base em direito pouco óbvio, sob pena de enfrentar dificuldades financeiras caso a corte se manifeste em seu desfavor.<sup>361</sup>

**Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.104-105.

<sup>356</sup> Em um processo coletivo, muitas vezes a colusão é realizada com o objetivo de fixar precedente. Assim, aquele que é demandado coletivamente realiza acordo com um suposto representante adequado para que seja possível fazer prevalecer a tese que lhe interessa. A importância de se litigar pensando única e exclusivamente no precedente é exposta em: POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 4ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2011, p.140. No processo civil brasileiro, a adoção de um sistema que privilegia as decisões prolatadas em sede de incidentes coletivos, promovendo sua reverberação no sistema jurídico (art.927, CPC, por ex.) permite entender como possível o estabelecimento de tais estratégias e a necessidade de ação repressiva por parte do juiz.

<sup>357</sup> A questão é bem desenvolvida na literatura americana. Nestes acordos, a classe é menosprezada pelo advogado, que em troca de determinada vantagem, realiza um acordo espúrio, por valor abaixo do real. HAY, Bruce; ROSENBERG, David. “Sweetheart” and “backmail” settlements in class actions: reality and remedy. **Notre Dame Law Review**, v.75, 2000, p.1377. Os autores apontam que estes acordos são o reverso da medalha da chantagem judicial.

<sup>358</sup> O anteprojeto de código coletivo formulado por Antonio Gidi, em seu art.14, prevê que os termos do acordo devem ser submetidos à corte, contendo uma justificativa para a sua realização, que deve apontar os pontos do acordo que beneficiam e os que prejudicam, em alguma medida, a classe. Assim, é necessário motivar de forma completa a realização do acordo. Ademais, o anteprojeto não despreza a possibilidade de acordos espúrios, comuns se a representação não for adequada, de forma que o item 14.8 prevê a possibilidade de qualquer membro da classe possa se opor ao acordo projetado, diretamente à corte, ainda que sem advogado.

<sup>359</sup> TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral). **Revista de Processo**, v.177, nov. 2009, p.4. (edição online).

<sup>360</sup> David Rosenberg e Steve Shavell construíram um modelo para analisar a existência e a prevalência de demandas frívolas, no qual a inovação é que autores com demandas frívolas, ou seja, com baixa probabilidade de ganho na causa, seriam capazes de obter acordos favoráveis por parte do réu, em virtude de apresentarem custos baixos de litigância e pelo fato de o réu incorrer em custos razoáveis para se defender destas demandas. ROSENBERG, David; SHAVELL, Steve. A model in which suits are brought for their nuisance value. **International Review of Law and Economics**, v.5, jun. 1985, p.3-13. O modelo é útil para entender a importância dada pela literatura americana à questão da *judicial blackmail*.

<sup>361</sup> Judith Resnik, Dennis Curtis e Deborah Hensler argumentam que a agregação de partes no lado autoral permite a certos advogados trazer a juízo causas fracas ou frívolas de forma a colocar o réu em posição

Por último, cabe afastar um pensamento. Trata-se da ideia de que o regime da coisa julgada no microsistema processual coletivo não é capaz de prejudicar o membro da classe ausente em caso de improcedência, acarretando a irrelevância do controle da representatividade adequada, já que o resultado de uma ação coletiva não prejudicará o membro ausente.<sup>362</sup>

Certamente, este não é o entendimento do presente trabalho, já que não se atribui ao art.103, §§1º e 2º do CDC uma latitude tal que isente o membro ausente de reflexos de uma eventual improcedência na ação coletiva.

Para tal, vale lembrar que os incisos I e II do art.103 do CDC definem regimes de coisa julgada *erga omnes* e ultra partes, respectivamente, para os direitos difusos e coletivos, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas. A coisa julgada que se forma é, portanto, *secundum eventum probationis*, de forma que não haverá coisa julgada apenas se o resultado de improcedência se der por falta de provas, caso em que será possível propor nova ação a partir de prova nova. O §1º do art.103 garante, não obstante, a possibilidade de os indivíduos ajuizarem ações individuais em caso de improcedência na ação coletiva.

Já quanto ao art.103, III do CDC, que dispõe sobre o regime da coisa julgada nos direitos individuais homogêneos, é necessário interpretá-lo junto com o §2º do dispositivo. Assim sendo, em caso de improcedência, haverá a formação de coisa julgada material *pro et contra* para os legitimados extraordinários concorrentes para a ação coletiva, salvo se houver insuficiência de prova, sendo sempre possível, portanto, ao membro da classe que não atuou em litisconsórcio na ação coletiva ajuizar ação individual. Não se pode, portanto, assegurar a existência de eficácia *erga omnes* no caso de improcedência na ação coletiva que discute direitos individuais homogêneos, valendo apenas para o caso de procedência.<sup>363,364</sup>

---

delicada, devendo optar entre um acordo possível ou a bancarrota. RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis E.; HENSLER Deborah R. Individuals within the aggregate: relationships, representation and fees. **New York University Law Review**, v.71, apr.-may 1996. A possibilidade de ruína, ainda que com baixa probabilidade, explica o acordo e de certa forma legitima o termo chantagem. Apontando para o mesmo fenômeno: HAY, Bruce; ROSENBERG, David. "Sweetheart" and "backmail" settlements in class actions: reality and remedy. **Notre Dame Law Review**, v.75, 2000, p.1378.

<sup>362</sup> O entendimento é veiculado por Ada Pellegrini Grinover em: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.928 e ss.

<sup>363</sup> Também defendendo a existência de uma coisa julgada para os legitimados extraordinários, operando *pro et contra*, ao passo que há condicionamento ao direito de ação individual: ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.XII, 2013, p.41.

<sup>364</sup> Os anteprojotos de código coletivo formulados por Antonio Gidi (art.18, 18.3), pela Faculdade de Direito da USP (art.12, *caput* e §§ 1º e 2º) e pela UNESA-UERJ (art.22, *caput* e §§ 1º e 2º) adotam o mesmo entendimento. De forma geral, os anteprojotos prevêm que a coisa julgada tem abrangência *erga omnes*, salvo no caso de insuficiência de provas, resguardados os interesses individuais. O anteprojeto elaborado por Antonio Gidi prevê ainda que a coisa julgada poderá não operar com eficácia *erga omnes* no caso de a

Contudo, ainda que não se verifique um prejuízo individual ao direito de ação por conta da improcedência na ação coletiva, é certo que se geram efeitos negativos relevantes, os quais podem ser decisivos à pretensão individual. Assim sendo, não é difícil imaginar que uma decisão em âmbito coletivo, onde normalmente a cognição é ampla, com a participação de efetivo contraditório, pautada pela presença de *amici curiae* e a realização de audiências públicas, acabe formando naturalmente um precedente a ser seguido, senão por seu conteúdo estritamente jurídico, mas sim pelo efeito ancoragem que cria nos demais juízes.<sup>365</sup>

Sob o prisma do modo de produção da coisa julgada, é possível dizer que ela se forma *secundum eventum litis* no que diz respeito aos membros do grupo social, já que o direito de ação individual há de ser preservado por constituir garantia constitucional, porém, não é possível assegurar inexistência de prejuízo, o que implica a necessidade de controle da representação adequada.

## 5.2 O controle judicial da representação adequada nos Estados Unidos: anotações sobre a jurisprudência

Em seção anterior deste trabalho, foram estudadas algumas lições apresentadas pela Suprema Corte Americana em seus julgados sobre o que poderia definir um representante adequado. Nesta parte, o objetivo é verificar a forma pelo qual o controle da representação adequada é realizado nos Estados Unidos, haja vista a determinação presente expressamente na *Rule 23* e a grande experiência dos tribunais americanos com a questão.

Nos Estados Unidos, a verificação da representação adequada é mandatória. Assim, não se admite que pessoas possam ser vinculadas a uma decisão judicial, sem que tenham tido a oportunidade de serem representadas de forma adequada, ou, alternativamente, de participar diretamente do processo, sob pena de se violar o devido processo legal, cujo núcleo é, como já mostrado neste trabalho, o *notice* (notificação) e o *hearing* (oitiva). Desta forma, o

---

representação da classe ser considerada inadequada. A compatibilização das ações individuais com as ações coletivas ajuizadas é feita, em todos os anteprojetos citados, pelo instituto da suspensão processual. Entende-se que o indivíduo possui direito individual de ação e no caso de sobreposição de ações discutindo o mesmo bem jurídico, o membro da classe que ajuizou ação individual terá a opção de suspender o seu processo, à espera do julgamento da ação coletiva.

<sup>365</sup> Trata-se aqui da existência de vieses cognitivos a que estão sujeitos os humanos. Diante de uma realidade complexa e densa, o cérebro humano busca caminhos mais simples a fim de que os fenômenos com os quais se defronta possam ser elucidados mais facilmente. Não obstante, por vezes, a “estratégia” ocasiona vieses cognitivos, de forma que a apreensão da realidade seja feita de forma viciada, incompleta. No caso, a existência de um julgamento em sede de ação coletiva poderia facilmente instaurar o viés da ancoragem, sendo mais fácil ao juiz tomar a decisão coletiva anterior como válida do que empreender um esforço para traçar uma nova *ratio decidendi* na ação individual. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristic and Biases. *Science, New Series*, v. 185, n.4157, sep. 1974, p.1128-1130.

representante adequado é aquele que exerce o direito de participação do ausente, concretizando, em seu lugar, o contraditório efetivo, advindo daí o fundamento da verificação da sua adequação, formalmente contemplada como pré-requisito à certificação da *class action* pela *Rule 23 A4*.

A questão é crucial na jurisprudência americana e o caso *Hansberry vs Lee*, analisado previamente, evidencia a importância da representação adequada para o estabelecimento das *class actions*. Assim, a jurisprudência atentamente tem construído critérios idôneos a embasar a identificação do que seria um representante adequado, a partir das circunstâncias presentes nos casos concretos. No próprio precedente invocado linhas acima, a Suprema Corte Americana já estabelece uma zona de certeza negativa quanto ao que seria um representante adequado, ao estabelecer que esse deve ter a percepção e a certeza de que está litigando também em nome de pessoas ausentes. Se tais circunstâncias não estão presentes, o representante é inadequado.

Há um cuidado especial com o controle da representação adequada no direito processual americano pelo seu evidente vínculo com o devido processo legal. Tanto é assim que a doutrina reconhece como especial a participação do juiz nas *class actions*, já que ele efetua tarefas que normalmente não desempenha nas ações individuais.<sup>366,367</sup> Assim, o juiz deve verdadeiramente se certificar que o representante protegerá de forma justa e adequada os interesses da classe representada, o que envolve a realização de análises, algumas profundas, envolvendo detalhado escrutínio sobre as circunstâncias e as evidências apresentadas no caso concreto, bem como propriamente intervir, em qualquer estágio do processo, quando perceber o risco de que a classe representada seja efetivamente prejudicada.<sup>368,369</sup>

<sup>366</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004. O autor diz que nas ações individuais, às partes, através de seus advogados, cabe realizar grande parte do trabalho de instrução, enquanto o juiz assume uma postura contemplativa. Já no processo coletivo, a atitude passiva é substituída por um comportamento mais ativo, mais próximo daquele a que estão acostumados os operadores da *civil law*.

<sup>367</sup> Reconhecendo o amplo poder discricionário das cortes para a função de verificar a representação adequada: FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.221.

<sup>368</sup> A Suprema Corte Americana asseverou que a certificação de uma classe deve ser precedida de uma rigorosa análise de seus pré-requisitos, incluindo a representação adequada: *General Telephone Co. of the Southwest vs Falcon* – 457 US 147 (1982). Neste caso, um empregado de origem mexicana realizou um pedido de indenização contra a companhia, alegando ter sido preterido em promoções pelo tão só fato de ter origem mexicana. Ajuizou uma *class action*, apresentando-se como representante adequado da suposta classe, composta por empregados mexicanos da companhia discriminados. A Suprema Corte estabeleceu que o sr. Falcon não poderia ser considerado um representante adequado por definir a classe de forma difusa, ampla e porque sua pretensão não correspondia àquelas comuns a todos os que integrariam a suposta classe.

<sup>369</sup> MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. **Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure**. 3rd. Edition. Saint Paul: West Group, 1998, p.285.

Ainda que inquestionável a necessidade do controle judicial, também pairam dúvidas na jurisprudência e doutrina no tocante à forma pela qual o controle deve ser exercido e quais os efeitos do controle insuficiente ou errôneo.

O primeiro questionamento, feito quanto à forma pela qual o controle da representação adequada é exercido, reside no alvo do controle. Como já visto, a *Rule 23* determina que a representação seja adequada, porém, adota um sentido lacônico, sem estabelecer critérios definidos.

A questão apresenta grande relevância. Como a *Rule 23* não especifica os critérios para uma representação adequada, muitas cortes não conduzem um exame compreensivo do problema. Assim, tendem a focar, na maioria das vezes, apenas na verificação de eventuais conflitos de interesse, desprezando outras questões igualmente relevantes como aspectos pessoais do representante da classe, a atuação do advogado que representa a classe, a observância de valores éticos, o conhecimento da matéria, entre outros.<sup>370</sup>

O professor Robert Klonoff apresentou um estudo baseado em uma amostra de cortes federais, que evidencia a representação adequada no período 1994-2003 para ações de classe propostas, no qual de um total de setecentos e setenta e quatro (774) casos, em trezentos e setenta e um (371) deles, ou seja, em quarenta e oito por cento (48%), a análise feita foi breve, compacta, estando, portanto, desconforme com as exigências de uma abordagem compreensiva e exaustiva, necessária para o exame da questão e para a legitimidade do resultado.<sup>371</sup>

A percepção não é isolada. A professora Linda Mullenix também observa, em estudo teórico, que as cortes, não obstante prestigiem teoricamente a importância da representação adequada, acabam não realizando uma análise completa, o que traz dificuldades futuras, sobretudo para as *class actions* que originam acordos, que são frequentemente questionados via *collateral attack*.<sup>372</sup> Jonathan Macey e Geoffrey Miller também anotam que as cortes se preocupam superficialmente com a questão da representação adequada e apenas atuam de forma mais ativa quando confrontadas por alguma alegação por parte do réu.<sup>373</sup>

---

<sup>370</sup> STRICKLER JR., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v.34, 1984, p.73-74.

<sup>371</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.676.

<sup>372</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1691-1692.

<sup>373</sup> MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform. **University of Chicago Law Review**, v.58, 1991, p.66.

A segunda dificuldade associada à forma de exercício do controle da representação adequada consiste na percepção de que na maior parte das vezes, o autor, ainda que membro da classe e estando convenientemente informado da matéria, não é o verdadeiro “dono do processo”. Assim, não é ele quem define as estratégias processuais ou decide os gastos que serão realizados na instrução processual ou, ainda, define valores para um eventual acordo, resolvendo encerrar o litígio. De fato, é o advogado quem executa tais tarefas, o qual deve, portanto, também ser considerado adequado para o bom funcionamento do processo.

Contudo, o estudo empírico do professor Robert Klonoff revela que, em tão somente trinta e um (31), de um total de seiscentos e oitenta e sete (687) casos por ele analisados, houve uma real preocupação da corte com a questão de o advogado da classe ser ou não realmente um representante adequado. Em geral, se não há qualquer objeção levantada pelo réu, os magistrados simplesmente ignoram a matéria.<sup>374</sup> Jonathan Macey e Geoffrey Miller corroboram a tese, afirmando que as cortes têm atuação demasiadamente passiva e que apenas quando são confrontadas pelo réu, é que procuram também averiguar mais profundamente se o advogado da classe é ou não abalizado para a tarefa. O problema, relatam os autores, é que os réus só o fazem caso vislumbrem vantagem inicial na questão, já que preferem litigar contra profissionais menos qualificados.<sup>375</sup> Na mesma toada, Linda Mullenix revela que as cortes, na prática, são superficiais na análise da importância da atuação do advogado da classe, enfatizando a falta de critérios na lei. Ademais, a professora diz que a pequena atenção devotada pelas cortes à tarefa pode ser explicada por uma combinação de aparência de cumprimento dos requisitos e da tradição de cortesia e civilidade no meio jurídico.<sup>376</sup>

Quanto à análise de quão adequados são os representantes nas *class actions*, o panorama não é mais animador. Robert Klonoff revela que, em seiscentos e setenta (670) dos setecentos e sessenta e três (763) casos pesquisados, ou seja, em oitenta e oito por cento (88%) dos casos em que a questão foi efetivamente analisada, o juízo foi positivo sobre o grau de adequação. O autor anota que as análises foram quase sempre superficiais, adotando critérios generalistas, difíceis de comandarem outro resultado que não a afirmação da representação adequada, seja por focarem tão somente na existência de conflitos de interesse

---

<sup>374</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.689. O autor registra que há ainda certa timidez das cortes para reputar o advogado incompetente ou que apresente comportamento antiético ou cujo comportamento evidencie conflito de interesse.

<sup>375</sup> MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform. **University of Chicago Law Review**, v.58, 1991, p.65.

<sup>376</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1699-1702.

ou por associarem o requisito da *typicality* à representação adequada de forma incontestada. Ademais, as cortes tendem a atuar de forma pouco questionadora, apenas demonstrando um grau maior de preocupação quando confrontadas pelos réus, os quais muitas vezes não tem o devido incentivo para atuar. Igualmente, as cortes evitam fazer qualquer análise de mérito, ainda que superficial, inclusive quando ela se revela importante para o deslinde dos requisitos elencados na *Rule 23*.<sup>377</sup>

Ainda quanto à forma do controle, há debate, também causado pelos termos superficiais em que se apresenta a *Rule 23* A (4), que disciplina a exigência de representação adequada, acerca do ônus da demonstração da representatividade adequada pertencer ao autor ou ao réu.<sup>378</sup> É certo que os réus têm interesse em impedir a continuação de uma *class action* com representantes inadequados, tendo em vista a possibilidade de um futuro *collateral attack*, ainda que muitos deles prefiram obter imediatamente uma vitória, mais provável se litigarem contra representantes inadequados.<sup>379</sup>

Porém, não menos importante é compreender que a atuação do magistrado é crucial para garantir que a representação adequada seja demonstrada de pronto, pois a própria compatibilidade do processo representativo com o devido processo legal ancora-se na representação adequada. Assim, discute-se se o juiz deve exigir logo no início do processo que o autor demonstre se a representação é de fato adequada, sem deixar de exigir um pronunciamento do réu a respeito.<sup>380,381, 382</sup>

---

<sup>377</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p. 677-682.

<sup>378</sup> A jurisprudência tende a se inclinar pela necessidade de o autor demonstrar a adequação da representação em seus termos. Não obstante, vários tribunais já decidiram em sentido contrário, argumentando que na ausência de demonstração inequívoca, a adequação é presumida ou ainda que dos quatro pré-requisitos, a representação adequada é o único a ser demonstrado pelo réu. Assim: *Abby vs City of Detroit* (218 F.R.D. 544 (ED Mich. 2003)) e *Lichoff vs CSX Transp., Inc.* (218 F.R.D. 564 (N.D. Ohio 2003)).

<sup>379</sup> A questão é interessante e deve ser analisada casuisticamente. Assim, acredita-se que nas ações coletivas que evoluem para um acordo, a preocupação dos réus tende a ser maior, já que eles têm interesse em não ver o acordo questionado futuramente. Assim, tendem a ser mais criteriosos, questionando se a representação é realmente adequada. Esta lição pode ser extraída do *Agent Orange case*, no qual um acordo feito para a reparação de danos causados a vítimas do agente laranja, produto químico usado no desfolhamento de florestas durante a Guerra do Vietnã, foi posteriormente questionado judicialmente. Já nos casos em que a disputa é incipiente, em regra, a preferência dos réus está em confrontar representantes menos adequados. Há casos, porém, em que o objetivo precípua é evitar que a ação de classe seja certificada, por ensejar um aumento do risco financeiro envolvido, o que leva, obviamente, a um controle mais estrito da representação por parte dos réus.

<sup>380</sup> Defendendo que a representação seja aferida logo no início do processo, ainda que deva ser controlada durante todo o processo: BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely "adequate" representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.960; MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1733.

<sup>381</sup> No Brasil, o anteprojeto de código de processo coletivo formulado por Antonio Gidi é expresso em seu art.9º, no sentido de que a certificação da ação coletiva e a definição da representação adequada deve ocorrer ao fim

A relação existente entre a classe e o advogado também recebe pouca atenção, o que confronta categoricamente o espírito das metodologias anteriormente propostas, que enfatizam a necessidade de o representante estar em contato permanente com a classe, atuando em seu favor.<sup>383</sup> Uma possível explicação para a evidência é o entendimento da representação como sendo de interesses, não de pessoas. Naquele caso, a impessoalidade é a nota característica, dispensando qualquer aproximação do representante com os representados.

Assim, quando Robert Klonoff afirma que em apenas quatro dos casos analisados a representação foi considerada inadequada pela falta de controle sobre a atividade do advogado, adicionando que em muitos outros casos a falta de contato do advogado com a classe não foi considerada um problema, fica claro que os princípios da titularidade definida, da atuação orbital e da complementaridade participação-representação, que embasam a metodologia proposta por Edilson Vitorelli, são absolutamente desconsiderados pelas cortes americanas na análise da representação adequada. Igualmente, segundo a metodologia americana, afronta-se a ideia de proteção da classe pelo representante, já que permite um enfraquecimento da defesa das pretensões da classe, sendo possível uma ação manipuladora por parte do causídico.<sup>384</sup>

Assim, é importante perceber que nem todas as cortes realizam um controle apurado da representação adequada, não obstante a já propalada relevância da tarefa. Robert Klonoff reporta, em seu estudo empírico, que grande parte das cortes analisadas por ele se limitam a buscar algum tipo de questionamento do réu. Em não havendo, automaticamente aprovam a representação.<sup>385</sup> Em decorrência da evidência empírica retratada, há crescente questionamento na doutrina se não seria correto que a lei impusesse critérios definidos a serem demonstrados verdadeiramente pelo autor como uma condição da ação coletiva.<sup>386</sup>

da fase postulatória ou em fase inicial do processo, após a oitiva das partes e terceiros intervenientes, em decisão motivada.

<sup>382</sup> Certamente o fato de o juiz exigir um pronunciamento do réu sobre a adequação do representante da classe é importante porque essa declaração vincula o réu, devendo este, no futuro, caso deseje alegar alguma nulidade, demonstrar minimamente que as circunstâncias são diferentes, sob pena de incorrer em comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), contrário à boa fé e idôneo a caracterizar o abuso de direito na seara processual.

<sup>383</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.246 e ss.

<sup>384</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.684. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.248 e ss.

<sup>385</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.680.

<sup>386</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.697.

Assim, chega-se a outra fonte de debates relacionados ao controle da representação adequada. Trata-se dos efeitos de uma representação inadequada. Desta forma, há quem pondere pela possibilidade irrestrita de *collateral attacks*, caso se constate a irregularidade da representação, ainda que haja também quem argumente que esta deve ser limitada a circunstâncias específicas.<sup>387,388</sup>

Os critérios exigidos para uma representação adequada serão alvo de análise profunda na próxima seção. Assim, a lição que deve ser marcada no momento é que nos Estados Unidos não se admite, em tese, uma representação formal, já que o representante inadequado é um não-representante, pois não estará, certamente, atuando em prol da coletividade, comprometendo a aderência ao devido processo.<sup>389</sup> Não obstante o entendimento dominante neste sentido, a parca evidência empírica analisada evidencia que a prática nem sempre acompanha os ditames teóricos.

Assim, para alcançar tal objetivo, o de certificar adequadamente a *class action*, as cortes devem atuar de forma mais presente, mais participativa, exercendo atividades de supervisão e gestão, incomuns na escala aqui requerida até nos processos individuais. Assim, devem procurar analisar em detalhes as circunstâncias dos casos concretos, evitando pronunciamentos baseados em regras gerais, que, caso existentes, devem ser devidamente testadas caso a caso, admitida e incentivada, sempre, a manifestação do o autor e do réu.

Esta é a teoria amplamente disseminada nos livros-texto. Muitos estudos ainda são necessários para que o processo coletivo evolua satisfatoriamente, mesmo nos Estados Unidos, lugar em que a prática processual coletiva é usual. Desta forma, fundamentalmente, critérios devem ser pensados para assegurar a representação adequada, tarefa que será objeto deste estudo.

---

<sup>387</sup> O *American Law Institute*, através dos *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, apresenta-se de forma categoricamente oposta à permissão para a rediscussão da questão com base na inadequação da representação, a partir de dois fundamentos: eficácia e eficiência. Patrick Wooley se opõe de forma contundente, argumentando que o direito à jurisdição pessoal não pode ser desconsiderado, já que a Constituição o garante nos casos em que a representação é reputada inadequada. O autor entende que há sempre um direito ao *collateral attack*, salvo nos casos que contemplem reformas estruturais ou se verifiquem limitações orçamentárias com relação ao montante que seria destinado à classe (*Rule 23, B (1) e B (3)*). WOOLEY, Patrick. The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits. **Texas Law Review**, v.79, 2000.

<sup>388</sup> Entendendo que o réu tem grande interesse na fluência regular da *class action*, sobretudo nos casos de acordo, logo apoiando que o réu participe efetivamente do controle da representação adequada: MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1741.

<sup>389</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009.

### 5.3 O controle judicial da representação adequada no Brasil: anotações sobre a jurisprudência

Como visto acima, é majoritário na doutrina estadunidense o entendimento de que o juiz deve realizar o controle da representação adequada. Aqui, a advertência de Susana Costa revela-se importante.<sup>390</sup> A autora mostra que no Brasil, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a legitimação e a representação adequada confundem-se, não havendo qualquer diferenciação como existe naquele país entre *standing* (legitimidade) e *adequacy of representation* (representação adequada).

Conseqüentemente, em decorrência desta não distinção entre conceitos, na prática judiciária a mera ideia de um controle efetivo não é muito difundida, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, onde, em tese, a questão parece pacífica. O controle, na maioria das vezes, restringe-se ou à verificação dos requisitos exibidos pelas associações que propõem ações coletivas ou à ponderação da presença ou não da pertinência temática, nome que o Supremo Tribunal Federal (STF) deu ao vínculo necessário entre as atividades do legitimado e o objeto litigioso do processo coletivo, um conceito simples, sem qualquer aprofundamento teórico ou valorativo.

Mais do que isso, é comum que o Judiciário apenas realize o controle judicial da representação adequada quando o objetivo for exatamente o de tolher o alcance da ação coletiva.

É útil colacionar alguns momentos em que os Tribunais Superiores concederam interpretação restritiva aos dispositivos legais e constitucionais que orientam o processo coletivo.

O primeiro é emblemático. Trata-se do Recurso Extraordinário (RE) 195.056, no qual restou consignado que o *Parquet* não possui legitimidade para questionar em juízo a restituição do IPTU, por não haver entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária uma relação de consumo, não sendo possível, também, identificar na matéria qualquer interesse social ou individual indisponível.<sup>391</sup> Este julgado possui grande importância, pois como revelam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a Presidência da

---

<sup>390</sup> COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.958.

<sup>391</sup> RE 195.056, Rel. Min. Carlos Velloso, data de julgamento. 09.12.1999.

República editou a Medida Provisória 2180-35, de 24 de agosto de 2001, acrescentando o parágrafo único no art.1º da lei 7.347/1985 ( Lei de Ação Civil Pública), restringindo o objeto das ações coletivas, que não poderiam mais versar sobre matéria tributária, previdenciária ou qualquer fundo de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados, incluindo o FGTS.<sup>392</sup> No referido julgado, o STF não se preocupou em traçar parâmetros técnicos para identificar a representação inadequada do Ministério Público na lide. Assim, em vez de recusar a legitimidade do *Parquet* para a causa de forma específica, a partir de uma avaliação sobre a capacidade institucional do órgão nas circunstâncias do caso concreto, por exemplo, preferiu traçar uma restrição geral sobre a matéria discutida.<sup>393</sup>

Mais recentemente, já sob o regime de repercussão geral, o STF decidiu no RE 573.232<sup>394,395</sup> que a atuação da associação na ação coletiva dá-se como representante e não como substituto processual, o que exige autorização expressa de cada membro ou a realização de assembleia deliberativa geral aprovando a atuação, não bastando previsão genérica no estatuto, entendida como possível a partir de antigos precedentes (Ação Originária - AO 152-RS).<sup>396,397</sup>

De forma harmônica com este entendimento, o STF, no julgamento do RE 612.043, fixou a tese do Tema 499 de Repercussão Geral, no sentido de que a eficácia subjetiva da

<sup>392</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.189.

<sup>393</sup> Anteriormente, na ADI 1.576, que discutia a constitucionalidade da nova (atual) redação do art.16 da lei 7.347/1985, alterada pela Medida Provisória 1.570, o Min. Marco Aurélio indeferiu liminar que pretendia eliminar sua eficácia, sob o argumento de que a própria redação original do dispositivo já poderia ter sido interpretado de forma que os efeitos *erga omnes* se dessem apenas nos limites territoriais de atuação do órgão prolator, sendo a mudança realizada pela Medida Provisória 1570 notoriamente pedagógica, por expor claramente a possibilidade. ADI 1.576. Rel. Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 16.04.1997. A doutrina criticou duramente o dispositivo. Rodolfo Mancuso chamou de aberrante a alteração legislativa do art.16 da lei 7.347/85, tendo em vista a confusão feita entre os conceitos de limites subjetivos da coisa julgada e competência do órgão prolator. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.370.

<sup>394</sup> RE 573.232. Rel. Min. Ricardo Lewandovski. Rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento:14.05.2014. O julgado inspira o Tema 82 do STF que fixou a seguinte tese:” I-A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do art.5º, inc.XXI, da Constituição Federal; II- As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.”

<sup>395</sup> Na verdade, o entendimento do STF a respeito do art.5º, XXI não é recente. No RE 192.305, Rel. Min. Marco Aurelio, data de julgamento: 15.12.1998, a Corte já se manifestara pela necessidade de uma autorização assemblear, como forma de reverenciar a literalidade do art.5º, XXI da CF, não obstante neste julgado restasse afastada a necessidade de apresentação de autorizações individuais.

<sup>396</sup> AO 152-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, data de julgamento: 15.09.1999. É útil registrar que o relator veiculara entendimento, que restou vencido, no sentido de que não bastava a previsão genérica no estatuto, nem a decisão tomada em Assembleia Geral, já que a ata não menciona quem opôs divergência.

<sup>397</sup> É difícil não pensar no caso *Martin vs Wilks* (490 US 755 (1989)), já estudado neste trabalho, bem como não lembrar da lição do professor Owen Fiss de que a exigência de notificação poderia tornar inócuos os processos estruturais. FISS, Owen. *The allure of individualism*. **Iowa Law Review**, v.78, n.5, 1993.

coisa julgada formada a partir de ação coletiva ordinária ajuizada por associação civil na defesa dos interesses dos seus associados alcança tão somente os filiados residentes na área em que o órgão julgador exercer a jurisdição até o momento da propositura da demanda, desde que constantes da relação jurídica apresentada na inicial.<sup>398</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao contrário, tinha entendimento diferente daquele que veio a ser fixado pelo STF em seu Tema 82 de Repercussão Geral. Assim sendo, o Tribunal da Cidadania não considerava necessária a autorização específica dos associados como pressuposto para a defesa de direitos de natureza coletiva.<sup>399</sup> No Recurso Especial (REsp) 991.154<sup>400</sup>, afirma-se, peremptoriamente, que as associações têm legitimidade ativa para ajuizar ações coletivas, na forma do art.82, IV do CDC, sendo dispensável a autorização de seus associados. Também no REsp 184.986<sup>401</sup>, o STJ afirma que a atuação das associações nas ações coletivas ocorre em regime de substituição processual, defendendo em nome próprio, um direito alheio.

Contudo, a partir do julgamento do RE 573.232 pelo STF, o STJ passa a inadmitir a atuação judicial das associações em defesa de seus associados, sem que haja autorização expressa, ainda que veiculada pela via assemblear.<sup>402</sup> A exceção feita pelo Tribunal da Cidadania corresponde aos casos julgados após a decisão do STF, em que se operou a técnica do *distinguishing*, visto que naqueles o título executivo, no que diz respeito ao aspecto subjetivo do processo, já estava formado pelo trânsito em julgado da ação de conhecimento, não sendo possível alterá-lo em sede de execução, sob pena de violação da coisa julgada. Em tais casos, a coisa julgada na fase de conhecimento deu-se sem que fosse feita no acórdão qualquer distinção entre os que seriam beneficiados pela decisão, assim como não foi revelado qualquer inconformismo, impossibilitando que tal diferenciação ocorresse na fase de execução.<sup>403</sup>

---

<sup>398</sup> RE 612.043. Rel. Min. Marco Aurelio. Data de julgamento:06.06.2018. Vale ressaltar que o Rel. Min. Marco Aurelio consignou expressamente tanto em plenário quanto no texto base da tese fixada que ela apenas vale para ações coletivas ordinárias, estando as ações civis públicas submetidas a rito próprio não examinado no acórdão. O tema 499 tem a seguinte tese fixada: “ A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.”

<sup>399</sup> Apresentam-se os seguintes precedentes: REsp 132.906, REsp 157.713, REsp 226.803, AgRg no Ag 541.334, REsp 879.773 e REsp 805.277.

<sup>400</sup> Rel.: Min. Eliana Calmon. Data de julgamento:18.11.2008.

<sup>401</sup> Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 17.11.2009.

<sup>402</sup> Neste sentido: REsp 1.153.529, REsp 1.186.993, REsp 1.129.023, REsp 1.185.823, Resp 1.191.457, Resp 1.186.714 e EDcl no AgRg no Resp 494.160.

<sup>403</sup> O STJ considera que a tese do STF se aplica aos casos em que o acórdão executado já limita os efeitos da decisão aos associados que tenham, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizado o

O entendimento no âmbito do STJ passa a ser no sentido de as associações apenas atuarem sob o regime da substituição processual nos mandados de segurança coletivos, por força do art.5º, LXX, “b” da Constituição Federal, agindo como representantes nas ações coletivas ordinárias, exigindo-se, portanto, autorização expressa, assemblear ou individual. Já quanto aos sindicatos, o Tribunal entende que atuam sempre como verdadeiros substitutos processuais.<sup>404</sup>

Consoante o que estabelece o art.5º, §3º da lei 7.347/1985, que permite a substituição de um legitimado coletivo por outro no polo ativo, em caso de abandono ou desistência da ação, há precedentes do STJ que também a admitem, seja pelo *Parquet*, seja por outro legitimado, de forma a evitar a extinção do processo, consagrando os princípios da primazia do conhecimento do mérito da ação coletiva, da continuidade da ação coletiva e da indisponibilidade da ação coletiva, tendo em vista sua importância na resolução de questões cruciais a um número significativo de pessoas.<sup>405</sup>

Não obstante, ainda que considere a substituição possível<sup>406</sup> e não apenas nos casos de desistência e abandono, o que configuraria um rol exemplificativo para o dispositivo citado, o STJ inicialmente concluiu que, por força do entendimento veiculado pelo STF, não seria possível a uma outra associação assumir o polo ativo de ação coletiva proposta por outra entidade associativa que vem a se dissolver supervenientemente ao processo, sob o argumento de que o regime da representação não é capaz de conciliar a situação jurídica dos então representados com a dos associados do ente que assume a causa, ainda que os interesses discutidos sejam comuns aos dois grupos de pessoas.<sup>407</sup>

Realmente, tendo em vista a tese fixada a partir do RE 573.232, um importante precedente, haja vista a repercussão geral associada, a conclusão do STJ surge como verdadeiro corolário do entendimento veiculado pelo STF. Não obstante, no julgamento dos

---

ajuizamento, de forma que se rechaça expressamente a alteração da decisão em sede de execução de sentença. Entendimento exarado no REsp 1.456.198, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 05.02.2015. Em sentido semelhante: AgInt no REsp 1.562.515, AgRg nos EDcl no REsp 490.011, EDcl no AgRg no REsp 1.403.062, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 610.039 e AgInt no Resp 1.649.857.

<sup>404</sup> Resp 1.503.007. Rel. Min. Herman Benjamin. Data de julgamento: 14.06.2017.

<sup>405</sup> Os precedentes citados referem-se à substituição de Conselhos Profissionais e de associação irregularmente representadas, por outros colegitimados no primeiro caso e pelo MP no segundo: REsp 1.177.453, REsp 1.388.792, REsp 1.372.593 e REsp 855.181.

<sup>406</sup> A sucessão processual no polo ativo de uma ação coletiva é usual no direito comparado, ocorrendo em razão de inadequação da representação ou por motivo autônomo. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermez Zaneti Jr., na Austrália há previsão legal e nos Estados Unidos, a jurisprudência assim estabeleceu. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.193.

<sup>407</sup> Trata-se do REsp 1.405.697-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, data de julgamento: 17.09.2015.

embargos de declaração do REsp 1.405.697<sup>408</sup>, o STJ reconheceu a impossibilidade de aplicação das teses dos RE 573.232 e 612.043, visto que elas contemplam tão somente as ações coletivas ordinárias, não se aplicando às ações coletivas consumeristas, de forma que nestas a substituição de associações foi considerada possível. A decisão do Tribunal da Cidadania pautou-se no julgamento dos embargos de declaração do RE 612.043, no qual o STF esclareceu, acolhendo o recurso, que as ações regidas pelo microsistema processual coletivo não são abrangidas pela tese fixada neste recurso extraordinário.

Todavia, é importante lembrar o alerta dado por Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr no sentido de que é importante o STJ ater-se às balizas fixadas pelo STF, evitando a aplicação do art.2º-A da lei 9.494/1997 a qualquer caso, incluindo as causas consumeristas.<sup>409</sup> É certo que descabe tal exigência às associações que atuem com o objetivo de tutelar direitos albergados pelo CDC, tendo em vista a previsão expressa do art.82, IV do CDC, que dispensa a autorização assemblear, além dos limites fixados pela lei 9.494/1997, aplicada às causas contra a Fazenda Pública.

Uma observação relacionada ao entendimento firmado na jurisprudência pode ser feita: os anteprojetos de códigos de processo coletivo, formulados especificamente pelo professor Antonio Gidi, pela Faculdade de Direito da USP (Universidade de São Paulo) e pelos Programas de Pós-Graduação da UNESA (Universidade Estácio de Sá) e da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), apontam todos para a ideia de que as associações atuam como substitutos processuais, sendo expressa a previsão em dispositivos dos dois últimos sobre a desnecessidade de autorização assemblear, enquanto no primeiro há previsão de que a associação atua em nome e em função dos interesses dos membros da classe.<sup>410</sup>

Contudo, a mudança de orientação do STF possui aspectos positivos e negativos. Começando pelo que há de positivo, é de se elogiar a preocupação da Corte Suprema em assegurar que os associados estejam cientes da demanda e que em decorrência disso, não sejam meros títeres processuais. A exigência da autorização expressa de cada associado, ainda que através do voto em assembleia, evidencia a preocupação do STF em promover uma representação adequada em termos concretos, identificando quem são as pessoas que suportarão os efeitos da decisão, o que lhe permite melhores condições para avaliar a atuação

---

<sup>408</sup> Os embargos foram julgados em 10.09.2019 e publicados em 17.09.2019.

<sup>409</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.212-213.

<sup>410</sup> A conclusão é extraída da leitura dos seguintes dispositivos dos anteprojetos: art.2, IV e 2.6 (Gidi), art.19, IX (USP) e art.9º, IX (UNESA-UERJ).

do representante adequado. Trata-se, portanto, de medida adequada à observância do devido processo legal e à preservação do contraditório em relação aos membros ausentes.

Outro ponto positivo é que tal exigência pode ser vista como mais um empecilho à promoção de demandas frívolas, que escondem muitas vezes um interesse lateral, de segunda ordem, de forma que o processo passa a ser utilizado como uma ferramenta para atingir fins espúrios e não para promover os escopos a que se destina. Com isso, evitam-se os abusos de direitos processuais, os quais não são tolerados em virtude do princípio da boa-fé, norma fundamental do processo civil brasileiro, apta a irradiar condutas necessariamente observáveis para as partes, pautadas pela lealdade, proibidade, confiança, respeito e dever de cuidado.<sup>411</sup>

Outro ponto que merece ser destacado é o fato de que as associações são entidades criadas livremente, atuando sem que paire sobre elas qualquer atividade de controle ou supervisão. É importante notar que os demais legitimados para a ação coletiva no âmbito do microsistema processual coletivo sofrem algum tipo de controle, seja interno ou externo, ou estão submetidos à supervisão de outra entidade, o que já não acontece com as associações. Sendo assim, é importante traçar parâmetros mais estritos de avaliação da atuação destes entes.

Pensando o lado negativo da decisão do STF, é possível mencionar que ao art.5º, XXI da Constituição Federal foi dada uma interpretação excessivamente gramatical, sem que se levasse em conta as advertências feitas pelo ex-Ministro Eros Roberto Grau, para quem os textos normativos não apenas não possuem um sentido unívoco, como também devem ser aplicados a casos concretos, de forma que ao intérprete cabe combinar os elementos objetivos do texto com os dados da realidade.<sup>412</sup> Justamente nesse ponto, José Carlos Barbosa Moreira defendeu a ideia de que o legislador constituinte originário cometeu evidente atecnia, referindo-se à representação, quando na verdade pensava em um esquema de substituição processual.<sup>413</sup>

Em apoio ao argumento do grande processualista carioca, é possível dizer que o próprio STF, no verbete da súmula 629<sup>414</sup>, aponta que a impetração de mandado de segurança

---

<sup>411</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, v.1, p.106 e ss. TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral). **Revista de Processo**, v.177, nov. 2009, p.3. (edição online).

<sup>412</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.25.

<sup>413</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, jan.-mar. 1991.

<sup>414</sup> Súmula 629, STF: "A impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes".

coletivo por associação prescinde de autorização dos associados, fato que leva à conclusão de que a figura em questão é a da substituição processual. Em outras palavras, a associação atua em nome próprio em defesa de direito alheio em sede de mandado de segurança coletivo, ao passo que nas ações coletivas ordinárias, verifica-se mera representação, ou seja, a associação não é parte, atua simplesmente defendendo direito alheio em nome alheio.

É certo que tal distinção não deveria ser feita, a despeito da já comentada redação do art.5º, XXI. O entendimento é que não há no *writ* coletivo nenhuma peculiaridade idônea a dispensar um tratamento diferente do veiculado às ações coletivas. A zona de certeza positiva é que tanto as ações coletivas quanto o mandado de segurança coletivo são instrumentos do processo coletivo, cuja constitucionalidade requer que a representação dos membros ausentes seja adequada, como forma de preservar o devido processo legal e o contraditório, ao passo em que a isonomia, a segurança jurídica, a economia processual e o acesso à justiça sejam igualmente otimizados.

Desta forma, a interpretação dada pelo STF ao art.5º, XXI foi muito restrita, literal, endossando um formalismo que nem sempre será adequado ou necessário. É certo que as associações, pelas razões já apontadas, merecem um escrutínio especial, mas nem sempre o único fator de controle deve ser a autorização expressa dos seus membros. Muitas vezes, a necessidade de observância deste formalismo apresenta-se contrária à promoção do acesso à justiça e da economia processual quando gera, por exemplo, a simples inadmissão da substituição de uma associação por outra no polo ativo de uma ação coletiva, tendo ambas o mesmo objeto social e quando possível a regularização posterior do rol de representados.

Tampouco a opção do STF de identificar um parâmetro fixo parece consistente com a operacionalidade do microsistema processual coletivo, pensado a partir da conjugação dos art. 90 do CDC e do art.21 da lei 7.347/1985.<sup>415</sup>

Originariamente, o legislador, em 1990, objetivou a construção de um sistema harmônico. Posteriormente, algumas mudanças foram propostas de forma a obstaculizar o alcance das ações coletivas, que em muitos casos eram propostas frente à Administração Pública, que já enfrentava cenário de crise fiscal e contra grandes corporações.<sup>416</sup> Em relação

---

<sup>415</sup> O art.21 da lei 7.347/1985 foi acrescentado pela lei 8.078/1990, o próprio CDC, em demonstração clara de que se arquitetava um verdadeiro microsistema processual. Os artigos citados tratam da aplicação recíproca dos dispositivos previstos em ambas as leis na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, incluindo os de matéria consumerista.

<sup>416</sup> A lei 9.494/1997 alterou a redação do art.16 da lei 7.347/1985, determinando que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento. Também a Medida Provisória 2.180 de 2001 introduziu o art.2º-A na lei 9.494/1997, prevendo que apenas os associados que tenham domicílio na área da competência territorial do órgão prolator na data

a este sistema imaginado, o normal seria um diálogo entre os diplomas, repercutindo a flexibilidade de formas e favorecendo a resolução da questão coletivamente. Explica-se.

O artigo 82, IV do CDC afirma que as associações legalmente constituídas há mais de um ano, cujos objetivos institucionais estejam afinados com os interesses e direitos protegidos pelo CDC, são legitimadas para a propositura de ações coletivas, dispensada a autorização assemblear. É também cediço que o microsistema opera em duas fases, sendo na primeira fase fixada a condenação em termos genéricos (art.95, CDC), ao passo que a liquidação e a execução podem ser realizadas por cada indivíduo teoricamente representado na ação ou pelos legitimados coletivos (art.97, CDC). Além disso, o regime da coisa julgada adotado nas ações coletivas define que seus efeitos não prejudicarão os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe (art.103, §1º, CDC), assim como permite aos detentores de direitos individuais homogêneos ajuizarem ação individual a despeito de eventual improcedência em ação coletiva (art. 103, §2º, CDC).

Desta forma, a exigência peremptória de que haja autorização expressa para que o suposto beneficiário possa executar uma sentença que lhe convém parece inconveniente neste regime. Primeiro, o legislador parece ter dispensado a autorização quando a causa for consumerista. Depois, o fato é que ainda que não tenha consentido com a ação coletiva, o indivíduo, ainda assim, poderá ajuizar uma ação individual, com boas chances de êxito, dada a procedência da ação coletiva. Assim, mais conveniente do ponto de vista da celeridade e da economia processual seria permitir que ele procedesse com a liquidação e a execução dos seus créditos individualmente, devendo, não obstante, neste momento processual, comprovar situação jurídica que o habilite a tal.<sup>417</sup> De outra feita, em caso de improcedência na ação coletiva, o seu direito estaria igualmente preservado, já que poderia ajuizar ação individual, com efeitos semelhantes ao do *opt out* do direito americano. Dentro do regime imposto pelo

---

da propositura da ação de caráter coletivo por entidade associativa estarão abrigados pela sentença prolatada. O parágrafo único exige que em sendo contra os entes federativos, suas autarquias ou fundações, a petição deve estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que autorizou o ajuizamento da ação, além da relação nominal dos associados e seus respectivos endereços.

<sup>417</sup> Evidentemente há um desafio a ser enfrentado neste regime. Trata-se da possibilidade de exaurimento de fundos por parte do devedor, tal como previsto nas *class actions* americanas, prejudicando a concretização dos direitos de credores individuais que não subscreveram a ação coletiva e que tampouco se apresentaram para a liquidação e a execução em termos individuais. Contudo, é certo que o microsistema coletivo não contém dispositivo específico para esta hipótese, bem como a solução orquestrada pelo STF tampouco resolve a questão. O fato é que em circunstâncias especiais como esta, a providência deve ser tomada logo no início do processo, de forma que o juízo *a quo* deve tomar as medidas necessárias para assegurar o crédito, assim como promover ampla publicidade da causa, com o intuito de compor o quanto antes o rol das vítimas do dano. Claro está que em tais situações, mecanismos auxiliares como as *claims resolutions facilities* são mais adequados para resolver tais situações.

microsistema processual coletivo, negar a possibilidade de execução individual a partir da inexistência de uma autorização expressa não faz muito sentido.

Não está errado, porém, o STF em exigir, em muitas circunstâncias, a relação nominal dos associados representados na ação. Contudo, a interpretação dada ao dispositivo parece consignar que a simples enumeração dos representados é capaz de promover a representação adequada, no que toca ao vínculo que se exige entre representante e representados, quando isto não parece correto. Assim sendo, o STF, premido pela necessidade de criar uma tese hábil a orientar os jurisdicionados, parece ter acreditado ser possível estabelecer parâmetros fixos que funcionem em todo e qualquer caso concreto. Contudo, a avaliação da representação adequada não pode ser feita sem que as especificidades do caso concreto sejam devidamente consideradas. Não basta exigir a apresentação da relação de associados que expressamente concordaram com a lide, visto que em muitos casos este parâmetro é ineficaz para garantir que estas pessoas sejam adequadamente representadas. Na construção de quais são os requisitos que permitem uma associação atuar em juízo na defesa do interesse de seus membros, o STF poderia ter oferecido critérios mais compreensivos e não apenas basear sua análise em um parâmetro fixo. Ou, simplesmente, estabelecer diretrizes, que admitiriam flexibilizações, segundo o caso concreto.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, que defendem que a aferição da representatividade adequada ocorra a partir do conteúdo da demanda, advertem, inobstante, que a “exigência de representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para ‘sentenças processuais’, vedando o enfrentamento da matéria de fundo.”<sup>418</sup> A proposição referenda o entendimento de que é necessário pormenorizar e especificar os motivos da inadequação, os quais não estão sempre pautados na mera inexistência de relação individual dos associados. Era necessário que o STF aprofundasse o entendimento do tema, já que a singeleza da tese fixada permite que “sentenças processuais” continuem a ser prolatadas.

Paralelamente, é importante realçar que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu o conceito de pertinência temática, que significa a existência de um vínculo entre as finalidades institucionais do legitimado e o objeto da demanda, aplicado principalmente nos casos de controle de constitucionalidade.<sup>419</sup>

---

<sup>418</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4, p.189.

<sup>419</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.551. E-book. Ademais, a autora explica que também no âmbito do processo legislativo, o STF impõe que, no caso de leis com iniciativa privativa ou reservada, as emendas propostas pelos parlamentares tenham pertinência temática com a matéria regulada. Trata-se, assim, de mecanismo de controle da racionalização e transparência do processo legislativo.

Eduardo Scarparo<sup>420</sup> lembra que esse requisito não resta expressamente presente nas leis que orientam o processo coletivo, de forma que, a partir da observação do autor, é possível concluir que se trata de uma forma de restringir a atuação, sobretudo das associações, a partir da criação de um conceito simples, que não realiza qualquer análise valorativa mais profunda. Não obstante, outra observação de Eduardo Scarparo merece menção: a criação do conceito de pertinência temática efetivamente rompe com qualquer concepção legalista do controle da representação adequada, já que a literalidade da lei é afrontada. O requisito criado não está no texto legal, servindo como um controle jurisdicional da impropriedade da confecção de estatutos que declara finalidades inespecíficas ou genéricas. De qualquer forma, a ação corresponde a um reconhecimento claro da possibilidade do controle *ope iudicis* da representação adequada.

A percepção é que o erro consiste em alargar excessivamente a ampliação do conceito de pertinência temática. Sua aplicabilidade deve se limitar aos casos em que a ação proposta seja claramente imprópria, ensejando a percepção de abuso do direito de ação, o que é vedado no sistema jurídico brasileiro. Nestes termos, a pertinência temática atua como um filtro legítimo, em correspondência clara com a categoria interesse de agir dos processos subjetivos.<sup>421</sup>

Também Gilmar Mendes apresenta-se como um crítico ao uso generalizado do conceito. Assim se manifesta o Ministro do Supremo Tribunal Federal:<sup>422</sup>

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

A crítica chama a atenção pela menção ao fato de que possivelmente nem o legislador ordinário poderia impor a observância de semelhante restrição. Repise-se, mais uma vez, que não se discorda e nem se verifica qualquer inconsistência na aplicação de filtros ao direito de ação, como forma de proteger outras garantias e valores do ordenamento, desde que pautada pela proporcionalidade e pela razoabilidade. O erro está no alargamento indevido do seu uso.

<sup>420</sup> SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, v.208, jun. 2012, p.5-6 (edição online).

<sup>421</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.553. E-book.

<sup>422</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.1257.

Ainda no que toca à pertinência temática, Luís Roberto Barroso reporta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre os legitimados decalcados no art.103 da Carta Magna, de forma a considerar legitimados universais e especiais.<sup>423,424</sup> Os primeiros seriam autorizados a defender a Constituição Federal em qualquer hipótese, enquanto os últimos apenas em matérias que repercutam diretamente na sua esfera jurídica ou de seus filiados, desde que comprovem representatividade adequada, calcada na pertinência temática.

Assim, é fácil verificar que a Constituição não realizou semelhante distinção que, não obstante, foi realizada com o claro intuito de reduzir o fluxo de demandas em relação ao tribunal.<sup>425</sup> Patrícia Perrone explica que a corte atribuiu a condição de legitimado especial aos que pareciam capazes de produzir o maior nível de judicialização ou a menos desejada. Assim, o STF realizou na época verdadeira gestão processual do risco de explosão de demandas.<sup>426</sup>

Contudo, fato é que o STF não aprofundou a questão, limitando-se a realizar uma análise superficial, sem discutir as características e circunstâncias que definiriam uma representação adequada. Ele diferencia legitimados a partir de um raciocínio simples, insuficientemente teorizado, logo, inadequado para algumas situações. Ademais, é importante perceber que as leis que orientam o microssistema processual coletivo e as leis que regulam o processo de controle abstrato de constitucionalidade, bem como o próprio CPC quanto aos casos repetitivos não oferecem critérios seguros sobre o que configuraria uma representação adequada. A análise, seguindo os passos da jurisprudência americana, tomou um rumo impreciso.

Também o STJ aderiu ao conceito de pertinência temática ao analisar as ações coletivas, motivado pela redação dos art.82, IV, CDC e 5º, V, “b” da lei 7.347/1985, que

---

<sup>423</sup> ADI 902, Rel. Min. Marco Aurelio, data de julgamento: 19.05.1995.

<sup>424</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.199 e ss. O professor explica que os legitimados universais são o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e partido político com representação no Congresso Nacional. Os especiais são o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>425</sup> CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. In: BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018, p.7.

<sup>426</sup> A autora colaciona importante e reveladora jurisprudência do STF, que interpreta a Constituição Federal de forma particularmente restritiva no tocante ao art.103. Assim, o STF exigiu que a confederação sindical comprovasse a filiação de três federações situadas em estados distintos para ser considerada como tal (ADI 505, Rel. Min. Moreira Alves, data de julgamento:02.08.1991), que a associação de classe demonstrasse a existência de filiados em nove estados diferentes a fim de ser considerada como de âmbito nacional (ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, data de julgamento: 28.06.1991), vedando, ademais, a existência de associação de associações (ADI 108, Rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 05.06.1992).

determinam a necessidade de as associações possuírem determinadas finalidades institucionais a fim de que se legitimem à propositura de ações coletivas.

Diferentemente da sua situação na jurisdição constitucional, a pertinência temática está positivada no microssistema processual coletivo. Porém, a advertência quanto ao excessivo alargamento de sua interpretação e aplicação permanece.

Quanto a esse ponto, vale considerar a opinião do professor Hugo Nigri Mazzilli, para quem a exigência de adequação entre finalidade institucional e objeto da demanda deve ser observada não apenas para as associações como decorre da literalidade dos arts.82, IV do CDC e art.5º, V, “b” da lei 7.347/1985, mas também a todos os legitimados extraordinários para a ação coletiva.<sup>427</sup>

A princípio, a opinião do autor parece caminhar no sentido de um alargamento excessivo da norma destinada às associações, implicando um contorno demasiado elástico para o conceito de pertinência temática, de forma oposta ao que foi sugerido até então.

Contudo, o entendimento deste trabalho é diverso. Julga-se que a pretensão do professor não é obstaculizar a apresentação de ações coletivas, mas garantir que abusos sejam evitados, prestigiando a norma fundamental da boa-fé e o devido processo legal. Se os direitos individuais de ação estão assegurados no microssistema, como visto, é imperativo tutelar também o uso do processo, de forma que ele não seja usado de forma inconsequente. Neste sentido, é importante a observação do autor, desde que pautada pela razoabilidade e proporcionalidade. É fato que os demais legitimados pela lei não estão aptos a operar em toda e qualquer circunstância, faltando-lhes, em muitos casos, capacidade institucional para tal. Trata-se de verdadeira sintonia fina, pois no processo coletivo é necessário, em doses maiores que no processo individual, tutelar diversos princípios. Consequentemente, é necessário adotar comportamentos capazes de promovê-los na justa medida, sem que se incorra em excessos.<sup>428</sup>

A lição é conhecida do Tribunal da Cidadania. No julgamento do AgRg no REsp 901936, o Rel. Min. Luiz Fux, ciente da determinação legal aplicável ao caso, assim aponta:<sup>429</sup>

As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo.

---

<sup>427</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.277-278.

<sup>428</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v.33, set. 2008, p.50-59.

<sup>429</sup> AgRg no REsp 901.936. Rel. Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 16.10.2008.

Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido do consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido constituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. (grifo nosso)

O entendimento declarado no julgado corresponde à necessidade de equilíbrio na análise da representação adequada, noção preconizada neste trabalho. Conquanto em alguns casos não haja previsão legal, a exigência de pertinência temática atende a objetivos importantes do processo, desde que aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, acarretando a ausência de alargamentos ou restrições indevidos.

Não obstante, nem sempre o STJ seguiu este entendimento. No julgamento do AgRg nos EDcl nos Edcl no REsp 1.150.424<sup>430</sup>, a Corte decidiu que a Associação de Bares e Restaurantes da Cidade de São Paulo não detinha legitimidade para propor ação coletiva em face de concessionárias de serviço público, que se destinava a afirmar a irregularidade da cobrança de multas moratórias superiores a dois por cento (2%), assim como a devolução em dobro, conforme a legislação consumerista. O STJ considerou que inexistia pertinência temática, ainda que presente previsão estatutária genérica no sentido da promoção de ações coletivas no interesse da sociedade como um todo.

No caso específico, a decisão do STJ não parece a melhor. A ação proposta se apresentava no interesse da sociedade realmente, visto que visava coibir um flagrante desrespeito à legislação, que vitimava a sociedade como um todo, tendo a associação demonstrado suficiente interesse e aptidão para bem conduzir a questão. A mera análise da pertinência temática, sobretudo em sentido extenso, não deve ser capaz de obstar um processo coletivo. A resolução da questão em sede coletiva evitaria o ajuizamento de ações individuais, a litispendência de ações coletivas sobre a questão e o conseqüente asoerramento dos tribunais. Assim sendo, faltou à decisão o sentido de equilíbrio demonstrado no julgado citado anteriormente.

Tal como no caso americano, a breve análise da jurisprudência brasileira sobre o tema aponta para o fato de que também são necessários critérios para que a representação seja

---

<sup>430</sup> AgRg nos EDcl nos Edcl no REsp 1.150.424. Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). Data de julgamento: 10.11.2015.

considerada adequada, reforçando o compromisso com o devido processo legal e com a própria legitimidade da prestação jurisdicional, gerada em conformidade com os princípios e garantias processuais estabelecidos pelo legislador constituinte. O passo seguinte é a discussão destes critérios que permitam determinar a adequação da representação em processos coletivos.

## **6 OS CRITÉRIOS PARA A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA**

Até o momento, este estudo buscou demonstrar a importância da representação adequada para os processos representativos, reafirmar a sua centralidade para o Direito Processual Coletivo, assim como explicar a importância do seu controle por parte do Poder Judiciário.

Não obstante o elo vital deste instituto com o devido processo legal, o estudo ofereceu indícios de que não há um controle suficiente da representação adequada no âmbito dos processos coletivos, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, ainda que a melhor doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, aponte para a importância crucial desta atividade no contexto do processo coletivo.

Assim sendo, esta seção buscará estabelecer critérios capazes de garantir que a representação seja adequada. Assim, a análise será construída sobre dois blocos de critérios, o qualitativo e o quantitativo.

Os critérios qualitativos podem ser divididos em três grupos: o temporal, o pessoal e o institucional.

O critério temporal buscará demonstrar a necessidade de o controle ser feito tão cedo quanto possível no processo, conquanto já tenha sido afirmado que o controle deve ser permanente, devendo se estender até o fim do processo.

O critério pessoal apresentará os requisitos a serem apresentados por aqueles que capitaneiam e impulsionam, inclusive em nome dos litigantes ausentes, o processo. Desta forma, é necessário entender quais as características que o representante adequado deve possuir para cumprir sua missão, bem como analisar qual deve ser o comportamento do advogado que atua em defesa da classe no processo. Claro está que, sobretudo considerando as metodologias examinadas e os julgados da Suprema Corte Americana, não é uma atuação qualquer de ambos que há de garantir que os ausentes sejam adequadamente representados no processo coletivo.

O critério institucional tentará esboçar um padrão procedimental para as cortes que se deparam com o problema de determinar se uma representação é adequada ou não em um processo de natureza coletiva. Assim, por desempenharem papel tido como vital na conformação do processo coletivo, devendo assegurar que os princípios e garantias processuais constitucionais sejam observados, é necessário que as cortes atuem se atendo a alguns balizamentos, a fim de que os vícios reportados anteriormente sejam evitados.

Já o critério quantitativo é de natureza objetiva, apresentando, tão somente, formulações que assegurem a representação adequada formalmente, podendo ser investigadas a partir do domínio da aritmética e da estatística.

A maior parte da doutrina, tanto nos Estados Unidos como no Brasil, trabalha apenas com critérios de natureza qualitativa. Contudo, a avaliação de tais critérios é sempre feita a partir de um prisma pessoal, sendo inerente uma alta carga de subjetividade. Por exemplo, avaliar até que momento o processo se encontra em fase inicial é algo aparentemente simples, mas que pode ensejar diferenças, dependendo da avaliação feita. A própria existência de conflitos de interesse, por vezes, não é facilmente detectável, dependendo de avaliações éticas de natureza subjetiva. Assim, com o critério quantitativo, busca-se estabelecer uma regra objetiva, apoiada em recursos quânticos, de forma que se reduza o grau de subjetividade que permeia a análise da representação adequada, minimizando a margem de erro. O critério quantitativo busca fornecer uma resposta incontroversa sobre se, atendidos os critérios qualitativos, a representação pode ser considerada adequada, ainda que, como se verá, em algumas situações, o critério também não deva ser aplicado. Mas sem dúvida, o objetivo da construção de um critério quantitativo é fornecer uma resposta mais segura sobre a adequação da representação.

É útil mencionar que, inicialmente, a análise da representação adequada não prescinde do critério qualitativo, já que o quantitativo apenas o complementa, oferecendo uma checagem adicional, de natureza formal, para os casos em que a análise de representação adequada tenha sido positiva quanto aos critérios qualitativos. Assim sendo, os critérios são complementares, devendo o teste que afere a representação adequada ser conduzido em dois estágios. No primeiro, afere-se a conformidade dos critérios qualitativos, enquanto no segundo o critério quantitativo é investigado. A afirmação de que uma representação é adequada exige um juízo de conformidade positiva com relação aos dois critérios. Contudo, em alguns casos, dificuldades em garantir a observância segura dos critérios qualitativos pode ser suprida pelo teste positivo do critério quantitativo. Não obstante, a falha em qualquer dos estágios configura, normalmente, uma representação inadequada.

## 6.1 Os critérios qualitativos

### 6.1.1 O critério temporal

Acertada a necessidade de realização do controle jurisdicional da representação adequada, naturalmente o passo seguinte é indagar o momento em que a tarefa deve ser cumprida.

Na doutrina alienígena, a professora Linda Mullenix se preocupou com a questão.<sup>431</sup> A autora defende que a representação adequada é indispensável à conformação das *class actions* de acordo com o devido processo legal, apontando que a inobservância deste requisito fatalmente coloca em perigo a realização de acordos nos processos coletivos, tendo em vista a possibilidade de que *collateral attacks* venham a reduzir o seu apelo. Assim, o controle da representação adequada logo no início do processo torna-se importante, porque é possível, desde já, evitar causas perversas de uma possível inadequação, tais como falta de diligência ou competência para a condução da causa, ações temerárias em que o representante ou o causídico colocam os direitos da classe em risco, a presença de conflitos de interesse, a falta de recursos financeiros e técnicos para conduzir o processo, a atuação em causa própria, a realização de acordos espúrios e a colusão.

Claro está que a investigação da representação adequada é mais efetiva se feita logo no início do processo, já que a detecção imediata de vícios evita atos inúteis e possíveis nulidades.

A observação é lógica. Se há ausentes e os interesses destes devem ser obrigatoriamente protegidos, é natural que, antes de iniciar o procedimento, se garanta que os responsáveis pela condução do processo estejam em condições de bem representar tais interesses. Nas *litigation class actions*, que são constituídas com o objetivo de obter uma decisão judicial, é claro que o controle da representação adequada pelo juiz no primeiro

---

<sup>431</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1698 e ss.

momento é não apenas fundamental para a higidez do processo, mas também vital para o seu estabelecimento. A ação coletiva só poderá se desenvolver se devidamente certificada, ou seja, caso os requisitos estabelecidos pela *Rule 23* sejam cumpridos.

A lição é válida, no caso americano, também para as ações de classe que nascem visando a realização de um acordo. Nas *settlement class actions*, a verificação da representação adequada já ocorre em um momento decisivo, visto que as partes já têm um acordo rascunhado, necessitando tão somente da certificação da corte e da consequente homologação. Assim sendo, o tribunal não dispõe de tempo suficiente para observar o comportamento das partes durante o processo, exercendo suas funções de supervisão e gestão durante a fase de instrução, usualmente mais curta nestes casos. Por isso, a avaliação da representação adequada deve ser feita de imediato, de forma rigorosa, a fim de garantir que a questão reste definitivamente resolvida. O ponto é que a representação adequada é um requisito técnico, central ao processo coletivo, logo, deve ser analisado precisamente, ainda que os termos de um eventual acordo pareçam agradar às partes e se adequem ao senso comum de justiça. Não obstante, mesmo nestes casos, a averiguação da representação adequada não pode ser menosprezada, visto que ela é requisito processual mandatório do acordo feito entre as partes, por mais justo e sério que este pareça a princípio.

Assim, mesmo nos processos em que haja acordo prévio, a averiguação da representação adequada é tarefa inicial, que deve ser performada, preferencialmente, antes mesmo de que os termos do acordo sejam conhecidos, a fim de que a corte não seja tomada por qualquer viés de cognição.<sup>432</sup> O passo inicial, mesmo nestes processos em que a questão já está concretamente definida, é, portanto, a análise da representação adequada, que deve ser performada com afinco e rigor. Assim, é possível e muitas vezes necessário que a corte realize procedimentos do tipo *town meetings*, convoque *amici curiae* ou conduza audiências nas quais o representante e o advogado da classe sejam questionados.

Um outro desenvolvimento na cena processual que torna relevante a avaliação inicial da representação adequada é o financiamento por terceiros (*third party funding*). O instituto

---

<sup>432</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases. **Science, New Series**, v.185, n.4157, sep 1974, p.1124-1131. Os autores explicam que, por ser a realidade extremamente complexa, é comum que as pessoas usem atalhos mentais, ou seja, estratégias para facilitar a apreensão do conhecimento da complexidade envolvida no fenômeno observado. Contudo, não é pouco frequente que a estratégia resulte falha, por ensejar excessiva simplificação, que impede que aspectos cruciais do fenômeno sejam percebidos. Aplicando a lição dos professores ao caso em tela, é possível dizer que o conhecimento prévio da solução acordada pela corte promoveria um viés cognitivo, a ancoragem da cognição. Em outras palavras, a solução inicial formulada pelas partes teria um grande peso no mapa mental usado pela corte para abordar o problema. Em vez de extrapolar as possibilidades envolvidas, tende-se, nestes casos, a prover uma solução final que orbite em torno do ponto de partida, no caso específico, o acordo proposto.

nada mais é que um negócio jurídico realizado entre a parte e um investidor, segundo o qual este financia aquela, objetivando a realização de um lucro. Assim, o investidor analisa a causa, avalia as possibilidades de vitória e caso verifique que a chance está de acordo com o risco que pretende assumir, efetiva o financiamento da parte no processo, arcando com os custos, de forma total ou parcial.<sup>433</sup>

Um exemplo ajuda a esclarecer. Suponha-se que uma determinada corporação, cujas ações são listadas em bolsa e que se financia através da emissão de títulos de dívida no mercado, tenha omitido dos investidores determinadas informações relevantes para a decisão de compra e venda das ações e dos *bonds* no mercado. Ou ainda, que tenha se engajado em práticas corporativas nefastas aos interesses de seus acionistas e *bondholders*. É claro que é possível construir uma possibilidade de pagamento de indenizações aos investidores prejudicados, através do ajuizamento de uma *class action* nos Estados Unidos ou por meio de uma ação civil pública, no Brasil.<sup>434</sup> Ademais, é certo que a instrução do processo envolverá consideráveis recursos, principalmente financeiros. Exatamente neste ponto surge a figura do investidor, um terceiro, sem qualquer vínculo com a parte, mas que se interessa em financiar o litígio, com o fim de obter um lucro. Assim, ele não é membro da classe, possui interesse meramente financeiro, mas certamente atua de forma decisiva no deslinde da questão. A sua análise é financeira e o processo, visto como uma classe de ativo idônea a propiciar diversificação de riscos para o seu portfólio. Não há necessariamente uma preocupação com os direitos dos membros da classe. Assim sendo, em tal cenário, é altamente provável que se estabeleçam conflitos de interesse dos mais variados, não apenas entre os próprios membros da classe, mas também entre estes e o terceiro que financia a operação, bem como o advogado que atua em nome da classe, mas provavelmente pago pelo terceiro.<sup>435</sup>

Desta forma, fica claro que a atuação rigorosa da corte no início do processo no controle da representação adequada é crucial para que o devido processo legal seja respeitado. A alta probabilidade de conflitos de interesse aponta para tal necessidade. Certificar uma ação coletiva nestes termos, sem que os conflitos estejam devidamente esclarecidos, é admitir a

---

<sup>433</sup> SAHANI, Victoria Shannon. Reshaping third-party funding. *Tulane Law Review*, v.91, n.3, feb. 2017, p.405-406.

<sup>434</sup> A análise que se segue é claramente aplicável ao caso brasileiro, ainda que o sistema de representação brasileiro seja *ope legis* e calçado em instituições públicas (o art.1º da lei 7.913/89 prevê a atuação do Parquet, de ofício ou a pedido da CVM, nos casos de ações civis públicas que visem evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários). Contudo, é possível que uma determinada associação de investidores minoritários, por exemplo, possa se valer do instituto para assegurar seus direitos. Inclusive, há fundos de investimento no Brasil que já se dedicam a este tipo de investimentos.

<sup>435</sup> SAHANI, Victoria Shannon. Judging third-party funding. *University of California Law Review*, v.63, feb. 2016, p.422 e ss. A autora explica em detalhes a necessidade de o juiz analisar todos os vínculos do terceiro, a fim de entender os possíveis conflitos de interesse que possam estar presentes na causa.

possibilidade de vícios que podem comprometer o resultado do processo e servir tão somente a interesses financeiros, enquanto o processo tem um escopo social, político e jurídico.<sup>436</sup> Por mais que o controle da representação adequada deva ser feito no decorrer de todo o processo, em casos como este, é vital que a concentração de esforços se dê logo no início, a fim de evitar também outros efeitos danosos como o *judicial blackmail* ou os *sweetheart deals*.<sup>437</sup>

É importante notar que a Suprema Corte Americana agiu conforme os ensinamentos acima (no sentido de privilegiar uma análise completa da representação adequada de imediato) em dois casos emblemáticos. O primeiro é o caso *Amchem vs Windsor*<sup>438</sup>, no qual restou deliberado que o acordo contemplava com as mesmas condições grupos de pessoas que apresentavam condições médicas bastante diversas. Assim, ficou claro que, não obstante o acordo parecesse razoável *prima facie*, ele não observou o requisito da representação adequada, haja vista a presença de um possível conflito de interesses entre diferentes grupos de pessoas que compunham uma classe única. A conclusão então foi pela denegação do acordo proposto, tendo em vista que os representantes falharam em assegurar os direitos de cada um dos grupos de pessoas, sendo evidente o conflito de interesses.<sup>439</sup>

<sup>436</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>437</sup> *Judicial blackmail* é o termo usado para configurar situações em que o ajuizamento de uma ação coletiva apresenta um risco tão elevado para o réu do ponto de vista financeiro que este aceita realizar um acordo, normalmente em termos desfavoráveis, a fim de encerrar a ação e reduzir o risco financeiro. Já *sweetheart deals* são acordos feitos entre o réu e o advogado da classe (e o terceiro que, eventualmente, financia a causa) para que a ação seja encerrada, sem que, no entanto, se assegurem de forma prioritária os direitos dos membros da classe. Assim, o acordo financeiramente favorece mais o advogado e o financiador do que a própria classe. Bruce Hay e David Rosenberg defendem que os efeitos nocivos podem ser mitigados através da observância, pelas cortes, das salvaguardas presentes na legislação, entre as quais se insere, certamente, a representação adequada e a consequente possibilidade de controle da atuação do representante adequado, do advogado e por extensão, do terceiro que financia o processo. HAY, Bruce; ROSENBERG, David. "Sweetheart" and "backmail" settlements in class actions: reality and remedy. **Notre Dame Law Review**, v.75, 2000, p.1377-1407.

<sup>438</sup> 521 US 591. O objeto do processo era a indenização a ser percebida por pessoas que foram expostas ao asbestos, de forma direta ou indireta. Em um dos polos, inúmeras pessoas que tinham um fato em comum: a exposição ao asbestos. Contudo, a classe envolvia pessoas que já apresentavam sintomas da doença e outras que poderiam vir a apresentar, tendo sido proposto um acordo que contemplasse ambos os grupos de pessoas. Inicialmente, a ação, definida como uma *settlement class action*, foi certificada pela US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, a qual, no entanto, foi posteriormente revogada pela US Court of Appeals for the Third Circuit. Após inúmeras tratativas na District Court, um acordo foi gestado, o qual sofreu várias objeções, sendo rejeitado pela US Court of Appeals for the Third Circuit, levando o processo à Suprema Corte. Esta não referendou o acordo, tendo como argumento decisivo o fato de que a representação de todos os interesses envolvidos não era adequada, dada a heterogeneidade de pretensões, suscitando conflitos de interesses não satisfatoriamente resolvidos.

<sup>439</sup> Como contraponto, é interessante discutir a opinião do Justice Breyer, que divergiu em parte. O juiz afirmou que os conflitos de interesse são inerentes e o problema da representação adequada é muitas vezes inevitável, tendo manifestado sua opinião a favor da realização do acordo, tendo em vista as milhares de ações ajuizadas, considerando, ainda, que a corte mais aparelhada para verificar as questões fáticas que envolvem a presença ou não de conflitos seria a *District Court* e não a Suprema Corte. Especificamente sobre a representação adequada, Justice Breyer diz: " *what constitutes adequate representation is a question of fact that depends of the circumstances of each case* ". KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward. K.; MALVEAUX, Suzette M.

No caso *Ortiz vs Fibreboard*<sup>440</sup>, a Suprema Corte reiterou a análise feita em *Amchem vs Windsor*, entendendo que o requisito da representação adequada, bem como os outros requisitos da *Rule 23*, também devem ser considerados em *settlement class actions*, adicionando, porém, medidas estruturais que poderiam ser tomadas pelas cortes quando da análise da representação adequada, como, por exemplo, a divisão em subclasses. A corte indicou ainda que os representantes da classe deveriam ser indicados antes de que o acordo fosse negociado.

Algumas lições merecem registro ao se observar os pronunciamentos da Suprema Corte nos dois casos. A primeira é que, quanto ao momento de avaliação da representação adequada, ela deve ser feita inicialmente por quem propõe a ação (autocontrole), já na fase pré-processual, visto que antes da negociação do acordo os representantes da classe já deveriam ser indicados. A segunda é que a corte, sem considerar o teor material do acordo, deveria proceder à análise da representação adequada de forma rigorosa, garantindo que todos os requisitos elencados pela *Rule 23* sejam observados. A justiça percebida nos termos do acordo não prescinde da análise da representação adequada. A Suprema Corte, assim, corrobora o entendimento de que o controle da representação adequada em seu estágio inicial (até mesmo pré-processual) é importante, bem como referenda a ideia de que os vieses cognitivos devem ser evitados. A terceira é que mesmo a premência de resolver um caso complexo não referenda um acordo, sob o argumento de que nem sempre um mau acordo termina sendo a melhor solução, caso a representação não for considerada adequada.<sup>441</sup>

No Brasil, o pensamento não é diferente quanto ao instante em que a representação adequada deva ser controlada.

José Rogério Cruz e Tucci lembra que no processo civil brasileiro, o juiz, tradicionalmente, possui participação ativa no processo, reforçando sua atuação para assegurar o cumprimento do devido processo legal nas ações coletivas, o que se dá por meio de um compromisso de verificação do comportamento processual do legitimado (no Brasil, pelo critério *ope legis*, visto também como o representante adequado) durante toda a tramitação do processo.<sup>442</sup> Assim, do magistério do professor da USP é possível extrair que o

---

**Class actions and other multi-party litigation.** 3rd. ed. St Paul: Thomson Reuters, 2012, p.579. Trad. nossa: “o que constitui representação adequada é uma questão de fato que depende das circunstâncias do caso.”

<sup>440</sup> 527 US 815 (1999). Tal qual o caso *Amchem*, já descrito anteriormente, esta ação trata de indenização devida a vítimas de asbestos.

<sup>441</sup> BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.945 e ss.

<sup>442</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros. **Revista do Advogado**, n.99, set. 2008, p.62-79.

juiz deve efetuar o controle da representação adequada já no início do processo, independentemente da configuração *ope legis*.

No caso brasileiro, é possível entender que o fundamento para o controle da representação adequada pelo juiz no início do processo é constitucional.

O art.37, *caput* da Constituição Federal elenca os princípios que devem nortear a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, sendo, portanto, de observância obrigatória para o Poder Judiciário. Entre eles, está o princípio da eficiência, logo, o magistrado não deve permitir o prosseguimento de uma ação coletiva sem se certificar de que a representação é realmente adequada, sob pena de desperdiçar recursos, ferindo a eficiência. Ademais, legalmente falando, dentre os poderes do juiz previstos no CPC, estão aqueles dispostos no art.139, I e II deste diploma. Na verdade, os dispositivos afirmam que o juiz deve zelar pela igualdade das partes e pela duração razoável do processo, de forma que é possível entendê-los como comandos diretos para que o juiz efetue o controle da representação adequada de forma rigorosa já no início do processo.<sup>443</sup> Ao assegurar já no início do processo coletivo a representação adequada, o juiz estará contribuindo decisivamente para a concretização de valores como a economia processual, a segurança jurídica, a isonomia e o próprio acesso à justiça.

### 6.1.2 O critério pessoal

Muito importante para a análise da representação adequada é entender de que forma devem atuar o representante adequado e o advogado da classe para que o devido processo legal seja respeitado.

#### 6.1.2.1 O representante da classe

A *Rule 23* fornece parcas indicações do tipo de comportamento que o representante da classe deve exibir para ser considerado adequado. Assim, exige-se, além de pertencer à classe e ter questão em comum com os representados, a tipicidade das pretensões e alegações, bem como a representatividade adequada, que para a doutrina deve ser lida a partir de duas

---

<sup>443</sup> Susana Henriques da Costa assevera que não faz sentido permitir o seguimento de um processo coletivo, movimentando o Poder Judiciário, sem que se investigue quão idônea é a representação adequada, de forma que demandas frívolas devem ser estancadas já em fase inicial. COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.975 e ss.

características fundamentais: a ausência de conflito e o vigor na condução da causa.<sup>444</sup> É possível, então, inferir que a doutrina atribui uma responsabilidade fiduciária ao representante da classe, que deve atuar como um consultor, um mediador, sendo o elo de confiança da classe no litígio.

Normalmente também recomenda-se, no âmbito doutrinário, que o representante reúna algumas outras características como eticidade, honestidade e consciência do papel representado, de forma que esteja inteirado dos rumos da litigância e que exerça controle sobre o advogado que representa a classe em juízo, estando apto a cooperar tanto com os representados, fornecendo-lhes explicações sobre os rumos da causa e conduzindo um necessário diálogo que deve orientar as possíveis escolhas, bem como com o advogado, revelando a este as aspirações e interesses dos representados e cuidando para que estas sejam seguidas.<sup>445</sup> Outra característica usualmente citada é que ele tenha condição financeira para suportar a litigância, arcando com os custos das atividades gerais ligadas ao processo.<sup>446</sup>

É importante notar que a adequação do representante da classe não é uma questão que mereça, na prática, um detalhado escrutínio por partes das cortes.

Mais uma vez vale expor os números apresentados pelo professor Robert Klonoff.<sup>447</sup> Em oitenta e oito por cento (88%) dos casos analisados, o representante foi considerado adequado, certamente um percentual demasiado alto para uma questão central ao processo coletivo. Ademais, em apenas 2,4% dos casos, as cortes concluíram pela inadequação do representante por motivos relacionados à sua incompetência ou falta de conhecimento sobre a causa. Além disso, em apenas 0,5% dos casos, houve preocupação das cortes em indeferir a participação do representante por causa de sua falta de controle sobre o advogado, o que significa, na prática, que este é o verdadeiro *dominus litis*, contrariando, frontalmente, as metodologias apresentadas, que preconizam respeito irrenunciável aos interesses da classe.

As cortes da amostra analisada também pouco se preocuparam com outra questão importante para assegurar a representação adequada: em nenhum caso analisado houve

---

<sup>444</sup> KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2012, p.116. ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009.

<sup>445</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.677.

<sup>446</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1704 e ss. KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2012, p.115-128.

<sup>447</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.678 e ss.

rejeição do representante por sua incapacidade em cooperar com os representados ou com os advogados. Assim, uma questão fundamental para o estabelecimento de uma representação adequada, a cooperação do representante com os representados, a capacidade de estabelecer diálogos com a classe, foi simplesmente desconsiderada. Isso significa dizer que a capacidade de o representante cumprir com os deveres anexos da representação foi simplesmente ignorada pelas cortes, não obstante seja uma valência central à representação adequada. Também, em apenas quatro casos do total da amostra, as cortes reprovaram a atuação de um representante adequado por força de problemas éticos ou morais, sendo que o professor reporta que, na verdade, muitas se recusaram a desqualificar o representante apenas em função de tais alegações.

A professora Linda Mullenix entende que isso é um erro, subscrevendo fortemente as lições doutrinárias que enfatizam a ideia de que o representante adequado deve ser visto como um verdadeiro agente fiduciário, associando a isso a concretização do devido processo legal nos processos representativos.<sup>448</sup> Assim sendo, a professora sugere que o representante da classe não é simplesmente uma figura decorativa, destinada a satisfazer as exigências legais, permitindo, assim, a um advogado ou a um investidor atuar com interesse financeiro na causa. Tampouco pode ser visto simplesmente como aquele que financiará a litigância.

Na verdade, do seu entendimento é possível presumir que o representante adequado, em decorrência da boa-fé objetiva que deve ostentar<sup>449</sup>, possui deveres anexos de natureza protetiva em relação à classe. Ele deve cuidar dos seus interesses, informar sobre os rumos da litigância, agir sempre com ética, lealdade e probidade, bem como cooperar e colaborar no sentido de que os interesses da classe possam ser perseguidos sempre, de forma que tais ações são essenciais para a conformação do devido processo legal.

O papel do representante da classe também é visto como fundamental pela professora Debra Lyn Bassett, no intuito de o processo representativo exercer o seu papel.<sup>450</sup> Na sua

---

<sup>448</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1738.

<sup>449</sup> No sistema processual brasileiro, fala-se em boa-fé, positivada como norma fundamental no CPC. Nos Estados Unidos, pode-se dizer que se trata da restrição à atuação das partes imposta pelo devido processo legal, cuja observância veda a prática de atos abusivos, ainda que previstos na lei. Nos sistemas de common law, o devido processo legal surge como um padrão para a avaliação de atos inadequados. TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral). **Revista de Processo**, v.177, nov. 2009, p.3. (edição online).

<sup>450</sup> BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.958. “*There is no magic answer here. However, greater attention by both class counsel and the court to the class representative-who, after all, has a stake in the outcome-will increase the likelihood of achieving adequacy of representation and reduce the possibilities for reversal on appeal or a subsequent collateral attack.*” Trad.nossa: Não há resposta mágica aqui. Como quer que seja, a maior atenção do advogado da classe e da corte ao representante da classe- que, contudo, tem uma

visão, o representante da classe funciona como uma primeira linha de defesa dos interesses da classe, logo, pode-se dizer da própria compatibilidade com o devido processo legal.<sup>451</sup>

Assim sendo, quatro são os pré-requisitos que o representante da classe deve exibir: (a) o representante deve ser um membro da classe, tendo experimentado a mesma lesão e possuindo a mesma pretensão; (b) o representante deve ser independente, no sentido de que não deve possuir quaisquer vínculos com o advogado da classe ou com o advogado do réu, evitando com isso qualquer mácula à efetividade e compromisso de sua atuação; (c) o representante deve ser assertivo perante o processo e o advogado e (d) o representante deve estar ciente da sua responsabilidade, logo, dos deveres anexos a sua atuação processual.

Destes quatro requisitos, a professora afirma que o primeiro é crucial. Ela lembra o caso *General Telephone Co. of Southwest vs Falcon*<sup>452</sup>, no qual a Suprema Corte entendeu ser relevante que a lesão sofrida e a pretensão do representante da classe sejam as mesmas associadas à classe, não se admitindo representações baseadas em circunstâncias genéricas. No caso em tela, a alegação de discriminação étnica sofrida pelo representante adequado foi considerada genérica, não sendo possível entendê-lo como um representante adequado da classe, visto que várias outras lesões advindas de diferentes tipos de discriminação poderiam ter sido sofridas pelos membros da classe, não tendo, portanto, o representante como defender tais interesses estranhos à situação por ele vivida.

Contudo, conforme já sugere o estudo do professor Klonoff, a professora mostra que, ainda que importante, o requisito não é fácil de ser cumprido fielmente, havendo vários fatores que explicam o fato. O primeiro deles é que, normalmente, quem suporta a litigância não é o representante da classe, que é, na verdade, escolhido, pelo advogado (investidor) que direciona seus recursos para obter ganho financeiro na causa. Assim, os incentivos estão voltados para a constituição de classes amplas, que maximizam o ganho financeiro, já que envolvem maior número de pessoas e conseqüentemente, um maior valor financeiro em caso de acordo ou sucesso na causa. O segundo é que as cortes confiam muito nas designações feitas pelos advogados, como visto, gerando incentivos para a inobservância do requisito.

---

participação no resultado-aumentará a probabilidade de obtenção de uma representação adequada e reduzirá as possibilidades de reversão da decisão na apelação ou de um subseqüente *collateral attack*.

<sup>451</sup> A autora entende que a representação adequada envolve três níveis de salvaguardas. O primeiro é o representante da classe, enquanto os outros dois são o advogado da classe e o tribunal. Quando os três se estabelecem a contento, atuando em prol da classe, a representação adequada é quase uma certeza. Contudo, para que a representação seja adequada, pelo menos duas das três salvaguardas devem operar satisfatoriamente. BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely "adequate" representation in class actions. *Georgia Law Review*, v.38, 2004, p.949. A observação da autora foi o que motivou este estudo a apresentar os critérios institucionais da representação adequada, que tecem padrões que devem ser prioritariamente seguidos pelos tribunais quando da análise da representação adequada.

<sup>452</sup> 457 US 147 (1982).

A definição de classes amplas, nas quais a lesão sofrida e a pretensão exibida pelo representante adequado não sejam exatamente a mesma dos demais representados, se estabelece majoritariamente porque confluem vários interesses nesse sentido. O advogado que propõe a ação tem maior facilidade para maximizar seus ganhos, facilitando, inclusive, a negociação de acordos, o que também está no interesse do réu, normalmente interessado em realizar avenças de amplo espectro, englobando o maior número de pessoas possível para que a questão se encerre definitivamente. Também os tribunais se beneficiam por terem sua atividade diminuída, já que resolver uma contenda diretamente é mais fácil do que desdobrá-la.

Contudo, as classes amplas configuram a possibilidade de um vício para o processo coletivo, que é a falta de representação adequada. Por definição, é impossível que um só representante seja adequado para uma gama diversa de interesses presentes em classes definidas amplamente. Assim, em ocorrendo a proposição de uma classe ampla, é necessário aplicar uma ferramenta capaz de corrigir o defeito: a constituição de subclasses. Elas permitem que os diversos interesses sejam agrupados a partir de suas especificidades, sendo necessário que exista para cada uma delas um representante que se amolde perfeitamente à lesão sofrida e à pretensão exibida.

A presença de interesses diversos dentro de uma mesma classe certamente provoca conflitos e aumenta o grau de litigiosidade interno da classe, trazendo, concomitantemente, um aumento da complexidade da solução. Ainda que a lesão seja comum a todos, nestes casos é difícil concatenar diferentes expectativas e uma mesma solução, como visto anteriormente neste estudo.

O estabelecimento das subclasses é a técnica que permite a continuidade do processo originalmente configurado a partir de uma classe ampla.<sup>453</sup> O fato de o representante da classe estar submetido às mesmas especificidades dos representados é útil em vários pontos, principalmente, por permitir que o diálogo com aqueles seja realizado de forma mais fácil, aumentando também o poder de convencimento nas situações necessárias.

A técnica é útil, mas surge com ela um complicador: o aumento da complexidade. Torna-se necessário compatibilizar vários interesses para que uma solução final seja

---

<sup>453</sup> Andre Vasconcelos Roque entende que há outros mecanismo idôneos a apartar conflitos de interesses no interior da classe, tais como a admissão da ação apenas em relação a determinadas pretensões ou parte do grupo, a intervenção no processo de novos membros da classe para reforçar a representatividade da mesma, a permissão para o *opt out* ou a própria inadmissão da ação. ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009, p.186. Não se discorda do autor, mas é claro que o estabelecimento de subclasses é uma técnica dominante, sobretudo pensando no caso brasileiro, onde prevalece o princípio da inafastabilidade da jurisdição e da primazia do mérito.

alcançada, o que exige que tantos representantes adequados sejam apontados quantos forem as pretensões apresentadas. A subclasse é uma técnica que permite o avanço do processo coletivo, porém, às custas de um indissociável aumento da complexidade.

A terceira edição do *Manual for Complex Litigation* traz uma interessante observação: a descrição da classe deve ser feita de um modo especialmente apurado quando se toma a regra B (3) da *Rule 23* em consideração. E isso, por um motivo simples, que é o fato de que a regra se aplica aos direitos individuais homogêneos, que possuem uma circunstância em comum, que supera a individualidade, justificando o tratamento coletivo, mas exigindo a notificação compulsória de todos os membros da classe. Nesses casos, a possibilidade de tratamentos diferentes é muito maior do que a possível para os casos das regras B (1) e B (2), nos quais a questão é tratada coletivamente por força da numerosidade excessiva, da existência de recursos limitados ou pela necessidade real de se promover um tratamento único a todos os integrantes da classe. Assim, a recomendação desta terceira edição do manual é descrever a classe tão precisamente quanto possível, usando subclasses, o que facilitará as atividades probatórias, instrutórias, a realização de acordos e o próprio julgamento, ao passo que torna muito mais visível todos aqueles que serão definitivamente alcançados pela decisão. Ademais, a recomendação é evitar que as classes sejam definidas a partir de subjetividades ou de questões relacionadas ao mérito, devendo-se proceder no sentido de que a subdivisão seja feita sempre a partir de parâmetros objetivos e específicos, o que se apresenta de forma compatível com a decisão em *General Telecom vs Falcon*, relatada acima.<sup>454</sup>

O manual recomenda ainda que cada uma dessas subclasses tenha um representante, facilitando assim a representação judicial de cada interesse dos grupos envolvidos no litígio, não obstante seja da opinião de que é inviável para o processo a presença de mais de dez representantes.

O editor da prestigiada *Harvard Law Review* também oferece visão semelhante em um de seus comentários. Segundo ele, o que anima a subdivisão em classes é a possibilidade de o juiz, em redefinindo a contenda e apontando novos representantes e classes, abranger com sua decisão um espectro maior de pessoas, aumentando a chance de que todos os ausentes tenham seus interesses considerados na decisão judicial.<sup>455</sup>

Enquanto critério, a assertividade do representante e sua compreensão do papel por ele desempenhado são importantes para assegurar uma representação adequada. Isso acontece

---

<sup>454</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 3rd ed., 1995, p.217 e ss.

<sup>455</sup> Note. Developments in the law of class actions. *Harvard Law Review*, v. 89, p.1318 e ss.

porque a partir de tais características será fácil ao representante cumprir com os deveres anexos de representação, estabelecendo um diálogo produtivo com a classe.

Com relação a tais requisitos, vale apreciar um caso definido pela Suprema Corte Americana, *Surowitz vs Hilton Hotels Corporation*, no qual uma imigrante polonesa, com nítidas dificuldades no entendimento de matérias econômicas e societárias, propôs uma *class action* na qual buscava reparação pelo prejuízo causado a sua posição acionária e de outros acionistas por suposta ação fraudulenta de funcionários do réu. Este alegou que a *class action* não poderia ser certificada, pois Mrs.Surowitz não possuía mínimo conhecimento técnico sobre a questão reclamada. A Suprema Corte não considerou tal argumento, apontando que a autora recebera considerável ajuda do seu sobrinho, mestre em economia pela *Columbia University*.<sup>456</sup>

A importância do caso reside no fato de que muitas cortes passaram a subestimar a importância específica do representante adequado na conformação do processo coletivo, o que pode ser constatado pelos números apresentados pelo professor Klonoff em sua pesquisa. Na doutrina, a questão ensejou controvérsias e várias vezes se levantaram quanto à importância da capacidade técnica e da competência do representante adequado para a ação coletiva. Jonathan Macey e Geoffrey Miller, por exemplo, afirmam a irrelevância de tais qualidades para o processo representativo.<sup>457</sup> A professora Linda Mullenix critica veementemente tal entendimento, tendo em vista o valor que ela atribui às funções desenvolvidas pelo representante adequado.<sup>458</sup>

A decisão da Suprema Corte no caso *Surowitz* foi correta porque assegurou o acesso à justiça, reforçando a isonomia também por considerar que uma pessoa não letrada pode atuar como representante adequado. Não obstante, isso não significa que se deva considerar prescindível a análise das características específicas do representante adequado pela corte, já que ele deve desempenhar funções importantes no processo coletivo, fato já evidenciado em outras decisões da Suprema Corte comentadas anteriormente.

---

<sup>456</sup> 383 US 363 (1966).

<sup>457</sup> MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform. **University of Chicago Law Review**, v. 58, 1991. A explicação dos autores para o fato é que os representantes possuem uma participação financeira pequena na causa, não havendo incentivos para que atuem com vigor. Além disso, majoritariamente, são escolhidos pelos advogados que conduzem e/ou financiam a causa, de forma criteriosa, a partir de um perfil não conflituoso. Assim, o controle está nas mãos dos advogados, não do representante, nestas condições visto como mera formalidade.

<sup>458</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1710 e ss.

Ainda com relação à capacidade de o representante adequado desempenhar suas funções, cabe discutir quão importante é a sua capacidade financeira. Andre Vasconcelos Roque entende que o fato de os interesses financeiros das pessoas serem normalmente pequenos é capaz de explicar a pouca relevância atribuída na prática dos tribunais à análise das características do representante adequado, havendo ainda um outro fato que justifica tal concepção: o fato de que é o advogado quem comanda, mesmo nas ações individuais, as estratégias para o caso.<sup>459</sup> O autor afirma ainda que a questão é controvertida na doutrina<sup>460</sup>, chamando a atenção para o fato de que terceiros possam atuar como financiadores dos litígios, desde que haja o consentimento da classe, sob a supervisão do juiz, conforme permitido pelas Regras-Modelo da *American Bar Association* (ABA), embora vedada a interferência desses terceiros sobre o advogado da classe.

A questão levantada pelo autor é interessantíssima. As regras de ética profissional vedam a interferência do agente capitalista sobre o advogado, mas a questão é estabelecer até que ponto tal restrição é crível realmente. A regra certamente assegura que conluícos explícitos não serão permitidos, mas não veda a elaboração de estratégias destinadas a favorecer o agente capitalista. De imediato, duas conclusões podem ser extraídas do fato. A primeira é que o representante adequado não pode ser visto como figura decorativa, supérflua no processo coletivo, já que é ele quem possui melhores condições para dialogar com a classe, por estar exposto às mesmas circunstâncias. A segunda é a necessidade da formulação de um critério quantitativo que assegure o direito da classe, independentemente de avaliações sobre a independência real do causídico ou da existência de conflitos de interesse, muitas vezes altamente subjetivas. O critério quantitativo surge para reforçar o entendimento sobre a presença da representação adequada, sobretudo nos casos difíceis.

Quanto à exigência de independência do representante, que não deve ter vínculos com os advogados, seja da classe ou do réu, uma circunstância se relaciona intimamente com a questão, verdadeiramente considerada como nevrálgica para as cortes e para importante segmento doutrinário: a existência de conflito de interesses.

Para esta parcela da doutrina, o que é fundamental para assegurar a representação adequada é assegurar que não haja conflito de interesse entre o representante da classe e os seus membros. Garantido isso, não é necessário para as cortes se debruçarem sobre nenhuma

---

<sup>459</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009, p.182 e ss.

<sup>460</sup> A professora Linda Mullenix, por exemplo, entende que é importante realizar tal análise: MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1705.

característica adicional como competência, honestidade, eticidade, capacidade de cooperação, pois o que verdadeiramente importa é a atuação do advogado da classe, que deve ser competente tecnicamente.<sup>461</sup>

No plano empírico, o professor Robert Klonoff apresenta evidência que as cortes também entendem a questão tal qual este segmento doutrinário. O professor revela que em trinta por cento (30%) dos casos analisados, a simples ausência de conflitos de interesse entre o representante e os membros da classe foi considerada suficiente para garantir a adequação da representação. A observação é importante, principalmente, se considerada a lição doutrinária de que mesmo na ausência de conflitos de interesses, a representação pode ser inadequada, caso o representante se demonstre incapaz de entender a matéria do caso, bem como não haja a observância dos deveres anexos de informação, honestidade, lealdade, cooperação, colaboração, bem como a construção de um diálogo construtivo com a classe.<sup>462</sup> Assim, entende-se que a ausência de conflito de interesses entre a classe e o representante é uma condição necessária, mas não suficiente para garantir a representação adequada.<sup>463</sup>

Ainda com relação ao conflito de interesse entre o representante e a classe, Andre Vasconcelos Roque traz interessantes observações.<sup>464</sup> A primeira é que os conflitos de interesse relevantes são aqueles dotados de concretude, de forma que os especulativos ou hipotéticos devem ser desconsiderados e tratados pelas técnicas disponíveis quando inviabilizarem uma solução para a causa. A segunda é que conflitos não relacionados com a

---

<sup>461</sup> NEWBERG, Herbert; CONTE, Alba. **Newberg on class actions**. 4th ed, 2002, p.433 e ss. Também: COFFEE JR., John C. Class action accountability: reconciling exit, voice and loyalty in representative litigation. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p.408 e ss. (O autor discute o controle da *class action* e afirma que o advogado é figura preponderante, enquanto o representante da classe possui atuação formal). DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of General Telephone v. Falcon. **Ohio State Law Journal**, v.54, 1993, p.607 e ss. (O autor diz que nas *class actions*, o representante da classe nem monitora, nem é consultado pelo advogado da classe sobre as escolhas importantes). MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform. **University of Chicago Law Review**, v.58, 199, p.71 (Os autores alegam que a ideia de que há efetivo controle do representante adequado sobre o advogado é na melhor das hipóteses duvidosa). Uma sugestão mais radical, no sentido de apontar como verdadeiramente irrelevante a análise a figura do representante: BURNS, Herbert B. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. **Hastings Law Journal**, v.42, 1990.

<sup>462</sup> Como ator processual, o representante adequado se submete às exigências da cláusula geral de boa-fé (presente nos regimes de *civil law*), o que lhe remete à necessidade de observar os deveres anexos citados sob pena de incorrer em abuso de direito processual, bem como, nos regimes de *common law*, ele deve cumprir com as exigências do devido processo, o que torna mandatário a observância de uma conduta livre de vícios. TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral). **Revista de Processo**, v.177, nov. 2009, p.4. (edição online).

<sup>463</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.678.

<sup>464</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009, p.188.

causa não devem impedir o seguimento da ação coletiva, visto que a representação adequada se estabelece em relação aos interesses objetivos da causa.<sup>465</sup>

Outras questões relacionadas a conflitos de interesse entre o representante adequado e os membros da classe, como a divergência de opiniões quanto à necessidade de ajuizamento da ação, quanto à tutela pretendida, bem como quanto à destinação dos resultados financeiros do processo coletivo são questões que devem ser tratadas pelas técnicas já enunciadas, logo no início do processo, entre as quais a divisão em subclasses é a técnica dominante. Em outros casos, o direito de *opt out* atua justamente no sentido de proteger aquele que não deseja se submeter aos efeitos do processo coletivo, notoriamente nos casos da regra B (3). Já em alguns outros casos, a extinção do processo é o recomendado, tendo em vista a impossibilidade do *opt out* e a impossibilidade de realizar a subdivisão em subclasses.

No caso brasileiro, em havendo discordância sobre a argumentação ou a tutela pretendida, é possível ajuizar ação individual nos termos do art.82, §§2º e 3º do CDC, produzindo efeitos análogos. O juiz também pode atuar e nomear outros representantes adequados, eliminando eventuais conflitos e controvérsias.

Finalmente, quanto aos conflitos de interesse, cabe entender os efeitos sobre o representante adequado da existência de tais divergências no âmago da própria classe. Nessas situações, é possível que haja mais de um representante adequado, cada qual hábil para entender os interesses da subclasse, promover o diálogo sempre que possível e supervisionar a atuação do advogado para que esta se dê em acordo com os objetivos fixados e as pretensões pleiteadas. Não obstante, é possível que haja um único representante adequado, capaz de concatenar os interesses em conflito, o que acontece quando as divergências não são disjuntivas, ou seja, quando não há antagonismos de interesses, havendo uma grande zona de intersecção. Porém, é importante entender que estas circunstâncias são raras, justamente por exigir que o representante adequado, além de sofrer o mesmo dano das diferentes subclasses, tenha uma questão em comum com todas elas e que suas pretensões sejam típicas das diversas subclasses. Assim, é mais comum que, na presença de conflitos de interesses entre os membros da classe, haja mais de um representante adequado, de modo que cada subclasse tenha o seu.

---

<sup>465</sup> O exemplo fornecido pelo autor é o caso *Sunrise Toyota Ltd vs Toyota Motor Co.* (55 F.R.D 519, 533 S.D.N.Y 1972). No caso, a montadora é processada por um grupo de concessionárias, que alegavam que a ré tomava ações deliberadas para dificultar as vendas em Nova York. A ré argumentou que a ação coletiva não poderia seguir, haja vista a dificuldade engendrada pelo evidente conflito de interesses entre os membros da classe, que competiam por vendas no mesmo território. A solução da corte foi permitir o prosseguimento da ação, pois o conflito apresentado, embora real, não era central à discussão do objeto litigiosos do processo.

No Brasil, a prática dos tribunais não é pautada pelas considerações feitas neste tópico, como já demonstrado em seção específica do trabalho. Contudo, não é possível ignorar a existência de ferramentas para tal controle.

O art.139 do CPC elenca alguns poderes de direção do processo atribuídos ao juiz. Ainda que assentado o modelo cooperativo de processo, ao juiz cabe o impulso oficial e o controle do processo na forma da lei, a fim de que o arbítrio e a descoordenação não se instalem. Assim sendo, é possível extrair de quatro incisos a possibilidade de convocação de outros legitimados com o intuito de dar efetividade às ações coletivas. Os incisos I, II, IX e X asseguram que ao juiz cabe: assegurar a igualdade entre as partes, velar pela duração razoável do processo, efetuar o suprimento de pressupostos processuais juntamente com o controle de vícios e oficiar os legitimados pela lei para apresentarem ação coletiva, verificada a presença de ações individuais repetitivas.

É certo que a partir de tais poderes, ao juiz é permitido estimular outros legitimados para que se juntem em litisconsórcio a uma ação coletiva já existente ou para que ajuízem ação objetivando a discussão de direitos de uma subclasse sub-representada em um processo já existente. Da mesma forma, com o fito de proteger uma determinada classe, é possível ao juiz convocar um outro legitimado capaz de representar uma certa classe, se julgar inepto o atual representante ou se julgar útil um reforço da representação.

#### 6.1.2.2 O advogado da classe

A participação do advogado da classe é muito importante no desenvolvimento de um processo representativo, já que os interesses pleiteados, bem como todas as manifestações processuais se dão por seu intermédio. É cediço que o advogado controla a estratégia processual, desde a formulação das pretensões e da argumentação até a eventual negociação de acordos.<sup>466</sup> Assim sendo, é cristalino que a capacidade de articulação com a classe e o grau de aderência aos objetivos da classe, elementos centrais de uma representação adequada, como já visto, tornam um advogado mais ou menos capaz de exercer a representação adequada.

Desta forma, o advogado da classe também pode ser visto como um agente fiduciário da classe, possuindo deveres anexos em relação a ela. Assim, cabe-lhe informar a classe sobre

---

<sup>466</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009, p.190. BURNS, Herbert B. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. **Hastings Law Journal**, v.42, 1990, p.485.

os desenvolvimentos do processo, cuidar para que o representante adequado esteja sempre bem informado a respeito do andamento da causa e das possíveis escolhas que devem ser feitas, prestar contas ao representante adequado das estratégias eleitas, explicando de forma antecipada o porquê de uma determinada estratégia, assim como cooperar e colaborar a todo instante para que haja um diálogo efetivo e produtivo com a classe, sobretudo em questões nevrálgicas. Na verdade, é possível imputar ao causídico a observância de vários deveres anexos, que se somam à efetiva atuação no processo.<sup>467</sup>

O estudo conduzido pelo professor Robert Klonoff traz também revelações importantes. Assim, não obstante a grande importância do causídico na relação jurídica processual representativa, já anunciada acima e detalhada nas páginas seguintes, em apenas 4,5% da amostra analisada, as cortes consideraram o advogado inadequado, sendo que na maior parte dos casos, a simples falta de objeção por parte do réu quanto à representatividade adequada do advogado da classe impôs uma espécie de aprovação automática, de forma que nenhum outro aspecto foi sequer considerado pelas cortes.<sup>468</sup>

A falta de diligência das cortes analisadas no controle da representação adequada pode ser melhor detalhada a partir da evidência de que em apenas sete (7) dos seiscentos e oitenta e sete (687) casos analisados, a falta de zelo do causídico foi efetivamente considerada como fator impeditivo ao prosseguimento da ação coletiva, sendo que, em alguns casos, havia efetivamente um retrospecto de atuação descuidada ou de falhas de conduta por parte do causídico, sem que, porém, as cortes mostrassem uma preocupação efetiva com o fato.<sup>469</sup>

Dois exemplos ilustram bem o que foi dito. O primeiro é o caso *Blair vs Equifax Check Services Inc.*<sup>470</sup>, no qual a corte desprezou a farta evidência de que em nove processos anteriores, o escritório responsável pela ação havia elevado artificialmente os custos de litigância, além de descumprir com os deveres anexos cabíveis ao representante adequado, sem que sequer uma linha fosse escrita a respeito de tais fatos. Não se trata de estender os erros de um causídico a outros processos, assumindo uma espécie de sanção permanente, mas sim de justificar a manutenção do escritório que possuía um retrospecto não recomendável.

---

<sup>467</sup> Edilson Vitorelli explica a necessidade de o representante ser responsivo para com a vontade dos representados, daí extraíndo a sua metodologia para o estabelecimento de uma representação adequada. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.230. Ora, se o advogado, como representante, tem o dever de se ater às vontades dos representados e de informá-los, é claro que há um dever de cuidar, de informar, de colaborar, de cooperar e de prestar contas, os quais são deveres anexos à tarefa de representação.

<sup>468</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.689.

<sup>469</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary's flawed application of Rule 23's adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004, p.690-692.

<sup>470</sup> No. 97-C-8913, 1999 U.S. Dist. LEXIS 2536 (N.D. III. Feb 25, 1999).

Era necessário que a corte argumentasse e enumerasse os motivos que lhe permitiram considerar a representação adequada, visto que tal controle é uma atividade essencial ao processo representativo. O segundo exemplo é o caso *Hawkins vs Comparet-Cassani*<sup>471</sup>, no qual um escritório de advocacia foi considerado um representante adequado, ainda que seu sócio majoritário estivesse suspenso por um ano e sem que fosse discutida a eventual participação dos advogados que atuavam no processo representativo no episódio que culminou na aludida suspensão. Mais uma vez, a atenção dada ao controle da representação adequada foi pequena, de forma que questões basilares foram ignoradas.

A falta de atenção às características exibidas pelo advogado da classe pode trazer consequências nefastas para o processo representativo. Assim, a falta de diligência dos advogados, a possibilidade de acordos espúrios ou colusão, a falta de experiência ou de recursos humanos e financeiros para conduzir a instrução e a própria desatenção ao que deseja a classe são efeitos deletérios que desatendem às exigências do devido processo legal e deslegitimam, assim, a prestação jurisdicional. É nesse sentido que repercute a observação de Debra Lyn Bassett, que, após confirmar o importante papel do advogado da classe, aponta que “ *the unusual combination of great power with little oversight means that the interests of absent class members rest primarily with class counsel.*”<sup>472</sup> Assim, sem critérios capazes de apontar a adequação do advogado da classe, os interesses desta estarão submetidos ao bel prazer do causídico, o que, evidentemente, viola qualquer concepção razoável do devido processo legal.

Por isso, a doutrina é uníssona em dizer que a atuação do advogado da classe merece uma análise detalhada no momento do controle da representação adequada. Basicamente, duas são as questões merecedoras de apurado escrutínio: (a) a experiência e os recursos, tanto humanos como financeiros, do advogado e (b) a existência de conflitos de interesse.<sup>473</sup> Esta conclusão se estabelece em consonância com a visão de um segmento doutrinário de que a figura realmente importante no processo representativo é o advogado da classe, como já visto anteriormente.

---

<sup>471</sup> 33 F. Supp 2d 1244 (C.D. Cal 1999), 251 F.3d 1230 (9th Circuit 2001).

<sup>472</sup> BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.959. Trad.nossa: A combinação pouco usual de grande poder e baixa vigilância significa que os interesses dos membros da classe ausentes dependem primariamente do advogado da classe.

<sup>473</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009. MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004.

A experiência e os recursos humanos do advogado da classe são muitíssimo importantes para um processo representativo. Isso se dá basicamente pelo fato de grande parte dos indivíduos que serão afetados pela decisão não participarem diretamente, bem como pelo fato de que o processo coletivo possui uma série de peculiaridades, diferindo de um processo individual clássico.<sup>474</sup>

Assim sendo, é claro que a experiência é uma valência relevante. Contudo, esta não deve ser entendida tão somente sob a ótica de participação em processos coletivos anteriores, sob pena de que se crie uma verdadeira reserva de mercado para os advogados pioneiros. A experiência pode ser aferida não apenas em relação à atuação profissional prévia, mas também em relação ao domínio teórico da matéria. Em outras palavras, a experiência prática encontra na formação teórica um substituto quase perfeito, ainda que o melhor dos mundos envolva a conjugação da prática e da teoria. Assim, um advogado sem experiência em processo coletivo, mas com um grau de aperfeiçoamento, como um curso de mestrado ou de doutorado, pode tranquilamente se desincumbir da tarefa de representar adequadamente a classe neste quesito. A competência técnica é relevante porque o processo coletivo é a fronteira do conhecimento processual, logo, o domínio de suas técnicas e institutos é vital para que a decisão final respeite o devido processo legal. Em sendo o advogado no Brasil elemento indispensável para a administração da justiça, torna-se clara a importância do requisito.<sup>475</sup>

Mais do que aferir a competência, o critério da experiência permite aferir o comportamento ético do advogado em casos prévios, dando elementos para que se avalie a sua atuação processual e o cumprimento de deveres anexos da representação.

Nos Estados Unidos, Debra Lyn Bassett defende a ideia de que a atuação do advogado da classe no que concerne à representação dos interesses da classe deve ser pautada pelas

---

<sup>474</sup> Defendendo a necessidade de controle da atuação do advogado em processos coletivos: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, RAVI; FREIRE, Alexandre (Orgs.) **Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.339 e ss.; JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista de Processo**, v.287, jan. 2019, p.7-8 (edição online).

<sup>475</sup> Mesmo nos Estados Unidos, onde o advogado não é imprescindível para a administração da justiça, a afirmativa não perde sua validade, pois sua atuação é quase sempre decisiva para o sucesso da causa, já que o sistema adversarial que impera no país reduz em grande medida a atuação de ofício dos órgãos julgadores. Assim, toda a atividade probatória depende em grande parte do advogado, mesmo nos processos coletivos, ainda que nestes, normalmente, o juiz possua uma postura mais ativa.

regras de conduta presentes nas Regras-Modelo da ABA.<sup>476</sup> Assim sendo, não apenas a experiência e a competência técnica são elementos relevantes, mas também o grau de zelo e atenção dada pelo advogado aos membros ausentes, o que se materializa pela completude da abordagem e pela preparação do advogado para o litígio. A autora entende que o respeito às regras de conduta ética atua no sentido de reforçar o vigor da representação, haja vista a exigência expressa de proteção aos interesses do cliente nos limites da lei e de razoável diligência e prontidão na sua representação. Ademais, acrescenta que não há motivo para negar aplicação das regras de conduta às ações de classe, visto que não há nada na *Rule 23* que autorize tal entendimento, negando veementemente a possibilidade de que o fato de o código de ética ter sido pensado para o processo clássico seja um fator capaz de infirmar sua aplicação no âmbito coletivo.<sup>477</sup>

Com relação à atuação do advogado da classe, a questão que usualmente recebe maior atenção tanto da doutrina quanto do público é a existência de conflitos de interesses, normalmente materializados pelos ganhos expressivos registrados pelos escritórios de advocacia nas *class actions*, ao passo que os ganhos dos indivíduos que efetivamente sofreram o dano são, frequentemente, inexpressivos.

A possibilidade de conflito de interesses em uma ação coletiva, contudo, é um fenômeno muito mais amplo e complexo do que a simples diferença de remuneração entre os membros da classe e os advogados, devendo sofrer um detalhado escrutínio por parte das cortes, ainda que esta não seja a realidade, visto que o estudo do professor Klonoff demonstra que em apenas 1% dos casos analisados o advogado foi considerado inadequado por conta de conflitos de interesses.<sup>478</sup> Não obstante, repise-se, a análise é fundamental, sobretudo para garantir a conformidade com o devido processo legal. Em havendo conflitos de interesses, é claro que membros ausentes não serão representados no processo, logo, não poderão ao resultado dele se submeter. Assim sendo, na presença de conflitos de interesses, é necessário que as cortes atuem<sup>479</sup>, garantindo a superação do vício, seja pela nomeação de novos

---

<sup>476</sup> BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. *Georgia Law Review*, v.38, 2004, p.958 e ss.

<sup>477</sup> Conforme disposto no item 9 do preâmbulo e nas regras 1.1 e 1.3 das Regras-Modelo de Conduta Profissional. O código completo pode ser encontrado no seguinte endereço:

<[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/)>. Acesso em 06.08.2019.

<sup>478</sup> KLONOFF, Robert. The Judiciary’s flawed application of Rule 23’s adequacy of representation requirement. *Michigan State Law Review*, v.2004, 2004, p.691.

<sup>479</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflicts of interest in class action litigation: An inquiry into the appropriate standard. *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p.588.

representantes, pela divisão da classe em subclasses ou ainda pela extinção do processo em casos mais complexos, sob pena de que a decisão possa ser, posteriormente, atacada.

Basicamente, há dois tipos de conflitos que podem ocorrer, ambos com repercussões significativas: (a) entre os próprios membros da classe e (b) entre os membros da classe e o advogado.

Em processos coletivos não é incomum que haja divergências entre aqueles que sofreram o dano, no âmbito da classe, o que acontece por força da complexidade que determinados conflitos apresentam. Nestes casos, fica claro que um mesmo advogado não deverá representar todos os membros da classe, salvo em excepcionalíssimas exceções, sob pena de comprometer a sua atuação independente, pela própria necessidade de proteger e cuidar de interesses diversos e muitas vezes também antagônicos.<sup>480</sup> Em tais situações, a obrigação de defender o interesse de um cliente pode fazer com que o advogado, ao defender o interesse de outro cliente, se veja condicionado pela atuação anterior ou mesmo tenha que confrontá-la. É possível, portanto, que ele seja obrigado a adotar, em tais circunstâncias, comportamentos contraditórios, incompatíveis com o princípio da boa-fé objetiva, logo, com a eticidade que parametriza os códigos de conduta profissional mundo afora.<sup>481</sup>

A solução adotada pela regra 1.7 das Regras-Modelo da ABA é flexível. Conquanto proíba que o advogado represente o cliente em tais circunstâncias, ela prevê exceções nos casos em que quatro requisitos cumulativos estejam presentes: (a) se o advogado concluir que ele poderá atender de forma adequada todos os clientes; (b) se a representação não for proibida por lei; (c) se não houver choque de argumentos entre os clientes sob representação e (d) se houver consentimento escrito de cada um dos clientes. Em resumo, seguida fielmente a regra, apenas em circunstâncias excepcionalíssimas, se poderia pensar em acumular a representação de membros da classe com interesses conflitantes, ou seja, tão somente nos casos em que o conflito de interesses for disjuntivo e comportar uma razoável intersecção de pretensões.

A professora Debra Lyn Bassett chama a atenção para o fato de que com o consentimento escrito, o conflito de interesse não desaparece efetivamente, tornando-se apenas manejável do ponto de vista ético.<sup>482</sup> A observação é interessante e leva qualquer

---

<sup>480</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.219.

<sup>481</sup> É importante notar, neste momento, a importância de uma metodologia para abordar a determinação da representação adequada, de forma que se possa decidir quem deverá conduzir a litigância em nome dos diversos grupos, que vivenciam o dano ou ameaça distintamente, ou, alternativamente, veiculam diferentes pretensões.

<sup>482</sup> BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.976.

estudioso a pensar se as cortes deveriam se contentar com isso ou não. O entendimento deste estudo é que não, por conta do dilema principal-agente, explicado nas linhas a seguir.<sup>483</sup>

A teoria dos jogos é a análise matemática de situações envolvendo os conflitos de interesse existentes entre pelo menos dois jogadores, que possuem estratégias de atuação hábeis a determinar o resultado do jogo, de modo que o resultado final do jogo expressa as escolhas feitas pelos jogadores.<sup>484</sup>

A mera análise da definição de teoria dos jogos já aponta para a impossibilidade de que as cortes se contentem apenas com o consentimento escrito dos clientes para garantir a observância do devido processo legal. A razão para tal conclusão reside no fato de que as estratégias de atuação de cada um dos litigantes devem ser idôneas a determinar o resultado do jogo, logo, é difícil conceber que um advogado único o faça de forma independente e incondicionada, garantindo, ademais, a defesa dos melhores interesses dos clientes envolvidos. Não se pretende com isso infirmar a aplicação das Regras-Modelo nas ações coletivas, contudo é preciso reconhecer as suas limitações, visto que concebidas para o processo clássico individual. Quando se aglutinam pessoas e interesses diversos, é preciso construir linhas de defesa mais robustas a fim de assegurar que o devido processo legal será observado. É correta, portanto, a observação de Michelle Grant para quem as Regras-Modelo foram desenhadas para um processo clássico, de cunho estritamente adversarial, oferecendo perspectivas incompletas quando se pensa na atuação de um advogado envolvido em conflitos de cunho coletivo, que deve lidar com realidades políticas e legislativas.<sup>485</sup>

Em um processo coletivo, a eliminação do conflito de interesses depende da eliminação ou da minimização dos dilemas principal-agente, que constituem um interessante modelo da teoria dos jogos.<sup>486</sup>

<sup>483</sup> Também entendendo que a simples autorização é incapaz de resolver o problema, enfatizando a natureza não consensual das *class actions*: SILVER, Charles; BAKER, Lynn. I cut, you choose: the role of plaintiff's counsel in allocating settlement proceeds. **Virginia Law Review**, v.84, 1998, p.1468.

<sup>484</sup> Ronaldo Fiani define jogos como modelos que tratam de interações estratégicas conscientes por parte de jogadores com autonomia para tomar decisões. FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.43.

<sup>485</sup> GRANT, Michelle. Legislative lawyers and the model rules. **Georgetown Journal of Legal Ethics**, v.14, 2001, p. 823-828. Pensando o processo coletivo, é claro que o advogado atua legislando, visto que é ele quem negocia os acordos, que são normas jurídicas construídas pelas partes, o que é relevante, considerando que grande parte das *class actions* terminam em acordo. A atuação política também se faz presente, sobretudo nos processos estruturais, que objetivam a transformação de instituições estabelecidas.

<sup>486</sup> Uma relação de agência ou o modelo principal-agente se estabelece quando há um arranjo entre pessoas, no qual o bem-estar de um dos participantes depende da atuação de outro participante. No caso em tela, os membros da classe dependem do advogado. Claramente, o problema está no fato de que o agente pode decidir atuar em causa própria, olvidando os objetivos do principal, criando um conflito de interesses. PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª ed. Trad. e rev.téc.: Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p.617.

O processo, do ponto de vista econômico, pode ser visto como um jogo não cooperativo em que as partes buscam influir, pelo contraditório, no resultado do processo, conforme já analisado neste texto.<sup>487</sup> Contudo, é importante observar que as partes detêm conjuntos de informações diversos, já que são pessoas diferentes, com formações e possibilidades econômicas, culturais, sociais e políticas distintas, o que gera um importante efeito no plano processual: a presença de informações assimétricas.

Informações assimétricas embutem, naturalmente, uma maior dificuldade para alcançar acordos, já que não apenas os custos privados divergem naturalmente, como também os custos sociais dificilmente são internalizados pelos participantes.<sup>488</sup> Nas ações coletivas há uma coletividade que deve ser tutelada, sujeita a diferentes conjuntos de informações. Em tais cenários, é natural esperar que os graus de complexidade e de conflituosidade sejam altos, de forma que é necessário criar condições para que as informações sejam uniformizadas, de onde resulta a importância da atuação do representante da classe na condução de diálogos, cooperando, colaborando, informando, bem como da própria instrução processual.

No processo clássico, a relação entre a parte e o advogado é direta, sendo razoável esperar que esse atue sob maior controle, quase sempre de acordo com os interesses da parte. Assim, o dilema principal (cliente) - agente (advogado) não pode ser desprezado, mas aparece minimizado, sendo mais facilmente controlável, visto que o advogado deve agir na defesa de um interesse ou na pior das hipóteses de um conjunto harmônico de interesses. Pode-se dizer que há uma correspondência unívoca entre a atuação do advogado e a pretensão do seu cliente. A informação, colaboração, cooperação e a prestação de contas são simplificadas e em caso de eventuais divergências e conflitos com outros clientes, observar a regra 1.7 é uma solução razoável por permitir à parte avaliar em que medida aquele que o serve pode ter ou não sua atuação comprometida.

No processo coletivo, a situação é diferente. A minimização do conflito principal-agente envolve assegurar que o advogado seja capaz de atuar de forma fidedigna e

---

<sup>487</sup> No Brasil, o processo deve ser visto como um jogo em que as partes colaboram para que a melhor solução seja alcançada, estando o chamado princípio da cooperação ou colaboração configurado como norma processual fundamental no art.6º do CPC. Não obstante, é importante registrar que as partes não têm obrigação de cooperar entre si, já que o conflito existente entre as partes impede tal altruísmo. O dever de cooperação com as partes é do juiz, devendo ser exigido, contudo, atuação leal, transparente e ética das partes, em conformidade com a norma fundamental da boa-fé, presente no art.5º do diploma processual. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70. Sendo assim, o processo pode ser visto como um jogo não-cooperativo. Nos Estados Unidos, a visão é semelhante e a exigência de boa-fé e eticidade derivam das regras de conduta impostas aos advogados. A *Rule 37* das *Federal Rules of Civil Procedure* exige boa fé no procedimento de *disclosure*.

<sup>488</sup> SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p.407-415.

responsável com todos os interesses dos membros ausentes da classe. É praticamente impossível que isto aconteça na presença de conflitos de interesses no interior de uma classe, já que desaparece a univocidade, mais ainda se contempladas a complexidade e a litigiosidade agudas frequentemente envolvidas. O advogado teria que defender com vigor diversos interesses, muitos dos quais nitidamente antagônicos e o simples consentimento escrito dos membros da classe não seria suficiente para eliminar o problema. A própria capacidade de ação e julgamento do advogado estaria sendo confrontada, pois seria difícil oferecer resultados satisfatórios a todos. Fica claro que a superação do dilema principal-agente é obstaculizada de pronto quando o advogado deve atender a interesses antagônicos ou confrontantes. Assim, a observância da regra 1.7 das Regras-Modelo da ABA, por si só, não garante a representação adequada se houver conflitos de interesse no interior da classe.<sup>489</sup> O consentimento escrito da parte não é capaz de atacar o problema e muito menos a autoavaliação do advogado e a falta de vedação legal. É necessário, portanto, minimizar ou eliminar o dilema principal-agente.

Nesse sentido, o primeiro passo para a resolução do problema é assegurar que cada grupo de pessoas com pretensões semelhantes tenha um advogado. A solução não é outra que a divisão em subclasses, o que está de acordo com as lições dos casos clássicos da Suprema Corte Americana, como *Amchem vs Windsor*, *Ortiz vs Fibreboard* e *General Telecom vs Falcon*. Já seguindo a metodologia proposta por Edilson Vitorelli, a identificação da natureza do dano ou ameaça aliada aos seus efeitos no grupo seria a forma de separar as diversas pretensões, cuja defesa estaria associada a um representante específico.<sup>490</sup>

Contudo, a questão não se resolve ainda. O cerne do problema principal-agente reside na possibilidade de que o agente, ainda que tendo apenas um interesse a cuidar, o do principal, possa se desvirtuar, passando a orientar sua atividade de forma a maximizar os seus resultados pessoais, focando nos seus objetivos e não nos do principal. Estabelece-se, então, a possibilidade do conflito de interesses entre os membros da classe e o advogado que os representa.<sup>491</sup>

---

<sup>489</sup> No Brasil, o legislador percebeu a importância do conflito de interesses, já que veda a advogados de um mesmo escritório representar clientes com interesses opostos, o que não é incomum em determinadas ações coletivas (art. 15, §6º, Estatuto da Advocacia – lei 8.906/1994).

<sup>490</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.73 e ss. FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.219.

<sup>491</sup> Neste sentido, reforçando o problema do conflito de interesses entre o advogado e a classe, o qual muitas vezes ocasiona uma solução não adequada: COFFEE JR. John C. Class wars: the dilemma of the mass tort class action. **Columbia Law Review**, v.95, 1995; DOWNS, Howard M. Federal class actions: diminished protection for the class and the case for reform. **Nebraska Law Review**, v.73, 1994.

A construção de uma noção adequada de representação parte, como já visto, da necessidade de se evitar o conflito de interesses. Com relação a este aspecto, a teoria dos jogos demonstra que evitar os conflitos principal-agente, decorrentes da informação assimétrica, é um importante passo na direção da construção de uma representação adequada. Assim sendo, o procedimento deve contemplar, a cada ato processual, incentivos estruturados, de forma que os interesses do representante estejam plenamente alinhados com os dos representados. Portanto, a regra de *contingent fee* para remuneração do advogado é pensada com este objetivo de alinhar interesses. É importante perceber que para os membros da classe é muito difícil controlar o empenho do advogado em perseguir os objetivos traçados, visto que, em regra, eles não dominam o conhecimento das leis e das técnicas processuais, sendo clara a presença de informações assimétricas. Logo, a *contingent fee* é uma regra que busca recompensar os resultados obtidos pelo advogado em favor da classe.<sup>492,493</sup>

A importância da estruturação da remuneração do advogado da classe enquanto ferramenta para inibir o conflito principal-agente é percebida por Susan Koniak e George Cohen. Os autores apontam que a colusão surge em virtude de atitude defensiva do advogado da classe, que, em não negociando com a classe a sua remuneração de forma prévia ao acordo e nem submetendo à apreciação da corte tal arranjo, acaba por preferir “vender a classe” em um *sweetheart deal* que lhe garanta resultados desejados.<sup>494</sup>

A argumentação desenvolvida com base na teoria dos jogos e que permite identificar o ponto nevrálgico da relação classe-advogado, justamente a necessidade de atrelar os ganhos da classe ao advogado, é referendada pelo professor Samuel Issacharoff, que assim escreveu:<sup>495</sup>

<sup>492</sup> A regra estipula que um percentual do ganho na causa é devido ao advogado em caso de sucesso e em caso de fracasso, não há remuneração.

<sup>493</sup> PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª ed. Trad. e rev.téc.: Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p.621-622.

<sup>494</sup> KONIAK, Susan P.; COHEN, George M. Under cloak of settlement. **Virginia Law Review**, v.82, n.2, 1996. Os autores, porém, avançam na argumentação e vêem a possibilidade de, não obstante o acordo espúrio ser referendado pela corte, os advogados serem responsabilizados nas esferas civil e mesmo criminal.

<sup>495</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Class actions conflicts. **University of California Davis Law Review**, v.30, 1997, p.829 e ss. Trad. nossa: “O modo mais efetivo de controlar a atuação por meio da *class action* é prover os incentivos próprios para que o advogado da classe, diligentemente, persiga os interesses da classe. Embora todo sistema de relações agente-principal seja permeado de dificuldades, o melhor arranjo é um no qual o advogado funcione como sócio da classe. A remuneração do advogado deveria ser atrelada à da classe; na extensão que os advogados da classe esperam prosperar na representação, a remuneração deveria ser um produto direto do que eles retornam para a classe. O mecanismo ótimo para estabelecer esta sociedade é estabelecer uma relação quase-contratual no início do litígio, no qual aos advogados é garantida uma percentagem dos ganhos da classe, caso bem-sucedidos. Esta abordagem impede *sweetheart deals* por assegurar que a remuneração dos advogados está atrelada diretamente aos ganhos reais da classe e por prover um incentivo para os advogados maximizarem as suas perspectivas de ganho. Tal abordagem simplesmente reproduz no contexto da *class action* o relacionamento típico advogado-cliente que prevalece na representação individual.”

*The most effective way to police class action practice is to provide the proper incentives for class counsel to diligently prosecute the class's interests. Although every system of principal-agent relations is fraught with difficulty, the best arrangement is one which the attorneys function as partners of the class. The attorney's recovery should be tied to that of the class; to the extent the attorneys hope to prosper in the representation, that reward should be a direct product of what they return to the class. The optimal mechanism for creating this partnership is to establish a quasi-contractual relationship at the beginning of the litigation in which the attorneys are provisionally awarded a percentage of the class's recovery should they prevail.*

*This approach impedes sweetheart deals by insuring that attorneys' recoveries are directly tied to the actual return to the class and by providing an incentive for attorneys to maximize the size of the pot from which they will draw their fees. Such an approach simply reproduces in the class action context the typical attorney-client relationship that exists in individual representation.*

É sempre bom repisar que a observância da garantia do devido processo legal, a partir da representação, se estabelece com base no vigor com que o representante litiga em nome dos ausentes, cujos interesses são análogos aos do representante. O vigor na litigância recebe aqui um importante aporte, justamente o alinhamento de objetivos. Trata-se de defender os interesses dos ausentes como se seu fosse. A ideia que deve predominar é que o representante atua de forma tão perfeita que torna-se possível abrir mão da presença direta do interessado no processo, visto que ele não faria melhor, o que resulta em imediato aumento de bem-estar para a sociedade como um todo, já que também os custos de atos desnecessários seriam evitados, aumentando a eficiência do sistema.

Assegurar uma representação adequada significa ter a certeza de que os interesses da classe e os do advogado estejam alinhados. A classe não pode ser vista tão somente como um meio para o advogado ganhar dinheiro, devendo haver a certeza de que os melhores interesses dos ausentes estarão sendo contemplados. Daí as exigências de questão comum, tipicidade e de que o representante seja membro da classe, feitas pela *Rule 23*.

Um exemplo ajuda a esclarecer definitivamente o problema principal-agente na dimensão do conflito de interesses entre o advogado e a classe. Suponha-se um cliente que procura um advogado para que esse resolva determinado conflito. Confrontado com uma solução oferecida pela contraparte que seria boa para o seu cliente, o advogado decide continuar litigando a fim de aumentar seus honorários. Ou, alternativamente, decide fazer um acordo prematuro com a contraparte a fim de garantir expressivos honorários, ainda que melhores termos pudessem ser obtidos. Em ambos os casos, o interesse pessoal do advogado

sobrepuja os do cliente, configurando um real conflito de interesses.<sup>496</sup> A causa desse conflito se estabelece em virtude da presença de informações assimétricas. O conhecimento jurídico concede ao advogado, em regra, uma primazia frente ao cliente. Assim, o advogado está em nítida posição de vantagem, daí a existência de regras de conduta propostas pelas associações de advogado em todo o mundo. Contudo, a mera presença de regras éticas atenua, mas não elimina a presença de informações assimétricas, sendo necessário criar regras objetivas que permitam a superação deste problema. De igual forma, a *contingent fee* também não resolve o problema inteiramente.

Paralelamente, uma outra exigência se impõe, no caso da representação feita por pessoas privadas: a remuneração deve ser proporcional ao risco e ao capital investidos. Dessa realidade não há como escapar. Essa é a lição básica do curso de finanças: maiores retornos estão associados a maiores riscos, normalmente. Assim, não deve soar estranho que, em certos casos, o advogado, que atua como o representante da classe, inclusive patrocinando as despesas da causa, obtenha desta uma remuneração que em muito supera a obtida pelos demais membros. Essa é uma exigência do capitalismo: a busca pelo retorno. À medida que se imponha a representação adequada em torno de um ente privado, este atuará com base na perspectiva de lucro, numa perspectiva verdadeiramente utilitarista, sobretudo nos casos em que ele financiar a litigância.

As ideias acima parecem contraditórias. Foi dito que o advogado deve atuar em nome dos interesses da classe, lutar por estes como se fosse o seu próprio interesse, o que é garantido por um mecanismo que alinha tais interesses. Depois, foi dito que, por financiar a litigância, é razoável esperar que ele se beneficie, lucrando, ainda que em montante superior ao benefício obtido pela classe. Assim sendo, duas considerações precisam ser feitas.

A primeira é que a atuação do advogado ou do capitalista que financia a causa da classe acaba atraindo um retorno social implícito que não é desprezível, apesar de frequentemente ignorado, já que a possibilidade de confronto com um representante ávido por lucros e disposto a empregar seus melhores esforços, faz com que os potenciais violadores adotem medidas preventivas com vistas a reduzir as chances de violação.<sup>497,498,499</sup> A atuação

---

<sup>496</sup> Emblemático é o caso *Kamilewicz vs Bank of Boston* (92 F.3d 506 7th Cir. 1996), no qual o acordo promovido fez com que os membros da classe tivessem que pagar USD89,00, enquanto o advogado auferia polpudos honorários.

<sup>497</sup> Trata-se do *deterrence effect*. Nos litígios em que um *repeat player* atua em uma das pontas, os incentivos para sua atuação no sentido de adotar medidas preventivas são pequenos, visto que uma pequena fração dos litigantes individuais costuma acionar o Poder Judiciário em busca de reparação. Um exemplo é o famoso Ford Pinto Memo, no qual optou-se por não corrigir um defeito mecânico de um carro, já que o custo seria superior ao que seria gasto em indenizações judiciais. Contudo, uma *class action* costuma aumentar o risco do *repeat player*, pois vários litígios que seriam ignorados são aglutinados e discutidos em juízo. Há, portanto,

do advogado gera um ganho de segunda ordem significativo e que comumente é ignorado pelos estudiosos. Sua atuação se assemelha a de um especulador que, ao atuar no mercado de câmbio, causando uma forte desvalorização da moeda de um país, força o governo a tomar as medidas macroeconômicas necessárias para o ajuste, o qual, se realizado, promove avanços significativos para o país. No caso em tela, a atuação do advogado capitalista força aqueles que costumam cometer infrações a redobram seus cuidados, pelo aumento do grau de prevenção em suas atividades, sob pena de enfrentarem embates milionários nos tribunais. O advogado atua, então, como verdadeiro *watchdog*, impondo um certo nível de autorregulação aos infratores, prevenindo violações futuras. Logo, a atuação do advogado acaba se dando no interesse dos membros da classe.

Em um mundo em que a tendência são os litígios de natureza coletiva, porém com a peculiaridade de que, normalmente, uma das partes destes litígios é uma grande corporação, enquanto a outra é uma coletividade de pessoas, normalmente dispersa, a presença de uma figura capaz de equilibrar a disputa deve ser vista com bons olhos, desde que o conflito de interesses seja eliminado.<sup>500</sup> O que se quer afirmar é que a busca pelo lucro não é sinônimo de um conflito de interesses que necessariamente inviabiliza o tratamento coletivo do litígio. Ambos são plenamente compatíveis, de forma que o advogado ou investidor poderá financiar o litígio, agir de forma capitalista, pensando na maximização de lucros, sem que os interesses dos membros da classe sejam desconsiderados ou sobrepujados, mais ainda se considerados os efeitos de segunda ordem gerados. Com isso, a ideia normalmente veiculada de que os

---

não apenas um risco financeiro, mas também de reputação pela publicidade normalmente envolvida em tais litígios. Assim, o réu tende a internalizar tais custos, agindo preventivamente.

<sup>498</sup> Steven Shavell realça o fato de que, na verdade, a diferença entre os custos privados e sociais do processo é brutal, visto que o autor (demandante) não leva em consideração os custos do réu e muito menos os custos do Estado, sendo que o mesmo se passa com o réu, que não adota as medidas preventivas cabíveis. SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**, 2004, p.83. O que se defende neste texto é que a ação coletiva é capaz de reduzir esta diferença, forçando uma convergência entre os custos privados e sociais do processo.

<sup>499</sup> Kathryn Spier diz que quando há informações simétricas entre os litigantes, os acordos tendem a ser feitos com reduzidos custos e espelhando o que seria a decisão judicial. Haveria também tendência a que o *deterrence effect* fosse alcançado com custos baixos. Com base na lição da professora, é possível entender o porquê de a maioria das *class actions* terminar em acordo. Na verdade, o *repeat player* passa a ser confrontado com alguém também bem informado e que apresenta ameaças críveis. O resultado é que as partes são obrigadas a internalizar todos os custos, o que força a convergência dos custos sociais e privados do processo. SPIER, Kathryn E. A note on the divergence between the private and the social motive to settle under a negligence rule. **Journal of Legal Studies**, v.26, 1997, p.614.

<sup>500</sup> José Carlos Barbosa Moreira já advertia para um outro risco ligado ao conflito de interesses: a colusão, ou seja, a possibilidade de que o representante da classe atue apenas de forma aparente na defesa do interesse da classe, sem, contudo, ter a real intenção de obter um resultado favorável, favorecendo a defesa do réu. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, v.32, p.81-92. Também alertando para o desequilíbrio de tais relações processuais: GALANTER, Marc. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v.9, n.1, Autumn 1974, p.95-160.

lucros significativos dos escritórios de advocacia são uma evidência de conflitos de interesse deve ser vista com desconfiança.

Outra ideia que merece ser avaliada, pela importância que tem no contorno a ser traçado para a representação adequada, é que este conceito envolve um significativo grau de abstração. Explica-se. A representação adequada é uma abstração, uma simplificação, haja vista a impossibilidade de que exista um representante perfeito para um conjunto de pessoas. Ainda que os direitos e interesses em jogo sejam idênticos, as pessoas são diferentes e vivenciam o problema de forma distinta. Assim sendo, o que a representação adequada visa garantir é a prevalência de ações e decisões essenciais, que seriam comuns a todos os envolvidos que compartilham determinada pretensão, além de se constituírem em requisitos importantes para a concretização do direito ou interesse que constitui o objeto litigioso do processo.<sup>501</sup> Já que a participação individual foi considerada inexecutável e o atendimento das peculiaridades individuais por um representante universal tampouco é crível, torna-se necessário estabelecer critérios objetivos para que a representação adequada se configure, de forma que o advogado tome as decisões essenciais e fundamentais para o resguardo dos interesses da classe. O primeiro deles é eliminar o conflito de interesses, alinhando os objetivos, não sendo possível que apenas o advogado ganhe. Todavia, apesar de necessária a eliminação de conflitos, ela não é suficiente para garantir a representação adequada. Torna-se importante observar um critério objetivo, quântico, idôneo a mensurar a adequação da representação, apto a garantir ser desnecessária a participação do membro ausente no processo, detalhado proximamente neste estudo.

Antes de encerrar o tópico, vale a pena considerar o caso brasileiro, que difere, significativamente, da experiência americana. São duas as diferenças principais: a legitimação para as ações é *ope legis*, predominando os legitimados de caráter público e a presença de um

---

<sup>501</sup> Uma analogia explícita o que se quer dizer. Basta pensar no cálculo de um índice de inflação. Esse é calculado a partir de uma cesta de produtos de consumo imaginada ou determinada por uma pesquisa de opinião. É certo que não se pode pesquisar os preços destes produtos em todos os estabelecimentos, sob pena de o custo de transação explodir. Assim sendo, o que se faz é reconstituir uma amostra representativa de estabelecimentos, a partir dos quais os preços são coletados e os cálculos realizados. Nitidamente cada estabelecimento tem uma política de preços, porém, o número que dali se extrai é uma média capaz de retratar o comportamento do preço daquela cesta ou daqueles produtos, desde que determinadas técnicas estatísticas sejam observadas. Em resumo, o cálculo da inflação é uma abstração, uma simplificação que permite aos economistas obter informações sobre uma variável das mais relevantes, o preço. O mesmo se dá com a representação adequada no processo. Por ser impossível pensar em um representante universal que atenda às especificidades de cada agente, o que se deve fazer é garantir que ele cumpra com as ações e decisões fundamentais para a causa e que seriam comuns e necessárias a todos que estivessem litigando individualmente. Assim sendo, sua atuação igualaria de tal forma a dos próprios agentes que a simulação adquire ares de perfeição. A ficção adentra a realidade e permite a superação de um problema real.

Estatuto da Advocacia, a lei 8.906/1994, que confere à atividade um campo mais restrito de atuação.

No Brasil, à luz do art.16 do Estatuto da Advocacia, é no mínimo discutível se o advogado poderia ter uma atuação empresarial nos termos descritos como usualmente aceitos pela prática americana. Na verdade, é quase unânime a rejeição à possibilidade de atuação do advogado como financiador de uma classe ou mesmo de um litigante.

Não obstante, o financiamento por terceiros não é estritamente vedado, o que torna necessária a análise da atuação do advogado contratado nestas causas, a fim de que sua atuação e os incentivos contratuais estejam direcionados à satisfação dos interesses da classe e não exclusivamente aos do capitalista. A questão é incipiente, mas requer atenção das cortes, nos termos já delineados para o caso americano.

Uma questão já enfrentada pelos tribunais trata da criação de associações de fachada, constituídas com o objetivo de propor uma específica ação coletiva, a partir da permissão prevista nos arts. 5º, §4º da lei 7.347/1985 e 82, §1º do CDC, que dispensam o requisito da pré-constituição da associação por prazo maior ou igual a um ano quando houver manifesto interesse social, caracterizado pela dimensão ou característica do dano ou no caso de o bem jurídico protegido ser relevante. Assim, associações espúrias poderiam ser instituídas com fim unicamente especulativo-comercial, haja vista a ausência de custos em tais processos, na ausência de má fé, na forma dos arts.18 da lei 7.347/85 e 97 do CDC, bem como a possibilidade de simulação para facilitar o enquadramento nas hipóteses de desnecessidade de prazo de existência.<sup>502</sup>

O STJ discutiu a hipótese acima no REsp 1.213.614. Invocando o art.139, III do CPC, foi afirmada no julgado a necessidade de o juiz combater qualquer ato contrário à dignidade da justiça, reiterando, ademais, a impropriedade da atuação de “associações de gaveta”, constituídas somente com a finalidade de obter ganhos a partir de ações judiciais, sem o risco da sucumbência e sem que se observe um movimento genuíno da sociedade civil.<sup>503</sup>

---

<sup>502</sup> Os anteprojetos de código de processo coletivo formulados pelo professor Antonio Gidi e pela Faculdade de Direito da USP contemplavam o problema da estabilidade institucional das associações. O primeiro previa prazo de 2 anos, com possibilidade de dispensa judicial, na ausência de outro representante adequado (art.2, IV e 2.5) e o segundo de 1 ano para que a associação fosse considerada substituta processual da classe, ainda que este requisito pudesse ser dispensado pelo juiz, presentes pelo menos uma de três condições: manifesto interesse social, relevância do bem jurídico e reconhecimento de representatividade adequada( art.19, IX e §4º).

<sup>503</sup> REsp 1.213.614. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 01.10.2015. O Tribunal repudiou e apontou, como evidência da impropriedade da associação, a existência de um mesmo endereço para uma grande gama de associados, sugerindo que se tratava de uma associação espúria.

No tocante à necessidade de combater os abusos processuais, decidiu bem o Tribunal da Cidadania. Contudo, aqui defende-se a ideia de que uma associação voltada a explorar ganhos em ações judiciais, a partir de eventos danosos a determinado grupo, não é necessariamente ruim. Como já dito, há nesta ação um ganho invisível que se reporta à sociedade como um todo: o *deterrence effect*.<sup>504</sup> Com isso, outras violações serão evitadas certamente. O que é necessário é que a ação não objetive tão somente o lucro, mas também proteger os interesses de determinados grupos afetados por um evento, promovendo benefício social, sob pena de legitimação de uma espécie de “chantagem judicial”. Entende-se, contudo, que é preciso florescer e fortificar os movimentos sociais civis, sendo a perspectiva do lucro um incentivo possível. Torna-se crucial considerar as especificidades do caso concreto a fim de identificar o que é abuso e o que é ação social legítima, ainda que com fins empresariais.

Na mesma senda, entende-se cabível qualquer controle dos tribunais sobre a atuação do advogado especificamente, se for percebida qualquer forma de abuso de direito. Evidentemente, na prática, a situação no país difere bastante neste aspecto da que prevalece nos Estados Unidos, tendo em vista a regulação dos honorários advocatícios pela lei 8.906/1994, nos arts. 22 e seguintes. Como uma parte significativa dos honorários é fixada em decorrência da sucumbência, já existe um natural controle judicial. Cabe ao juiz, então, verificar se há algum tipo de abuso presumível que resulte do ajuste que fixe os honorários contratuais ou se a associação foi constituída unicamente com o fim de extrair um lucro, não tendo qualquer intenção de ação social.

Não obstante, a característica mais distintiva do processo coletivo brasileiro é a predominância de instituições de caráter público, às quais a lei atribui legitimidade *ope legis* para atuar.

A ideia de haver um controle de finalidade também para estas instituições não é nova na doutrina.<sup>505</sup> Some-se a isso, a argumentação da existência de capacidades institucionais.<sup>506</sup> É evidente que a Constituição Federal, muitas vezes, atribui competências a muitos órgãos de natureza pública em relação a um mesmo objetivo, sendo certo que a ação de uma dada instituição no sentido de realizá-lo é muitas vezes falível, de forma que é difícil estabelecer

<sup>504</sup> GILLES, Myriam; FRIEDMAN, Gary B. Exploding the class action agency costs myth: the social utility of entrepreneurial lawyers. **University of Pennsylvania Law Review**, v.155, 2006. Os autores enfatizam o fato de que o *deterrence effect* e a internalização de custos pelos possíveis infratores justifica o ajuizamento de *small claims class actions*, ou seja, aquelas ações coletivas cujo valor recuperado é pequeno.

<sup>505</sup> Neste sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.66-70 e 166-169; MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.277-278.

<sup>506</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, jan.-jun. 2011, p.11.

uma solução ideal, fazendo-se necessário, em perspectiva decisória, um exame dos custos associados à ação em meio às incertezas que prevalecem no momento, a fim de que a melhor escolha possível possa ser feita (*second best reasoning*), o que de certa forma poderia servir para o juiz afastar uma determinada instituição de uma causa.

Todavia, um aspecto interessante não muito retratado na doutrina é o problema do perigo moral (*moral hazard*).<sup>507,508</sup> Uma vez investido no cargo e tendo adquirido a estabilidade, não há instrumentos para a aferição do comportamento do agente público encarregado de propor a ação coletiva. Assim sendo, não há como garantir que sua atuação será tão vigorosa quanto seria, por exemplo, no caso da representação privada, que prevalece nos Estados Unidos, já que lá o ganho do causídico que representa a classe está atrelado ao sucesso da mesma, por força da regra de *contingente fee*.

Desta forma, há uma séria consequência para a possibilidade de o comportamento declarado pelo agente ser modificado, sem que isso seja percebido pelo grupo representado, tendo em vista que nada obriga o agente a observar os interesses da classe representada, senão sua consciência e senso de dever funcional: a verdadeira ineficiência no sistema público de representação. A falta de condições para monitorar a atuação dos agentes públicos dos órgãos aos quais a lei concedeu a legitimidade extraordinária para atuar nos processos coletivos é fonte de ineficiência para o sistema.

Desta forma, em percebendo o problema, o juiz pode tentar mitigá-lo, aplicando, por analogia, a inteligência do art.28 do CPP, notificando a autoridade máxima do órgão que atua na demanda coletiva e remetendo peças de informação a fim de que aquele confirme a solução ou designe outro agente para conduzir a causa. Ou, ainda, atuar nos limites do art.139, X do CPC, oficiando outros legitimados extraordinários para que eles atuem no processo.<sup>509</sup>

Neste sentido, também fica patente que um critério quantitativo ajudaria muito a decidir sobre a representação adequada.

### 6.1.3 O critério institucional

<sup>507</sup> PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª ed. Trad. e rev. téc.: Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p.613.

<sup>508</sup> Edilson Vitorelli aborda o problema, porém, sem usar a terminologia característica da teoria dos jogos. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 368 e ss.

<sup>509</sup> O anteprojeto da UNESA-UERJ fornece instrumentos para que se atue no sentido aqui indicado: art.9º, §3º e art.10, § único. Mais timidamente, por se concentrar apenas nas iniciativas individuais de proposição de ações de natureza coletiva (art. 19, incs. I e II), mas prevendo a possibilidade de o juiz convocar outros legitimados: Anteprojeto USP (art. 19, §3º).

Se há uma evidência que pode ser colhida do trabalho do professor Klonoff, já analisado, é que a maioria dos tribunais não realiza adequadamente o seu trabalho de controle da representação adequada, cuja essencialidade para o processo coletivo foi demonstrada neste estudo. Assim, torna-se necessário estabelecer padrões a serem seguidos pelas cortes quando da realização de tão importante tarefa.

A rigor, este critério é endógeno à análise da representação adequada, sendo mais uma recomendação para a atuação das cortes, uma exigência de proatividade, no sentido de que devem performar a análise, a partir dos demais critérios, sempre de forma rigorosa. Isso significa que é necessário realizar atividades que permitam aos magistrados entender minuciosamente a forma de atuação do representante da classe, do advogado e das providências tomadas para a defesa dos interesses da classe, os quais devem também sofrer escrutínio. Neste sentido, as cortes devem promover a oitiva dos representantes da classe, bem como dos advogados da classe, questionando-os e verificando se cumprem com os critérios apontados acima, investigando ainda a possibilidade de qualquer conflito de interesses.<sup>510</sup> A lição também exsurge de casos clássicos julgados pela Suprema Corte, a qual não se cansa de referendar a importância de uma investigação detalhada sobre as condições do representante da classe e do advogado, conforme aponta Graham Lilly.<sup>511,512</sup>

Assim sendo, é possível associar às cortes a existência de um dever fiduciário em relação aos membros da classe ausentes.<sup>513</sup> As cortes atuam como importante linha de proteção aos direitos dos membros da classe e por extensão, do devido processo legal. Elas possuem um dever de cuidado, o qual se materializa na análise rigorosa que deve ser feita dos fatos e condutas que circundam a ação coletiva.

Contudo é útil entender que o objetivo da corte não é inviabilizar o processo coletivo, favorecendo o réu, mas tão somente assegurar a observância do devido processo legal. Com

---

<sup>510</sup> Neste sentido, endossando a realização de audiências com o intuito de questionar os envolvidos no processo: BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.985-986. MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1742.

<sup>511</sup> LILLY, Graham C. Modeling class actions: the representative suits as an analytic tool. **Nebraska Law Review**, v.81, 2003, p.1028.

<sup>512</sup> General Telecom vs Falcon, 457 US 147 (1982) e Ortiz vs Fibreboard, 527 US 815 (1999) são exemplos claros.

<sup>513</sup> Defendendo a existência de um dever fiduciário das cortes em relação aos membros ausentes: KONIAK, Susan P.; COHEN, George. In hell there will be lawyers without clientes or law. **Hofstra Law Review**, v. 30, 2001, p.150; LESLIE, Christopher R. A market based approach to coupon settlements in antitrust and consumer class action litigation. **University of California Law Review**, v. 49, 2002, p.1053 ; BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.985; MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1742.

isso, é correta a observação de Debra Lyn Bassett no sentido de que, em havendo irregularidade, é tarefa da corte tentar encontrar um outro representante, capaz de conduzir o processo adequadamente.<sup>514</sup> O *Manual for Complex Litigation* traz também uma recomendação interessante: atesta a ampla discricção da corte para fazer as indicações dos representantes idôneos a conduzir o processo, sendo pacífico que não necessariamente aquele que propõe o litígio deve conduzir o processo.<sup>515</sup>

Desta forma, não se pode deixar de aderir à ideia de que as cortes também exercem um dever fiduciário em relação aos membros ausentes, devendo realizar rigorosa análise das condições que circundam a ação coletiva, buscando cuidar e proteger os interesses da classe, não de uma forma direta, sob pena de violar a imparcialidade, mas indireta, assegurando que as garantias processuais e o devido processo legal sejam respeitados.

No Brasil, não se verifica nenhuma condição especial que torne o entendimento esposado acima inaplicável.

## 6.2 O critério quantitativo

Até o momento ficou assentada a ideia de que a mera análise dos critérios qualitativos não é suficiente para garantir de fato uma representação adequada. Isso se deve, fundamentalmente, ao fato de que a análise qualitativa depende, em grande monta, de aspectos subjetivos, ou seja, cada intérprete pode elastecer ou não o alcance de um determinado entendimento.

Na realidade, os critérios qualitativos são orientações, porém, não têm capacidade preditiva absoluta, visto que não há uma regra geral, clara, abstrata, impessoal que seja capaz de definir o que é efetivamente competência técnica, boa-fé, ausência de conflito de interesse, enfim, todos os conceitos utilizados nestes critérios. Assim sendo, não há um teste de adequação suficiente calcado nestes critérios, já que a partir deles apenas se consegue tecer zonas de certeza, sejam elas positivas ou negativas. No entanto, há situações que ensejam dúvidas, por envolverem circunstâncias limítrofes e nestes casos, a subjetividade tem um peso relevante. É importante notar que a própria detecção de conflitos de interesse pode ser uma questão complicada, quando se apresenta um litígio irradiado, nos quais são muitos os interesses em discussão e variados os danos sofridos. Por exemplo, em um litígio como

---

<sup>514</sup> BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. *Georgia Law Review*, v.38, 2004, p.986.

<sup>515</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 3rd ed., 1995, p.221.

Hansberry vs Lee, é razoavelmente fácil identificar os conflitos existentes, já que há dois grupos bem distintos, aqueles que eram a favor da segregação racial no bairro e aqueles que achavam que não devia haver qualquer restrição a proprietários negros na vizinhança. Já em um caso como o do desastre ambiental em Brumadinho, há uma miríade de interesses, logo, a identificação de eventuais conflitos pode ser dificultada caso a análise seja meramente qualitativa.

O propósito deste critério quantitativo é justamente superar esta dificuldade. Reconhecendo que o representante e o advogado que atuam na causa têm interesse próprio, é necessário criar uma regra capaz de compatibilizar essa atuação com a proteção dos interesses da classe. Trata-se, assim, de permitir a conciliação de atividades pautadas até mesmo por um interesse capitalista com a proteção dos membros da classe e a observância do devido processo legal.

Contudo, há uma outra razão que justifica a elaboração de um critério quântico. Em uma ação coletiva, os conflitos de interesses são intrínsecos, indissociáveis, ainda que possam ser mitigados.<sup>516</sup> Assim sendo, além das dificuldades para a configuração da estabilidade processual em vários destes conflitos, por conta dos diversos grupos de interesses e da própria dificuldade de fixar *ex-ante* a tutela adequada, é possível verificar que há um equilíbrio instável na relação entre os representantes e os membros da classe. Não é difícil supor que determinados eventos possam ser o gatilho para que o comportamento do representante adequado se desvie daquele que seria o ideal para a proteção da classe. O problema não está restrito ao caso do empreendedor capitalista, podendo ser verificado, na prática, também pelos órgãos públicos que a lei consagra como representantes adequados. Por exemplo, por acúmulo de trabalho ou simples desídia, o representante pode concordar com um acordo em bases inferiores às possíveis, tão somente para encerrar o caso.

A ação coletiva permite à comunidade lesada congregar maior poder para litigar em juízo contra a sua contraparte, usualmente, uma corporação ou entidade, um *repeat player* com vantagens comparativas na atividade, como é possível recordar das lições do professor Marc Galanter.<sup>517</sup> Não obstante, a súbita força adquirida pode também se transformar em uma fraqueza, caso a comunidade afetada não tome ciência ou decida os rumos do processo. Nada mais que o problema de agência, visto que o representante toma as decisões pelo grupo,

---

<sup>516</sup> VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.95; SILVER, Charles; BAKER, Lynn. I cut, you choose: The role of plaintiff's counsel in allocating settlement proceeds. **Virginia Law Review**, v.84, 1998, p.1468.

<sup>517</sup> GALANTER, Marc. Why the "Haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v.9, n.1, Autumn 1974, p.95-160.

podendo fazê-lo em absoluta simbiose com o réu, que possui bastante incentivos para evitar a contenda judicial, seja pelo aspecto financeiro, seja pela repercussão midiática na sua imagem.

Assim sendo, não é difícil encontrar situações em que o incentivo para o acordo seja predominante nos dois lados da disputa, sem que os interesses da classe estejam atendidos.<sup>518</sup> E os interesses não são meramente financeiros, podendo advir de um contexto institucional ou orgânico, fruto, por exemplo, do acúmulo de trabalho, da escassez de recursos ou de simples desídia em que uma instituição pública, legitimada para a causa coletiva, pode fazer um acordo que não atenda aos interesses da classe pelas razões citadas.

Por isso, Jay Tidmarsh, após analisar o potencial de conflitos dentro das *class actions* e entender que a estabilidade do alinhamento de interesses é no mínimo precária ao longo de todo o processo, sugere a formulação de um critério quantitativo<sup>519</sup>, o qual funcionaria como uma verdadeira âncora das expectativas de alinhamento dos interesses. A sua observância garante, ao longo do processo, que a atuação do representante adequado não se desvirtuará dos propósitos da classe. Em outras palavras, o critério quantitativo busca assegurar a observância do devido processo legal.<sup>520</sup>

Assim sendo, o teste proposto por Jay Tidmarsh é simples, possuindo clara conotação utilitarista: a representação adequada é assegurada quando o membro da classe não estiver em posição inferior àquela que estaria caso decidisse litigar por contra própria ou exercesse a opção do *opt out*.<sup>521</sup> Trata-se do princípio do não prejuízo relativo (*do no harm*). Ou seja, o processo coletivo deve ser capaz de assegurar um resultado positivo ao membro da classe, não de forma absoluta, mas relativa àquilo que ele conseguiria se atuasse por conta própria. Não se trata, portanto, de apenas evitar descabros como o verificado no caso *Kamilewicz vs*

---

<sup>518</sup> Assumindo esta linha de pensamento: ERICHSON, Howard M. Aggregation as disempowerment: red flags in class action settlements. **Notre Dame Law Review**, v.92, 2016, p.860. O autor nota que a ação coletiva empodera a classe, ao mesmo tempo em que a fragiliza se houver incentivos concorrentes por parte do representante e do réu para um acordo.

<sup>519</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v.87, 2009, p.1158 e ss.

<sup>520</sup> Jay Tidmarsh aponta que em todos os casos em que se permite a *class action*, é possível verificar conflitos permanentes entre os representantes e os membros da classe. Assim, como a representação adequada envolve a unidade de interesses e a ação vigorosa em favor da classe, a possibilidade permanente destes conflitos informa a certificação da classe, logo, a continuidade do processo coletivo. Surge daí a ideia de apontar um critério quantitativo capaz de superar a dificuldade prática. O autor considera a dificuldade tão séria que aponta que a linha de raciocínio da Suprema Corte com relação à representação adequada, trabalhada em casos como *Hansberry vs Lee* e *Amchem vs Windsor*, é inconsistente, levantando a possibilidade de a *Rule 23* conduzir a resultados espúrios, devendo ser reescrita. TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v.87, 2009, p.1158.

<sup>521</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v.87, 2009, p.1175.

Bank of Boston Corp.<sup>522</sup>, mas de assegurar que o resultado será no mínimo igual ao que o membro da classe poderia colher individualmente.

Desta forma, o critério quantitativo nada mais é que um controle amparado em duas condições. A primeira é que o valor mínimo a ser auferido por cada membro seja igual a zero, não se admitindo prejuízos como o do caso Kamilewicz, já que caso o valor esperado da litigância fosse negativo, a decisão racional do indivíduo seria não ajuizar o processo, evitando a perda.<sup>523</sup> A segunda é que o processo coletivo seja apto a conceder um ganho maior ou igual do que o possível na esfera individual. A conjugação de tais condições evita que o representante ou o advogado da classe sejam capazes de capturar, com o apoio do réu, a remuneração destinada aos membros da classe.

Algumas considerações precisam ser feitas.

A primeira é que essa equação deve ser analisada *ex-ante*, ou seja, ela trata na verdade de valores esperados, para o que se afigura fundamental a coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência. São as decisões dos tribunais que permitirão segurança aos cálculos realizados. Os cálculos serão realizados com base em amostras de julgamentos realizados, a partir dos quais seria possível identificar a média e o desvio-padrão dos resultados, parâmetros básicos para a implementação do critério quantitativo.<sup>524</sup>

A segunda é que a estrutura de custos e honorários tem grande relevância, pois a proposta se baseia em ganhos líquidos finais. No caso brasileiro, a importância deste fator é menor, haja vista a gratuidade destas ações, salvo no caso de má fé (arts.18 da lei 7.347/1985 e 97 do CDC).

A terceira é assustadora à primeira vista. Como o devido processo legal é uma garantia assegurada a todo e qualquer pessoa, o cálculo deve ser feito individualmente, para cada membro da classe. O susto passa quando se pensa que é possível utilizar recursos estatísticos, tais como testes de hipóteses, para caracterizar “indivíduos típicos”, facilitando os cálculos e a própria identificação de possíveis subclasses. Em havendo capacidade computacional, a tarefa torna-se factível e simples, na maior parte dos casos.

---

<sup>522</sup> 100 F.3d 1348 (7th Circuit, 1996). Após a propositura de uma ação coletiva com o propósito de responsabilizar o banco por conta de erros na contabilização dos juros da hipoteca imobiliária e posterior acordo, o advogado da classe recebeu cerca de US\$8 milhões, ao passo que Mr.Kamilewicz recebeu um crédito de US\$2,19 pela vitória na ação e um débito de US\$91,33 a título de custos com honorários.

<sup>523</sup> A condição reflete o fato de que se o valor esperado da causa é negativo, o indivíduo prefere ficar inerte.

<sup>524</sup> Os precedentes fixados aumentam a previsibilidade, logo, a segurança jurídica, ao passo em que aumentam o conjunto de informações usado em decisões judiciais futuras. SPIER, Kathryn. Litigation. *In*: POLINSKY, A.Mitchell; SHAVELL, Steven (Editors). **Handbook of law and economics**. 1st. ed. Amsterdam: North Holland, 2007, v.1, p.298.

A quarta é que a observância do critério apenas garante um resultado no mínimo igual ao da iniciativa individual, mas não a sua maximização. O critério objetiva tão somente evitar que o indivíduo obtenha um ganho menor do que teria se litigasse por si só. Se o representante acaba por entregar mais do que o membro da classe conseguiria sozinho em juízo, ele pode ser tido como adequado, ainda que ocorra um acordo prematuro e em meio a dúvidas sobre o teste positivo dos critérios qualitativos.

A quinta é que os cálculos devem ser refeitos no caso de as circunstâncias mudarem no decorrer do processo, já que a representação adequada deve ser garantida em toda a sua duração.

A última é que como relatado antes, com esse critério, se afigura possível ao empreendedor, ao capitalista que almeja o lucro, cumprir com seus objetivos, ainda que seja obrigado a garantir uma remuneração mínima aos membros da classe. Já o órgão público definido como representante adequado pela lei também deve ser capaz de cumprir com tais objetivos, sob pena de explicitar a sua incapacidade para a função. Em ambos os casos, caberia às cortes uma ação imediata, a substituição ou a convocação de novos representantes, cabendo ainda no caso dos representantes *ope legis* a realização de teste de capacidades institucionais, a fim de apurar que órgão se apresenta em melhores condições.

Há algumas linhas atrás se afirmou que o juiz atuaria como um agente fiduciário dos membros ausentes da classe. A princípio, a assertiva soa estranha, tendo em vista o dever de imparcialidade que norteia a atuação do magistrado. Contudo, isso apenas seria verdade se a atuação se desse de forma discricionária, desamparada por princípios constitucionais. Na hipótese em tela, trata-se justamente do oposto, da defesa da higidez do processo coletivo. Quando se defende que o juiz deve procurar substitutos para o representante adequado ou mesmo não permitir o prosseguimento da ação coletiva, isto se faz com base em um critério objetivo, quantitativo, alinhado com o cumprimento do devido processo legal e o respeito à igualdade e à autonomia individual ou ainda a partir de um critério qualitativo, havendo o correspondente ônus argumentativo. O juiz não age, nesses casos, de forma parcial, com o propósito de beneficiar os membros ausentes, mas de forma coerente, técnica, necessariamente motivada, buscando evitar que aqueles sofram um efetivo prejuízo.

Jay Tidmarsh conclui que o princípio do não prejuízo relativo (*do no harm*) apresenta, do ponto de vista filosófico, duas características interessantes.<sup>525</sup>

---

<sup>525</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, v.87, 2009, p.1186 e ss.

A primeira é que a solução engendradora parte do individualismo, já que a condição do indivíduo é fielmente considerada, afastando pelo menos parte das críticas formuladas pelo professor Martin Redish, no sentido de que as *class actions* entorpeceriam a liberdade e a autonomia individual com a solução coletiva proposta. Em outras palavras, a solução coletiva não obscurece a situação individual, que permanece plenamente contemplada.

A segunda é que ela é compatível com a teoria da justiça de John Rawls, adequando-se perfeitamente à noção de véu de ignorância do filósofo americano. Assim, o critério formulado contempla e abriga os interesses de todos os envolvidos, representantes, advogados e membros da classe, abrangendo um legítimo consentimento, ainda que cada um deles desconheça sua posição no litígio. A solução, arquitetada *ex ante*, promove o resguardo da posição do membro da classe, ao passo que permite também aos representantes e ao advogado atuarem na tentativa de maximizarem seus lucros individuais, mesmo que estejam sujeitos a uma restrição. A justiça do critério é afirmada por Jay Tidmarsh, que assim se pronuncia:

*by guaranteeing absent class members the same expected (if not better) outcome as individual litigation would have yielded, class representatives and class counsel also respect absent class members as their own ends, rather than simply as means to achieve the ends of the representative and the counsel.*<sup>526</sup>

Em resumo, conflitos de interesse podem ser tolerados, desde que não causem prejuízos aos membros da classe, tomando como parâmetro suas posições originais.<sup>527</sup>

O critério quantitativo proposto por Jay Tidmarsh não objetiva maximizar o resultado esperado pelos membros da classe, mas tão somente impedir que eventuais conflitos de interesses em processos coletivo, bastante comuns como visto, se acentuem e se degenerem a ponto de prejudicar os membros ausentes da classe. Na verdade, ele reforça a atuação enquanto agente fiduciário do representante da classe e do advogado, fixando uma regra objetiva para os ganhos dos membros ausentes. Paralelamente, concede um parâmetro de controle ao juiz, para que este atue também protegendo os interesses dos membros ausentes, tal qual um agente fiduciário, assim evitando qualquer prejuízo àqueles, concretizando os princípios da igualdade e do devido processo legal. Adicionalmente, concede ao juiz a certeza

<sup>526</sup> Trad.nossa: Ao garantir aos membros da classe ausentes o mesmo (senão melhor) resultado que a litigância individual proporcionaria, os representantes da classe e o advogado também respeitam os membros da classe ausentes como seus próprios fins, antes que simplesmente como um meio para alcançar seus objetivos.

<sup>527</sup> O representante precisa ter o incentivo para prosseguir na causa. A exigência de "no conflict" trava uma série de possibilidades. O que a teoria dos jogos, pelo problema agente x principal, preconiza é a necessidade de alinhamento de interesses entre o agente e o principal. E isso é oferecido pelo "no harm principle" porque todos terminam melhor do que estariam na litigância individual, não obstante uns possam ganhar mais do que outros.

de que eventuais conflitos de interesse existentes possam ser sobrepujados pela vitória no processo, em nível além do que seria cabível por meio de ação individual.

Assim sendo, impõe-se um obstáculo à existência de possível colusão ou de acordo prematuro. Trata-se do fato de que os membros da classe deveriam obter uma remuneração no mínimo igual àquela que obteriam em processos individuais.

Por fim, uma palavra sobre o equilíbrio gerado pelo critério quantitativo. É fato que a solução proposta pelo processo coletivo é mais eficiente do ponto de vista processual do que a litigância individual. A questão já foi exaustivamente discutida neste texto e não cabe reproduzi-la. Contudo, é interessante entender a repercussão no campo econômico, em relação ao bem-estar gerado à sociedade.

Neste campo, já foi visto que a solução coletiva favorece a adoção de um nível de precaução maior por parte dos agentes econômicos, a fim de minimizar os riscos de um processo judicial, o que é bom para o sistema econômico, já que significa que menos recursos deverão ser dispendidos com o serviço justiça, permitindo a alocação de recursos em atividades de maior retorno. Contudo, é importante notar que o critério quantitativo, como bem anota Jay Tidmarsh, possui um atrativo a mais: ele permite que se alcance uma solução mais eficiente no sentido de Pareto do que a proporcionada pela litigância individual e pelo processo coletivo em que o princípio do não prejuízo seja desconsiderado.<sup>528</sup>

Uma dada situação é dita Pareto-eficiente caso não seja possível alterá-la sem que algum dos envolvidos experimente uma queda em seu bem-estar. A solução oferecida através da observância do critério quantitativo é nitidamente superior à litigância individual, por garantir aos membros da classe um resultado no mínimo igual e sem que ninguém esteja em condição pior. Ou seja, há uma convergência no sentido do equilíbrio de Pareto. O mesmo não acontece com relação a um processo coletivo em que o critério quantitativo não seja observado, já que neste não é garantido a todos um resultado melhor do que o obtido individualmente pelos litigantes. Em resumo, o que se garante, então, é uma melhor alocação dos recursos da sociedade após o litígio, em comparação com as soluções anteriores, favorecendo um aumento do bem-estar social.

A aderência ao critério quantitativo garante a desnecessidade de participação do membro ausente, visto que o resultado que lhe será atribuído na ação coletiva nunca será pior do que o que prevaleceria na ação individual. A solução assim gerada é mais eficiente do

---

<sup>528</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, v.87, 2009, p.1188.

ponto de vista econômico, por reduzir a atividade processual e também por permitir um avanço no bem-estar social.

A apresentação do critério quantitativo é sedutora *prima facie*. Contudo, não se trata de um critério infalível e aplicável a todo e qualquer caso.

Um primeiro ponto a ser esclarecido é o dos *leading cases*. Toda a abordagem é feita quantitativamente, observando os dados estatísticos existentes sobre dados de julgamentos pgressos. Em havendo uma questão absolutamente nova, a solução possível seria raciocinar por analogia, extrapolando os dados de litígios considerados de igual gravidade com o fim de obter uma resposta.<sup>529</sup>

Porém, há questões mais agudas atreladas à gestão deste critério que merecem consideração. David Marcus aponta que às vezes é desejável prosseguir na condução de um processo coletivo, ainda que prejuízos individuais possam ser verificados, assim como em outras, não obstante a perspectiva de ganhos individuais exista e seja concreta, a ação coletiva não deveria ser considerada, não obstante tais formulações não sejam contempladas pelo critério quantitativo.<sup>530</sup>

O exemplo do primeiro tipo são algumas *class actions* operadas segundo a regra B (2) da *Rule 23*, como *Waters vs Barry*<sup>531</sup>, no qual uma associação de direitos civis propôs uma ação coletiva questionando o toque de recolher imposto aos jovens menores pelo Distrito de Columbia, com o intuito de diminuir a violência infanto-juvenil. A afronta à primeira emenda era clara, mas havia importantes segmentos da comunidade que desejavam observar o toque de recolher, de forma que, em sendo ajuizada a ação, tal segmento obteria um resultado pior do que se tivesse permanecido na inércia. Se isso acontecesse, o toque de recolher continuaria ocorrendo sem problemas, porém, com a ação proposta, o resultado seria contrário aos seus interesses, visto que por ser indesejada (valor esperado negativo), este segmento não teria proposto a ação.

A propositura da ação viola, portanto, a primeira condição de não prejuízo de cada um dos membros pró-toque de recolher, visto que o valor esperado é negativo, não obstante ela deva ser proposta tendo em vista a atitude *contra legem* do Distrito de Columbia.<sup>532</sup>

---

<sup>529</sup> O importante questionamento foi feito pelo professor Andre Vasconcelos Roque por ocasião da banca de qualificação da presente dissertação.

<sup>530</sup> MARCUS, David. Making adequacy more adequate. *Texas Law Review*, v.88, 2009, p.140 e ss.

<sup>531</sup> 711 F. Supp 1125 (1989).

<sup>532</sup> Analogamente, em *Brown vs Board of Education of Topeka*, havia famílias na comunidade negra que se opunham ferozmente ao fim da segregação. Neste sentido, o resultado obtido também afetou negativamente seus interesses, já que teriam preferido a inércia.

Antes que tornar inapropriado o critério quantitativo, o exemplo fornecido por David Marcus o fortalece, justamente por apontar a inviabilidade de que naquela ação um representante fosse adequado para toda a comunidade, fato que aponta para a divisão em subclasses. Na verdade, a dificuldade na operação do critério, antes de o inviabilizar, realça a complexidade de muitos processos coletivos, o que confirma a importância de se estabelecer uma metodologia para determinar a representação adequada.

Já o exemplo do segundo tipo abrange a *Rule 23 B (3)*. Trata-se de ação indenizatória cujo valor esperado de cada indivíduo é zero, de forma que não há interesse em ajuizá-la. Contudo, o representante a promove, obtendo um valor mínimo para cada membro da classe, ao passo em que obtém lucro significativo por força do acordo realizado. Nesse caso, David Marcus argumenta que a ação proposta não deveria ter sido permitida pelos critérios, tendo em vista a injustiça patente na distribuição de resultados.

É claro que não há violação de quaisquer das condições, visto que o resultado obtido entregue pelo representante adequado da classe é superior ao que cada membro teria obtido por si só. É cediço que segmento da doutrina argumente pela indesejabilidade de tais processos, pela assimetria na distribuição de resultados. Porém, é importante repetir algo que já foi dito. Há um claro *deterrence effect*, que favorece a comunidade, que não está sendo monetizado nesta análise, daí o tom de reprovação.

Com relação a este último exemplo, o próprio Jay Tidmarsh revela-se desconfortável com o resultado, argumentando que ou as cortes fariam o seu trabalho e corrigiriam a justiça do acordo ou os próprios indivíduos acionariam o direito de *opt out*.<sup>533</sup> A solução não parece boa e as críticas de David Marcus são bastante pertinentes<sup>534</sup>, já que com relação à primeira, haveria a transformação de um critério objetivo em subjetivo, visto que a justiça da decisão e da representatividade passaria a depender de um juízo de valor da corte, ao passo que a segunda solução também não é crível, pois dentro da lógica utilitarista que permeia a análise, é sempre melhor receber algo do que não receber nada, fato que afasta o exercício do *opt out*.

Feitas estas considerações, é importante fazer uma avaliação do critério quantitativo enquanto ferramenta útil para a avaliação da representatividade adequada. Inicialmente, é fato que a abordagem pode ser vista como um *game changer*, tendo introduzido um novo olhar sobre a configuração de adequação da representação em um processo coletivo. Todavia, também não pode ser visto como uma solução perfeita, apta a identificar a prevalência de uma representatividade adequada em todo e qualquer caso, tendo em vista a dificuldade de

---

<sup>533</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, v.87, 2009, p.1191 e ss.

<sup>534</sup> MARCUS, David. Making adequacy more adequate. *Texas Law Review*, v.88, 2009, p.144.

obtenção de dados e mesmo de modelagem em determinadas situações, como a de um *leading case*. Talvez a melhor forma de lidar com o que representa o critério quantitativo seja considerá-lo um *standard*, uma solução inicial para um problema ao qual elementos discricionários possam ser agregados, justamente a conclusão de David Marcus, que, porém, oferece uma visão menos entusiasta do critério do que a deste trabalho.<sup>535</sup>

Em nenhum dos sistemas analisados neste trabalho, o americano, o alemão e o brasileiro, como se mostrará adiante neste trabalho, adota-se um critério quantitativo, tendo em vista dificuldades operacionais e computacionais, que, todavia, já estão sendo superadas pelo avanço da ciência. Contudo, a ideia é promissora e pode ser facilmente incorporada a qualquer dos sistemas analisados.

### **6.3 Os critérios de avaliação da representação adequada nos anteprojetos de códigos coletivos brasileiros**

O conhecimento de critérios aptos a identificar quão adequado é um representante não é estranho à doutrina brasileira. Nos anteprojetos de códigos de processos coletivos elaborados pelo professor Antonio Gidi, pela Faculdade de Direito da USP e pelos programas de pós-graduação da UNESA-UERJ, a questão é bem esclarecida.

Inicialmente, digno de nota é o fato de que os anteprojetos buscaram sistematizar o instituto, apontando critérios para a sua identificação e estabelecendo consequências e providências a serem adotadas, no caso de se verificar em determinado momento processual a sua ausência, o que não acontece nas leis em vigor que regulam as ações coletivas e os incidentes de coletivização.

Outro ponto interessante é que os anteprojetos do professor Antonio Gidi (arts. 2º e 3º) e da UNESA-UERJ (arts. 8º e 9º) diferenciam claramente a legitimidade da representatividade adequada. Assim sendo, eles apontam os legitimados e depois elencam requisitos a serem cumpridos pelo representante, a fim de que este possa ser considerado adequado. A representação adequada é analisada de forma específica, sem que os dois conceitos estejam fundidos, logo, sem haver a presunção de que todos os legitimados cumprem o requisito da adequação, conforme estabelecido na lei 7.347/1985 (art.5º) e no CDC (art.82). Ao contrário, o código proposto pelos professores da USP (art.19) pressupõe que os legitimados para a ação coletiva são também representantes adequados, de forma que a análise é feita tão somente

---

<sup>535</sup> MARCUS, David. Making adequacy more adequate. *Texas Law Review*, v.88, 2009, p.145.

para as pessoas físicas que atuem na defesa de direitos ou interesses difusos (art.19, I) e para os membros da classe que atuam em defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos (art.19,II).

Com relação aos critérios eleitos pelos anteprojetos, é possível verificar que eles coincidem. A escolha recai sobre critérios qualitativos, tais como, a credibilidade, a capacidade, a experiência, o histórico de atuação judicial ou extrajudicial em litígios coletivos, o que envolve a avaliação de condições financeiras para suportar o litígio, a conduta verificada em processos coletivos, a pertinência temática e o tempo de instituição da entidade que busca a defesa de direitos de natureza coletiva.

Enfim, é claro que toda a discussão elaborada linhas acima foi em grande parte apreendida por estas propostas de códigos coletivos, salvo no que diz respeito ao critério quantitativo, que constitui uma novidade realmente.

## **7 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E A SELEÇÃO DE PROCESSOS: OS CASOS AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO**

Até o presente momento, com relação ao controle da representação adequada, foi dito que ele, preferencialmente, deve ser feito no início do processo e muitas vezes na fase pré-processual, constituindo o chamado critério temporal.

Conquanto seja correta, a informação merece ser aprofundada, tendo em vista o caráter essencialmente dinâmico da atividade. Os processos diferem entre si, logo, a concepção de início para um processo pode não se adequar plenamente para outro, já que muitos fatores interagem, influenciando o controle.

Nesta seção a proposta é tecer comentários sobre o momento em que a representação adequada é realizada, usando a experiência do direito comparado nos Estados Unidos e na Alemanha, assim como analisar a seleção de processos, que desempenha importante papel no caso do *Musterverfahren* alemão e do sistema de casos repetitivos no Brasil.

## 7.1 O caso americano: As *class actions*

Nos Estados Unidos, a questão da seleção de processos é irrelevante, já que não é usual a propositura de muitas ações sobre o mesmo objeto em determinada jurisdição.<sup>536</sup>

Contudo, há uma importante questão que merece ser detalhada, que diz respeito ao momento e ao conteúdo da decisão de certificação da *class action*. A *Rule 23* especifica que ela deve ser feita tão cedo quanto possível no processo.<sup>537</sup> A doutrina, majoritariamente, não discrepa do entendimento.<sup>538</sup>

A ideia está no fato de que as cortes devem examinar o quanto antes a representação adequada, instituto fundamental no processo coletivo, evitando a prática de atos desnecessários, assegurando menor custo para as partes e menos trabalho para as cortes, já que os casos de indevida representação não alcançariam fases mais agudas do processo, visto que seriam encerrados sem o julgamento de mérito.

O *Manual for Complex Litigation* traz uma observação interessante.<sup>539</sup> Desta forma, a necessidade da avaliação tão cedo quanto possível da representação adequada se impõe também por questões fundamentais que afetam as partes, tais como a estrutura subjetiva e o valor da causa, a identificação daqueles que estarão submetidos à decisão final, a possibilidade de aplicação de procedimentos alternativos para a resolução do litígio, o modo de condução da instrução pré-processual (*discovery*), a definição de uma abordagem para a realização de acordos e a definição do termo inicial para a prescrição para os indivíduos não incluídos na ação coletiva.

É certo, porém, que o tempo alocado à tarefa pode variar de acordo com a causa e o grau de desacordo na comunidade jurídica sobre a matéria discutida. O objetivo da atividade é verificar se estão presentes condições que permitem supor a adequação da representação. Como sugerido neste estudo, o trabalho deveria ser desenvolvido em dois estágios, dada a sua

---

<sup>536</sup> É possível a existência de diferentes *class actions* em diferentes estados, o que, inclusive, incentivou a criação do MDL (*multidistrict litigation*), instituto criado com base no 28 U.S.C § 1407 e que permitia a um painel de juízes federais autorizar a transferência de casos com questões comuns de fato para um juiz federal singular, a fim de que este conduzisse, de forma consolidada e coordenada, os procedimentos de *pre-trial*. SHERMAN, Edward F. The MDL Model for resolving complex litigation if a class action is not possible. **Tulane Law Review**, v.82, 2008, p.2205-2206.

<sup>537</sup> Trata-se da regra C (1) (a), que enuncia que o momento da verificação deve ser feito em um instante adequado no início do processo.

<sup>538</sup> MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004, p.1733; BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004, p.960; KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward. K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. St Paul: Thomson Reuters, 2012, p.270.

<sup>539</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.213.

importância e complexidade. Assim sendo, é inevitável que a decisão tenha que tocar o mérito – sem decidi-lo, contudo – a fim de que a ação coletiva seja certificada, de forma a permitir que uma solução seja alcançada com respeito às garantias impostas pelo devido processo legal. A assertiva é válida, ainda que o procedimento sugerido neste estudo não seja observado. Isso se deve à dificuldade de as cortes, em muitos casos, identificarem a predominância de questões comuns, quando se discutem direitos individuais homogêneos, bem como avaliarem o requisito da tipicidade.<sup>540</sup>

O fato de se adentrar no mérito ao se analisar a representação adequada causou certa divergência na doutrina sobre o exato momento de controle da representação adequada. Apesar de a decisão, já comentada neste trabalho, do caso *Eisen vs Carlisle & Jacquelin*<sup>541</sup> ter fixado a ideia de que a análise de certificação não deve adentrar o mérito, o fato é que as diferenças entre os diversos casos, submetidos a condições específicas muitas vezes, suscitaram em muitas cortes a ideia de que há uma flexibilidade inerente ao *timing* da decisão de certificação, ocasionada justamente pelo fato de que casos e circunstâncias diferentes devem sofrer tratamentos desiguais.<sup>542</sup>

Em outra decisão já comentada neste texto, *General Telephone Co. vs Falcon*<sup>543</sup>, a Suprema Corte mudou a orientação fixada em *Eisen vs Carlisle & Jacquelin*, passando a reconhecer que em certos casos a certificação impõe que a avaliação toque o mérito, de forma que uma análise mais compreensiva deve ser feita.<sup>544</sup>

Robert Klonoff, Edward Bilich e Suzanne Malveaux apontam a importância do caso *Szabo vs Bridgeport Machines, Inc.*, o qual reiterou a necessidade de a decisão de certificação contemplar uma análise estrita dos fatos e circunstâncias legais, visto que ela é a última palavra do juiz sobre o assunto.<sup>545</sup>

O caso *Wal-Mart Stores, Inc. vs Duke* parece ter apontado a decisão consensual para a matéria.<sup>546</sup> A Suprema Corte Americana apontou que é necessário conduzir uma análise dos

<sup>540</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.214.

<sup>541</sup> 417 US 156 (1974).

<sup>542</sup> A decisão é da First Circuit Court: *Lamphere vs Brown University*, 553 F.2d 714 (1977).

<sup>543</sup> 457 US 1982.

<sup>544</sup> Não obstante, há diversos julgados que ainda apontam para a divergência citada. In re *Synthroid Marketing Litigation* (188 FRD 295, ND III, 1999) e *Krueger vs New York Telecom Co.* (162 FRD 433 – SDNY, 1995) foram decisões que contrariaram a *ratio* do caso *Falcon*, já que ignoraram a possibilidade de adentrar o mérito. Contudo, *Castano vs American Tobacco Co.* (84 F3d 734 – 5th Circuit, 1996) é uma importante decisão que afirma ser importante a análise do mérito para que a decisão de certificação seja realizada, em determinadas circunstâncias. Na mesma linha: In re *American Medical Systems, Inc.* (75 F3d 1069 - 6th Circuit, 1996) e In the matter of *Rhone-Poulenc Rorer Inc.* (51 F3d 1293 – 7th Circuit, 1995).

<sup>545</sup> KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward. K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. St Paul: Thomson Reuters, 2012, p.275.

<sup>546</sup> Referenciado como: 131 S.Ct. 2541 (2011) ou 564 US 338 (2011).

requisitos da *Rule 23* antes de a decisão de certificação ser prolatada, de forma que é necessário alguma atividade investigativa de provas, não podendo a análise se pautar em meras alegações.

A decisão da Suprema Corte é importante porque realça e confirma a relevância da decisão de certificação. Ela não é uma decisão de caráter apenas formal, possuindo grande importância para a solução do processo, sendo possível concluir que não deve ser feita com base em meras afirmações, de forma açodada, mas sim a partir da contemplação e análise de evidências.

Desta análise resulta a definição da estrutura subjetiva do processo, crucial para um processo representativo. A fim de que a classe seja definida, que eventuais subdivisões sejam levadas a termo e que os representantes adequados possam ser escolhidos e avaliados como tais, é necessário uma atividade processual prévia, incluindo o procedimento de *discovery*, a oitiva de testemunhas e peritos, a realização de audiências judiciais, atividades que consomem tempo.<sup>547</sup>

Interessante é o estudo empírico conduzido por Thomas Willging, Laural Hooper e Robert Niemic, que aponta uma estimativa do tempo que os advogados levam para peticionar pedindo a certificação da classe e do tempo decorrido entre este momento e o julgamento da certificação. Assim, a mediana oscila entre 3,1 a 4,3 meses após o ajuizamento da *class action*, sendo que 75% das petições ocorrem entre 6,5 a 16,3 meses do ajuizamento da ação coletiva. Quanto à decisão de certificação, os resultados variaram nos quatro distritos analisados pelos autores. Em três deles, a mediana ficou entre 2,8 e 4,1 meses, enquanto no outro foi de 8,5 meses. Em 75% dos casos, a decisão de certificação ocorreu entre 7,6 a 15,8 meses após a petição de certificação.<sup>548</sup>

Finalmente, cabe uma palavra sobre a reconsideração da decisão de certificação. A *Rule 23 C (1) (c)* trata justamente da estabilidade da decisão de certificação. Ela prevê que a decisão deve ser condicional, podendo ser alterada ou emendada. Não obstante, a doutrina não entende o dispositivo como trazendo uma permissão de alteração a qualquer pretexto. Ao contrário, considera que ela possui estabilidade, visto que realizada após consideração de toda a informação disponível para o caso, de maneira que as partes devem considerá-la tal como

---

<sup>547</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.215-222.

<sup>548</sup> WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. An empirical analysis of Rule 23 to address the rulemaking changes. **New York University Law Review**, v.71, apr.-may 1996, p.102.

proferida nos atos processuais seguintes, incluindo a realização de acordos e a preparação para o julgamento.<sup>549</sup>

Contudo, o posicionamento doutrinário não significa a impossibilidade de alteração ou emenda, como já deixa patente a própria regra. O desenrolar do processo pode trazer à tona fatos ou situações que denotem uma necessidade de readequação da decisão, o que pode ficar evidente em muitas circunstâncias em que os critérios assim determinem, implicando a necessidade de redefinição da classe e dos representantes adequados. A explicação é que, em sendo o processo dinâmico por natureza, a consistência da decisão de certificação acaba sendo testada no decorrer dos atos processuais sucessivos praticados pelas partes.<sup>550</sup>

A análise da decisão de certificação no caso das *class actions* evidencia que ela é tomada após um amplo debate, em que as partes se manifestam sobre cada aspecto que configura a lide, adentrando-se muitas vezes no mérito, sem, contudo, resolvê-lo. O fato é que as partes tem a oportunidade prévia de se manifestar em relação aos aspectos cruciais da lide, dentre os quais, o que particularmente mais interessa a este estudo: a representação adequada. Assim, os réus podem, como já explicado anteriormente, questionar os representantes adequados, bem como os próprios membros da classe podem levantar oposição aos que se intitulam como representantes. A decisão de certificação acontece após a realização do contraditório, sendo oportunizada a cada participante a possibilidade de influenciar o seu conteúdo.

## 7.2 O caso alemão: O *Musterverfahren*

Seguindo o magistério de Aluisio Mendes, é de se notar que há três leis regulando o procedimento-modelo alemão. Duas delas possuem pequenas diferenças na regulação do instituto, tratando da jurisdição administrativa e da previdência e assistência social, de forma que neste estudo serão consideradas como se integrassem uma única disposição, visto que, no tocante à representação adequada, em nada diferem. A outra lei corresponde à regulação dos litígios ocorridos no mercado de capitais, a qual apresenta procedimento diferente das leis administrativas.<sup>551</sup>

<sup>549</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation**. 3rd ed., 1995, p.223.

<sup>550</sup> No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, v.404, 2009, p. 3-41; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.444 e ss.

<sup>551</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.37-53.

Com relação aos processos da área social, a análise do professor Aluisio Mendes é clara no sentido de revelar algumas diretrizes seguidas, endossadas pelo Tribunal Federal Administrativo, no que diz respeito à seleção de processos e à escolha dos representantes adequados.<sup>552</sup> A primeira delas é que às partes deve ser garantida a oportunidade de manifestação quanto à instalação de ofício do procedimento, sendo a decisão irrecorrível. A segunda é que os processos escolhidos devem contemplar uma variedade de argumentos e não devem estar impregnadas de problemas específicos, ou seja, os processos escolhidos devem ser realmente representativos das questões que serão decididas nos demais processos.

Do conjunto de diretrizes referendadas pelo Tribunal Federal Administrativo, é possível extrair a presença de três parâmetros. O primeiro trata das questões de fato e de direito comuns aos processos, possuindo natureza objetiva. O segundo corresponde ao aspecto subjetivo, devendo ser escolhidos como representantes aqueles que possuem um interesse mais significativo em relação ao objeto do processo, enquanto o terceiro decorre da concretização do princípio do contraditório, possibilitando às partes se pronunciarem sobre a escolha dos processos-modelo e sobre os representantes.

Não obstante a manifestação prévia das partes, não cabe recurso da decisão prolatada.

Já quando trata dos conflitos no mercado mobiliário, a instalação do procedimento ocorre sob requerimento das partes, exigindo-se que a decisão a ser prolatada seja importante para a solução do conflito apresentado assim como de outros, devendo ainda a pretensão da parte ser indeferida em caso de atuação protelatória e do meio de prova indicado ser inadequado à demonstração do direito.<sup>553</sup>

Concedida a devida publicidade e propostos mais nove requerimentos no prazo de seis meses, as questões a serem decididas são fixadas em decisão irrecorrível pelo órgão que recebeu o primeiro requerimento.

Após a remessa dos autos para o tribunal de segundo grau, este deve escolher, em decisão irrecorrível, as partes que participarão do julgamento do procedimento, dentre aqueles processos que tramitavam no juízo de origem, admitida a participação dos demais interessados, cujos processos serão suspensos, como intervenientes.

---

<sup>552</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.40.

<sup>553</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.46-47.

Aluisio Mendes elenca que o tribunal leva em conta os seguintes requisitos para escolher os representantes: o valor da pretensão, o objeto do procedimento e a escolha das partes.<sup>554</sup>

Assim sendo, apesar de esquemas procedimentais distintos, os critérios eleitos pelo legislador alemão para a definição dos representantes adequados e seleção dos processos no *Musterverfahren* são semelhantes nas legislações que regulam conflitos sociais e no mercado de capitais. É visível a preocupação em permitir a manifestação das partes previamente à decisão irrecorrível, bem como o incentivo dado à consideração das escolhas dos participantes pelo juiz, que deve se ater também ao grau de interesse da parte na causa.

A exigência do contraditório prévio é entendida como decorrência do esquema representativo adotado. Como é inviável a participação de todos na instrução do *Musterverfahren*, a oitiva prévia é uma forma de considerar minimamente a manifestação das partes. De outro lado, a escolha das partes que tenham interesse mais significativo e que sejam mais impactadas pela solução do litígio é, nitidamente, uma forma de garantir uma litigância vigorosa, reproduzindo um incentivo capaz de eliminar ou reduzir a nível mínimo qualquer conflito principal-agente por ventura existente.

Pensando sobre a aplicação do critério quantitativo sugerido neste trabalho, a manifestação prévia das partes é boa no sentido de facilitar a aferição quântica de quanto cada indivíduo espera conseguir, o que evidentemente auxilia a definição sobre o representante adequado. Ouvindo as partes previamente, que demonstram efetivamente suas preferências, a decisão irrecorrível é tomada com um grau de segurança maior, sendo também mais fácil para a parte demonstrar em grau recursal as razões pelas quais ela não deveria se submeter à decisão.

### 7.3 O caso brasileiro

Dentro da definição de processo coletivo adotada por este trabalho, vários são os institutos no Brasil que são influenciados pela definição da representação adequada. Didaticamente, para o estudo do momento do controle da representação adequada, considerar-se-á a existência de dois grupos: o primeiro reúne o sistema de casos repetitivos e as ações objetivas de controle de constitucionalidade, enquanto o segundo compreende as ações coletivas do microssistema processual coletivo.

---

<sup>554</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.48.

### 7.3.1 O sistema de casos repetitivos e as ações objetivas de controle de constitucionalidade

Certamente, não pairam muitas dúvidas sobre o momento do controle da representação adequada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. A partir da apresentação da ação objetiva, tal qual em uma ação individual, cabe ao relator examinar de imediato se o proponente da ação é autorizado na forma dos arts.103 da Constituição Federal e 2º da lei 9.869/1999, identificando se ele é capaz de promover a adequada representação de interesses, nos termos da argumentação já apresentada. A tarefa é direta, já tendo sido examinada em seus pontos mais interessantes neste estudo.

Já o sistema de casos repetitivos, previsto no art.928 do CPC, engloba o julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, assim como os recursos especial e extraordinário repetitivos, sendo seu objeto a resolução de questão de direito, material ou processual.

Conquanto tenha o legislador ordinário idealizado dispositivos diferentes para os institutos, é claro que se pode extrair do dispositivo supracitado a formação de um microsistema, haja vista a intenção de aumentar a eficiência, garantir a isonomia e alcançar a estabilidade com o uso de tais técnicas, fato que acarreta um necessário diálogo entre as determinações legais que os regulamentam.<sup>555</sup>

Dessa forma, há de se fazer uma leitura conjunta dos arts.982, 983, 1037 e 1038<sup>556</sup>, os quais cuidam das tarefas do relator após a admissibilidade do incidente e seleção dos recursos, guardando íntima relação com o instituto da representação adequada, pois é através destes atos que o relator escolhe os processos que servirão de base para o julgamento, obtém informações capazes de orientar o julgamento, identifica a questão que será efetivamente

<sup>555</sup> Enunciado 345 do Forum Permanente de Processualistas Civis:” O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.” Referendando o enunciado: CABRAL, Antonio do Passo. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – comentários aos arts.976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Forense, 2015, p.1415.

<sup>556</sup> Em sentido semelhante: CABRAL, Antonio do Passo. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – comentários aos arts.976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Forense, 2015, p.1434; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.176-181,191-193 e 201; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.245; TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2018, p.165; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência de tribunal**. 13ª ed. reform. Salvador: Juspodium, 2016, v.3, p.599 e ss.

julgada, promove a suspensão dos demais processos, bem como a oitiva das partes, dos demais interessados e do MP.

Tais atos são, sem dúvida, decisivos para o julgamento dos casos repetitivos. A escolha de processos pouco representativos da controvérsia e de representantes inadequados para a condução da instrução processual é fator mais do que idôneo a macular a legitimidade da decisão judicial obtida. Neste sentido, o microsistema de casos repetitivos foi pensado justamente para valorizar a jurisdição, não para depreciá-la, visto que o objetivo central é garantir a isonomia, a economia processual, a celeridade, o acesso à justiça e a eficiência.

Porém, é certo que para atingir tais objetivos a representação deve ser adequada. Como já exaustivamente discutido, o legislador vislumbrou um esquema representativo que pudesse combinar todos estes valores, respeitando concomitantemente o contraditório e o devido processo legal.

Assim sendo, optou por concentrar a escolha da representação adequada em um determinado momento, a partir do qual a instrução e o julgamento tomariam por base a atuação destes representantes adequados, a partir dos processos selecionados, daí a previsão dos arts. 983, *caput* e §1º e 1038, I e II, os quais determinam a oitiva das partes, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, assim como a realização de audiências públicas e a possibilidade de manifestação de pessoas com experiência na matéria (*amici curiae*).

Não se ignora que tanto no IRDR como nos recursos repetitivos já existe uma escolha prévia realizada pelo legislador, afinal se depreende da lei (art.976 e seguintes do CPC) que a admissibilidade em ambos os casos é feita com base em determinado(s) processo(s), os quais, naturalmente, surgem como candidatos a serem os representativos, bem como seus autores, os representantes. Contudo, é necessário conceder aos dispositivos legais a interpretação que melhor se adequa tanto à Constituição Federal como aos objetivos pretendidos com o uso da técnica. É justamente neste sentido que se deve considerar a escolha inicial tão somente como um ponto de partida, idôneo a identificar a possibilidade de resolver no âmbito do processo coletivo uma questão comum a diversos processos. Como consequência, não se dispensa a oitiva prévia das partes sobre quais seriam os processos representativos e os representantes adequados.

Não deve ser visto como natural a escolha de processos e representantes que serão decisivos na instrução e no julgamento a partir de critérios aleatórios, discricionários, pouco científicos, contamináveis por vícios cognitivos.

O viés da ancoragem já foi explicado neste trabalho, porém ele não é o único.

Há, por exemplo, um outro viés bastante aplicável à seleção de processos que é o de representatividade, que trata justamente de se eleger algo como representativo de determinada classe, tão somente pela sua aparência, sem que se conheça o todo. Nesta senda, um processo pode ter a aparência de representativo, sem, contudo, sê-lo de fato, já que o conhecimento do espaço amostral é muitas vezes importante para a solução, de forma que argumentos contidos em processos ignorados podem ser decisivos e importantes para a resolução da questão.<sup>557</sup>

Um outro viés, também aplicável à seleção de processos, é o da disponibilidade. Trata-se, assim, de a chance de um processo ser considerado representativo por conter argumentos que acionam a memória de quem os seleciona, apesar de, probabilisticamente, existirem outros mais representativos. É o caso em que uma predileção por certa matéria, a pré-compreensão sobre determinada questão ou a influência que certas circunstâncias exercem terminam por definir a seleção, sem que uma análise completa seja realizada.<sup>558</sup>

Além destes vieses, há um outro, não devidamente sistematizado até os anos 80. Trata-se do viés afetivo, ou seja, o reconhecimento de que o ser humano é emocional por natureza, de forma que suas decisões são impactadas por seu estado psicoemocional, afetando, inclusive, a sua capacidade de avaliar riscos e benefícios.<sup>559</sup> Pensando na seleção de processos, é possível que um deles seja tido por representativo por tratar de uma situação ou questão cara àquele que efetua a seleção, sem que, contudo, seja efetivamente o mais representativo.

A questão da heurística e dos vieses cognitivos não é totalmente estranha à ciência do direito. O exemplo próximo é a ideia de pré-compreensão no âmbito da teoria do direito, que traz à tona o fato que o intérprete, o julgador, ao se defrontar com um problema jurídico, não o faz isento de influências, como se fosse uma “tábula rasa”, mas, ao contrário, é impregnado da sua concepção particular de mundo, o que inclui valores, tradições e preconceitos da sociedade em que está inserido. Assim sendo, ao mínimo contato com o problema, já se estabelece em sua mente possíveis soluções, que serão ou não confirmadas a partir do diálogo que ele estabelecer com a norma e com o problema.<sup>560</sup>

<sup>557</sup> Espaço amostral é o conjunto de todos os resultados possíveis associados a um evento.

<sup>558</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristic and Biases. **Science, New Series**, v. 185, n.4157, sep. 1974. Neste estudo, os autores apresentam e exemplificam numericamente os vieses de cognição identificados, capazes de afetar o julgamento das pessoas sobre questões apresentadas. No texto em tela, busca-se, resumidamente, explicar de que forma tais vieses são encontrados no momento de escolha de processos representativos.

<sup>559</sup> FINUCANE, Melissa L. *et al.* The affect heuristic in judgments of risks and benefits. **Journal of behavioral decision making**, v.13, 2000. No estudo, os autores explicam o viés e suas consequências nas avaliações das pessoas, apresentando a metodologia dos testes conduzidos, bem como os resultados apresentados.

<sup>560</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.421-422.

Assim, o que merece ser destacado é que o método de seleção de processos que instruem os casos repetitivos é algo que merece ser revisitado. Claro está que nos moldes atuais, há a presença de vícios cognitivos e notória insuficiência analítica, visto que não é possível, frequentemente, efetuar a análise criteriosa de inúmeros processos, a fim de selecionar aqueles idôneos a serem representativos.

Neste sentido, é compreensível a forte crítica do professor Jordi Fenoll ao processo de admissão de recursos pela Suprema Corte Americana. Ele considera que a emissão de *certiorari* é feita de maneira totalmente discricionária, ainda que existam regras de orientação, submetendo-se, portanto, a vieses, o que prejudica a capacidade de as partes preverem a chance de êxito na admissão do recurso.<sup>561</sup>

Também, do ponto de vista da análise econômica do direito, é possível perceber a relevância da seleção de processos e de representantes adequados. A abordagem será feita a partir de dois pontos-de-vista, um micro e outro macroeconômico.

Iniciando pela ótica microeconômica, é importante considerar o problema da seleção adversa, uma forma de falha de mercado decorrente de informações assimétricas, um fenômeno já abordado neste estudo, que será aqui aprofundado. Assim sendo, se em um determinado mercado as informações sobre os produtos não estão uniformemente distribuídas, é natural que os agentes desconfiem da qualidade daquilo que está sendo negociado. George Akerloff, em um trabalho seminal, analisando o mercado de carros usados nos Estados Unidos, explica que em tal circunstância, no limite, o equilíbrio de mercado tende a ocorrer em uma base tal que os produtos de qualidade são expulsos do mercado. O motivo é que o predomínio da assimetria de informações entre os compradores, inseguros sobre a qualidade dos bens ofertados, faz com que os preços por eles oferecidos sejam demasiado baixos, o que, por sua vez, inibe o vendedor de um bem de boa qualidade a ofertá-lo, já que não deseja receber um preço aviltado por algo que considera bom, levando-o a um novo mercado.<sup>562</sup> Estabelece-se, então, um equilíbrio nefasto, ineficiente.

O desafio agora é transpor a lição para o processo civil, mais precisamente para a seleção de processos nos casos repetitivos. É de se esperar que um processo não representativo das controvérsias a serem resolvidas embute uma indesejável assimetria. Enquanto base para a instrução e julgamento, ele é incapaz de ofertar todos os ângulos necessários para a solução da questão, ocasionando um contraditório pouco efetivo e uma

---

<sup>561</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p.37-38.

<sup>562</sup> AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the Market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v.84, n.3, aug. 1970, p. 488-500.

decisão de consistência duvidosa. Analogamente à situação do mercado de carros usados, as decisões assim proferidas seriam percebidas pelos agentes como sendo de baixa qualidade, levando-os a buscar outro mercado, o que no caso pode ser entendido como o questionamento futuro daquela decisão, exatamente o efeito oposto ao pretendido pelo sistema de casos repetitivos, gerando ineficiência.

Da lição do professor Akerloff, é possível extrair um mecanismo idôneo a encerrar a assimetria existente e também capaz de resgatar um equilíbrio saudável para o mercado. No problema aqui considerado, trata-se de garantir um processo representativo, hábil a promover o fim da assimetria entre as partes e tornar mais efetivo o contraditório, aumentando as chances de obtenção de uma decisão com maior legitimidade e aderência são maiores. Não por outro motivo, o legislador já prevê, nos arts. 984, §2º e 1038, §3º do CPC, a necessidade de a decisão em sede de casos repetitivos considerar os fundamentos relevantes suscitados. Há uma clara certeza sobre a impossibilidade de um processo não representativo ou com representantes inadequados cumprirem tal requisito, fato que aponta para o contraditório prévio sobre questões relevantes, como a representação e seleção de processos. Desta forma, é possível justificar, a partir de um modelo da teoria dos jogos, a maior eficiência gerada por uma seleção adequada de processos.

Sem dúvida o argumento compreende a atuação do representante adequado, já que as condições para que ele atue em conformidade com os objetivos e o diálogo conduzido junto à classe são maiores a partir de um processo representativo da controvérsia, sobretudo se pensado que, nos moldes atuais, a condução da instrução é realizada pelo representante do processo selecionado e que, por motivos já vistos, pode não ser o mais indicado para a tarefa.

Do ponto de vista macroeconômico, tome-se o modelo proposto por William Landes e Richard Posner, que considera a atividade de formação de precedentes um investimento feito pelo tribunal, regulado, tanto como os demais, por leis de mercado, que envolvem a consideração de taxas de retorno e depreciação, da formação de capital, entre outras variáveis. Neste modelo, o estoque de capital é definido pelo conjunto de precedentes gerados a partir das decisões prolatadas, que geram, obviamente, um fluxo de serviços aos jurisdicionados, a partir do entendimento expresso do tribunal sobre questões jurídicas.<sup>563</sup>

A mudança das circunstâncias sociais opera um importante efeito neste modelo: a depreciação dos precedentes. Assim sendo, novas legislações e mudanças de hábitos e comportamentos aumentam o custo dos acordos em geral, visto que por não se conhecer o que

---

<sup>563</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **Journal of Law and Economics**, v.19, 1976.

os tribunais pensam a respeito, diversas interpretações podem ser consideradas. Em tais circunstâncias, é natural que o grau de litigiosidade aumente, gerando a necessidade de reforço do estoque de capital, o que impele o tribunal a produzir novos precedentes, tendo em vista a depreciação ocorrida. É clara a ideia de que, nestes termos, a jurisdição se submete a ciclos, porém, um aspecto relevante a considerar é que do modelo se pode extrair a conclusão que os precedentes formados devem ser abrangentes e estáveis tanto quanto possível, sob pena de se gerar uma litigância desenfreada.

A conexão que pode ser estabelecida com o problema da seleção de processos e de representantes adequados é que, quanto menos representativos e adequados forem os processos e os representantes que orientam a instrução e o julgamento, maior a chance de formação de precedentes pouco abrangentes, quase descartáveis, o que é um convite à maior litigância. Se o objetivo do microsistema de casos repetitivos é justamente gerar maior eficiência, dirimindo as controvérsias em um sentido definitivo, é claro que a atividade de seleção de processos e de escolha dos representantes adequados é central, relevante. Logo, também do ponto de vista macro se pode justificar teoricamente a necessidade de processos representativos e representantes adequados.

É claro que, por enfrentarem um número muito maior de processos, a situação dos tribunais brasileiros se apresenta de forma mais dramática quanto aos impactos dos vieses de cognição. Logo, se é verdade que não é possível a um relator, presidente ou vice-presidente de tribunal selecionar o mais representativo dentre inúmeros processos, aquele que se apresentará para julgamento é, de fato, com grande probabilidade, um processo que consiste em uma amostra viciada do universo existente, que pode ou não oferecer os argumentos centrais e decisivos à controvérsia, fato que afeta diretamente a instrução e o julgamento. Raciocínio análogo se impõe em relação ao representante adequado, normalmente considerado como aquele que atua no processo selecionado, quando, pelos motivos já elencados em seções anteriores, ele pode não ser verdadeiramente adequado.

Não obstante a crítica à sistemática atual, entende-se possível superar o aparente impasse e avançar. Para isso, cabe o uso da tecnologia disponível e a inteligência artificial muito pode ajudar neste sentido. O uso de ferramentas como, por exemplo as redes neurais, são de grande auxílio para a tarefa, dada a sua capacidade de identificação de padrões. Ora, a linguagem escrita nada mais é do que a padronização de significados por excelência. Sendo isso verdade, a partir de uma técnica de inteligência artificial, é plenamente possível a elaboração de algoritmos idôneos a identificar razões recursais e argumentos das partes, confrontando-os, se necessário, com pressupostos definidos, reconhecer fatos comuns, admitir

provas e realizar práticas executivas pecuniárias, com ganhos evidentes na celeridade, eficiência e até na previsibilidade de resultados.<sup>564</sup>

Considera-se óbvio que através da tecnologia também é possível selecionar os representantes adequados. Em meio a inúmeros candidatos, através de técnicas quânticas e do uso de banco de dados, seria mais fácil aos tribunais promover o escrutínio do perfil de cada representante, conforme os critérios já traçados, sobretudo no que diz respeito às simulações necessárias para a avaliação do critério quantitativo. O escrutínio, através de algoritmos, de memoriais que abordem questionário-padrão elaborado pelas cortes e o uso de técnicas de gerenciamento e análise de bancos de dados permitiriam uma rápida análise dos critérios qualitativos elencados neste trabalho, referentes ao advogado atuante no processo e ao representante adequado.

Logicamente, por trás das considerações feitas, há um pressuposto importante: a necessidade de os tribunais investirem maciçamente em novas tecnologias, assim como na contratação de profissionais ou serviços capazes de promover esta verdadeira revolução. Com o nível de paralisia observado em alguns tribunais, já de domínio público, não é difícil inferir os ganhos de produtividade que poderiam ser realizados com tais tecnologias e claro, não apenas no que diz respeito aos processos coletivos.<sup>565</sup>

Entendido o que foi dito neste tópico, é possível enfrentar mais profundamente as críticas desenvolvidas por Luiz Guilherme Marinoni ao IRDR e já apresentadas em seção anterior deste estudo.<sup>566</sup> Assim, a argumentação do autor é válida, sendo totalmente condizente com o que foi explicitado neste trabalho sobre representação adequada. Contudo, a sugestão dada pelo professor de fortalecer a representação adequada pela participação dos legitimados para a propositura das ações coletivas, que atuariam representando os excluídos do incidente, tampouco é suficiente para corrigir o problema da inconstitucionalidade. A solução, dita alternativa pelo professor, mas neste trabalho considerada a única possível, consiste em realizar um efetivo controle da representação adequada, após efusiva publicidade do incidente, uma vez que seja instaurado, conforme determina o art.979 do CPC, de forma

---

<sup>564</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p.33-41.

<sup>565</sup> Um exemplo claro de aplicação fora do espectro coletivo são os procedimentos de conciliação e mediação, que poderiam ser feitos por plataformas online, a partir de instruções que veiculem o entendimento consolidado do tribunal sobre determinadas matérias, reduzindo a litigiosidade.

<sup>566</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.19-50. Também Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, como já visto, apresentam críticas à falta de representação adequada, ressaltando a violação ao contraditório dos membros ausentes. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. **Revista de Processo**, v.240, fev. 2015, p.222 e ss.

que, a todos aqueles que possam vir a ser abrangidos diretamente pela decisão que fixa a tese jurídica, seja oportunizada a chance de manifestação sobre quem deveriam ser o(s) representante(s) adequado(s) e o(s) processo(s) representativo(s).

Não se ignora que a sugestão implica forte mudança com relação às práticas atuais. Contudo, tampouco se vislumbra qualquer impossibilidade, presente o entendimento de que a própria lei já autoriza a oitiva das partes afetadas, na forma do art.983 do CPC. A diferença está em que na abordagem deste estudo, a possibilidade de manifestação das partes deve ser vista como obrigatória, devendo o relator intimar as partes a oferecerem suas opiniões sobre os processos representativos e os representantes adequados. É claro que com a tecnologia disponível para os tribunais hoje, a tarefa é hercúlea, quase impossível. Contudo, as técnicas estão disponíveis, bastando a vontade de alocar recursos para sua aquisição ou contratação, o que melhorará muito a qualidade da prestação jurisdicional.

Nesta linha, estaria garantido o direito de participação e manifestação a todos, tal qual ocorre no *Musterverfahren* e nas *class actions*, sem que se possa apontar qualquer afronta ao devido processo legal e ao contraditório.

Dentro do que foi aqui sugerido, por contar com a manifestação prévia das partes, bem como com exame a partir de critérios de razoável objetividade, incluindo um quantitativo, a decisão sobre os representantes adequados não deve se sujeitar a recurso, sob pena de se atrasar demasiadamente a solução do incidente. Não obstante, para desviar da opinião das partes, o juiz deve reconhecer que a indicação feita por elas é inferior àquela que seria obtida por meio dos critérios já expostos ou ainda, que ela é claramente incapaz de se adequar a tais critérios, o que acarreta intenso ônus argumentativo.

Para finalizar, cabe dizer que a possibilidade de manifestação das partes concebida pelo legislador para o IRDR é bastante tímida, tendo em vista a exiguidade do tempo para que aqueles que não forem os representantes se dirijam à tribuna para sustentar suas teses, como prevê o art.984 do CPC. Igualmente, a possibilidade de manifestação difusa dos interessados nos autos do incidente, como determina o art.983 não deve ser considerada ideal, já que não necessariamente as partes se dirigem para discutir a adequação da representação, uma questão verdadeiramente nevrálgica. Entende-se que as manifestações difusas devem se dar por motivos periféricos, não essenciais como a representação adequada. Como visto, a manifestação das partes sobre a representatividade dos argumentos e dos representantes é muito importante para a qualidade e a legitimidade da decisão, o que implica a maior adequação de uma decisão sobre o tópico de forma concentrada.

### 7.3.2 O microsistema processual coletivo

No Brasil, já foi dito que as ações coletivas são operadas a partir de um microsistema formado por um conjunto de leis, das quais as mais usadas pelos operadores do direito são a lei 7.347/1985 e o CDC. A representação adequada não está expressamente prevista nesses diplomas, mas a importância do seu controle judicial já restou afirmada. Assim, é importante entender como ele acontecerá.

Inicialmente, é bom esclarecer que as disposições do CPC se aplicam às leis citadas, por força do art.90 do CDC e art.19 da lei 7.347/1985. A partir da propositura da ação coletiva, é natural que ocorram algumas audiências preliminares, que se impõe não apenas pela tentativa de solucionar o litígio por meio de um acordo, como sugere o art.334 do CPC, mas também pela necessidade de se entender de forma mais concreta o problema, desenhando seus contornos, dificuldades, impactos e soluções propostas, assim como identificando aqueles que sofrerão os efeitos da decisão. Tais audiências não são mera formalidade, mas uma necessidade, já que nesta fase inicial, as partes dialogam, expondo suas dificuldades, seus objetivos, o que contribui para a identificação das questões preponderantes para a solução do problema jurídico.

Se assim for, é natural esperar que o processo caminhe por algum tempo sem que haja a determinação dos representantes adequados. Normalmente, as questões discutidas em ações civis públicas são densas, sendo imprescindível a cooperação das partes com o juízo para que uma decisão efetiva, adequada, tempestiva e econômica, além de eficaz seja proferida. Em muitas situações, não se trata tão somente de decidir, mas sim de avaliar as dificuldades e restrições envolvidas nos polos do litígio, a fim de que a decisão final possa contemplá-las, encerrando o conflito definitivamente.

Sérgio Cruz Arenhart argumenta que no domínio das políticas públicas, a questão, frequentemente, ultrapassa a mera disputa entre autor e réu, já que não se trata apenas de decidir quem tem razão, mas sim de compor interesses que não são totalmente incompatíveis em todas as dimensões, mas que se opõem em determinados ângulos, o que, segundo o autor, permite a flexibilização de princípios como o da adstrição, bem como impõe a garantia da atuação de representantes adequados.<sup>567</sup>

Em muitos destes processos, o importante não é propriamente a decisão de mérito, mas a sua implementação, a fim de que ela goze de eficácia concreta. Stephen Yeazell relata

---

<sup>567</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v.2, jul.-dez. 2015, p. 215 e ss.

que nos casos de discriminação racial nas escolas, o foco não estaria em verificar os fatos ou decidir quem tem a razão nestes incidentes, mas sim em promover a transformação de uma condição de forma operacional.<sup>568</sup> Owen Fiss diz que, em processos estruturais, a grande questão é discutir a dinâmica social que ameaça importantes valores constitucionais, que devem ser resguardados pelo Judiciário, a quem cabe dar-lhes significado, o qual é imposto à sociedade e aos grupos em litígio.<sup>569</sup>

Essas lições evidenciam a importância das audiências em tais processos. É através delas que é possível destrinchar a complexidade do litígio e verificar o grau de conflituosidade, já que os interessados se expressam, delineando as dificuldades, bem como as restrições se impõem, ao passo em que também as lideranças aparecem. A identificação dos representantes adequados começa a acontecer a partir do exercício do dever de cooperação com as partes pelo juiz, o qual, desempenhando as funções de debate, esclarecimento, prevenção e auxílio, compreende melhor as razões que orientam os grupos litigantes e suas pretensões.<sup>570</sup> Ao compreender o conflito pelo contato com os grupos em litígio, exercitando a supervisão e a gestão processual, o juiz consegue analisar quem são os representantes adequados e também direcionar a atuação dos grupos em litígio para a construção de uma solução eficaz.

Gustavo Menezes explica que a atividade de preparação da demanda traz benefícios ao processo, já que envolve desde já os interessados na solução do litígio, fazendo-os compreender que a conduta deles é crucial para a solução do litígio, bem como aprofunda o contraditório, já que as partes conhecerão muito bem os argumentos que qualificam o debate, fato que propicia uma maior celeridade ao processo.<sup>571</sup> Assim sendo, se isso é verdade no processo clássico, muito mais será para o processo coletivo, sobretudo nos casos em que haja evidente complexidade. As audiências prévias devem ser vistas como uma oportunidade para formatar o objeto do litígio, entender suas nuances e verificar os grupos em confronto, assim como avaliar seus representantes.

Por conta da atividade pré-processual exigida em processos coletivos, bem como por conta das atividades de supervisão e gestão processual usualmente exigidas do magistrado, a criação de varas especializadas em processos coletivos pode ser tida como uma medida

---

<sup>568</sup> YEAZELL, Stephen. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, v.25, n.244, dec. 1977, p. 257.

<sup>569</sup> FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v.93, n.1, nov. 1979, p. 18-19.

<sup>570</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.105.

<sup>571</sup> MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. **A fase pré-processual**: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

interessante, tendo em vista que a experiência contínua permite ganhos de produtividade, que se refletirão na qualidade da prestação jurisdicional. Neste contexto, a atuação de um auxiliar da justiça, que conduza audiências orais preliminares, examine as dificuldades práticas relatadas pelas partes, realize sugestões de acordo, apresente relatórios ao juiz e acompanhe a execução da sentença pode ser considerada útil, por tornar desnecessário ao juiz acompanhar o cotidiano do conflito, permitindo-lhe direcionar seus esforços para a questão jurídica.<sup>572</sup>

Certamente, há um momento em que o processo deve ser preparado para que a instrução propriamente dita se inicie, continuando o debate e possibilitando um julgamento de mérito.

O CPC regula este momento processual no art.357. Trata-se da decisão de saneamento e organização do processo, que possui um duplo objetivo. O primeiro é sanar eventuais óbices processuais, como a falta de representação adequada, tendo caráter retrospectivo, enquanto o segundo é naturalmente prospectivo, pois visa resolver questões capazes de permitir uma adequada apreciação do mérito, tais como as questões de fato e de direito que permeiam a causa, bem como a atribuição do ônus probatório.<sup>573</sup>

Desta forma, a maneira pela qual se dá a organização e o saneamento do processo encerra duas opções para o legislador. Trata-se da possibilidade de eleger um momento específico para a devida regularização do processo ou permitir que esta seja feita em diversos momentos do tempo processual.<sup>574</sup> Naturalmente, para a decisão de organização e saneamento do processo, o CPC elegeu a forma concentrada, na forma disposta pelo art.357, ainda que possível certa flexibilidade, descabendo ao intérprete pretender outra solução.<sup>575</sup>

---

<sup>572</sup> Owen Fis relata a atuação do *special master*, que assume diversos papéis no processo, nenhum deles representativo, sendo todos de perfil gerencial, englobando atividades desde a detecção de dificuldades até a sugestão de soluções. FISS, Owen M. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n.1, nov.1979, p.26-27. Neste trabalho, a atuação é pensada nos moldes daquela exercida por um administrador judicial na falência, se estendendo desde a fase pré-processual até à execução.

<sup>573</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero explicam que a nomenclatura do CPC não é a mais feliz, tendo sido mais correto falar em decisão de organização do processo, sendo o saneamento dos vícios processuais e a preparação da atividade instrutória, as atividades nucleares que objetivam justamente o seguimento do processo rumo à prestação jurisdicional. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v.II, p.231.

<sup>574</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, v.40, out.-dez. 1985, p.2-3. (edição online).

<sup>575</sup> É o próprio Barbosa Moreira quem afirma que “os critérios do legislador não costumam apresentar rigidez absoluta: assim num ordenamento que opte pelo sistema ‘concentrado’, não ficara de todo excluída, em geral, a possibilidade que se pratiquem atos do gênero que estamos cogitando, eventualmente, fora do momento (ou da fase) que em princípio se reserva para tal fim.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, v.40, out.-dez. 1985, p.2-3. (edição online).

O art.357, I do CPC dispõe que a decisão de saneamento e organização do processo deve abarcar a resolução de questões processuais pendentes.<sup>576</sup> A decisão contempla, portanto, a definição dos representantes adequados, dado o caráter eminentemente processual da matéria, verdadeiro pressuposto de validade do processo coletivo. Este é o momento de definir os segmentos em conflito, determinados pelas pretensões veiculadas, garantindo que cada grupo participante do litígio tenha o seu representante adequado, apurado na forma dos critérios já enunciados, assim como dar a devida publicidade ao processo, promovendo a notificação dos interessados no conflito, quando possível, o que permitirá eventual intervenção no processo como litisconcorte ou ainda o ajuizamento de ação individual.

Em um processo coletivo, a decisão de saneamento e organização do processo é importantíssima. Não apenas pela realização da aferição da representatividade adequada, mas também por ser um momento em que é realizado um exame de toda a demanda, desde os requisitos até as questões fáticas, de direito e a distribuição do ônus da prova. Em processos envolvendo alta complexidade e conflituosidade, é muito importante delimitar as questões de direito que serão julgadas, haja vista a provável dispersão de argumentos jurídicos, os quais devem ser concatenados e organizados, permitindo uma solução de mérito seja proferida. Mais do que isso, é importante organizar o processo para que fiquem claras quais as matérias decididas e as circunstâncias apreciadas. Assim, podem restar definidos atos de cooperação judicial necessários à solução da causa e a realização de novas audiências.

Um ponto que merece ser examinado é a questão de o saneamento e organização do processo serem conduzidos na forma escrita ou oral. É certo, como afirma Heitor Sica, que o art.357, §3º do CPC aumentou o grau de exigência para a realização da atividade por meio de audiência, suprimindo o âmbito de operação da oralidade e conseqüentemente, da identidade física do juiz. Porém, para o processo coletivo, sobretudo porque normalmente envolve grande complexidade, a restrição do texto legal não se aplica necessariamente, haja vista a previsão que o mesmo dispositivo faz de que nos casos complexos, o saneamento seja feito em conjunto com as partes, ensejando natural oralidade e a presença física do juiz.<sup>577</sup>

---

<sup>576</sup> Alexandre Câmara explica que a decisão de saneamento e organização comporta duas atividades diferentes: o saneamento, que almeja a resolução de questões processuais pendentes, para então afirmar a inexistência de impedimento ao julgamento do mérito, e a organização, na qual as questões fáticas, probatórias e de direito serão fixadas. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.220. Na mesma toada, definindo o escopo da decisão de saneamento como sendo dado pelo inc.I do art.357, enquanto os incs.II a V definem o conteúdo da decisão de organização do processo: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.255, maio 2016, p.6 e ss. (edição online).

<sup>577</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.255, maio 2016, p.5. (edição online).

Todavia, naturalmente, é de se imaginar que a análise da representação adequada também possa ser feita completamente a partir da forma escrita, visto que a análise dos critérios propostos não embute qualquer dificuldade *a priori* para tal, salvo eventual complexidade, sanável pela realização de audiência.<sup>578</sup>

Inicialmente, vale reverberar uma antiga lição de Galeno Lacerda no sentido de que o saneamento do processo (pode-se estender à organização) tem fundamento na celeridade e na economia processual.<sup>579</sup> Se isso é verdade para um processo individual, mais será para um processo coletivo, onde, como visto, a complexidade e a conflituosidade envolvidas trazem várias nuances que devem ser identificadas.

Entretanto, como aponta Barbosa Moreira, que tem nítida preferência pela oralidade, é forçoso reconhecer que ela depende de pressupostos específicos, muitas vezes ausentes, para que se possa usufruir plenamente do que ela tem a oferecer. Partindo deste ponto, é correta a observação de Carolina Uzeda<sup>580</sup>, para quem, nos moldes de um modelo cooperativo do processo e em meio às novas tecnologias disponíveis, não deve haver obstáculo ou constrangimento à realização da colaboração processual por meio escrito. Desta forma, é possível às partes dialogarem com o juiz, pedindo ou ofertando esclarecimentos, solicitando auxílio, debatendo acerca de questões controversas, enquanto o juiz poderá com elas cooperar, prevenindo-as sobre questões que interessam ao processo e sua marcha. Desta forma, não há nada que iniba a realização do saneamento e organização do processo pela forma escrita, ainda que presente certa complexidade. A afirmativa é válida tanto para o processo individual como para o coletivo.

Assim sendo, nem sempre é mais célere realizar audiências. Com o advento de novas tecnologias, como a inteligência artificial e as técnicas de gerenciamento de bancos de dados, a capacidade de processamento dos tribunais há de aumentar exponencialmente. A informação contida nos autos poderá ser processada em uma escala até então desconhecida, o que faz crer que a realização de audiências, mesmo nos processos coletivos, deve se restringir a uma fase pré-processual ou aos casos em que a conflituosidade e a complexidade envolvidas

---

<sup>578</sup> Muito importante é a observação de Barbosa Moreira, que, em defendendo a oralidade, reconhece que a técnica só é capaz de render em nível ótimo, entregando o que dela se espera, se algumas condições estejam reunidas. Uma delas é justamente o comprometimento do juiz e a garantia de sua permanência durante o processo, até o último instante, sob pena de influências desfavoráveis no mecanismo processual. O mestre relaciona ainda outros fatores importantes para a eleição da técnica oral, tais como a presença de advogados hábeis no exercício da função, éticos e leais, além de requisitos administrativos, relacionados à estrutura física do juízo e que garantam adequadas condições de trabalho. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, v.40, out.-dez. 1985, p.11-13. (edição online).

<sup>579</sup> LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p.13.

<sup>580</sup> UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.289, mar. 2019, p.3-5. (edição online).

sejam insuperáveis e realmente requeiram a realização de uma audiência, entendimento este totalmente consonante com a dicção do art.357, §3º do CPC. Ou seja, a não realização da audiência não afasta a noção de saneamento compartilhado, visto que a cooperação é uma norma fundamental processual e não depende da oralidade para que se concretize.

Finalmente, resta discutir a estabilidade da decisão de saneamento e organização, sobretudo no ponto que mais interessa a este trabalho, a afirmação da representação adequada. É preciso reconhecer, de imediato, que a decisão de saneamento e organização goza de algum grau de estabilidade, haja vista a previsão do art.357, §1º do CPC no sentido de que se as partes não interpuserem pedido de esclarecimentos ou ajustes, a decisão se torna estável.

O ponto relevante é distinguir o que exatamente adquire estabilidade. Assim sendo, questões supervenientes estarão fora do abrigo desta estabilidade, já que a nova circunstância implica a necessidade de nova decisão. Não se trata de mudar o que foi decidido, mas decidir algo com base em matéria nova.<sup>581</sup>

Contudo, é forte a divergência na doutrina sobre o alcance da estabilidade da decisão de saneamento e organização do processo. Uma primeira corrente defende que, uma vez prolatada a decisão, ocorre verdadeira preclusão para o juiz de primeiro grau, sem que o fenômeno se aplique às partes, que poderão usar a via da apelação (art.1009, §1º do CPC) ou do agravo do instrumento (art.1015, CPC), ressaltada a possibilidade de que certas matérias (pressupostos processuais, preempção, litispendência, coisa julgada, condições da ação) podem ser conhecidas de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, como prevê o art.485, §3º do CPC.<sup>582</sup> Uma segunda corrente entende que não apenas o juiz, mas também as partes serão afetadas por efeitos preclusivos, visto que incapazes de propor a rediscussão em sede de apelação.<sup>583</sup> Uma outra corrente afirma que não somente as matérias do art.485, §3º do CPC, como também as do art.337 do CPC, que devem ser alegadas como preliminares em sede de contestação, não se submetem ao regime de preclusão, haja vista a possibilidade

---

<sup>581</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.711-712.

<sup>582</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.221.  
DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.704.

<sup>583</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.266.  
NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; CUNHA, Leonardo (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 528.

conferida pelo art.337, §5º de conhecimento de ofício pelo juiz, naturalmente estendida para qualquer momento, haja vista a ausência de restrição da regra.<sup>584,585</sup>

A representação adequada é um evidente pressuposto do processo coletivo, haja vista a sua imprescindibilidade para que a sua higidez se mantenha e desta forma, os membros ausentes da classe possam vir a ser alcançados pela decisão prolatada. Desta forma, seu controle, como já dito, deve acontecer durante todo o processo, o que implica a possibilidade de alterações se as circunstâncias fáticas ensejarem mudanças imperativas na representação adequada. Por se tratar de um pressuposto processual, a representação adequada é evidentemente uma matéria de ordem pública, a qual pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Ademais, sendo necessário controlar a representação adequada em todo o processo, bem como afirmada a sua natureza de pressuposto processual, é natural que uma decisão judicial em processo coletivo que não contemple a adequação da representação esteja sujeita à possibilidade de ação rescisória, com fundamento no art.966, V do CPC (violação manifesta de norma jurídica), já que a ausência da representação adequada implica afronta ao devido processo legal coletivo, norma de envergadura constitucional, bem como reflete a própria ausência de pressuposto processual.

É assim que se justifica a liberdade para apreciação e controle da adequação dos representantes enquanto a atividade jurisdicional do magistrado não estiver encerrada. Evidentemente, a questão da representação adequada pode ser novamente suscitada, por se tratar de matéria de ordem pública, porém, surge grande ônus argumentativo para quem levantar a controvérsia, devendo ser demonstrada a presença de questão superveniente ou até então desconhecida e, portanto, não decidida ou ainda, a ocorrência de um erro grave.

A estabilidade ocorre, mas em grau mínimo, haja vista a possibilidade de que o dinamismo da relação processual traga informações que tornem necessário revisitar a representação adequada naquele processo.<sup>586</sup>

---

<sup>584</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.231. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao código de processo civil (arts. 318 a 368)**. São Paulo: Saraiva, 2016, v.7, p.317. LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p.167-169.

<sup>585</sup> O professor Heitor Sica parece ter mudado de entendimento a partir do novo CPC. Segundo ele, é inevitável reconhecer a maior carga preclusiva adicionada ao sistema pelo art.357, §1º do CPC. Assim sendo, ele defende a ideia de que há matérias que embora arroladas no art.337 do CPC não poderiam ser redecididas na ausência de recurso. Para ele, apenas as matérias que constituem hipóteses de ação rescisória poderiam ser contempladas a qualquer tempo, haja vista a possibilidade futura de rescisão em caso de vício. Assim em: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo*. **Revista de Processo**, v.255, maio 2016, p.7-8. (edição online).

<sup>586</sup> Em sentido semelhante: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)**, v.7. São Paulo: Saraiva, 2016, p.317. UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a

Em caso de discordância com relação à determinação do representante adequado ou qualquer outra matéria que componha o conteúdo da decisão de saneamento e organização do processo, as partes devem pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, devendo o juiz ter a máxima atenção aos argumentos apresentados, de forma que eventual discordância deve ser necessariamente motivada nos termos do art. 489, §1º do CPC. Assim, a decisão seria questionada por mera petição, a título de pedido de esclarecimento ou solicitação de ajustes, no prazo de 5 dias, como dispõe o art.357, §1º do CPC. Não se trata ainda de recurso, visto que o entendimento aqui é que esta decisão é um ato complexo, aperfeiçoada com a manifestação das partes, como também defende Carolina Uzeda<sup>587</sup>, sobretudo se for considerado que adota-se um modelo processual cooperativo e que se está diante de um processo coletivo, no qual a representatividade adequada é questão fundamental, reverberando, inclusive, sobre a eficácia da decisão.

Findo o prazo de 5 dias sem manifestação das partes, a decisão adquire estabilidade em grau mínimo, como já explicado. No caso de as partes se manifestarem, o juiz deverá se pronunciar sobre o pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes nos termos também já especificados e a partir da intimação das partes, passa a vigorar o prazo para a interposição de embargos de declaração ou agravo de instrumento.

Uma questão interessante é aventar a possibilidade de a decisão que determina o representante adequado estar ou não sujeita ao recurso de agravo de instrumento, tendo em vista o fato de que a adequação da representação é questão central do processo coletivo. Seguramente, é possível usar o referido recurso quando o questionamento ocorra em fase de liquidação, cumprimento de sentença ou execução, por força do art.1015, § único do CPC.

Considerando a fase de conhecimento, a hipótese não se faz presente no rol do art.1015 do CPC. Embora bastante conveniente, tendo em conta o que foi discutido previamente neste trabalho, o uso do agravo de instrumento só seria possível se a questão da representação adequada se apresentar de forma intimamente ligada a alguma das onze hipóteses do art.1015, *caput*, CPC ou no caso de realização de interpretação extensiva ou uso de analogia em relação a alguns dos incisos que retratam hipóteses com certo grau de semelhança, como a exclusão de litisconsorte (inc. VII) ou a rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio (inc.VIII).

---

participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.289, mar. 2019, p.8 (edição online).

<sup>587</sup> UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.289, mar. 2019, p.6 (edição online).

Desta forma, a via do agravo de instrumento só parece viável de *lege ferenda*. Todavia, a Corte Especial do STJ estabeleceu que o rol do art.1015, *caput* do CPC é de taxatividade mitigada<sup>588</sup>, o que significa a possibilidade de recurso via agravo de instrumento sempre que verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. A decisão, que foi modulada, de forma que a tese seria aplicada apenas às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do referido acórdão, pretende, evidentemente, evitar a prática de atos desnecessários e resguardar a celeridade e a eficiência do processo, já que em muitos casos não tem sentido discutir determinadas matérias apenas em apelação ou contrarrazões de apelação.<sup>589</sup> É evidente que a representação adequada não pode ser discutida apenas na apelação por sua importância para o processo coletivo.

Sendo certa a representação adequada, é possível a apresentação ao juiz de proposta de delimitação das questões de fato e de direito. Desta forma, eventual homologação pelo juiz, além da vinculação prevista no art.357, §2º do CPC, implica a impossibilidade de as partes se manifestarem sobre a questão nos termos do art.357, §1º, CPC, sob pena de *nemo potest venire contra factum proprium* (comportamento contraditório), ocorrendo preclusão<sup>590</sup>, sendo também possível concluir que haverá limitação do efeito devolutivo em caso de apelação, já que a proposta homologada resulta de consenso das partes, sendo vinculante.<sup>591</sup> No caso de não haver representação adequada, parece claro que o juiz não deve homologar qualquer proposta, devendo antes assegurar a adequação da representação, um pressuposto processual das ações coletivas.

## CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, buscou-se reunir argumentos, de origem doutrinária ou jurisprudencial, capazes de convencer o leitor, de forma consistente, sobre a importância da representação adequada para o processo coletivo.

A princípio, a tarefa parece óbvia e desprovida de complexidade. Não obstante, trata-se de mera impressão, já que o assunto é um dos mais importantes e difíceis da ciência

---

<sup>588</sup> A tese aqui exposta é aquela firmada no Tema 988 do STJ. Os processos que instruíram a decisão foram os REsp 1696396 e 1704520, ambos julgados em 05.12.2018 e de relatoria da Min. Nancy Andrichi.

<sup>589</sup> No julgamento do REsp 1.828.295, Rel. Min. Sérgio Kukina, em 11.02.2020, o STJ reconheceu a possibilidade de aplicação do art.19 da lei 4.717/1965 para colmatar lacunas da lei 7.347/1985, permitindo que decisões interlocutórias sejam desafiadas por agravo de instrumento.

<sup>590</sup> Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.131-132. O autor admite, no entanto, que eventual irresignação seja atacada pela via da ação anulatória, desde que a partir de hipóteses previstas na lei (art.966, §4º do CPC).

<sup>591</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p.706.

processual atual, sobretudo se considerado o estágio de desenvolvimento da sociedade e as inovações nos fundamentos do processo. Em outras palavras, a dificuldade em tratar do assunto reside no fato de que ele é crucial para um mundo em que as relações jurídicas são padronizadas e massificadas, ao mesmo tempo em que importantes inovações na estrutura do processo civil se apresentam, como, por exemplo, o *third party funding* ou financiamento de terceiros, que adicionam complexidade ao problema.

Assim sendo, pensar uma estrutura processual capaz de lidar com tais fenômenos é vital, a fim de evitar um engessamento do Poder Judiciário associado a um severo desperdício de recursos públicos, que poderiam ser alocados de forma mais eficiente.

De imediato, o trabalho responde duas indagações.

A primeira questiona a constitucionalidade de um processo em que, seja por impossibilidade ou pela maior adequação conferida, haja pessoas que sejam afetadas pela decisão final, mas que não tenham participado do processo. É cediço que um dos preceitos mais caros ao processo é a possibilidade de a parte tomar conhecimento do litígio, comparecer ao juízo, apresentando argumentos, com o propósito de influenciar a decisão final. Assim sendo, nada mais natural do que questionar um processo arquitetado sob a marca da representação, que significa, simplesmente, a negação da participação direta de vários interessados.

A possibilidade foi sedimentada nos Estados Unidos, país em que o processo coletivo alcançou alto grau de desenvolvimento, em parte graças à clássica lição de Owen Fiss, no sentido de que o que a Constituição garante, por meio do devido processo, não é o direito ao dia na corte, à participação pessoal e direta, mas sim o direito à representação adequada.

Já na Alemanha, o Tribunal Constitucional considerou que a adoção de procedimentos representativos não maculava o princípio do devido processo legal, visto que, na verdade, contribuíam para a otimização de outros princípios de estatura constitucional que permaneceriam subjugados, caso uma solução calcada na participação fosse adotada.

Finalmente, no Brasil, a explicação veiculada por este trabalho é que a representação adequada é constitucional por duas ordens de fatores. Primeiro, ela é um consectário lógico da ideia de devido processo legal coletivo e de sua atuação na defesa de direitos fundamentais de natureza coletiva. Em segundo lugar, o instituto exerce promissor diálogo com outros valores constitucionais relevantes, como a economia processual, a isonomia, a segurança jurídica e o acesso à justiça, caríssimos ao processo e à prolação de uma decisão adequada, justa, tempestiva e econômica.

O devido processo legal pode ser entendido como uma garantia de existência de um processo justo e adequado, apto a tutelar direitos fundamentais e princípios constitucionais que sejam eventualmente violados. Assim sendo, funda-se nas noções de razoabilidade e proporcionalidade a existência de um processo idôneo a garantir a fruição de direitos fundamentais de natureza coletiva assegurados pela Constituição. Conseqüentemente, é possível justificar a representação como técnica e instituto do processo coletivo, visto que certos direitos são impossíveis de serem tutelados somente no plano individual ou são mais adequadamente tutelados na forma coletiva.

Contudo, é certo que a representação não pode ser de qualquer natureza, devendo ser adequada, de forma a observar determinadas características que permitam-lhe suprir a ausência da participação direta. A representação adequada é um verdadeiro pressuposto processual de validade do processo coletivo, necessariamente observável, sob pena de se gerar decisões espúrias, incapazes de vincular os membros ausentes.

Entretanto, é preciso extrapolar a análise *ad hoc*, estabelecendo bases teóricas bem fundadas e capazes de impor uma justificativa coerente e articulada para a ausência da participação dos membros ausentes no processo. Trata-se de adicionar ao pragmatismo da lição de Owen Fiss, fundamentos jurídicos que sejam capazes de garantir, com proficiência, a substituição da participação direta por um esquema representativo capaz de conduzir a resultados semelhantes.

Eis que surge a segunda questão. A indagação é se é possível conceber uma teoria tal que assegure, sem qualquer déficit garantístico, a substituição da participação direta pela representação.

A resposta é, felizmente, positiva. A partir de duas vertentes, a eficiência do processo e a preservação da dignidade, é possível construir teorias que justificam a representação. Seja pelo fato de que, a partir de certo ponto, a participação mais onere do que beneficie o processo, seja pela ideia de que a participação apenas se justifica quando busca evitar um dano intolerável à parte segundo a percepção social, ou ainda, quando ela se impõe como vital tão somente para assegurar a inexistência de ofensa à dignidade humana, o fato é que a representação é um esquema processual viável também sob o aspecto micro, calcado em fundamentos teóricos, não sendo tão somente um arranjo pragmático.

As teorias apresentadas revelam que a participação não é um valor essencial, havendo casos em que ela é desnecessária ou mesmo ineficaz, de forma que a representação apresenta-se como solução idônea. Na verdade, ela é uma técnica que pode ser entendida como resultado de uma ponderação, feita em concreto pelo juiz ou em abstrato pelo

legislador, entre a exigência de participação direta e outros valores constitucionais relevantes, como a isonomia, a segurança jurídica, a economia processual e o acesso à justiça, que tem por objetivo maximizar o alcance do devido processo legal. Deste exercício resulta um pressuposto processual de validade do processo coletivo, de observância mandatória.

Na sequência, o trabalho demonstra que a obrigatoriedade da representação tida como adequada desperta a necessidade da construção de uma metodologia hábil a permitir sua identificação e construção, assim como o estabelecimento de um controle judicial a partir de critérios definidos, tarefa cumprida, preferencialmente, no início do processo. No caso brasileiro, o legislador não se preocupou nem com a maneira de determinar a representação adequada, nem com a afirmação do seu controle judicial, gerando dificuldades na prática judiciária.

Quanto à elaboração de uma metodologia para a avaliação da representação adequada, duas perspectivas são apresentadas. A primeira determina a representação adequada a partir da identificação da natureza dos litígios verificados, classificados não mais com base na indivisibilidade e transindividualidade, como no CDC, mas pela litigiosidade e complexidade que ostentam. A ideia é que os representantes adequados podem ser melhor identificados com base na forma pelo qual o dano ou a ameaça a um direito impactam as pessoas que formarão os grupos representados, já que cada segmento atingido de forma ímpar possui pretensões específicas, muitas vezes opostas às de outros grupos, evidenciando que é difícil haver apenas um representante adequado quando há conflitos de pretensões e certa complexidade. A segunda, presente nas ações de classe americanas, entende que a representação adequada é exercida pelo membro da classe que ajuíza a ação para discutir uma determinada pretensão comum a todos os membros da classe, de forma que eventuais divergências no seio daquela são resolvidas por meio da divisão em subclasses, cada uma destas com seu representante.

Ainda que com diferenças em suas concepções, ambas as metodologias preservam os direitos das pessoas ausentes que serão atingidas pela decisão. Afinal, é demonstrado que ambas são capazes de assegurar a observância do devido processo legal coletivo, permitindo que a decisão proferida alcance pessoas que não participaram diretamente do processo.

Quanto ao controle judicial da representação adequada, verifica-se que a atividade garante a higidez do processo, assegurando que os membros de cada classe ou grupo terão suas garantias processuais respeitadas, ainda que ausentes e representados por terceiro(s). Esse controle objetiva garantir que o representante reúna as condições necessárias para litigar vigorosamente em nome dos membros da classe, bem como identificar conflitos de interesses, que surgem em decorrência de problemas de agência, de perigo moral, originados

na presença de assimetria de informações, visto que tais circunstâncias podem eivar o processo de vícios insanáveis.

Logicamente, o controle se faz pela utilização de critérios. No trabalho são mencionados dois tipos: os de cunho qualitativo e o quantitativo. Os primeiros são abordados comumente na doutrina e mesmo em textos legais ou anteprojetos de lei, correspondendo aos aspectos temporais, subjetivos e institucionais que informam o processo coletivo, sendo inevitável uma dose de discricionariedade em alguns casos. Já o critério quantitativo consiste em verdadeira inovação, podendo ser visto como um possível novo marco, um *game changer*. Ele se estabelece a partir da simples ideia de que um representante é tido por adequado caso seja capaz de entregar aos representados um resultado no mínimo igual ao que eles teriam se litigassem por iniciativa própria. A adequação reside na capacidade de o representante entregar ao representado pelo menos o que ele obteria na litigância individual e a força do critério se impõe no fato de que ele mitiga a existência de qualquer conflito existente entre representante e representados. A partir do momento em que o representante entrega um resultado melhor do que o esperado de forma *ex ante* pelo representado, a eventual existência de um conflito pode ceder à realidade da vitória no processo, já que mais do que ambicionar a concretização do devido processo legal, o indivíduo deseja ganhar a causa. Fundamentalmente, incertezas e dúvidas associadas a eventuais problemas de agência ou outros critérios qualitativos, a depender das circunstâncias específicas, são sobrepujados pela realidade quântica.

É verdade que o critério quântico não deve ser apurado a partir de um prisma determinístico, representando tão somente uma solução inicial, um ponto de partida, já que os critérios qualitativos são imprescindíveis e, ademais, há casos em que se pode pensar na inaplicabilidade do critério quantitativo. Assim sendo, em uma última consideração, talvez seja mais apropriado considerá-lo como um balizador e não como um critério determinante, o que não retira em absoluto a relevância da sua consideração e sobretudo, de sua concepção.

Finalmente, o trabalho aborda o momento e a forma de controle da representação adequada nas experiências americana, alemã e brasileira, sendo esta analisada a partir de duas perspectivas, a do sistema de casos repetitivos e a do microssistema de ações coletivas.

Com relação à experiência americana e alemã, concluiu-se que a presença do contraditório prévio reforça a determinação da representação adequada. O fato de a lei prever expressamente a possibilidade de as partes questionarem o representante adequado aprofunda o contraditório, já que as partes opinam sobre aspectos relevantes do conflito que têm implicações sobre a representação adequada. Assim sendo, a manifestação do juiz ocorre a

partir de um conjunto de informações seguro, dotado de maior concretude, facilitando a decisão.

Já no Brasil, detectou-se que a ausência de uma menção expressa ao instituto da representação adequada produz efeitos nocivos sobre a compreensão do funcionamento do processo coletivo, seja no âmbito dos casos repetitivos, seja nas ações coletivas. Assim, é comum o uso indiscriminado de legitimação extraordinária e representação adequada como se fossem uma única coisa, bem como há quem negue a necessidade de controle judicial da representação adequada.

Assim, com respeito ao sistema de casos repetitivos, o trabalho colacionou uma importante evidência. Ao analisar o momento e a forma da análise da representação adequada, observou a presença de vieses cognitivos que impedem ou dificultam a escolha isenta do processo representativo, fato que repercute na qualidade da decisão a ser prolatada, de maneira que a inteligência artificial se apresenta como uma ferramenta idônea a corrigir tais vícios, permitindo maior apuro no controle judicial da representação adequada tanto quanto na escolha de representantes adequados, sobretudo no Brasil onde a gama de processos é imensa. A correção de tais vícios no sentido exposto afasta qualquer crítica a respeito da inconstitucionalidade do sistema de casos repetitivos, em especial o IRDR, já que permite a manifestação antecipada da parte sobre a definição dos processos representativos e do representante adequado.

Com relação ao microsistema processual coletivo, o trabalho revelou a importância das audiências realizadas antes da formação da relação jurídica processual, com a citação do réu, demonstrando o seu potencial para delinear o conflito, a partir da compreensão da complexidade e da litigiosidade envolvidas, bem como das restrições e dificuldades envolvidas em determinadas situações. Verificou-se que a supervisão e a gestão do processo pelo magistrado são fundamentais para incentivar a participação dos envolvidos, o que permite aprofundar o contraditório, assim como identificar os representantes adequados desde o início, com evidente repercussão na celeridade, na qualidade da prestação jurisdicional e na própria possibilidade de que um consenso seja alcançado sem que o Judiciário seja obrigado a se debruçar sobre a questão.

Ademais, o trabalho realçou a importância do saneamento e organização do processo, entendido, em um modelo cooperativo de processo, como um ato que não prescinde da manifestação das partes. Assim, a decisão de saneamento e organização em uma ação coletiva aponta os representantes adequados, assim como as providências ligadas à publicidade do processo e à notificação dos grupos envolvidos, a necessidade de novos representantes

adequados por conta da segmentação existente no conflito, os atos de cooperação judicial necessários à instrução processual, a distribuição do ônus da prova, a realização de audiências de instrução, entre outras providências necessárias. Com relação à determinação dos representantes adequados, é demonstrado que possível irresignação é recorrível na via do agravo de instrumento, em decorrência da tese da taxatividade mitigada, adotada pelo STJ para interpretar o art.1015 do CPC.

Finalmente, é preciso reconhecer que a legislação brasileira sobre processos coletivos cumpriu seu papel, permitindo que relevantes questões fossem discutidas judicialmente. Contudo, uma reforma compreensiva revela-se necessária no momento atual. Basicamente, a nova legislação deverá contemplar o papel de destaque da representação adequada no processo coletivo, construindo uma metodologia idônea e elegendo critérios capazes de assegurar a observância do devido processo legal, elementos ausentes nos diplomas legais atuais. Além disso, deverá enfatizar, na prática, o contraditório, seja por meio da realização de audiências, seja por meio da criação de incidentes que possibilitem a manifestação prévia das partes sobre questão relacionada à escolha do processo representativo da controvérsia, à determinação da questão jurídica a ser decidida e à identificação do representante adequado, tanto quanto estimular o poder de supervisão e gestão dos magistrados em tais processos, nunca de forma autoritária, mas sempre destacando o imprescindível diálogo entre as partes e o juiz, de forma que o dever de motivação seja não apenas uma preocupação, mas uma exigência.

## **REFERÊNCIAS**

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. **Revista de Processo**, v.240, fev. 2015.

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v.84, n.3, aug.1970.

ALEXANDER, Larry. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. **University of Florida Law Review**, v.39, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica**. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v.2, jul.-dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, jan.-jun. 2011.

ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.I.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Apontamentos sobre as ações coletivas. **Revista de Processo**, v.75, jul.-set. 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v.33, set. 2008.

\_\_\_\_\_. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. *In*: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, jan.-mar. 1991.

\_\_\_\_\_. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, v.32.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Por um processo socialmente efetivo. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, v.40, out.-dez. 1985. (edição online).

\_\_\_\_\_. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, primeira série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a efetividade do processo. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo; Saraiva, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v.240, abr.-jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v.919, maio 2012.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v.4, Edição Comemorativa 2018.

BASSETT, Debra Lyn. When reform is not enough: assuring more than merely “adequate” representation in class actions. **Georgia Law Review**, v.38, 2004.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**, v.23, jul.-set. 1981.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENTHAM, Jeremy. Rationale of judicial evidence. London: Hunt & Clarke, 1827, p.579 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERELSON, Bernard R.; LAZARFELD, Paul F.; McPHEE, William N. **Voting:** a study of opinion formation in a presidential campaign. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch:** the Supreme Court at the bar of politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONE, Robert G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. **Boston University Law Review**, v.70, mar. 1990.

\_\_\_\_\_. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. **New York University Law Review**, v.67, n.2, may 1992.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BURCH, Elizabeth Chamblee. CAFA’s impact on litigation as a public good. **Cardozo Law Review**, v. 29, 2008.

BURNS, Herbert B. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions. **Hastings Law Journal**, v.42, 1990.

CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione, *In:* BRIGUGLIO, Antonio *et al* (Org.). **Scritti in onore di Nicola Picardi**, 2016, tomo I.

\_\_\_\_\_. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, v.404, 2009.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v.147, 2007.

\_\_\_\_\_. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Comentários aos arts.976 a 987. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v.126, 2005.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, ano LX, n.2, apr.-giu. 2005.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: As *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v.287, jan. 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones del derecho procesal civil**. Trad. da 2ª ed. italiana: Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962, v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAMPOS MELLO, Patricia Perrone. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. *In*: BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patricia Perrone. **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. e notas: Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. Formazioni sociale e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, n.3, 1975.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. da 5ª ed. italiana: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-Argentina, 1973.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, RAVI; FREIRE, Alexandre (Orgs.) **Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. **Revista de Processo**, v.218, 2013.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v.2.

CINTRA, Antonio Carlos A.; Grinover, Ada P. e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COFFEE JR., John C. Class action accountability: reconciling exit, voice and loyalty in representative litigation. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000.

\_\_\_\_\_. Class wars: the dilemma of the mass tort class action. **Columbia Law Review**, v.95, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il principio di economia processuale nell’esperienza di ordenamenti stranieri. **Rivista di Diritto Processuale**, n.4, vol XXXVII.

COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *In*: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. 1ª ed, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – Relatório Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v.193, mar. 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.4.

\_\_\_\_\_ ; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência de tribunal.** 13ª ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016, v.3.

\_\_\_\_\_ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Ações constitucionais.** Salvador: Juspodivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DOWNS, Howard M. Federal class actions: due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of General Telephone v. Falcon. **Ohio State Law Journal**, v.54, 1993.

\_\_\_\_\_. Federal class actions: diminished protection for the class and the case for reform. **Nebraska Law Review**, v.73, 1994.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**, 1985.

ERICHSON, Howard M. Informal aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related suits. **Duke Law Journal**, v.50, nov. 2000.

\_\_\_\_\_. Aggregation as disempowerment: red flags in class action settlements. **Notre Dame Law Review**, v.92, 2016.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation.** 3rd ed., 1995.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2018.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FINUCANE, Melissa L. *et al.* The affect heuristic in judgments of risks and benefits. **Journal of behavioral decision making**, v.13, 2000.

FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, v.78, n.5, 1993.

\_\_\_\_\_. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Trad.: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós; Coord. da Trad.: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v.93, n.1, nov.1979.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v.92, dec. 1978.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, v.9, n.1, Autumn 1974.

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

\_\_\_\_\_. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, n.108, São Paulo, out.-dez. 2002.

GILLES, Myriam; FRIEDMAN, Gary B. Exploding the class action agency costs myth: the social utility of entrepreneurial lawyers. **University of Pennsylvania Law Review**, v.155, 2006.

GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle “class actions”**. Padova: CEDAM, 1996.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.172, jun. 2009.

GRANT, Michelle. Legislative lawyers and the model rules. **Georgetown Journal of Legal Ethics**, v.14, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LXIII, n.1, mar 2009.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.1.

\_\_\_\_\_. Acesso ao direito e à justiça. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, v.164, 2008.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini . Projeto de lei n.8058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, v.57, jan.-mar. 1990.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. **Revista Forense**, v. 38, 2005.

\_\_\_\_\_. Proteção do meio ambiente e ao consumidor (Lei 7.347 de 24.07.1985). **Advocacia Dinâmica-Seleções Jurídicas**, v.1, 1986.

\_\_\_\_\_ *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HARE JR., Francis H.; GILBERT, James L.; ELLENBERGER, Mathew S. Confidentiality orders in products liability cases. **American Journal of Trial Advocacy**, v.13, 1989.

HAY, Bruce; ROSENBERG, David. “Sweetheart” and “backmail” settlements in class actions: reality and remedy. **Notre Dame Law Review**, v.75, 2000.

HAZARD JR; Geoffrey C. Indispensable party: the historical origin of a procedural phantom. **Columbia Law Review**, v.61, 1961.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

ISSACHAROFF, Samuel. Class actions conflicts. **University of California Davis Law Review**, v.30, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JENNINGS, Kenneth. Privity, preclusion and the parent-child relationship. **BYU Law Review**, v.1977, n.3.

JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista de Processo**, v.287, jan 2019. (edição online)

KANNER, Allan; CASEY, M. Ryan. Consumer Class Actions after CAFA. **Drake Law Review**, v.56, 2008.

KLONOFF, Robert. The Judiciary’s flawed application of Rule 23’s adequacy of representation requirement. **Michigan State Law Review**, v.2004, 2004.

\_\_\_\_\_ ; BILICH, Edward. K.; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation**. 3rd. ed. St Paul: Thomson Reuters, 2012.

KONIAK, Susan P.; COHEN, George M. Under cloak of settlement. **Virginia Law Review**, v.82, n.2, 1996.

\_\_\_\_\_. In hell there will be lawyers without clientes or law. **Hofstra Law Review**, v. 30, 2001.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LAHAV, Alexandra D. Are class action unconstitutional? **Michigan Law Review**, v.109.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis. **Journal of Law and Economics**, v.19, 1976.

LANES, Júlio César Goulart. A class action estadunidense e algumas ponderações sobre o sistema processual brasileiro. **Revista Ajuris**, n.122, jun. de 2011.

LARSON, Harold J. **Introduction to probability theory and statistical inference**. 3ª ed. Singapore: John Wiley and sons, 1982.

LEAL, Fernando. **O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição** – Supremo escolhe quem ouvir e quando ouvir. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretres-da-constituicao-08032018>>. Acesso em 11.04.2019.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

LESLIE, Christopher R. A market based approach to coupon settlements in antitrust and consumer class action litigation. **University of California Law Review**, v. 49, 2002.

LILLY, Graham C. Modeling class actions: the representative suits as an analytic tool. **Nebraska Law Review**, v.81, 2003.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador; Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**, v.227, jan. 2014.

MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform. **University of Chicago Law Review**, v.58, 1991.

MAHLER, Elayne Maria Sampaio Rodrigues. **Processo coletivo**: representação de pessoas ou de interesses? Uma ponderação e os reflexos sobre a legitimidade e a representatividade adequada. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARCUS, David. Making adequacy more adequate. *Texas Law Review*, v.88, 2009.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. **Complex litigation**: cases and materials on advanced civil procedure. 3rd. Edition. Saint Paul: West Group, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, V.II.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. O anteprojeto de código modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Genesis-Revista de Direito Processual Civil**, n.31, Curitiba, jan-mar 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. **A fase pré-processual**: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

MILLER, Geoffrey P. Conflicts of interest in class action litigation: An inquiry into the appropriate standard. **The University of Chicago Legal Forum**, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAWETZ, Nancy. Bargaining, Class Representation, and Fairness. **Ohio State Law Journal**, v.54, n.1, 1993.

MORRIS, John K. Nonparties and preclusion by judgment. **California Law Review**, v.56, n.4, 1968.

MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes. **Vanderbilt Law Review**, v.57, 2004.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 14ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEWBERG, Herbert; CONTE, Alba. **Newberg on class actions**. 4th ed, 2002.

NOTE. Developments in the law of class actions. **Harvard Law Review**, v. 89.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e.; CUNHA, Leonardo (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª ed. Trad. e rev.téc.: Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1984.

POLINSKY, A.Mitchell. **An introduction to law and economics**. 4ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roer age: Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v.42, n.2, jun. 2007.

PYRCZ, Greg. Demanding deliberative democracy and representation. *In*: LAYCOCK, David (ed.) Representation and democratic theory. Vancouver: UBC, 2004, p.179-196, apud VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REDISH, Martin H. **Wholesale justice: Constitutional democracy and the problem of class action suit**. Stanford, Estados Unidos: Stanford Law Books, 2009.

\_\_\_\_\_. Class actions and the democratic difficulty: rethinking the intersection of private litigation and public goals. **The University of Chicago Legal Forum**, v.71, 2003.

\_\_\_\_\_. Procedural due process and aggregation devices in mass tort litigation. **Defense Council Journal**, v.63, 1996.

REED, John W. Compulsory joinder of parties in civil actions. **Michigan Law Review**, v.55, n.3, jan 1957.

RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v.96, n.374, 1982.

\_\_\_\_\_; CURTIS, Dennis E.; HENSLER Deborah R. Individuals within the aggregate: relationships, representation and fees. **New York University Law Review**, v.71, apr.-may 1996.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? **The South African Law Journal**, v.11, n.2, 2005.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismo de auxílio à efetivação de políticas públicas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, 2009.

\_\_\_\_\_. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XII, 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan; GEISTFELD, Mark. The divergence between social and private incentives to sue: a comment on Shavell, Menell and Kaplow. **Journal of Legal Studies**, v.16, 1987.

ROSENBERG, David; SHAVELL, Steve. A model in which suits are brought for their nuisance value. **International Review of Law and Economics**, v.5, jun. 1985.

SAHANI, Victoria Shannon. Reshaping third-party funding. **Tulane Law Review**, v.91, n.3, feb. 2017.

\_\_\_\_\_. Judging third-party funding. **University of California Law Review**, v.63, feb. 2016.

SALLES, Ricardo. **Desafios dos problemas ambientais em Minas Gerais**. Entrevistador: José Roberto Burnier. Entrevista concedida no Em Ponto, São Paulo, Globonews, 08.04.2019. Programa de TV.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v.205, mar 2012. (edição online).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, v.208, jun 2012. (edição online).

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária**: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

SHAUER, Frederick F. English natural justice and american due process: an analytical comparison. **William and Mary Law Review**, v.18, issue 1, 1976.

SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v.26, june 1997.

\_\_\_\_\_. **Economic Analysis of Law**, 2004.

\_\_\_\_\_. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHERMAN, Edward F. The MDL Model for resolving complex litigation if a class action is not possible. **Tulane Law Review**, v.82, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.255, maio 2016. (edição online).

\_\_\_\_\_. **Preclusão processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVER, Charles; BAKER, Lynn. I cut, you choose: The role of plaintiff's counsel in allocating settlement proceeds. **Virginia Law Review**, v.84, 1998.

SOLOMON, Patricia Anne. Are mandatory class action unconstitutional? **Notre Dame Law Review**, v.72, feb. 2014.

SOLUM, Lawrence. Procedural justice. **Southern California Law Review**, v.78, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPIER, Kathryn. Litigation. *In*: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Editors). **Handbook of law and economics**. 1st. ed. Amsterdam: North Holland, 2007, v.1.

\_\_\_\_\_. A note on the divergence between the private and the social motive to settle under a negligence rule. **Journal of Legal Studies**, v.26, 1997.

STRICKLER JR., George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul Law Review**, v.34, 1984.

SUBRIN, Stephen; DYKSTRA, Richard. Notice and the right to be heard: the significance of old friends. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v.9, 1974.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Cambridge University Press, 1999.

TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale**, n.4, 1969.

\_\_\_\_\_. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (Relatório Geral). **Revista de Processo**, v.177, nov. 2009. (edição online).

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ªed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

THEODORO JR., Humberto. Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, n.1, abr.2006.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. **Texas Law Review**, v.87, 2009.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Procedura Civile**, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil. **Revista de Processo**, v.192, 2011.

\_\_\_\_\_. Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros. **Revista do Advogado**, n.99, set. 2008.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 368)**, v.7. São Paulo: Saraiva, 2016.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristic and Biases. **Science, New Series**, v. 185, n.4157, sep. 1974.

UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v.289, mar. 2019. (edição online).

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

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva: Fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodivm, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3ª ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*. **Revista de Processo**, v.160, 2008.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. **Revista de Processo**, v.284, out. 2018.

WALTER, Gerhard. *Mass tort litigation in Germany and Switzerland*. **Duke Journal of Comparative and International Law**, v.11, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonade, 1984.

WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Laural L. ;NIEMIC, Robert J. *An empirical analysis of Rule 23 to address the rulemaking changes*. **New York University Law Review**, v.71, apr.-may 1996.

WOOLEY, Patrick. *The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits*. **Texas Law Review**, v.79, 2000.

YEAZELL, Stephen. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987.

\_\_\_\_\_. *Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case*. **UCLA Law Review**, v.25, n.244, dec. 1977, p. 257.

ZANETI JR., HERMES. *A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico*. In: ASSIS, Araken *et al* (Coords.). **Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.