

Denise Leonardi dos Reis

**A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO
COLETIVA**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto

2012

Denise Leonardi dos Reis

Dissertação de Mestrado

**A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO
COLETIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Coletivo, Cidadania e Função Social do Direito, da Faculdade de Direito da UNAERP Universidade de Ribeirão Preto, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

R375r Reis, Denise Leonardi dos, 1983 -.
A representação adequada como uma das condições da ação
coletiva / Denise Leonardi dos Reis. - - Ribeirão Preto, 2012.
85 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos,
cidadania e função social do Direito. Ribeirão Preto, 2012.

1. Direito. 2. Direito coletivo. 3. Coisa julgada. 4. Ação (Direito).
I. Título.

CDD: 340

Denise Leonardi dos Reis

A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO
COLETIVA

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Função Social do Direito

Data da defesa: 27 de abril de 2012

Resultado: Aprovada

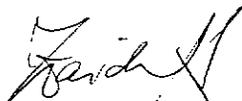
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rita de Cássia Correa Vasconcelos
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
UNIPAR – Universidade Paranaense



Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Profa. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, pelo auxílio na elaboração da minha dissertação.

Aos professores Fernando da Fonseca Gajardoni e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, que fizeram parte da Banca de Qualificação, pelas importantes considerações, imprescindíveis para a finalização do presente trabalho. E ao Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior, pelas sugestões de livros para a elaboração desta dissertação.

Aos professores do Mestrado da UNAERP, especialmente ao Prof. Luiz Rodrigues Wambier e à Profa. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, pelas excelentes aulas.

Um agradecimento especial aos meus sogros Paulo Roberto Joaquim dos Reis e Carmelita e à minha cunhada Maria Elisa, pelo incentivo tanto no início como durante todo o curso.

Agradeço aos meus pais, Antonio Sérgio Leonardi e Magda Barbosa Ferreira, por tudo o que me ensinaram e por valorizarem meus estudos, especialmente à minha mãe, pela força que tem e por tudo de positivo que sempre me transmitiu. Às minhas irmãs, Débora e Adriana, pois tenho certeza que estão felizes por mim por mais esta etapa vencida.

Agradeço ao meu marido, Luiz Felipe Perrone dos Reis, meu companheiro de trabalho e de estudos, pela oportunidade que me deu de fazer o curso de Mestrado, pelo auxílio nos trabalhos e pelo apoio incondicional nos momentos mais difíceis que conseguimos enfrentar juntos. E à minha pequena Maria Laura, que ainda não nasceu, mas já é o meu maior motivo para seguir em frente e lutar para ser cada vez melhor.

Deixo para fazer, por fim, o agradecimento mais importante, a Deus, pelo dom da vida, pela sabedoria, por todas as oportunidades e pela luz essencial para alcançar meus objetivos.

"E o efeito da justiça será paz; a operação da justiça será repouso e segurança para sempre"
(Isaías, 32:17)

REIS, Denise Leonardi dos

A Representação Adequada como uma das Condições da Ação Coletiva.

Dissertação de Mestrado com orientação da Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos. UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. Faculdade de Direito. Ribeirão Preto, SP, Brasil, 2012.

RESUMO: A presente dissertação realiza um estudo sobre as condições da ação no processo civil tradicional e a necessidade de se incluir, no processo civil coletivo, a representação adequada dentre essas condições. O trabalho faz referência ao instituto norte-americano das *class actions*, importante fonte para o tratamento de ações coletivas no Brasil, e argumenta a respeito da possibilidade e da necessidade de averiguação, pelo juiz brasileiro, da existência de representação adequada quando da propositura e durante o trâmite de uma ação coletiva. Por fim, traça algumas considerações sobre a coisa julgada. Não pretende esgotar o tema, mas contribuir para a discussão de algumas questões a ele atinentes, haja vista a carência de sistematização de ordem legislativa.

REIS, Denise Leonardi dos

Suitable Representation as a Condition of Collective Action. Master's Dissertation under supervision of Prof. Dr. Rita de Cássia Correa de Vasconcellos. UNAERP - University of Ribeirão Preto. School of Law. Ribeirão Preto, Brazil, 2012.

ABSTRACT: This dissertation conducts a study on the conditions of action in the traditional civil proceedings and analyses the need of include, in the collective civil procedure, the adequate representation among these conditions. The work refers to the American institute of "class actions", an important source for the treatment of class actions in Brazil, and argues about the possibility and the need for investigation, by Brazilian judges, on the existence of adequate representation when filing and during the processing of a class action. Finally, it outlines some considerations on the res judicata. It is not intended to exhaust the topic, but contribute to the discussion of some issues relating to it, given the lack of systematization of legislation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS	15
2.1. Os direitos coletivos <i>lato sensu</i>	21
2.2. Os direitos difusos	24
2.3. Os direitos coletivos	25
2.4. Os direitos individuais homogêneos	26
3. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO	28
3.1. Legitimidade	33
3.2. Interesse de agir	37
3.3. A pertinência temática nas ações coletivas	38
4. OS SISTEMAS JURÍDICOS E A INFLUÊNCIA NOS DIREITOS COLETIVOS – DIFERENÇAS ENTRE AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS ..	44
4.1. Algumas características das <i>class actions</i> norte-americanas.....	49
5. A QUESTÃO DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA	55
5.1. A representação adequada como um das condições da ação coletiva.....	59
5.2. A possibilidade de verificação da representação adequada pelo juiz brasileiro e a necessidade de criação de critérios de aferição.....	66
5.3. Considerações sobre a coisa julgada nas ações coletivas.....	71
CONCLUSÕES	78
BIBLIOGRAFIA	82

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará de um tema de fundamental importância para o processo coletivo, que é a necessidade de averiguação, pelo juiz ao qual é submetida uma ação coletiva, da existência de representação adequada dos titulares do direito a ser tutelado por meio de referida ação. E mesmo não existindo expressa orientação para que os juízes brasileiros se atentem à questão da representatividade adequada, quando se fala em necessidade de se aferir tal instituto, com mais razão deve-se entender pela possibilidade.

Assim, se pretende demonstrar que além das condições da ação que devem ser analisadas conforme previsto no Código de Processo Civil, diploma legal que disciplina o processo individual, deve figurar, entre as condições da ação coletiva, o instituto da representação adequada.

Saber se os titulares do direito coletivo *lato sensu* lesado – que é justamente a forma como serão mencionados os direitos pertencentes à coletividade, independentemente das demais nomenclaturas existentes – estão sendo, ao menos a princípio, bem representados, deve ser função do magistrado responsável pelo julgamento da demanda coletiva, mesmo que não haja previsão legal em um eventual Código de Processo Coletivo, da necessidade de tal verificação, o que não seria o ideal, já que o Brasil adota o sistema da *civil law*, ou seja, codificado.

Considerando-se que o sistema brasileiro é codificado, poderia e deveria existir norma a ser seguida no tocante à constatação, ainda que em um primeiro momento, que aquele que vem a juízo propor uma ação coletiva, com a finalidade de defender direitos pertencentes a toda a coletividade, a um número indefinido de pessoas, tem condições de representar tais direitos em juízo de forma adequada.

Ainda que existam róis de legitimados para a propositura de tais ações, como aqueles descritos no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85) e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), se faz necessária a constatação de que aqueles que preenchem as condições mencionadas expressamente nos

textos dos referidos artigos, seus incisos e parágrafos, também possuem condições de representar adequadamente os titulares do direito que não integram o polo ativo da ação, que não participam efetivamente da demanda intentada para defesa de seus interesses.

Desta forma, para que uma associação, que ainda que esteja constituída legalmente há pelo menos um ano e que “inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, inciso V, item b) ou “a defesa dos interesses e direitos protegidos” pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme disposto no art. 82, inciso IV, do referido diploma legal, possa ajuizar e atuar na ação promovida para a defesa dos interesses coletivos, deve ser comprovado de forma inequívoca – pelo menos *a priori* – que referida associação representa de forma adequada os direitos dos representados.

Deseja-se saber se a representação adequada, importante meio de verificação da legitimidade para propositura e atuação nas ações coletivas no direito norte-americano, lá denominadas *class actions* pode e/ou deve ser considerada no Brasil como condição para o ajuizamento de ação coletiva, proposta para tutela de direitos coletivos *lato sensu* e o desenvolvimento válido de um processo por meio do qual a garantia desses direitos é pleiteada.

No presente trabalho serão abordadas as condições da ação do processo civil tradicional, já que no sistema processual civil brasileiro as chamadas condições da ação podem ser definidas como os requisitos que devem estar presentes para a apreciação do mérito da demanda.

Por meio deste estudo se pretende demonstrar que, em que pese a existência das condições da ação, previstas no sistema processual civil tradicional (processo individual), as quais devem ser observadas pelo juízo ao qual é submetida uma ação para tutela de direitos coletivos, a verificação da representação adequada (chamada *adequacy of representation* nos Estados Unidos da América) teria o condão de, de certa forma, acautelar que o proponente possui realmente condições de atuar na defesa de tais interesses.

A constatação pelo juiz de que o representante de um grupo ou de toda a coletividade possui representação adequada pode ser uma forma de garantir que os representados (titulares do direito coletivo lesado) tenham mais chance de ter seus direitos protegidos, uma vez que os mesmos não participam da ação.

Pretende-se abordar também a relação existente entre representação adequada, enquanto pressuposto da ação coletiva e a coisa julgada no direito brasileiro, já que os efeitos da sentença proferida alcançam além das partes que atuam na demanda coletiva.

Ainda tratando das condições da ação, serão investigadas as questões atinentes à pertinência temática, necessária à propositura de demandas coletivas, se a mesma pode ser tida como um fator de verificação da legitimidade ou do interesse de agir, ou de ambas as condições da ação.

O tema proposto se justifica em razão da extensão da coisa julgada a todos os membros do grupo ou de toda a coletividade, que necessariamente precisa ter seus direitos bem representados, ou, melhor dizendo, representados adequadamente, o que justifica a análise, ao menos *a priori*, da existência de certas condições tanto para promover a ação como para atuar durante todo o processo.

Assim, se pretende demonstrar que, embora o sistema brasileiro seja o sistema codificado da *civil law*, os juízes não estão impedidos de exercer seu poder discricionário ao interpretar a lei, e devem fazê-lo também quando são submetidas ao seu julgamento ações que versam direitos coletivos. O chamado ativismo judicial pode e deve ser utilizado em certos casos, mormente quando se trata de julgar interesses pertencentes a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, com ressalvas, porém, para que não sejam cometidos abusos.

No Brasil, apesar da existência das chamadas condições da ação no direito processual individual, quais sejam, legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, quando se trata de ação coletiva submetida à apreciação do Poder Judiciário, o Estado-Juiz pode mitigar a aplicação de qualquer dessas condições ou mesmo dos pressupostos processuais se levar em conta o relevante interesse social.

No caso da proteção de direitos coletivos por associações, que de acordo com o disposto na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor devem estar constituídas legalmente há pelo menos um ano, pode haver mitigação desse requisito (o mesmo pode ser dispensado, nos termos do art. 5, § 4º, da Lei da Ação Civil Pública e § 1º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor). Esse é apenas um dos exemplos que demonstram claramente a diferença existente entre o sistema processual comum (criado para tutela de interesses individuais – Código de Processo Civil) e o processo coletivo, onde se discute o direito de um grupo de pessoas, e que muitas vezes é de relevante interesse social.

Por óbvio deve haver preocupação para que não se abram muitas possibilidades de prolação de decisões proferidas além do pedido em virtude da utilização do poder discricionário do juiz. No entanto, se não houver outro meio de proteção ao direito coletivo objeto da demanda, pode-se aceitar a atuação do magistrado nesse sentido, obviamente com ressalvas.

Assim, em virtude da possibilidade de mitigação dos pressupostos para ajuizamento ou tramitação da ação coletiva, deve-se analisar, ao tempo da verificação de tais pressupostos, ou das chamadas condições da ação, a representação adequada, a fim de se evitar demandas fadadas ao insucesso ou atos tidos por arbitrários praticados pelos magistrados.

Dentre os objetivos do presente trabalho pode-se elencar a necessidade de se criar um sistema processual coletivo distinto do sistema processual individual, haja vista a possibilidade, e muitas vezes a necessidade de mitigação da verificação de requisitos do processo individual para o processo coletivo, bem como a possibilidade de flexibilização ou ampliação dos institutos processuais de um para outro.

Mas enquanto não existe sistema processual coletivo, devem ser adequadas as normas do processo civil comum a tais demandas, e uma questão bastante relevante é a verificação, pelo juiz, da representação adequada do ente legitimado à propositura de ações coletivas, e não somente da efetiva legitimação prevista na Constituição Federal e na legislação.

Um dos objetivos do presente trabalho também é analisar se de fato pode haver controle da adequação do representante de um grupo ou classe para a propositura das ações coletivas no Brasil ou se os magistrados estariam proibidos de avaliar tal adequação.

Ações coletivas podem ser propostas até mesmo por pequenas associações, mas desde que as mesmas representem adequadamente em juízo os direitos do grupo de associados. O que se busca com um controle da adequação pelo juiz é evitar que os legitimados ajam de acordo apenas com seus próprios interesses.

Há entendimentos no sentido de que não seria necessária a avaliação, pelo juiz, da adequada representação do grupo ou classe titular de um direito coletivo violado, uma vez que a coisa julgada é dada apenas para beneficiar os membros do grupo, e não prejudicar, o que enseja o estudo sobre os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, tema que também será objeto deste trabalho.

Como será demonstrado nesta dissertação, a sentença proferida em ação coletiva, desde que esta tenha sido conduzida com provas suficientes, produzirá coisa julgada e não será permitida a propositura de nova ação coletiva.

Os membros individuais do grupo, porém, não serão atingidos pela coisa julgada e poderão propor ações individuais para defesa de seus direitos. É a chamada extensão *secundum eventum litis e in utilibus*. Aliás, outra questão importante a ser abordada é se a extensão *secundum eventum litis e in utilibus* se contrapõe à tão buscada economia processual.

Se a inabilidade do representante ou mesmo de seu advogado se limita à não produção de provas, pode-se dizer que não haverá tantos problemas, haja vista que a improcedência de uma ação coletiva por insuficiência de provas não obsta a propositura de uma nova ação coletiva, porquanto é permitido o ajuizamento de nova ação com base em nova prova. Não é possível, porém, que se discuta novamente o objeto daquela ação coletiva com base em uma melhor argumentação ou fundamentação.

Assim, este trabalho objetiva demonstrar que a coisa julgada somente poderá atingir a terceiros quando comprovada, dentre outras condições, a existência de representatividade adequada.

Pretende-se, afinal, que este estudo possa servir como material útil ou que traga alguma contribuição à comunidade jurídica, bem como a toda a sociedade.

2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS

Conforme será demonstrado no presente trabalho, com a evolução da sociedade, houve a necessidade de tutela dos direitos de forma mais acentuada, já que as pessoas passaram a ter noção de seus direitos e a buscar protegê-los contra atos de terceiros e do próprio Estado.

Atualmente o mundo jurídico vive uma fase teórica em que é feita a releitura de todo o direito positivo de acordo com a Constituição Federal. Em razão de o texto constitucional ter primazia em relação às demais legislações, e por ser dotado de carga principiológica mais acentuada, é necessária a introdução ao processo desde sua raiz etimológica.

A expressão processo pode apresentar diferentes concepções. Em primeiro lugar, processo pode ser compreendido como método de criação de normas. Em segundo, a palavra processo pode ser usada no sentido de procedimento (conjunto de atos), e, por fim, processo como relação jurídica, compreendendo o conjunto de relações jurídicas formadas entre os sujeitos processuais.

O Direito Processual Civil atualmente encontra-se enquadrado na ciência jurídica como um ramo do direito público que traça as normas (regras e princípios) de cunho civil, para a solução de conflitos apresentados ao Estado, por meio da aplicação da lei em cada situação concreta. A forma pela qual se veicula a pretensão para apreciação do

Estado-juiz é o processo, em sua acepção de relação jurídica.

O princípio do devido processo legal abrange vários princípios e regras, explícita e implicitamente, que determinam o mínimo para que um processo cumpra sua finalidade. Dentre os princípios decorrentes do devido processo legal estão, por exemplo, os princípios do contraditório, da publicidade dos atos, da duração razoável do processo, da efetividade, da adequação e da boa-fé. O devido processo legal é ainda maior porque mesmo com todos estes princípios dele decorrentes ele ainda existe por si só, como princípio autônomo e superior.

A ideia de devido processo legal remonta ao ano de 1215, quando o rei da Inglaterra João 1º, conhecido como João sem Terra (*John Lackland*), se viu obrigado a assinar a Carta Magna. Referido documento dotado de significado nasceu como uma forma de combate à tirania, limitando o poder da monarquia, impelindo até o rei a observar o processo para a restrição de direitos.

O direito ao Devido Processo Legal, traduzido de sua origem inglesa *Due Process of Law*, significa o direito a um processo justo. Atualmente é representado como cláusula geral e sua observância é necessária tanto no âmbito formal como processual, que é o conjunto das garantias processuais mínimas e em sua dimensão substancial em que são garantidas a proporcionalidade e a razoabilidade para o processo.

Ultrapassada a fase em que as pessoas começaram a ter ciência de seus direitos individuais, de que cada uma delas era titular, houve ainda uma transformação, e foi alcançada a ideia de que, além dos direitos individuais, os seres humanos são titulares também de direitos pertencentes a todos, e que também devem ser tutelados.

Houve, assim, uma alteração substancial do próprio conceito de sujeito de direito, cuja abrangência passa a ser dada para além do indivíduo, contemplando os direitos dos consumidores, trabalhadores, entidades de classes, organizações sindicais, e, dentre outros grupos de pessoas, a própria humanidade.

Assim, a coletivização dos direitos nasceu para fazer frente ao

crescimento dos meios de produção em massa, que grandes corporações e até mesmo o próprio Estado, até então, ante a total ausência de normas que estabeleciam critérios limitadores voltados para um modelo de desenvolvimento sustentável e de respeito à coletividade, não viam limites para a sua atuação, gerando riscos ao planeta, à saúde, à segurança e à vida das pessoas.

Nos dizeres do Professor da Universidade de Florença, Vincenzo Vigoriti (2010, p. 297/298):

“Le difficoltà della giustizia civile che risulta arduo superare non sono soltanto quelle pratiche e operative, ma soprattutto sono quelle di carattere concettuale. Veniamo di una giustizia d’élite caratterizzata da un numero limitato di controversie, da costi modesti e da una durata misurabile. Fino ad un recente passato, i diritti tutelati erano di numero e tipo limitato e conosciuto, ed erano protetti con un rito flessibile (preclusioni ridotte), disegnato sul modello dell’uno contro uno. Il giudizio era collegiale addirittura in tutti i gradi, generosamente accessibili al soccombente, che poteva coinvolgere più giudici e sollecitare nuovi accertamenti senza ostacoli seri, e con oneri sopportabili”.

“Quell modelo è stato travolto in modo irreversibile, ma non si sa con cosa sostituirlo. Da anni si registra una vera e propria law explosion, nel senso dell’emergere e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) che hanno portato ad un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto. Il costo è rimasto praticamente invariato, ma la durata è diventata incontrollabile, ed è per di più utilizzata come deterrente all’accesso alla giustizia”.

Antes de tratar especificamente do tema relacionado às ações coletivas, se pretende abordar o contexto histórico em que teve início a preocupação com a proteção dos direitos coletivos.

A Inglaterra é apontada como berço das ações coletivas e os primeiros litígios de que se tem notícia teriam ocorrido por volta do século XII, tendo se tornado mais frequentes entres os séculos XIV e XV.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2010, p. 39) afirma que o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, “quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Herfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos”.

No mesmo texto o referido autor menciona¹ “que no ano de 1179, em Paris, os aldeões da vila de Rosnysous-Bois teriam reivindicado o fim da condição de servos, em face do abade e dos clérigos de Santa Genoveva. O processo teria terminado em 1246, quando lograram, mediante pagamento e sob a condição de não formarem uma “comuna”, obter a liberdade”.

Depois do citado caso de litígio coletivo na Inglaterra, surgiram outros que refletiam a organização social daquela época no país, onde a família, a Igreja e as vilas exerciam funções sociais e políticas. Não há, entretanto, qualquer registro de discussão acerca dessa “representação” por alguns “líderes”, podendo-se dizer que ela era aceita tanto pelos representados (da coletividade) como pelas cortes de justiça (poder judiciário).

Assim, independentemente de autorização ou procuração, o costume do direito inglês passou a aceitar que direitos de povoados passassem a ser defendidos por alguns poucos cidadãos.

Já a partir dos séculos XVI e XVII o número de litígios envolvendo direitos coletivos tutelados por apenas alguns passa a diminuir, e as ações de grupo ficam restritas à área rural. Surge um procedimento especial chamado *Bill of Peace*, e por volta do século XVII têm início os questionamentos sobre ações de grupo, notadamente no que tange à legitimação.

Por essa razão alguns historiadores apontam o século XVII como marco do surgimento de litígios e ações coletivas.

¹ Em nota de rodapé, o autor aduz que Edward Peters, citado por Márcio Flávio Mafra Leal em *Ações Coletivas: história, teoria e prática*, aponta tal caso em revisão crítica da obra de Yaesell, publicada na revista *The American Journal of Legal History*, n. XXXIV, 1990, P. 429.

As ações de grupos, que antes eram apreciadas por várias cortes, passaram a ser julgadas somente pela *Court of Chancery* (Tribunal de Equidade).

De qualquer modo, esse modelo de demanda rompeu com a ideia de que todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo. Nessa época se passou a permitir que ‘representantes’ de alguns grupos demandassem interesses dos grupos (representados).

Com base na antiga experiência das cortes inglesas surgiu a *class action* (ação de classe) norte-americana, mais difundida a partir de 1938, com a edição da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, cuja norma permite que um ou mais membros de determinada classe promovam a defesa dos interesses de todos, desde que atendidos alguns requisitos, tais como: a inviabilidade de litisconsórcio ativo; a existência de questões comuns a toda a classe; pretensões e defesas tipicamente de classe; e que os demandantes tenham condições de defender de forma eficaz os interesses comuns.

Nos Estados Unidos o Sr. Joseph Story, juiz da Suprema Corte Norte-Americana, foi “o primeiro estudioso a enfrentar as questões envolvendo o direito de os membros de determinada classe ou categoria de pessoas defenderem seus interesses em conjunto, através de representação por um, ou alguns, de seus membros” (SILVA, 2006, p. 33).

O primeiro caso que despertou o interesse de Joseph Story para o tema em questão foi o caso *West v. Randall*, ocorrido em 1820, onde “um morador de Massachusetts ajuizou uma ação alegando que o seu patrimônio teria sido dilapidado pelo réu, na qualidade de *trustee* (uma espécie de gestor de negócios). O processo estava tramitando na Justiça Federal, tendo sido firmada sua competência sob o fundamento da diversidade de jurisdição, embora, na realidade, seja provável que a causa, de fato, tenha sido a ausência de tribunal de equidade em Rhode Island. Story comenta que a situação poderia ter sido diferente se houvesse outras pessoas interessadas, como herdeiras, que figurassem como litisconsortes necessários. Consequentemente, o feito poderia não prosseguir na Justiça Federal, na medida em que poderia deixar de existir a *diversity jurisdiction* entre as partes. Mas segundo o raciocínio desenvolvido por Story, a partir do estudo de precedentes ingleses, a presença do

interesse de outras pessoas não precisaria ensejar sempre o litisconsórcio necessário”. (SILVA, 2006, p. 33).

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2010, p. 59), aduz que “Onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito”.²

Em 1836 Joseph Story publicou a obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, na qual “apontou, com precisão, a importância e o papel das demandas coletivas para o Poder Judiciário e para o acesso à justiça. Segundo Story, a *group litigation* objetivou, no primeiro momento, a supressão do litígio inútil e da multiplicação de demandas, mas, depois, passou a se colocar, muitas vezes, entre duas funções: a) a redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional seria incrementado).

A decisão proferida em 1853, no caso *Smith v. Swormstedt* pela Suprema Corte afirmou a admissibilidade da *class action* e o efeito vinculante da sentença proferida também para os ausentes, desde que representados adequadamente. É justamente a questão da necessidade de verificação, pelo juiz da causa, da representatividade adequada que será o tema do presente trabalho.

² Em nota de rodapé o autor menciona que referido texto é uma tradução de Márcio Flávio Mafra Leal (*As ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998) do texto em inglês transcrito em Stephen C. Yeazell (“*From medieval group litigation to the modern class action*”, p. 217).

2.1. Os direitos coletivos *lato sensu*

São chamados direitos de primeira geração os primeiros que constaram das Constituições de diversos países. São os direitos civis e políticos, e que passaram a proteger a oposição dos indivíduos contra o poder do Estado, e dentre eles se destacam o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão e ao voto, dentre outros.

Como afirma Alexandre de Moraes, “essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”. (2000, p. 19).

No momento em que os referidos direitos passaram a ser disciplinados pelas diversas Constituições, o que se buscava era assegurar o direito dos indivíduos contra o poder do Estado, como meio de garantir a liberdade dos cidadãos, um dos lemas da Revolução Francesa (1789). Importante ressaltar que no contexto histórico da época havia um Estado absolutista e não havia democracia.

“Os direitos de primeira dimensão, os primeiros reconhecidos e protegidos, originados no século XVIII, correspondem às liberdades públicas, cuja denominação antiga era direitos individuais. São direitos tradicionalmente vinculados ao jusnaturalismo quanto à origem”. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 30)

Entretanto, no século XX já surgiu a ideia de que o sistema jurídico não poderia simplesmente proteger os interesses de cada indivíduo isoladamente contra o poder do Estado, era preciso garantir também a proteção aos direitos sociais.

Assim, os chamados direitos de segunda geração são resultantes do impacto causado pela Revolução Industrial e o nascimento da chamada classe operária. São os direitos sociais, econômicos e culturais. Naquela época, a população não recebia salário digno, não tinha acesso à saúde e à educação, e os direitos que até então eram garantidos não se aplicavam a todos os cidadãos.

Desta forma, as doutrinas socialistas, inclusive com o apoio da Igreja Católica, representada pelo então Papa Leão XIII, passaram a se preocupar com os direitos daquelas pessoas. Os textos das Constituições de países como França, Brasil e Alemanha já previam a proteção desses direitos, da valorização da pessoa humana, igualdade de oportunidades e demais garantias. Pode-se afirmar que os direitos de segunda geração estão ligados a outro tema disseminado também pela Revolução Francesa, o da igualdade.

E nesse aspecto se está falando de liberdades e garantias que exigem do Estado uma atuação concreta em prol do bem-estar social, sendo valorizados, portanto, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, inclusive o direito de greve, dentre outros, o que fez com que a existência e atuação de associações e sindicatos se tornassem indispensáveis à garantia desses direitos.

O que distingue uma classe de direitos da outra é que para a tutela dos direitos de primeira geração o Estado deveria se abster de determinadas condutas (lembrando que os mesmos surgiram em um Estado absolutista), ao passo que para os direitos de segunda geração, deveria agir efetivamente.

E por fim, mas ainda no século XX, surgiram os chamados direitos de terceira geração, que se originaram em razão da consciência de um mundo globalizado, onde coexistem várias nações ricas e pobres, desenvolvidas ou não, como também em virtude da valorização de um tema difundido pela Revolução Francesa, a fraternidade.

São direitos voltados à proteção de toda a coletividade, tais como o direito à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, à propriedade em relação aos bens comuns e à preservação do patrimônio histórico e cultural, para citar alguns.

Os direitos dessa geração são comuns a toda a humanidade e a proteção de tais direitos é um reflexo de conflitos sociais que se estabeleceram no século XX, e, muito embora não tenha sido afastado o caráter individual dos mencionados direitos, como não poderia mesmo ocorrer, o enfoque passou a ser sobre os direitos que transcendem a esfera individual, os direitos transindividuais. Desta forma, tornou-se necessário buscar os meios

mais seguros e eficazes de protegê-los.

Independentemente de quantos e quais são esses direitos, sua natureza ou fundamento, o que se pretendia buscar era a forma mais segura de garanti-los e protegê-los, nos dizeres de Norberto Bobbio “para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (1992, p. 25)

Ainda conforme mencionado pelo referido autor (1992. p. 25), “com efeito, cuida-se de reflexo dos conflitos sociais que se instauraram no último século. Cada vez mais preza-se a tutela de direitos como saúde, educação, cultura, segurança, meio ambiente sadio, direitos esses de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo e qualquer cidadão”.

São chamados direitos transindividuais aqueles cujos titulares não são individualmente determinados e que são materialmente indivisíveis.

“Direito coletivo” é a denominação genérica de que são espécies as nomenclaturas “direito difuso” e “direito coletivo *stricto sensu*”, que pertencem a um grupo ou classe de pessoas, ou à sociedade como um todo.

Os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, mas que possuem uma relação de homogeneidade, a permitir que sejam tutelados coletivamente. Além da pluralidade de titulares, se verifica também a pluralidade do objeto material. Os titulares são determinados e o objeto é divisível.

A coletivização de referidos direitos é meramente instrumental, já que a tutela dos mesmos pode ser feita de forma coletiva, o que não os torna direitos coletivos.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81 e incisos I, II e III, define o que são direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos³.

³ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

2.2. Os direitos difusos

Os direitos difusos podem ser conceituados como sendo aqueles transindividuais, de natureza indivisível e titulares indeterminados ou indetermináveis.

Sob o aspecto subjetivo são transindividuais. Há indeterminação absoluta dos titulares, ou seja, tais direitos não têm titulares individuais e a ligação entre os diversos titulares dos direitos difusos é decorrente de mera circunstância de fato. Como exemplo de direito difuso nesse aspecto pode-se citar o fato de os titulares viverem em uma mesma região.

Já quanto ao aspecto objetivo são indivisíveis, não podendo ser lesados de outra forma que não sejam afetados todos os possíveis titulares. O direito ao meio ambiente é um direito difuso, que não pode ser lesado se a lesão não atingir a todos os titulares do direito.

A definição de que sejam direitos difusos é dada pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que em seu parágrafo único, inciso I, trata como aqueles que são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

A primeira característica que se extrai é a de que o grupo de pessoas atingidas não seja passível de determinação (pessoas indeterminadas ou indetermináveis), no que se traduz o caráter transindividual desses direitos, uma vez que a lesão aos direitos difusos atinge simultaneamente um número de pessoas, sem que seja possível determinar-se quem foi lesado em seu direito.

O exemplo mais comum, recorrente na doutrina, é o da propaganda enganosa, do fornecedor que veicula na mídia anúncio publicitário para ludibriar os

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

consumidores. Um número indeterminado de pessoas tem acesso ao anúncio e muitos, sem que seja possível precisar o número certo, acabam por consumir o produto, o que não exclui eventuais demandas individuais, mas, de outro lado, não impede os legitimados coletivos a também demandarem. Tem-se, pois, um número indeterminado ou indeterminável de direitos individuais que atribuem ao fato, per se, o interesse difuso.

Outro exemplo que pode ser citado é o meio ambiente. A identificação na Constituição de que se trata de Direito Difuso se dá, desde logo, pela indicação, no artigo 225, da titularidade do meio ambiente. Não sem razão, dispõe a Constituição Federal naquele dispositivo que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Disso se extrai que essas pessoas se unem por circunstâncias de fato e não por uma relação jurídica, segunda característica observada nos Direitos Difusos, ao contrário do que se dá, de regra, nos Direitos Coletivos em sentido estrito e nos Direitos Individuais Homogêneos em que o liame entre as pessoas determinadas ou determináveis, se dá pela relação jurídica subjacente, como se verá.

Por fim, outra característica é a indivisibilidade do bem jurídico tutelado, que não pertence a esta ou àquela pessoa, de forma estanque, destacada dos demais; é comum a todos, não se podendo aferir a quem pertence certa fração desse direito, o que também é possível vislumbrar no citado artigo 225 da Constituição de 1988.

2.3. Os direitos coletivos

Os direitos coletivos são, sob o aspecto subjetivo, transindividuais com determinação relativa dos titulares. Nesses direitos não há titular individual e a ligação entre os diversos titulares do direito coletivo é oriunda de uma relação jurídica base.

Quanto ao aspecto objetivo os direitos coletivos são indivisíveis, de forma que não podem ser satisfeitos nem lesados se não forem afetados todos os possíveis titulares.

Nessa espécie de direitos os titulares são, assim como nos direitos

difusos, indeterminados. Porém, os titulares são determináveis a partir da verificação do direito positivo violado, do que se depreende que o que os une, possibilitando a sua determinação, é o vínculo que mantêm entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, consoante a parte final da redação do parágrafo único, inciso II, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se, portanto, que há um liame jurídico, *ope legis*, que não decorre simplesmente de uma situação fática; pressupõe-se o elemento volitivo das partes envolvidas, de vez que aderiram a uma relação jurídica a qual se acham vinculadas, o que permite a determinação dos indivíduos que, por isso mesmo, se encontram agrupados.

É o caso dos alunos de uma mesma escola, que têm o direito a ensino de qualidade. Os indivíduos se encontram agrupados em torno do vínculo jurídico que mantêm com a instituição de ensino e, como tal, vê-se que tendo vínculo com a parte contrária, são todos determináveis. O bem jurídico (educação) é indivisível, posto que não se pode fruir individualmente, constituindo a totalidade desses indivíduos uma categoria, grupo ou classe.

2.4. Os direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos têm como traço marcante a origem comum, conforme preceitua o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Os direitos individuais homogêneos são, sob o aspecto subjetivo, direitos individuais. É possível identificar perfeitamente os sujeitos do direito, assim como a relação deles com o objeto. A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”.

Sob o aspecto objetivo são divisíveis, podendo, portanto, ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais.

Prepondera a individualização do direito, em que pese poderem ser

pleiteados coletivamente, já que decorrentes de origem comum.

Cite-se o exemplo dos consumidores que adquiriram para uso determinado medicamento, lesivo à saúde ou inapto a produzir seus efeitos. Há identidade na relação de titularidade com o direito violado, que é divisível na medida em que é individualizado entre seus titulares.⁴

“Essa terceira modalidade de direitos coletivos *lato sensu* se traduz nos mesmos direitos subjetivos individuais de há muito conhecidos em nossa ordem jurídica, que têm como seus titulares as pessoas individualmente consideradas. A diferença entre esta classe de direitos e aqueles já consagrados em nossa ordem jurídica, reside justamente no modo como se pode realizar sua defesa em juízo. Na verdade, eles contam com um mecanismo a mais – ação coletiva – através do qual se pode obter sua proteção”. (WAMBIER; VASCONCELOS, 2008, p. 11)

Por fim, delineadas as três espécies de direitos coletivos, fica claro o contorno de cada um deles, no sentido de que os direitos difusos destacam-se, para além da situação fática que une os titulares do direito, por sua indeterminabilidade, bem assim pela indivisibilidade do direito em questão, o que também é característica dos direitos coletivos, mas que, ao revés, possibilita a determinação dos sujeitos em virtude do liame jurídico estabelecido *ope legis*. Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, caracterizam-se pela individualização da titularidade do direito posto.

⁴ Serve de paradigma o REsp 866636/SP: “Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos.” (STJ, relatora: Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julg. 29.11.07).

3. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Assim como a expressão processo, o termo ação possui várias conotações e distingui-las é fundamental para a compreensão das condições da ação. Extraem-se de “ação” três acepções mais importantes. A primeira é o sentido constitucional representado pelo princípio da inafastabilidade, que tem caráter de direito fundamental amparado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. É o direito abstrato de acesso aos tribunais que estabelece que nada poderá ser afastado da apreciação do Poder Judiciário, abrangendo a lesão e também a ameaça de lesão a direitos. A segunda interpretação que pode ser atribuída à ação é o sentido do próprio direito material que se postula. E a terceira é a acepção processual, ou seja, o exercício do direito de ação pelo qual se afirma a titularidade de alguma relação jurídica. É ação em seu sentido concreto, é ato que provoca a jurisdição.

Segundo o Código de Processo Civil, a existência das condições da ação equivale à possibilidade de julgamento de mérito da ação.

O direito de ação é direito fundamental no ordenamento jurídico, podendo o Poder Judiciário ser buscado tanto em razão da ocorrência de lesão a direitos bem como pela ameaça de lesão ao direito, não se exigindo, em qualquer das hipóteses, o esaurimento das vias administrativas.

Antes de se adentrar ao tema das condições da ação e de cada uma delas especificamente, cumpre fazer algumas considerações no tocante à própria definição de parte e da própria capacidade de estar em juízo.

Conforme disposto nos artigos 1º e 2º do Código Civil “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e “a personalidade jurídica começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

No entanto, nem sempre aquele que é parte em uma relação de direito material pode ser parte no direito processual, ou seja, pode praticar atos jurídicos, podendo ser representado ou assistido, segundo determinado pela lei.

Pode ser parte no processo quem tem capacidade para estar em juízo e conforme estabelece o art. 7º do Código de Processo Civil “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

Nos dizeres de Thereza Alvim (1996, p. 9), “Parte, comumente se afirma, é aquela que pede ou contra quem se pede a tutela jurisdicional. Entretanto, nem sempre pedida esta tutela contra o réu, como ocorre nas hipóteses de haver legitimação extraordinária ou integração, em grau máximo, da capacidade daquele que deveria ser réu, eis que deste, a despeito de ser ele parte nada deseja o autor. O mesmo se pode dizer em relação àquela que pede, eis que, nas mesmas hipóteses, nada pede ela para si”.

Não há, portanto, necessariamente, identidade entre aquele que é sujeito de direito material e de direito processual.

O direito de ação está previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de um direito de todo cidadão que se traduz no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Consoante ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 158) “o exercício do direito de ação resulta na instauração do processo e, a partir daí, as normas processuais é que regulam tudo quanto se refira à ação”.

Assim, para que uma ação seja admitida pelo Poder Judiciário, devem estar presentes as chamadas condições da ação, que são estabelecidas pela lei e previstas de forma expressa no Código de Processo Civil, pois ausente qualquer uma delas, fica obstada a possibilidade de provimento jurisdicional, pois será declarada a carência de ação.

Nos dizeres dos mencionados autores (2010, p. 159) “o modelo adotado pelo direito brasileiro, declaradamente sob a inspiração de Enrico Tullio Liebman: ao lado de um direito absolutamente abstrato e incondicionado de ter acesso aos juízes e tribunais (“o direito constitucional de ação”, “direito de acesso à jurisdição”), há o direito “processual” de ação (direito de receber sentença de mérito, ainda que desfavorável). Para

que exista esse segundo direito, devem estar presentes determinados requisitos (as “condições da ação”) – sem as quais não se justifica o integral desenvolvimento da atividade jurisdicional (arts. 3º. , 6º. , 267, VI e 301, X, do CPC)”.

Não é possível alcançar a tutela jurisdicional por meio de qualquer manifestação de vontade. Há a necessidade de preencher requisitos de desenvolvimento válido da relação processual, para que o processo possa funcionar como instrumento hábil ao julgamento de mérito da causa.

As condições da ação são os requisitos mínimos e essenciais para a existência do processo.

José Frederico Marques (2000, p. 20) assevera que “O direito de agir, embora autônomo e abstrato, está conexo, instrumentalmente, a uma pretensão, pelo que se liga a uma situação jurídica concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada. Por esse motivo, o *jus actionis* se subordina a condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada. Chamam-se condições da ação os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa”.

São condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte e o interesse processual, nos termos do que dispõe o inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil.

Os pressupostos processuais servem para garantir a validade da relação processual, mas não bastam para que se alcance a decisão de mérito. Necessária se faz a observância das condições da ação, pois a ausência de qualquer uma delas acarreta a chamada “carência de ação”. A constatação da presença de todas elas deve ser observada preliminarmente pelo juiz.

Conforme dispõe o inciso VI, do art. 267 do Código de Processo Civil, “extingue-se o processo, sem resolução de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse

processual”.

Na verdade a carência de ação não tem relação com a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, nem com a inexistência dos pressupostos da constituição da relação processual.

Os pressupostos processuais e as condições da ação são questões prejudiciais e não se confundem com o mérito. A consequência lógica da ausência dos pressupostos processuais é o impedimento de instauração da relação processual ou a nulidade do processo e da ausência de uma das condições da ação é a carência da ação. Já da ausência de direito material decorre o julgamento de improcedência do pedido.

Serão tratadas de forma mais aprofundada as condições da ação, e de acordo com o que o tema do presente trabalho propõe, sua relação com a representação adequada nas ações coletivas.

São três as condições da ação no direito processual civil brasileiro: a) legitimidade; b) interesse de agir; e c) possibilidade jurídica do pedido. Contudo, no presente trabalho serão tratadas apenas as duas primeiras condições da ação citadas, excluindo-se a possibilidade jurídica do pedido, que foi perdendo sua importância também devido à dificuldade de sua conceituação.

Ademais, nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil, “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. O próprio texto do art. 3º do Código de Processo Civil exclui a possibilidade jurídica do pedido, não a elencando como uma das condições da ação.

Vicente Greco Filho (2003, p. 86/87) menciona que o próprio Tullio Liebman não elencou a possibilidade jurídica do pedido na última edição de sua obra *Manuale di diritto processuale civile*, e essa condição da ação pode ser entendida ou interpretada como um aspecto do interesse de agir. O autor assevera que:

“(…) Com efeito, se a lei condiciona a atividade jurisdicional a certa

exigência prévia, está, também, declarando que o interesse processual somente será adequado se o autor cumprir tais encargos. Aliás, Liebamn, na última edição do *Manuale di diritto processuale civile*, não mais enumera a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ampliando, pois, o conceito de interesse processual, especialmente na forma de interesse adequação, consideradas como falta de interesse aquelas hipóteses em que a outra parte da doutrina classifica como falta de possibilidade jurídica do pedido”.

A possibilidade jurídica do pedido poderia ser considerada como sendo a aptidão, pelo menos em tese, do pedido a ser acolhido. Consistiria na impossibilidade de se formular pretensões contrárias à lei, à moral e aos bons costumes. A crítica que se faz a esta condição se dá em virtude de ser praticamente impossível separá-la do pedido do próprio mérito da causa.

“A possibilidade jurídica do pedido, para muitos, não constitui uma condição autônoma da ação. Liebman, que sustentava inicialmente a existência de três condições, e cuja teoria foi acolhida pelo CPC, modificou mais tarde sua opinião e passou a sustentar que elas são apenas duas: a legitimidade e o interesse. Para ele, a possibilidade jurídica esta absorvida pelo interesse de agir, porque não se pode considerar titular de interesse aquele que formula pretensão vedada pelo ordenamento. A nossa legislação, porém, não deixa dúvida: a possibilidade jurídica do pedido é uma terceira condição da ação”. (GONÇALVES, 2011, p.102).

Essa discussão repercute no próprio Código de Processo Civil que no artigo 3º traz apenas duas condições, legitimidade e interesse. E depois, no artigo 267, VI, apresenta a terceira condição, que é justamente a possibilidade jurídica do pedido.

A possibilidade jurídica do pedido não será versada no presente estudo como uma das condições da ação porque se relaciona com o próprio mérito da ação, na medida em que o que se considerava, outrora, como juridicamente impossível é, na verdade, a ausência do direito da parte àquela pretensão.

3.1. Legitimidade

A primeira condição da ação que se apresenta é a legitimidade *ad causam*, que é a aptidão atribuída a um sujeito para conduzir de forma válida o processo, em qualquer um de seus polos em que discuta determinada relação jurídica.

Para verificar a legitimidade das partes é preciso, antes, verificar a relação jurídica discutida. De acordo com a doutrina de Buzaid a legitimidade *ad causam* é a pertinência subjetiva da ação. O professor Fredie Didier Junior ensina que:

“A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade *ad causam* ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor e réu) coincidente com a situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso”. (2009, p.186).

A legitimidade (*legitimatío ad causam*) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. As partes (autor e réu) devem ser legítimas para que seja proferida sentença de mérito.

Têm legitimidade para agir os titulares dos interesses em conflito, sendo o legitimado ativo o titular do direito afirmado e pleiteado em Juízo (autor) e o passivo aquele que resiste à pretensão do legitimado ativo (réu).

A princípio só pode ser parte no processo aquele que detém a titularidade do direito material, conforme disciplinado no art. 6º do Código de Processo Civil, que determina que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. É a chamada legitimação ordinária.

A regra geral do processo civil é a legitimação ordinária, ou seja, tem legitimidade para propor uma ação judicial aquele que se afirma titular de um direito, conforme disposto no mencionado art. 6º do Código de Processo Civil.

Há casos, porém, em que se admite a legitimação extraordinária. A chamada legitimação extraordinária pode se dar tanto por representação como por substituição.

No primeiro caso, ou seja, de representação, o representante pleiteia ou defende (conforme seja autor ou réu), em nome alheio direito também alheio. O poder para ser representante é dado pela lei ou pelo próprio representado. Como exemplo de poder conferido pela lei pode ser citado o art. 8º do Código de Processo Civil, que dispõe que “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”.

Já no caso em que se verifica a legitimação extraordinária por substituição processual, o substituto atua no processo em nome próprio para pleitear ou defender direito de outrem.

A legitimação pode ser simples ou concorrente, sendo que a primeira é aquela atribuída a apenas um sujeito e é a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro. A legitimação concorrente se verifica quando a lei atribui a mais de um sujeito a aptidão para conduzir o processo (co-legitimação).

A legitimação se divide também em ordinária e extraordinária. Na legitimação ordinária há coincidência entre o legitimado processual e o titular da relação jurídica discutida. É a defesa em juízo em nome próprio e pelos seus próprios interesses e constitui a regra no direito pátrio. Já na legitimação extraordinária não existe coincidência entre legitimado e o titular do direito material. Neste caso é a defesa em juízo em nome próprio, porém, sobre interesses de terceiro.

A legitimação extraordinária, mesmo não sendo a regra, demanda estudo mais cuidadoso em razão de diversas peculiaridades que a cercam. Em primeiro lugar é necessário fazer uma diferenciação de terminologia. Parte da doutrina costuma se referir à legitimação extraordinária como sinônimo de substituição processual. Porém, alguns autores fazem a distinção na medida em que substituição processual é a hipótese de o legitimado extraordinário estar sozinho em juízo na defesa de interesses de outrem. Aqui a substituição

processual é uma espécie de legitimação extraordinária. No caso de o legitimado extraordinário estar em litisconsórcio com o legitimado ordinário não se fala em substituição processual.

Cumpra, assim, distinguir substituição processual de representação processual. Na representação, o representante não figura como parte processual porque ele está no processo defendendo interesse alheio e em nome alheio, haja vista que o titular do direito material, em razão da lei, não está apto a conduzir o processo em nome próprio.

Conforme exposto, a legitimidade extraordinária caracteriza-se pela defesa, em nome próprio, de interesses alheios. Contudo pode ocorrer situação em que alguém esteja em juízo atuando em nome próprio para a defesa de interesse próprio e alheio. Note-se que este caso foge da classificação da legitimidade ordinária porque existe um direito material que comporta vários titulares.

Ainda no campo da legitimidade extraordinária há algumas características peculiares. O Código de Processo Civil estabelece que a legitimação extraordinária se verifica apenas em decorrência da lei. O legitimado extraordinário atua no processo como parte, possuindo todos os ônus e bônus que esta qualidade proporciona. Por exceção de que a coisa julgada não atinge a terceiros, em se tratando de um processo conduzido por um substituto processual, a coisa julgada irradiará seus efeitos igualmente ao substituído processual que é o titular do direito à relação jurídica, mas que não figurou no processo como parte. E a extinção do processo por ilegitimidade extraordinária será sem a resolução do mérito.

E os efeitos da decisão judicial proferida recairão somente sobre o verdadeiro titular do direito material e não do substituto.

Na opinião de Teori Zavascki (2009, p. 64) a legitimação nas ações coletivas é extraordinária por representação processual. O autor assevera que “considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos

(=sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública”.

Conforme ensina Thereza Alvim (1996, p. 117) nas ações coletivas a lide diz respeito à coletividade, que é titular dos direitos coletivos *lato sensu* versados em referidas ações. Os titulares desses direitos agem, porém, por meio dos legitimados elencados nos róis do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, os quais podem promover as demandas coletivas. Esses legitimados não são, entretanto, titulares da afirmação dos direitos levada à apreciação do Poder Judiciário.

Referida autora assevera que “(..) a coletividade é alcançada pela coisa julgada material e quem age, pela formal, pela razão de que quem atua não é o titular da lide decidida (que é da coletividade). Ainda, quem atua o faz em nome próprio, em defesa (sentido *lato*) de afirmação de direito da coletividade”. (ALVIM, 1996, p. 118)

E continua afirmando que “Esse raciocínio conduz à conclusão de que na ação civil pública, temos legitimação extraordinária das pessoas elencadas no art. 5º e não representação, porque agem em nome próprio”. (1996, P. 118)

Conforme ensinamento de Thereza Alvim, a representação e a legitimação extraordinária têm “pontos comuns” e “na prática se poderia entender que a ação civil pública seria proposta pelos legitimados extraordinários enumerados na lei”. (1996, p. 118)

Nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 333) “uma das questões mais complexas é a da legitimação para agir, em sede de direitos coletivos *lato sensu*. A doutrina tem feito um grande esforço de construção de um novo modelo de legitimação, distinto do do Código de Processo Civil, visivelmente inadequado para permitir o atendimento a todos esses novos movimentos vividos pelo direito”.

Concordando com o entendimento do ilustre professor Luiz Wambier,

a legitimação para as ações coletivas, seja para pleitear direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, “deve ser tratada como uma legitimação especial, com contornos próprios, derivados da circunstância de se destinar, num novo momento da história, à defesa apropriada que se deva dar ao rol dos direitos novos”. (2009, p. 337)

Em sua obra Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 290) cita o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier em “*Apontamentos sobre as ações coletivas*”, RePro, v. 75, p. 279), de que “o conceito clássico de legitimidade, que pressupunha haver uma coincidência entre a titularidade da relação jurídica de direito material posta sob a análise do Judiciário e a titularidade da relação jurídica de direito processual, ou seja, aquele que, no plano do direito material, tivesse contratado seria quem teria, agora, legitimidade para figurar num dos polos da relação jurídica de direito processual em que se discutisse a validade daquele mesmo contrato”.

E como já mencionado no presente trabalho, o modelo de legitimação do processo civil tradicional não pode ser utilizado no processo civil coletivo.

Assim, por estar-se tratando de direitos totalmente diversos dos direitos individuais, realmente se faz necessária a criação de uma nova espécie de legitimação, pelo que se concorda com o professor Luiz Rodrigues Wambier de que a legitimação para as ações coletivas deve ser caracterizada como legitimação autônoma (2006, p. 337).

Destarte, para desenvolver o tema específico das condições da ação coletiva, serão apenas dessas duas condições da ação e de sua possível relação com a representatividade adequada.

3.2. Interesse de agir

A segunda condição da ação que se apresenta é o interesse de agir, que é constituído pelo trinômio ‘necessidade – utilidade - adequação’. O interesse de agir não se confunde com o interesse substancial e surge da necessidade de se obter a tutela de determinado direito material por meio do processo judicial.

A necessidade se verifica pela imprescindibilidade de se buscar o Poder Judiciário para a tutela do direito violado, ou seja, deve ser necessária a busca do direito por meio de uma ação judicial. Utilidade é a relação de causalidade entre a ação e o proveito à parte autora. E por fim, deve ser adequado o meio pelo qual se postula o direito trazido a juízo, para que a lei produza o resultado útil pretendido.

Cumpre ressaltar, porém, que o juiz não deve se prender exclusivamente à escolha do procedimento feita pelo autor, mesmo porque, visualizando situação de procedimento inadequado, o magistrado poderá adaptar o caso ao procedimento adequado sem prejuízo algum.

Além da titularidade deve haver também a necessidade da instauração do processo para aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

Nos dizeres de Humberto Teodoro Júnior (2007, p. 67) “o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação”.

E ainda conforme ensinamento de José Frederico Marques (2000, p. 24) “O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. É preciso que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão, para que se verifique a existência do interesse de agir”.

3.3. A pertinência temática nas ações coletivas

A denominada pertinência temática pode ser considerada como a existência de nexos materiais entre os fins do legitimado e a tutela pretendida na ação coletiva, ou seja, como a ligação entre o objeto da ação e a finalidade institucional, que necessariamente deve estar presente nas ações coletivas.

A pertinência temática não se confunde com a representatividade adequada e tampouco pode ser considerada como um requisito desta se for considerado que a representação adequada é critério que pode e deve ser adotado somente no instituto das *class actions* do direito norte-americano.

Contudo, considerando que no presente estudo se pretende demonstrar que o critério da representação adequada é perfeitamente aplicável no direito processual coletivo brasileiro, ainda que seja imperiosa a criação de regras e a adoção de critérios que viabilizem sua verificação, como será visto mais adiante, a pertinência temática seria um dos requisitos essenciais para a constituição da própria legitimação e mesmo do interesse de agir.

O legislador brasileiro, quando elencou na lei aqueles que têm legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas, mencionou também um requisito para que alguns dos entes legitimados possam efetivamente propor esse tipo de ação, que é a chamada pertinência temática.

É por isso que o tema será abordado no mesmo capítulo que trata das condições da ação, justamente porque a pertinência temática pode ser vista como um fator de verificação da legitimidade e do interesse de agir, podendo-se, afirmar, portanto, que complementa as demais condições da ação quando se trata de ação coletiva.

O art. 5º da Lei nº. 7.347/1985 elenca em seus incisos quais são os legitimados à propositura de Ação Civil Pública: I) o Ministério Público; II) a Defensoria Pública; III) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV) autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; e V) as associações.

Conforme disposição do § 1º do referido artigo, o Ministério Público obrigatoriamente deve atuar como fiscal da lei.

Já o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que são legitimados para defender os direitos dos consumidores: I) o Ministério Público; II) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III) entidades e órgãos da Administração

Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código; e IV) as associações.

Nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos (2008, p. 13/14) “o art. 82 do CDC estabeleceu como condição para a legitimidade das entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, que estejam estes entes “destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código” (inciso III). E, para as associações, como visto linhas acima, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (inciso IV)”.

Conforme dispõem o inciso IV do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990) e o inciso V, alínea b, do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/1985), as associações devem, além de estar constituídas há pelo menos um ano, incluir, entre seus fins institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O preenchimento de tais requisitos resulta na existência da pertinência temática.

Alguns outros entes legitimados elencados nas leis supracitadas, porém, também devem preencher o requisito da pertinência temática, podendo ser aceitos como legitimados apenas se propuserem ações que condizem com seus respectivos objetos e finalidades.

O Município preenche tal requisito na medida em que busca a tutela, por meio de ação coletiva, dos interesses locais, o Estado dos interesses regionais e a União dos interesses nacionais. Os interesses não precisam necessariamente ser exclusivos dos municípios ou dos estados, uma vez que alguns fatos ocorridos em determinados locais são capazes de gerar repercussão em áreas mais abrangentes.

A Defensoria Pública, elencada no inciso II do art. 5º da Lei nº. 7.347/85, segundo informado no site da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, “atua em qualquer espécie de caso que seja de competência da Justiça Estadual, sempre na defesa de um cidadão ou de um grupo de cidadãos carentes”. Assim, somente haveria pertinência

temática, em tese, se todas as pessoas que integram o grupo cujos direitos são postulados por meio de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública forem de fato pessoas carentes. Caso contrário, não estará devidamente preenchido o requisito. Ocorre que somente é possível aferir se todos são necessitados quando se tratar de direitos coletivos ou individuais homogêneos, não podendo ocorrer o mesmo quando se tratar de direitos difusos, haja vista a indeterminabilidade dos sujeitos. A solução talvez seja a de ampliar a legitimidade.

Da mesma forma as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economista mista (art. 5º, IV, da Lei nº. 7.347/85), entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta (art. 82, III, da Lei nº. 8.078/90) somente poderão ajuizar ações para defesa de direitos coletivos que estiverem vinculados aos seus fins e objetos.

O juiz deve analisar, no caso concreto, se há essa pertinência temática entre o que está no estatuto de uma associação e o direito que ela pretende tutelar por meio de uma ação coletiva. Da mesma forma, poderá fazer uma averiguação quando se tratar de ações propostas por outros legitimados que não associações.

A análise deve ser minuciosa e feita com cautela, pois muitas vezes um conceito pode ser interpretado de forma mais ampla, como a proteção ao meio ambiente, por exemplo, que não necessariamente se limita à sua proteção contra a poluição do ar, da água etc. No acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa abaixo se transcreve⁵, foi constatada a existência de pertinência temática entre o fim institucional da entidade autora e os direitos que buscou tutelar por meio de ações civis públicas.

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. PRESERVAÇÃO ARQUITETÔNICA DO PARQUE LAGE (RJ). ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA CARACTERIZADA. CONCEITO LEGAL DE "MEIO AMBIENTE" QUE ABRANGE IDEIAS DE ESTÉTICA E

⁵ REsp 876931/RJ; Recurso Especial 2006/0115752-8; Relator (a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES; Órgão Julgador T2 – Segunda Turma; Data do Julgamento: 10/08/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 10/09/2010; RDTJRJ vol. 85 p. 102

PAISAGISMO (ARTS. 225, CAPUT, DA CR/88 E 3º, INC. III, ALÍNEAS "A" E "D" DA LEI N. 6.938/81).

Considerando que nos incisos que mencionam as associações como sendo legitimadas ao ajuizamento de ações coletivas são descritos especificamente alguns requisitos, tais como a constituição há um ano e a inclusão entre seus fins da proteção a direitos coletivos que podem ser pleiteados por meio de ações coletivas, esses entes legitimados merecerão especial atenção no presente trabalho.

Consoante disposto tanto no § 1º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor como no § 4.º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, o requisito da pré-constituição pode ser mitigado.

Destarte, obviamente o outro requisito, meramente formal, não pode ser o único objeto de avaliação pelo Juiz ou Tribunal, já que o simples fato de estar escrito no estatuto da associação, que é feito pelos próprios associados, não viabiliza a adequada representação dos direitos coletivos violados. O fato de constar no estatuto da associação que a mesma se destina à proteção de determinados direitos, por exemplo, dos consumidores, não garante que aquela associação tem condições de buscar a defesa de tais direitos em Juízo.

No âmbito processual as atitudes dos representantes daquela associação e a idoneidade da própria associação devem ser averiguadas. Substituindo a expressão da adequação, é cabível a palavra aptidão. O possível representante deve ser apto a fazê-lo e essa aptidão deve ser confirmada pelo juiz.

Consoante já exposto, o que se busca por meio do presente trabalho é demonstrar que a representatividade adequada se enquadra entre as condições da ação coletiva e não se resume à simples constatação da pertinência temática entre os fins de determinado ente legitimado e os interesses pleiteados em uma ação coletiva.

Pode-se afirmar que a pertinência temática está intimamente relacionada a um fator de verificação da legitimidade e mesmo ao próprio interesse de agir.

A própria lei elenca quais são os legitimados à propositura de ações coletivas, como já se disse anteriormente, a exemplo do que dispõem os artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a pertinência temática que necessariamente deve existir entre a associação autora de uma ação coletiva e o direito que por meio desta ação ela busca proteger, se relaciona, também com a própria legitimidade. O mesmo ocorre com o interesse de agir, já que uma associação que tem como finalidade a proteção do meio ambiente, por exemplo, não pode propor ação coletiva para tutelar direitos do consumidor.

Cumpra ressaltar que se está tratando mais especificamente da avaliação da pertinência temática das associações em virtude dos próprios dispositivos legais, o que não impede a verificação da existência de pertinência temática quando o autor da ação coletiva for diverso.

Conforme se verifica pela análise dos critérios estabelecidos para conferir legitimação às associações, a lei dá margem para a utilização do poder discricionário do juiz, na medida em que o mesmo pode mitigar o requisito da constituição há pelo menos um ano, desde que demonstrada a idoneidade da associação.

Pode-se afirmar, então, que da mesma forma, o juiz pode negar a legitimação se verificar que determinada associação não é idônea. Ou seja, o fato de estar constituída há um ano não garante a idoneidade de nenhuma associação, mas apenas minimiza a possibilidade de atuação de entidades criadas de forma oportunista e apenas para agir em seu próprio interesse.

A verificação da existência de pertinência temática, ou seja, de coincidência entre o direito objeto da demanda coletiva e o tema objeto da própria associação (ou de outro ente legitimado), se configura como sendo um complemento às duas condições da ação acima citadas, tanto da legitimidade, pois se inexistente a pertinência temática automaticamente aquela associação estará excluída dos róis de legitimados, como do interesse de agir, pois não se justifica a atuação de uma associação em ação promovida para tutela de direitos totalmente dissociados daquelas matérias que são inseridas em seus estatutos.

Embora não esteja escrito na lei que pode (ou deve) ser verificada a pertinência temática dos demais entes legitimados, como autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, entidades e órgãos da Administração Pública, tal verificação deve ser possível, sob pena de se permitir uma representação falha e inadequada.

4. OS SISTEMAS JURÍDICOS E A INFLUÊNCIA NOS DIREITOS COLETIVOS – DIFERENÇAS ENTRE AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Antes de tratar das diferenças relevantes existentes entre as ações coletivas no Brasil e nos Estados Unidos (chamadas *class actions*), é importante destacar a existência de diferenças nos próprios sistemas processuais civis de cada país.

O processo civil nos Estados Unidos possui técnicas para resolver conflitos com enfoque nos fatos, é um sistema flexível, as leis são escritas de forma ampla e permitem ao juiz exercer seu poder discricionário de forma bastante considerável. Os juízes norte-americanos, aliás, criam políticas de caráter substantivo por meio dos precedentes ditados nas sentenças.

Já no Brasil o processo civil possui regras mais rígidas e formalistas, e a existência de tantas leis escritas dificulta o exercício do poder discricionário dos magistrados, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, a ação do juiz é limitada pela própria lei. Nos países de *civil law* geralmente é a lei que dita os procedimentos a serem seguidos.

Concorda-se com o professor Michele Taruffo, da Universidade de Pavia, na Itália, que aduz que são diferentes os sistemas processuais de cada país, ainda que adotem o sistema da *common law* (como Estados Unidos e Inglaterra) ou da *civil law*.

No texto o ilustre professor menciona que “(...) diria que o *iceberg* do *civil law*, na realidade, não existe, e não creio que jamais tenha existido. Seja na história dos últimos dois séculos, seja no momento atual, revela-se impositivo reconhecer a presença de, no mínimo, três modelos fortemente diferenciados, cada um dos quais teve, por sua vez,

vários desmembramentos: o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo espanhol. Se, portanto, fala-se de um *iceberg* do *civil law*, realiza-se um nível de abstração excessivo, no qual se colhem poucos traços comuns de caráter muito geral – senão que genérico – mas se perdem de vista as características peculiares – que são as mais importantes – dos modelos singulares”. (TARUFFO, 2010, P. 168).

E complementa asseverando que duvida “que se possa falar de um *iceberg* do *common law*, sobretudo se olharmos a situação atual. Depois das *Rules of Civil Procedure* introduzidas na Inglaterra, em 1999, mas, sobretudo, depois das profundas reformas no ordenamento inglês efetuadas nestes últimos anos (...) a divisão entre o sistema inglês e o sistema estadunidense tornou-se profunda e radical”. (TARUFFO, 2010, p. 168/169)

Em que pese a existência de diferenças entre os sistemas processuais dos diversos países, tanto dos que adotam o sistema da *common law* como da *civil law*, o objetivo do presente trabalho não é fazer análises e comparações tão aprofundadas, mas somente trazer à tona algumas características peculiares de cada um dos sistemas naquilo em que se relacionam com as ações coletivas norte-americanas (*class actions*) e brasileiras.

As diferenças mais relevantes, por assim dizer, são justamente aquelas atinentes à estrutura do processo civil de cada país, e não das ações coletivas em si, já que em casos de lacunas na legislação que regulamenta esse tipo de ação, se aplicam as regras básicas do processo civil de cada país, sempre que não existam regras específicas.

Nos dizeres de Antonio Gidi em sua obra “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – Un modelo para países de derecho civil*”:

“*Aunque los resultados de la acción colectiva en los Estados Unidos y en Brasil son distintos, como se verá mas adelante, existen pocas diferencias sustanciales entre el derecho de la acción colectiva en Brasil y en Estados Unidos. Las distinciones más relevantes entre los procedimientos de las acciones colectivas de Brasil y de los Estados Unidos derivan de las diferencias que existen en la reglas de procedimiento individual y el*

derecho sustantivo que rigen el litígio civil en general, no en la acción colectiva en sí misma". (2004, p. 13/14)

Por fim, o mesmo autor afirma que a adoção da ação coletiva por outros países não significaria a adoção de todo o sistema norte-americano. Para ele "*el importar la acción colectiva no significa necesariamente importar el sistema estadounidense de litígio. El trasplante puede ser "quirúrgicamente controlado"*". (2004, p. 14)

E no presente trabalho, embora se pretenda demonstrar que assim como ocorre nos Estados Unidos, o juiz no Brasil também pode e deve averiguar se o representante do direito coletivo pleiteado em juízo é adequado, não se tenciona demonstrar que seria necessária uma transposição do instituto da *class action* americana para as ações coletivas brasileiras, de forma alguma, haja vista que o sistema brasileiro é bastante consistente e inclusive pode servir de modelo para outros países.

Como já mencionado, as ações coletivas norte-americanas tiveram origem no sistema inglês da *Equity* (Equidade), que surgiu por volta do século XII, ao passo que no Brasil o instituto é bem mais recente.

No Brasil, foi a partir da década de 70 que se desenvolveu a preocupação com questões ligadas aos interesses coletivos *lato sensu*, tais como o meio ambiente e os consumidores. Nesse período foi possível notar que o meio ambiente estava sendo cada vez mais agredido por agentes poluidores, e a economia sofria com a inflação.

Nos dizeres de Teori Zavascki (2009, p. 30) "foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da *civil law*, a "revolução", mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva".

A primeira lei brasileira que disciplinou a ação coletiva foi a Lei nº. 7.347/1985, chamada Lei da Ação Civil Pública, mas antes dela a Constituição Federal de 1934 disciplinou a Ação Popular e a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 disciplinou a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e inovou ao criar, também, o Mandado de Segurança coletivo.

Entre os anos de 1989 e 1990 foram criadas leis de proteção de direitos coletivos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990), cujas lacunas seriam preenchidas pela Lei da Ação Civil Pública em casos concretos levados a juízo.

Embora nos dizeres de Antonio Gidi seria como um código de processo coletivo (2004, p. 22/23), porque uma lei completa a outra, pede-se vênia para expressar a opinião de que seria, na verdade, um “microsistema” de processos coletivos essa interligação entre as várias leis que tratam do tema.

O legislador brasileiro buscou em ordenamento jurídico estrangeiro ação que visava garantir eficiência para produzir efeitos em relação a um número indeterminado de pessoas, desde que essas pessoas buscassem resguardar um mesmo direito coletivo (em sentido amplo). As chamadas *class actions* norte-americanas, que serão abordadas em momento oportuno, servem como modelo para diversos ordenamentos jurídicos, inclusive para o Brasil.

Importante considerar que a utilização da ação coletiva pode solucionar ou dirimir vários problemas enfrentados não somente no Brasil, como também em outros países, como a falta de informação da população sobre seus direitos e buscar a economia processual, pois além de permitir que o princípio da isonomia seja garantido, posto que, sendo intentada uma única ação para a solução de interesses de diversas pessoas, não haverá decisões divergentes e conflitantes – ou haverá em número reduzido, o que não ocorreria no caso de serem propostas tantas demandas quantas fosse o número de interessados.

Se por um lado a celeridade e a economia processual devem ser buscadas, posto que cada vez mais as Varas e Cartórios judiciais estão abarrotados de processos, e não há número suficiente de magistrados para julgar tais demandas em tempo

razoável, isso sem falar nos vários recursos que são submetidos às Instâncias Superiores até solução final do litígio, por outro também (e talvez, principalmente) deve haver mais preocupação com os próprios cidadãos, sujeitos de direito, que precisam ter resguardados e protegidos seus direitos fundamentais.

Embora não exista um sistema codificado de processo civil coletivo, tal como sucede no processo civil tradicional, no processo civil coletivo também se deve buscar atender os pressupostos de existência e validade dos processos, bem como as condições exigidas para propositura das ações.

Portanto, necessariamente deverão estar presentes as chamadas condições da ação, quais sejam, legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, conforme previsto no instituto processual civil tradicional.

Consoante será demonstrado no presente trabalho, nos Estados Unidos a legitimação para estar em juízo na defesa de interesses da classe ou categoria é outorgada a qualquer integrante da mesma, desde que titular de uma posição juridicamente idêntica à dos demais. Nas *class actions* do direito norte-americano, é *conditio sine qua non* que o representante da classe que propõe ação coletiva integre referida classe.

No Brasil há a necessidade de estarem presentes as chamadas condições da ação para que uma ação coletiva seja processada e julgada, podendo o juiz indeferir a petição inicial por entender, por exemplo, que o demandante não é parte legítima para propositura de uma ação, ou ainda, nos processos coletivos, que determinada associação não tem relação de pertinência temática com o objeto da demanda proposta. Nestes casos, o processo será julgado sem exame de mérito.

Há entendimentos no sentido de que não seria necessária a avaliação, pelo juiz, da adequada representação do grupo ou classe titular de um direito coletivo violado, uma vez que a coisa julgada é dada apenas para beneficiar os membros do grupo, e não prejudicar.

Contudo, a experiência nos Estados Unidos demonstra que é requisito extremamente relevante para que se assegure o devido processo legal (*due process of law*), assim entendido em sentido amplo, a adequada representação (*adequacy of representation*). Tratando-se da defesa de direito alheio, o efetivo acesso à justiça somente estará assegurado se a representação judicial for adequada.

Ainda será demonstrado que não se faz, por meio da elaboração da presente dissertação, qualquer crítica ao sistema codificado (romano-germânico, da *civil law*), mas tão somente se busca uma forma de garantir que a tutela aos direitos coletivos em sentido amplo seja a mais eficaz possível, seja pela inclusão da necessidade de constatação pelo juiz, ao menos *a priori*, da adequada representação, em norma que deverá constar de eventual Código de Processo Coletivo, seja pela permissão – e obrigação de tal verificação de ofício pelo magistrado.

Embora se considere que o legislador brasileiro tenha exercido previamente a atribuição da legitimação para o ajuizamento de ações coletivas, ao criar róis de legitimados, parece que ao mesmo tempo em que o Brasil possui um sistema codificado, e por isso, mais restrito, acaba por deixar em aberto questão tão importante como a análise da adequada representação.

Não se discorda totalmente da existência de róis de entidades que em tese seriam legitimadas a representar interesses de grupos de pessoas, mas se defende a ideia de que deve haver um novo controle quando da efetiva propositura da ação coletiva perante o Poder Judiciário para proteção de interesses e direitos cujos titulares geralmente não participam da demanda.

Além da regra geral com previsão de entes legitimados a defender os interesses coletivos, dever haver a garantia de que esses legitimados passem também pelo crivo do magistrado, a fim de se evitar o ajuizamento de tantas demandas fadadas ao insucesso, bem como que tantas pessoas tenham negados seus direitos porque os mesmos não foram adequadamente representados em juízo.

4.1. Algumas características das *class actions* norte-americanas

Já foi mencionado no presente trabalho que o primeiro a escrever sobre o tema das ações coletivas foi Joseph Story, que era juiz da Suprema Corte norte-americana, com base no caso *West v. Randall*, também já mencionado. (SILVA, 2006, p. 33)

Quando escreveu a segunda edição da obra *Commentaries on Equity Pleadings*, em 1839, Joseph Story tratou dos titulares dos direitos coletivos ausentes, defendendo que os mesmos não poderiam ter seus direitos atingidos pela decisão.

Em 1842, a Suprema Corte norte-americana editou, dentre um conjunto de regras, a *Equity Rule 48*, primeira norma escrita relativa às ações de classes, que pactuava com o entendimento de Joseph Story a respeito do não alcance dos efeitos da decisão proferida contra os membros ausentes, “representando, assim, a própria denegação do caráter coletivo do processo, tendo em vista que apenas os presentes estariam vinculados ao *decisum*, não significando, assim, mudança substancial em relação ao resultado obtido com institutos processuais tradicionais, como o litisconsórcio”. (MENDES: 2010, p. 62)

No entanto, em 1853, quando do julgamento do caso *Smith v. Swormstedt* a Suprema Corte norte-americana desconsiderou a restrição contida na *Rule 48*, decisão esta que “considerou adequada a representação em ambas as partes e se pronunciou *in dicta* pela vinculação dos ausentes”. (MENDES: 2010, p. 63)

Posteriormente à *Rule 48* foi editada a *Rule 38*, em 1912, a qual suprimiu a questão da não vinculação dos ausentes aos efeitos da decisão proferida antes contida na norma, mas não foi aplicada de forma uníssona.

Em 1938 foram criadas as *Federal Rules of Civil Procedure*, o primeiro Código de Processo Civil Federal dos Estados Unidos, que por meio da *Rule 23* passou a regulamentar as *class actions*, disciplinando três diferentes tipos de ações coletivas: as puras (*true*); as híbridas (*hybrid*) e as espúrias (*spurious*), cujas características não serão abordadas neste trabalho.

Um dos requisitos essenciais previstos na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* é que o pretense representante da classe seja adequado, sobretudo em virtude da necessidade de se garantir o devido processo legal (*due process of law*) aos membros ausentes, o que é indispensável para a vinculação dos mesmos ao resultado da ação.

Nos dizeres de Gidi (2007, p. 100) “A *adequacy of representation* é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo”.

Seria como afirmar que os membros do grupo, enquanto representados adequadamente, pudessem ser ouvidos pelo juiz da causa, o representante deve se manifestar no processo em nome do grupo e de acordo com seus interesses, e bem por isso, se o faz de forma adequada, é como se todos os membros do grupo pudessem se manifestar, ou seja, os titulares do direito coletivo são “ouvidos” por meio do representante adequado.

A adequação é, então, intrínseca à representação, sendo possível afirmar que se não há representação adequada, não existe representação. Já se constatada a presença de um representante adequado, até mesmo os membros ausentes são considerados partes no processo.

Nos Estados Unidos o juiz emite uma certificação quando, ao receber uma petição inicial de demanda coletiva, entende que aquela petição se traduz no real interesse de uma classe, categoria ou grupo de pessoas. É como se em um primeiro momento o magistrado entendesse que aquela ação possui os requisitos para ser regularmente processada.

Para se convencer o juiz analisa se a classe é constituída por um número elevado de pessoas e se é mais viável que aquele interesse coletivo seja postulado por meio de *class action*.

Ademais, o juiz norte-americano, utilizando seu poder discricionário, investiga se o *representative parties* representa adequadamente as partes ausentes no

processo.

E o preenchimento deste requisito – adequação – que é imprescindível nas ações de classes norte-americanas, tanto é importante para que os membros ausentes tenham seus interesses representados em juízo como para que sua esfera jurídica não seja atingida pela coisa julgada em caso de representação inadequada, ou melhor, de não representação.

Conforme dispõe a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, (Normas Federais de Processo Civil), a *class action* deve apresentar certos requisitos tanto para que seja admitida como para que seja possível seu prosseguimento, tais como os descritos abaixo.

a) Existência de classe (requisito implícito). O primeiro requisito constante da alínea ‘a’ é que haja uma classe identificável, que pode tanto integrar o polo ativo, quanto o polo passivo, que consiste em um grupo de pessoas ou categoria que não necessariamente estejam ligadas por circunstâncias jurídicas, impondo-se apenas que claramente entre elas haja um interesse comum, a permitir que determinados indivíduos possam ou não ser considerados membros, e aqueles que assim o forem, sobretudo os que não integraram o processo, possam ser comunicados da ação (*notice*), para o fim de assegurar-lhes a ampla defesa, requisito de validade da ação na medida em que a falta de clareza acerca de quem pertence à classe pode gerar problemas relativos à extensão dos efeitos da coisa julgada e do cumprimento da decisão.

b) A classe deve ser tão numerosa que a reunião de seus membros impossibilite a formação de um litisconsórcio [*Rule 23 (a) (1)*]. Essa regra determina de modo expreso que os membros sejam de tal sorte, numerosos, que se torne impraticável a reunião de todos, de modo que se inviabilize a formação de um litisconsórcio, bastando o ajuizamento da ação coletiva com a consequente certificação (reconhecimento da ação como sendo de classe) apta a estender os efeitos para todos que compõe o grupo, o que faz sentir a amplitude da legitimação e a possibilidade de se obter a postulação e direitos em prol da coletividade, a um custo o menor possível e a bem da economia processual e da segurança jurídica daí decorrentes.

Situação diversa, a permitir a reunião de diversas pessoas em outros processos, ensejaria a formação de litisconsórcios e excluiriam, por conseguinte a *class action*. Outros critérios, no entanto, podem orientar a admissão de uma ação coletiva que o numérico. Assim, a dispersão geográfica dos membros da classe, o custo-benefício envolvido na postulação do direito, a natureza e a complexidade da causa a depender da contratação de profissionais altamente especializados, fatores que devem, naturalmente, ser sopesados com o numérico.

c) Outro requisito é a coincidência entre questões de fato e de direito. Questões de fato ou de direito devem ser comuns aos membros da classe [*Rules 23 (a) (1) e 23 (b) (3)*]. Só será admitida a ação coletiva quando houver questões de fato ou de direito comuns aos membros da classe. É a chamada *commonality*. Também é requisito de admissibilidade, inserida nas regras em análise, que a reunião do grupo em torno da demanda coletiva revele que a defesa dos direitos nela pleiteados detenha superioridade à defesa de valores ou interesses individualmente considerados, o que, evidentemente, remeteria a postulação por meio de processos individuais.

d) Identidade ideológica da pretensão, que deve ser típica da classe [*Rule 23 (a) (3)*]. Essa condição é denominada *typicality* e impõe que as pretensões ou defesas deduzidas pelas partes representativas devem guardar pertinência temática ou ideológica com os interesses da classe.

Durante algum tempo houve grande discussão nos tribunais a respeito de se permitir ou não que as associações pudessem representar, como pessoas jurídicas, os interesses de seus membros, questão que foi dirimida à luz da aplicação da regra 23 (2), com redação determinada pela emenda de 2007 em concomitância com a Regra 17 (B) das *Federal Rules of Civil Procedure*, mormente pela interpretação que lhe foi dada pelo Conselho Consultivo para a emenda de 1966 (*Advisory Committee on 1966 Amendments to Rules*) que conferiu tratamento de entidades às associações, conferindo-lhes tal direito.

e) Representação adequada (*adequacy of representation*) [*Rule 23 (a) (4)*]. Esse último requisito revela em seu bojo a adequada proteção dos interesses da classe, condição *sine qua non* para a admissibilidade e manutenção da *class action*, que constitui

ponto fulcral do processo coletivo e cujo aferimento é feito pelo juiz que, diferentemente do sistema brasileiro, nas *class actions*, avalia com grande dose de discricionariedade, atento, a todo tempo, se os membros da classe estão sendo bem e fielmente representados.

A representação adequada equaciona-se com o *due process of law* (devido processo legal), nele encontrando o seu pilar de sustentação, uma vez que a defesa de interesses, realizada por outro titular, pressupõe leal patrocínio a refletir, com fidedignidade, os interesses de terceiros, já que estes se submeterão aos efeitos do julgamento proferido na causa, na qual foram dados poderes de representação a outro.

O juiz ao qual é submetida uma ação de classe nos Estados Unidos deve avaliar a existência de representação adequada com bastante vigor, até mesmo porque o ajuizamento da ação de classe prescinde de autorização dos representados.

Antonio Gidi ensina que (2007, p. 102) “Em um primeiro momento, ao certificar a ação coletiva, o juiz fará uma avaliação preliminar e prospectiva do requisito, verificando se o candidato a representante terá condições de atuar adequadamente em benefício do grupo. A ação somente será certificada como coletiva se o juiz considerar essa questão pela afirmativa”.

Além dessa primeira avaliação pelo magistrado, também deve haver um monitoramento durante o trâmite processual, já que a falta de representação pode ser declarada a qualquer tempo, ainda que após a prolação da sentença de mérito, devendo o juiz tomar o cuidado necessário para evitar prejuízos à parte contrária.

Embora tenha havido certa resistência, o fato é que a grande maioria dos juristas brasileiros acolheram as novas formas de melhorar o acesso à justiça.

5. A QUESTÃO DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

Consoante já exposto no presente texto, embora a ideia de ação coletiva que se tem atualmente tenha surgido a partir das *class actions* norte-americanas, esse tipo de ação teve origem na Inglaterra a partir do século XII.

Edward Carlyle Silva (2006, p. 33) aduz, contudo, que “Quando da origem medieval das ações voltadas para a defesa de interesses coletivos, não existia uma exigência formal acerca da representatividade daquelas pessoas que pleiteavam este interesse. A aceitabilidade da legitimação era automática, desde que o representante ou representantes, fosse(m) efetivamente daquela comunidade que se julgava de algum modo prejudicada”.

Importante notar que essa exigência se tratava de costume da época, não havia lei que a disciplinava, notadamente pelo fato de a Inglaterra ser um país anglo-saxão. A matéria passou a ser tratada melhor a partir do século XVII com a admissão do *Bill of Peace* pelos Tribunais de Equidade (*Courts of Chancery*) e adquiriu mais força no início do século XIX, nos Estados Unidos.

“No âmbito do Sistema da “*common law*”, ou Sistema do “*Stare Decisis*”, mesmo que durante muito tempo não existisse norma expressa sobre o assunto, a representatividade do(s) autor(es) sempre foi considerada como um pressuposto para a admissibilidade e o processamento de uma “*class action*”, e, conseqüentemente, para que a mesma pudesse produzir os efeitos que lhe são inerentes”. (SILVA, 2006, p. 34)

Ao contrário do que ocorre no Brasil, no sistema norte-americano os efeitos da coisa julgada são sempre *erga omnes* e a averiguação de que o representante é adequado evita que as partes ausentes sejam vinculadas a uma decisão sem que tenham tido a oportunidade de se defenderem. Isso porque, sendo certificada a existência de representação adequada, certamente serão considerados como sendo garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, e, conseqüentemente, os titulares do direito coletivo *lato sensu* lesado serão atingidos pela coisa julgada material.

Como já mencionado, o presente trabalho tem por objeto a demonstração de que a representação adequada deve ser vista como uma das condições da ação coletiva, na medida em que integra a legitimidade e se relaciona com o interesse de agir, sendo estas as duas condições da ação (no processo civil tradicional) importantes para o desenvolvimento deste tema e já abordadas neste estudo.

Há na legislação atual existe reserva apenas no tocante à legitimidade das associações para a tutela de direitos coletivos, que devem estar constituídas há pelo menos um ano e incluir entre seus fins institucionais a proteção a qualquer um dos direitos coletivos, e isso pode levar muitos ao entendimento de que para que um determinado ente seja legitimado à propositura e à condução de uma ação coletiva, basta que esteja incluído nos róis de legitimados.

O Anteprojeto que deu origem ao Projeto de Lei nº. 5.139/2009 previa a ampliação dos róis de legitimados para propor ações coletivas, incluindo dentre eles, inclusive, a pessoa física e o membro do grupo, desde que preenchessem o requisito da representatividade adequada, conforme também previsto no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Entretanto, o referido Projeto não disciplinou a representatividade adequada, ao contrário do que ocorreu no Código Modelo para Ibero-América, que no seu artigo 2º previu como sendo um dos requisitos da demanda coletiva “a adequada representatividade do legitimado” e dispendo, no parágrafo 3º do referido artigo, que “o juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento”.

O Projeto, embora tenha ampliado o rol de legitimados, seguindo o caminho traçado pelo art. 3º do Código Modelo para Ibero-América, não tratou expressamente da necessidade de observância da representatividade adequada, ao passo que seu tratamento garantiria mais eficácia na defesa dos direitos coletivos, cuja proteção deve ser atrelada a algo muito mais amplo do que a simples verificação de correlação entre objeto da demanda e objetivo do legitimado.

A representação adequada pode e deve ser utilizada no direito brasileiro, não sendo suficiente a verificação de que o representante (ou seja, o autor da ação), seja parte legítima conforme disposto nos róis de legitimados.

Ao contrário do que ocorre no processo civil tradicional, os entes legitimados elencados nos róis dos artigos 82 do Código de Defesa do Consumidor e 5º da Lei da Ação Civil Pública necessitam possuir apenas *legitimatio ad processum*, ao passo que a *legitimatio ad causam* pertenceria aos próprios titulares do direito coletivo lesado ou ameaçado.

Aqueles elencados nos róis dos artigos 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990) e 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7838/1985), exemplos de leis que tratam da tutela de direitos coletivos, em regra, têm legitimidade para a propositura de ações coletivas.

Não significa dizer, porém, que sejam representantes adequados dos titulares de referidos direitos, já que adequação possui conceito subjetivo, sendo difícil, senão impossível, portanto, definir o que seja o representante adequado.

Assim dispõem os referidos artigos:

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

I - o Ministério Público,

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

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

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

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

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

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

V - a associação que, concomitantemente:

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

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como já mencionado anteriormente, o tema da representatividade adequada nas ações coletivas é bastante importante porque além de garantir o acesso à justiça, o garante a várias pessoas através da propositura de uma só ação, minimizando o problema das inúmeras ações propostas perante o Poder Judiciário, o que, por sua vez, torna mais célere a tutela jurisdicional.

Deve-se levar em consideração, inclusive, o fato de que na maioria das vezes, o autor da ação não está entre os titulares do direito violado ou ameaçado, e sendo o autor um terceiro, deve representar de forma adequada os direitos daqueles representados.

Existem os róis de legitimados, a exemplo daqueles acima transcritos, e a própria lei descreve algumas condições essenciais à representação do grupo, como a constituição de associações há pelo menos um ano e a exigência de relação entre os fins institucionais descritos em seus estatutos e o direito que as mesmas buscam tutelar por meio de uma ação coletiva.

A simples inclusão de determinado ente nesses róis de legitimados, porém, não é o bastante para garantir que os titulares dos direitos coletivos lesados sejam devidamente defendidos, e que o autor da ação seja o adequado representante daqueles que são os verdadeiros titulares do direito. A nosso ver, tal como acontece nos Estados Unidos, o juiz deve ter o poder (ou o poder-dever) de averiguar se aquele que representa o grupo de pessoas que tiveram seus direitos violados o faz adequadamente, se é uma entidade representada por pessoas idôneas, apesar da norma escrita.

Obviamente que o critério da adequação é um bastante subjetivo, o que é adequado para uma pessoa pode não ser para outra, e essa diversidade de entendimentos pode ocorrer também na esfera do Poder Judiciário, já que um magistrado pode ter opinião diversa de outro sobre o que seja um representante adequado. Talvez o legislador não tenha mencionado nada a respeito da necessidade de averiguação, pelo juiz da causa, da representação adequada, justamente para evitar decisões divergentes por questões de interpretação.

A representação adequada deve estar entre as condições da ação coletiva, ao lado da legitimidade e do interesse de agir, que são condições da ação no direito processual civil tradicional, e da pertinência temática, que está descrita nos próprios artigos de lei que elencam os legitimados para a propositura de ações coletivas, mesmo que para isso seja necessária a criação de uma norma que direcione o entendimento dos magistrados.

A questão da representação adequada, embora intimamente relacionada com a legitimidade, deve ser analisada de forma distinta. No Brasil, como já ressaltado alhures, têm legitimidade aqueles entes relacionados na lei, mas além dessa condição, devem preencher o requisito da adequação, sendo idôneo e capaz de defender em juízo os interesses dos verdadeiros titulares do direito coletivo.

Não se pretende aqui discutir se seria importante ou não que esse possível representante tenha legitimidade para representar os direitos do grupo na relação de direito material, mas sim demonstrar que a partir do ajuizamento da ação coletiva suas atitudes e sua conduta devem ser fiscalizadas, a fim de se evitar prejuízos aos titulares do direito por causa daquele que não os representou de forma adequada quando buscou a tutela jurisdicional.

5.1. A representação adequada como uma das condições da ação coletiva

Existem ainda no Brasil posicionamentos no sentido de não haver controle judicial da representatividade adequada nas ações coletivas. Há entendimentos inclusive no sentido de afirmar que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante, a exemplo de Nelson Nery Junior e Arruda Alvim.

Conforme tal entendimento, seriam legítimos representantes aqueles entes relacionados nos artigos 82 do Código de Processo Civil e 5º da Lei da Ação Civil Pública, não havendo a necessidade de averiguação, em cada caso concreto e pelo magistrado, de que aquele ente efetivamente seja o representante adequado do direito coletivo de um grupo de pessoas que não participa da demanda.

Gidi (2007, p. 130) afirma, com base no que reza o artigo 103, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, que “Se a incompetência do representante – ou do seu advogado – limita-se à não-produção de material probatório suficiente, o problema é de menor gravidade, porque a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, se houver a apresentação de nova prova em ação subsequente. O problema começa a ficar mais delicado, porém, se a incompetência do representante repercute na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo. É possível repropor a mesma ação coletiva com base em nova prova, mas não com base em uma melhor argumentação ou fundamentação”.

O referido autor afirma ainda, que “O argumento mais comumente utilizado por aqueles que consideram que a adequação do representante não pode ser avaliada pelo juiz brasileiro é que a coisa julgada nas ações coletivas é dada apenas para beneficiar os membros do grupo e não para prejudicar. Acontece que esse argumento não é tecnicamente correto. A sentença de improcedência da ação coletiva, se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e impede a propositura da mesma ação coletiva. É verdade que os membros individuais do grupo não serão atingidos (em suas esferas individuais) pela coisa julgada em uma ação coletiva improcedente e estarão livres para propor ações individuais na proteção de seus direitos individuais (extensão *secundum eventum litis* e *in utilibus* da coisa julgada coletiva). Todavia, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta”. (GIDI, 2007, p. 130/131)

A averiguação pelo juiz, se o possível representante é adequado e está apto a promover a ação e atuar como representante durante todo o trâmite processual poderia, inclusive, evitar que aumente ainda mais o número de ações propostas perante o Poder Judiciário, já que se evitaria a propositura de um grande número de ações individuais, que atualmente podem ser propostas em caso de improcedência da demanda coletiva.

Embora o legislador brasileiro tenha determinado os entes legitimados à propositura de ações coletivas, não se pode afirmar categoricamente que a presunção da adequação dos mesmos seja irrefutável. O controle previamente feito pelo legislador quando elencou os legitimados não necessariamente dispensa o controle do juízo ao qual é submetida uma ação coletiva.

Não obstante exista expressa previsão legal para atuação do Ministério Público como *custos legis* nas ações coletivas, e ainda que referido órgão esteja em posição talvez mais vantajosa do que a do próprio magistrado para averiguar a atuação do autor da demanda coletiva, o mesmo não tem o poder de informar ao juiz da causa que determinado representante é inadequado, e sim de substituí-lo, assumindo a autoria do processo coletivo. Quem, no entanto, poderá substituir o Ministério Público caso este não represente adequadamente os verdadeiros titulares do direito em juízo? Em que pese a boa-fé e a competência que lhe são inerentes, isso pode ocorrer em um dado caso concreto. Parece bem mais simples permitir a atuação do referido órgão também para o fim de comunicar a inexistência de representação adequada.

A participação do Ministério Público como fiscal da lei também pode ser tido como um impedimento para a possibilidade de avaliação pelo juiz quanto à representação adequada. Como já mencionado, o Ministério Público certamente tem mais condições de investigar as atividades dos entes legitimados para saber se os mesmos realmente seriam aptos a representar adequadamente os interesses do grupo, ou seja, tanto no que concerne à pessoa jurídica legitimada como aos seus dirigentes, se são entidades e pessoas idôneas, suas relações e a ligação dos mesmos com a causa tutelada também em outros momentos. O juiz, porém, é imparcial.

Contudo, se o Ministério Público não pode denunciar por assim dizer, a inadequação de determinado legitimado, de nada adiantaria essa possibilidade de atuação investigativa. A única opção que lhe é dada é a de substituir aquele legitimado.

Ocorre, na prática, que mesmo algumas associações procuram o Ministério Público para que este ajuíze uma ação coletiva, quando talvez as próprias associações, na verdade, têm melhores condições de fazê-lo. Ademais, pode ser que nem

sempre o Ministério Público esteja preparado para assumir uma demanda substituindo o legitimado em determinado momento do processo.

Deveria haver uma regra que permitisse e possibilitasse, por meio da adoção de critérios, conforme será mencionado mais adiante, ao juiz, o controle da representação adequada e ainda, a atuação do Ministério Público no sentido de poder demonstrar ao juiz que se há ou não adequação da representação.

O juiz exerce papel de fundamentação importância nas ações de classes norte-americanas, pois necessariamente deve verificar além das condições de admissibilidade da demanda, também a representação adequada.

A professora Ada Pellegrini Grinover⁶ assevera que “O Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação, porquanto no art. 53 atribuiu a *legitimatío ad causam* ao Ministério Público, a qualquer interessado e às associações civis que pudessem demonstrar a possibilidade de uma defesa adequada”.

Contudo, como anotado pela ilustre autora do texto mencionado, a legislação brasileira nem admite que o indivíduo seja autor de uma ação coletiva, nem prevê a exigência da verificação da representação adequada.

No Brasil a legitimação é conferida pela Lei, o próprio legislador definiu quais são os legitimados à propositura de ações coletivas. A legitimação no direito coletivo brasileiro é *ope legis*, ou seja, por força da lei.

Embora não exista menção expressa quanto à possibilidade de averiguação pelo juiz da causa, da adequação da representação, essa averiguação não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁶ No texto “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada” (nota de rodapé: Relatório preparado para o Congresso de Roma (maio de 2002), organizado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e pelo “*Centro di Studi Giuridici Latinoamericano dell’Università Tor Vergata*” de Roma, sobre o tema “*Azioni popolari e azioni per la tutela di interessi collettivi*” - 2002, p. 3).

A professora Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 6) menciona que “o ordenamento jurídico brasileiro não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da “representatividade adequada” (Estados Unidos da América, Código Modelo para Ibero-América, Uruguai e Argentina) pode ser tranqüilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva. Aliás, não é irrelevante lembrar que os princípios gerais do direito configuram fonte de direito, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, sendo que a *defining function* do juiz nos processos coletivos é uma de suas principais características”.

Ademais, como é sabido, há possibilidade de mitigação do requisito estabelecido pela legislação de constituição das associações há pelo menos um ano, conforme a relevância dos interesses que as mesmas buscam tutelar por meio de ações coletivas. Em contrapartida, já que esse requisito imposto pela lei pode ser atenuado pelo juiz, com mais razão se pode afirmar que o juiz estará fazendo uma análise da própria legitimação (e, por que não, da representação adequada). Ou seja, se por um lado o magistrado suprime a exigência legal, por outro ele analisa se aquele ente tem condições de representar adequadamente o interesse que é relevante o bastante para permitir a mitigação da referida exigência.

Não são somente os autores brasileiros que apontam a questão da falta de averiguação da representação adequada pelos magistrados, mas também estudiosos de outros países da *civil law*.

O autor italiano Vincenzo Vigoritti, citado por Teori Albino Zavascki, (2009, p. 26) menciona que as *class actions*, nos Estados Unidos são geralmente atribuídas a “*organi giudiziari di livello, dove operano giuristi di provata esperienza, francamente non equiparabili ai nostri magistrati di primo grado*”.

Referidos magistrados são, na opinião do autor italiano, dotados de, “*straordinari potere di controllo e di gestione della controversia*” e cada um desses magistrados “1) *verifica la legittimazione di chi si propone come rappresentante della classe, nominando lui stesso il c.d. lead plaintiff nel caso de pluralità di attori; 2) sceglie il lead counsel, quando vi siano più difensori della stessa class; 3) controlla le capacità tecniche e*

finanziarie dei difensori; 4) ‘certifica’ che l’azione è una class action, e che come tale può essere gestita; 5) dispone sulle modalità di notifica dell’atto introduttivo e degli atti dispositivi come rinunce all’azione e proposte transattive ai membri assenti della classe; 6) permette agli assenti di intervenire in giudizio; 7) può dividere la class in più sottoclassi in considerazione dell’interesse dedotto; 8) può circoscrivere le domande per le quali la decisione è destinata ad essere vincolante anche per i membri della class rimasti estranei al processo; 9) valuta l’adeguatezza delle proposte di transazione in discussione fra le parti, che devono essere da lui preventivamente approvate; 10) verifica e liquida le somme dovute agli avvocati”.⁷

Assim, a possibilidade de averiguação pelos magistrados dos países da *civil law*, e não somente do Brasil, está bem distante do controle da representação adequada feito nos Estados Unidos. E os estudiosos de vários países, a exemplo da Itália, buscam demonstrar que é possível adotar ao menos parcialmente o procedimento adotado pelos Estados Unidos, conforme as peculiaridades de cada sistema processual, pois como já foi mencionado anteriormente, os sistemas processuais de todos os países que adotam o sistema da *civil law* ou da *common law* não são idênticos.

Compartilha-se da opinião de que o fato de não estar expressamente prevista a possibilidade de o juiz brasileiro investigar a adequação do representante do direito coletivo levado à apreciação do Poder Judiciário, não é razão suficiente para impedi-la.

Além do poder, o juiz tem o dever de dizer se aquele representante de um grupo de pessoas tem condições de representar adequadamente seus direitos em juízo.

Ainda conforme a posição adotada por Gidi, “Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado” (2007, p. 134).

⁷ Trecho do texto “Davvero impossibile la class action in Italia?” reproduzido por Teori Zavaski (2009, p. 26/27)

Em nota explicativa o referido autor aduz que “Não se trata aqui de “sucessão processual” no sentido tradicional, uma vez que esta é proibida no ordenamento brasileiro na ausência de expressa previsão legal. Esse é mais um exemplo em que as categorias tradicionais do processo não se aplicam ao direito processual coletivo. De acordo como o art. 5º, § 3º, da LACP, qualquer legitimado pode assumir o processo se o autor original desistir ou abandonar a ação coletiva. Por analogia, aplica-se esse dispositivo nos casos em que o juiz considere o autor da ação coletiva um representante inadequado dos interesses do grupo”. (GIDI, 2007, p. 134).

Se o citado § 3º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública dispõe que “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”, com mais razão poderia haver a substituição do autor da ação por outro legitimado em caso de se constatar que aquele não representa adequadamente os verdadeiros titulares do direito coletivo ameaçado ou lesado, ademais porque, como já ressaltado neste trabalho, não se trata de representação inadequada, e sim de não representação, já que a adequação seria condição intrínseca à representação.

Nenhuma lei infraconstitucional disciplina a possibilidade de o juiz averiguar a adequação da representação, mas a própria Constituição Federal, que se sobrepõe às normas de direito processual, garante o direito ao devido processo legal, e está bem acima de qualquer legislação que discipline as ações coletivas.

Ainda que se admita que o controle pelos magistrados brasileiros não precise ser tão rigoroso como o é nos Estados Unidos, já que a própria lei determina quem são os sujeitos legitimados a representar os interesses coletivos em juízo, ele deve ocorrer sim, em cada caso concreto. Não pode ser afastada a possibilidade e a obrigatoriedade de o juiz averiguar se aquele que se apresenta como portador dos direitos coletivos é adequado para fazê-lo.

Importante notar que nos Estados Unidos, sendo proferida sentença em ação de classes, a mesma faz coisa julgada e vincula todos os membros da classe, mas desde que seja reconhecida a representatividade adequada.

5.2. A possibilidade de verificação da representação adequada pelo juiz brasileiro e a necessidade de criação de critérios de aferição

Como já ressaltado no presente trabalho, entende-se que é perfeitamente possível que o magistrado averigue se o legitimado para a propositura de uma ação coletiva é efetivamente um representante adequado, não obstante inexistir previsão legal para tanto.

No direito brasileiro os legitimados são elencados nos róis dos artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor, e muito embora o Código Modelo para Ibero-América tenha previsto que deveria ser analisada a adequação da representação, ele não foi acolhido.

Pois bem, ainda assim, entende-se que além de ser possível, é também necessário que o magistrado avalie se o autor da ação coletiva, além de ser um legitimado – o que já é dito pela lei, pois a legitimação é *ope legis* – reúne condições de representar adequadamente os interesses do grupo que está representando.

O Código Modelo para Ibero-América atribuiu a legitimação para a propositura de ações coletivas, de forma concorrente, ao Ministério Público, a qualquer interessado e às instituições e associações de interesse social que, segundo a lei ou a juízo do tribunal, garantissem uma adequada defesa do interesse comprometido.

O indivíduo não é legitimado à propositura de ações coletivas no Brasil, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos da América, onde o representante do grupo deve integrar o grupo que representa.

Como já dito anteriormente o Brasil adota o sistema da *civil law* e é, portanto, codificado, sendo a conduta dos juízes pautada pelo que está escrito da lei.

Assim, seria necessária a adoção de alguns critérios que serviriam como pontos de referência para que os juízes brasileiros avaliem a efetiva existência de representação adequada dos legitimados que já estão descritos na lei.

Primeiramente podem ser citadas algumas causas que servem para impedir que um legitimado proponha ou conduza uma ação coletiva, tais como incompetência, falta de interesse real no litígio, existência de interesses conflitantes com os próprios interesses do grupo de lesados ou má-fé, de forma a conduzir o processo de forma inadequada ou perder uma causa propositadamente e mesmo agir em conluio com o réu.

A Professora Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 5) afirma que “problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma “representatividade” idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim, embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudo-defensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido”.

E continua afirmando que:

“Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a “representatividade” do legitimado se demonstrasse inadequada”.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), dispunha na Seção III sobre as “condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa”, elencando no art. 8º quais seriam os requisitos específicos da ação coletiva, conforme texto abaixo transcrito.

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva: São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;
II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

Não se pretende demonstrar que devem ser adotados justamente os critérios mencionados nas alíneas acima transcritas, mas o conteúdo das mesmas certamente poderá servir para nortear a criação de um rol de critérios de aferição da representatividade adequada quando da criação de um eventual Código de Processo Coletivo.

A capacidade e a credibilidade certamente são requisitos que devem ser avaliados pelo juiz, e a experiência e o histórico do legitimado na proteção dos interesses não apenas dos membros de determinado grupo, mas de interesses coletivos relacionados com aquele versado na ação proposta no caso concreto também devem ser considerados, assim como a conduta do pretense representante do grupo em outras ações coletivas, o que não deve ser posto como imprescindível, haja vista que é perfeitamente possível que um determinado legitimado esteja representando os interesses coletivos pela primeira vez, quando então os demais requisitos deverão ser analisados ainda com mais critério pelo juiz da causa.

Importante notar que a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda descrita na alínea ‘d’ nada mais é do que a própria pertinência temática, que não necessariamente deixará de existir e (e de fato não poderá deixar) de ser averiguada no caso concreto se houver de fato a criação de critérios de aferição da representatividade adequada.

O Projeto de Lei nº. 5.139/2009, que disciplinava a nova lei da ação

civil pública, por sua vez, previa em seu art. 3º do capítulo II os “princípios da tutela coletiva”, nos seguintes termos:

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

- I - amplo acesso à justiça e participação social;
- II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
- III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
- IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
- V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
- VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
- VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
- VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e
- IX - preferência da execução coletiva.

Por óbvio os princípios que regem o direito processual civil em geral e mais especificamente o processo civil coletivo devem ser considerados para a criação dos critérios para averiguação da representação adequada, ainda que não sejam elencados como princípios tal como ocorreu no Projeto de Lei nº. 5.139/2009.

Os princípios atualmente possuem um lugar de destaque, sendo o direito constitucional considerado como o centro da teoria geral do direito.

São vários os princípios da tutela jurisdicional coletiva, destacando-se dentre eles alguns daqueles elencados por Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr (2007) os princípios do acesso à justiça; da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela coletiva adequada; da participação; do contraditório; do ativismo judicial; e da economia processual, dentre outros.

O princípio do acesso à justiça se trata de verdadeira garantia constitucional com a qual a própria defesa dos direitos coletivos se liga intimamente, na

medida em que tal princípio “nasceu para garantir o acesso à justiça de situações que antes não encontravam guarida no Judiciário” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 110).

Mauro Cappelletti (1988) mencionou em sua obra as três “ondas” evolutivas do acesso à justiça, sendo a primeira onda a possibilidade de assistência judiciária aos pobres, já superada, pois atualmente pessoas carentes já têm muito mais possibilidades de ajuizar demandas; a segunda onda a representação dos direitos difusos, dado o aumento da importância dos direitos sociais; e a terceira onda o próprio acesso à justiça, que está intimamente ligada à utilização de meios alternativos de solução de conflitos. Resumindo o que seria o objeto da terceira onda, pode-se afirmar que seria a substituição da justiça contenciosa por uma baseada nos meios de conciliação.

Dentro do princípio do acesso à justiça se incluiu o princípio da máxima efetividade e da razoável duração do processo.

O princípio da universalidade da jurisdição tem por fundamento a possibilidade de ser atingido o maior número de pessoas e de situações possíveis, e seu objetivo somente pode ser atingido se observada a primazia do tratamento dos interesses coletivos.

No direito coletivo o princípio da participação seria a ampliação da participação judicial nos litígios que versam interesses coletivos.

Como já mencionado no presente trabalho, no direito norte-americano o controle da adequação da representação garante o cumprimento do princípio do contraditório, e, naturalmente do devido processo legal.

Nos dizeres de Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2007, p. 118) o princípio do ativismo judicial “entra em cena com uma maior participação do juiz nos processos coletivos – *judicial activism* –, resultante da presença de forte interesse público primário nessas causas, externando-se, entre outros, na presença da “*defining function*” do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*”.

Este princípio pode ser considerado como um viés do princípio

inquisitivo ou impulso oficial e sua aplicação não se confunde com a permissão para a instauração de processos de ofício pelo juiz.

Ainda deve ser destacado o princípio da economia processual já que, nos dizeres dos mencionados autores (DIDIER JR., ZANETI JR., 2007, p. 119) “o processo coletivo atinge a um só tempo os ideais de redução do custo econômico, em materiais e pessoas, bem como o de julgamentos uniformes para um grande número de situações conflituosas (concentrado), atendendo com mais facilidade os elevados propósitos determinados pelo princípio”.

Embora tenham sido descritos alguns dos vários princípios que norteiam o direito processual civil coletivo, não se pretende demonstrar que eles devem ser elencados em um eventual dispositivo legal que regulamente os critérios que devem ser adotados pelos magistrados brasileiros para a verificação da existência da representatividade adequada, mas certamente os critérios deverão se basear no conteúdo desses e talvez até de outros princípios.

De fato a adequação é uma questão subjetiva, e isso permite que diferentes juízes tenham opiniões distintas sobre o que seja adequação em casos concretos bastantes semelhantes. Daí a necessidade da criação de critérios que devem ser atendidos por todos, já que atualmente não existe qualquer parâmetro a ser seguido pelos magistrados, e, notadamente pelo fato de o Brasil ser um país de *civil law* é imprescindível a criação de uma regra que estabeleça alguns critérios de aferição do que seja representação adequada, para que se permita uma apreciação além do que atualmente já está escrito na lei, que é meramente a simples legitimação.

5.3. Considerações sobre a coisa julgada nas ações coletivas

A coisa julgada no Processo Civil torna imutáveis os efeitos da sentença (decisão) não passível de recursos. Os efeitos da decisão se projetam na vida das pessoas. A coisa julgada é instituto protegido pela Constituição Federal, prevista como um dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXVI, consagra o princípio constitucional da segurança jurídica e constitui cláusula pétrea.

A coisa julgada é considerada como sendo qualidade da sentença que torna imutáveis os efeitos da decisão que não mais se sujeita a recursos. A coisa julgada pode ser formal e material.

O art. 267, do Código de Processo Civil dispõe que:

“Art. 267. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Há coisa julgada formal quando a decisão proferida é irrecorrível, seja pelo decurso do prazo sem interposição de recursos ou pela inexistência de recursos contra tal decisão, o que faz com que a decisão proferida em determinado processo se torne imutável.

Já a coisa julgada material somente ocorre nas sentenças em que se julga o mérito, nas quais, em regra, há coisa julgada formal e material. O esgotamento dos recursos faz com que o comando resultante da sentença se torne imutável e essa imutabilidade dos efeitos da sentença, tanto incide no processo como impede que a mesma questão objeto da demanda seja decidida em qualquer outro processo, por outro Juízo ou Tribunal.

A coisa julgada tem a finalidade de pôr fim à demanda para a mesma não se protraia para sempre e para garantir a segurança jurídica, já que não poderá haver outra decisão, mesmo que proferida por outro juiz ou tribunal, a respeito da questão objeto da decisão transitada em julgado.

A regra geral do direito processual civil tradicional é que a coisa julgada somente atinge, seja para beneficiar ou prejudicar, aqueles que efetivamente participaram do processo, o que significa dizer que possui efeito *inter partes*.

Contudo, no que concerne ao processo coletivo, há algumas características peculiares, como ocorre com quase todos os institutos, haja vista a existência de particularidades dos direitos versados nas ações coletivas.

Nos dizeres de Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. “o regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado, sendo, na verdade, um dos aspectos que mais distinguem o processo coletivo do processo individual”. (2007, pg. 337).

A coisa julgada no processo civil individual produz efeitos *inter partes e pro et contra*, vinculando apenas os sujeitos que participam da lide tanto para beneficiar como para prejudicar, conforme o resultado da demanda.

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7347/1985) dispõe que:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

No presente trabalho não se tem o objetivo de discutir a questão atinente ao limite territorial da coisa julgada, tema este que, portanto, não será tratado.

Conforme ensinamento dos mencionados autores, Freddie Didier e Hermes Zaneti Jr., haveria dois pontos de resistência em relação à efetividade e à justiça nas ações coletivas, que seriam “o risco de interferência injusta nas garantias individuais do titular do direito subjetivo (...), submetendo o sujeito à imutabilidade de uma decisão da qual não participou” e “a exposição indefinida do réu ao judiciário (...) e a estabilidade jurídica para o Estado” (2007, P. 338).

No tocante ao que interessa ao tema ora proposto, tem-se que a sentença proferida em ação civil pública tem efeitos contra todos, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, quando então poderá ser proposta uma nova ação coletiva idêntica, desde que com a possibilidade de produção de novas provas, já que não se exige que a prova seja produzida antecipadamente, mas deve haver indícios de que é possível sua produção para que a nova ação seja admitida pelo Juízo.

O Código de Defesa do Consumidor disciplina a coisa julgada no artigo 103, seus incisos e parágrafos, adiante transcritos.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

A coisa julgada é tratada a partir de três diferentes aspectos, que são os “limites subjetivos” (quem se submete aos efeitos produzidos pela coisa julgada), os “limites objetivos” (o que se submete) e o “modo de produção” (como se opera a coisa julgada).

No tocante aos limites subjetivos, tem-se que a coisa julgada pode produzir efeitos somente contra quem faz parte da lide (*inter partes*); atingir a esfera de

pessoas que não sejam parte no processo (*ultra partes*); ou ainda, alcançar a todos indistintamente (*erga omnes*).

Quanto aos limites objetivos, cumpre esclarecer que somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica contida no dispositivo do *decisum*.

A coisa julgada pode ser produzida de três formas, quais sejam, a) *pro et contra* (independente do resultado do processo); b) *secundum eventum litis* (produz efeitos conforme o resultado da demanda) e c) *secundum eventum probationis* (a coisa julgada se forma nos limites da prova produzida).

O regime da coisa julgada *secundum eventum probationis* foi inserido no art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº. 4.717/1965) e no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/1985), mas não tratava dos direitos individuais em caso de improcedência da demanda coletiva, o que foi complementado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), nos parágrafos 1º a 3º do art. 103.

Conforme o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, qualquer legitimado, mesmo aquele que primeiro propôs demanda coletiva julgada improcedente por insuficiência de provas, pode propor nova ação, desde que com prova nova.

É o que estabelecem os incisos I e II do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre os efeitos da coisa julgada nas ações que versem direitos difusos e coletivos, respectivamente.

Como mencionado, se uma ação coletiva tratar de direitos difusos ou coletivos, os efeitos da coisa julgada serão *erga omnes* (para o primeiro caso) ou *ultra partes* (para o segundo), ou seja, serão produzidos tanto para beneficiar como para prejudicar, salvo se as provas produzidas nos autos não tiverem sido suficientes e essa insuficiência probatória tiver ocasionado o julgamento de improcedência da demanda.

Se o resultado de improcedência, porém, for devido a outro motivo, não poderá ser proposta nova ação coletiva idêntica, e os efeitos negativos da coisa julgada

alcançarão a todos indistintamente, limitando-se ao grupo ou classe no caso de direitos coletivos *stricto sensu*.

É a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, que no caso dos direitos difusos tem efeito *erga omnes* (contra todos) e dos direitos coletivos *ultra partes* (além das partes que participaram do processo), mas limitada ao grupo de pessoas titulares dos direitos pleiteados na ação, que são identificáveis.

Já no que concerne aos direitos individuais homogêneos, conforme disposto no artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada será *erga omnes* quando a sentença for de procedência do pedido. É a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, conforme o resultado da lide, e se forma *in utilibus*, apenas para beneficiar e não para prejudicar.

Fica ressalvada, porém, a possibilidade de os detentores dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos) e individuais homogêneos e ajuizarem ações individuais, nos termos do que dispõem os parágrafos 1º e 2º do mencionado artigo 103.

Ademais, como se sabe, os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos propriamente ditos, mas sim direitos individuais tutelados de forma coletiva em razão de sua origem comum e homogeneidade.

Como assevera Antonio Gidi (1995, p. 73/74) “o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera individual de terceiros prejudicados pela conduta considera ilícita na ação coletiva”.

A extensão subjetiva alcança as partes e seus sucessores, não podendo o juiz julgar uma ação individual extinta em trâmite sob o fundamento da coisa julgada se que aquele demandante não foi parte na ação coletiva. Aliás, para que seja contemplado pela sentença proferida na ação coletiva, o autor da ação individual deve pleitear a suspensão da mesma no prazo de trinta dias contado a partir da data da ciência da propositura de ação coletiva, nos termos do que dispõe o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

De qualquer modo, o fato de ter sido ajuizada uma ação coletiva trará repercussão no tocante a determinado assunto por meio dela discutido, e mesmo em caso de improcedência da mesma, ainda que seja possível o ajuizamento de quantas demandas individuais forem os sujeitos titulares dos direitos lesados, tais ações individuais sofrerão o impacto negativo do julgamento de improcedência da demanda coletiva.

Tanto o julgamento de procedência como de improcedência de uma ação coletiva implicam na formação do convencimento dos magistrados aos quais serão submetidas as ações individuais.

Desta forma, embora atualmente seja permitida a propositura de outras ações individuais em caso de julgamento de improcedência da ação coletiva proposta, conforme previsto no art. 103 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor, seria um contrassenso à tão buscada economia processual, já que, muito embora a questão tenha sido decidida (na ação coletiva) pode ser decidida novamente em relação a cada um dos titulares do direito coletivo lesado que se interessar em propor ação individual.

E o mesmo se diz em relação ao princípio da isonomia, já que, sendo propostas diversas ações sobre o mesmo assunto já discutido em uma ação coletiva, em que pese a influência que tais ações sofrerão em virtude do julgamento daquela demanda, poderá haver decisões divergentes sobre a mesma questão.

Assim, considerando que talvez haja a necessidade de se alterar os efeitos da coisa julgada nos processos coletivos, de forma que efetivamente os direitos individuais sejam protegidos e, da mesma forma, o demandado não corra o risco de figurar no polo passivo de ações coletivas ou individuais por tempo indeterminado, deverá ser obrigatória a verificação, pelo juiz, da existência de representação adequada, na medida em que tanto os sujeitos titulares dos direitos individuais tenham seus interesses perfeitamente defendidos como para a segurança do réu se a sentença de fato fizer coisa julgada contra todos.

CONCLUSÕES

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar a importância da averiguação, pelo juiz, da representação adequada do legitimado à propositura da ação coletiva, requisito esse que deve ser considerado como uma condição da ação coletiva, associada às condições da ação do processo civil tradicional, legitimidade e interesse, com as quais se liga diretamente.

Considerando que o tema se refere aos direitos coletivos *lato sensu*, foram trazidas algumas considerações a respeito de tais direitos e a evolução histórica da preocupação com a proteção dos mesmos.

Foram feitas algumas considerações a respeito do instituto norte-americano das *class actions* e sua importância para o tratamento das ações coletivas no Brasil, bem como a noção de que os magistrados norte-americanos têm e utilizam seu poder discricionário para averiguar e investigar se efetivamente os representantes das classes representam adequadamente os direitos dos verdadeiros titulares que não fazem parte da lide.

Foi abordada também a questão da possibilidade de atuação dos juízes brasileiros na busca pela verdadeira convicção de que o legitimado, além de estar incluído nos róis das leis que disciplinam as ações coletivas, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, representam adequadamente os direitos coletivos, para o fim de evitar prejuízos aos mesmos em razão de uma atuação ineficiente de seus representantes em Juízo.

O presente trabalho tratou das condições da ação, que são os requisitos mínimos e essenciais para se alcançar uma decisão de mérito, que no processo civil tradicional são a legitimidade de parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, esta última não discutida, pela sua relação com o próprio mérito da causa.

Embora existam as chamadas condições da ação previstas no Código de Processo Civil, as quais devem ser observadas pelo magistrado quando é proposta uma

ação que verse direitos coletivos, a verificação da representação adequada teria o condão de garantir que o proponente possui realmente condições de atuar na defesa de tais interesses.

Existe relação entre representação adequada, enquanto pressuposto da ação coletiva e a coisa julgada no direito brasileiro, já que os efeitos da sentença proferida alcançam além das partes que atuam na demanda coletiva.

A chamada pertinência temática, necessária à propositura de demandas coletivas não somente por associações, porque está expresso na lei, mas também por outros entes legitimados, que pode ser tida como um fator de verificação da legitimidade ou do interesse de agir, ou de ambas as condições da ação, haja vista que se liga intimamente com as mesmas, não deve deixar de estar entre os critérios de aferição da representação adequada.

No que concerne à atuação do juiz brasileiro no processo coletivo, o trabalho buscou argumentar sobre a possibilidade (e a necessidade) da utilização de seu poder discricionário quando for trazida à sua apreciação uma ação coletiva.

Tendo sido afirmada a possibilidade de mitigação de um dos requisitos da própria legitimidade, que é o caso da dispensa da pré-constituição há pelo menos um ano das associações, pelo juiz, desde que demonstrada de forma a convencer o juiz da idoneidade da mesma, tranquilamente se pode afirmar que o juiz está exercendo seu poder discricionário de averiguar a representação adequada.

Como não poderia deixar de ser, nesta dissertação foram trazidas algumas questões relativas às características das *class actions* norte-americanas, importante fonte de inspiração e estudo do instituto de direito coletivo para diversos países, inclusive para o Brasil.

Por fim, traçando algumas considerações sobre a coisa julgada, foi demonstrado que a verificação da representação adequada tem o condão de evitar prejuízos aos titulares dos direitos coletivos.

O requisito da representatividade adequada tem especial relevância no tocante à formação da coisa julgada, que é o que de fato atinge a vida das pessoas. Como já visto, há grandes diferenças nos regimes da coisa julgada nos sistemas brasileiro e norte-americano.

Haveria possibilidade, inclusive, de se alterar a extensão da coisa julgada no direito brasileiro, se fosse adotado o critério de verificação da representação adequada.

Nos Estados Unidos a representatividade adequada é averiguada pelo juiz no caso concreto e essa constatação é o que garante o devido processo legal e possibilita que os efeitos da coisa julgada alcancem a todos.

Já no Brasil, não há igualdade de aplicação dos efeitos da coisa julgada. Como visto, a coisa julgada atinge a todos em caso de procedência da demanda (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* conforme a demanda trate de direitos difusos ou coletivos) e (coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus* em casos de ações que versem direitos individuais homogêneos).

É ressalvada, porém, como se viu, a possibilidade de os titulares dos direitos ajuizarem ações individuais em caso de improcedência do pedido (com produção de provas suficientes, pois conforme mencionado neste estudo, se a ação coletiva for julgada improcedente por falta de provas poderá ser proposta nova ação coletiva por qualquer dos legitimados). Isso, além de obstar a tão buscada economia processual e a garantia do princípio da isonomia, deixa também de garantir a própria segurança jurídica (que é objetivo da coisa julgada) para aquele que figurou como réu na ação coletiva.

Seria, então, imprescindível e menos gravoso que fosse feita uma avaliação (tanto preliminar como durante todo o trâmite processual), pelo juiz da causa, da existência de efetiva representação adequada, do que permitir o que acontece atualmente, ou seja, que após o processamento e julgamento de uma demanda coletiva – que certamente terá um tempo de duração considerável – possam ser ajuizadas outras inúmeras ações individuais.

Pode-se afirmar que a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* se revela perfeitamente adequada ao direito coletivo brasileiro na medida em que o réu da ação teria mais condições de proteger seus direitos porque participa ativamente da demanda.

Por outro lado, a não aplicação da coisa julgada decorrente de sentença proferida em ação coletiva julgada improcedente contra todos tanto autoriza a propositura das inúmeras ações individuais como viabiliza o risco de serem proferidas outras inúmeras sentenças divergentes sobre um mesmo fato que já teria sido decidido em sede de ação coletiva. Além disso, permite que o réu permaneça figurando como demandado constantemente, pois a decisão acerca da questão discutida na ação coletiva não produzirá efeitos como deveria ocorrer, o que impacta na própria segurança jurídica.

Assim, a verificação (e constatação) de que de fato o representante é adequado (idôneo em todas as formas de atuação e detentor de condições para a defesa dos direitos coletivos violados) pode tornar a coisa julgada mais eficaz, permitindo-se, inclusive, sua aplicação *erga omnes*, desde que condicionada à adequada representação.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – Vol. 34).

ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A Ação para a Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos: a Class Action for Damages Brasileira*. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cassio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. In *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, nº. 82, abr./jun. 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 10ª ed, vol. I.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2008, vol. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, 11ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2009, vol. 1.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podvum, 2007, vol. 4.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009, vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, vol. II.

FERREIRA, Jussara Borges. *Metodologia da Pesquisa Científica: Resumo de Normas Técnicas de Acordo com a ABNT*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos – As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil – Un Modelo para Países de Derecho Civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. México.

_____. *Legitimación Para Demandar en las Acciones Colectivas*, in Gidi & Ferrer Eds., *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, 2003. México.

_____. *Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, in Gidi & Ferrer Eds., *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, 2003. México.

_____. *La Representación Adecuada en las Acciones Colectivas Brasileñas y el Avance del Código Modelo*, in Gidi & Ferrer Eds., *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, 2003. México.

GILARDI, Gianfranco. *Forum: Azioni Colletive*. In *Revista de Processo* nº. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2007.

GIUSANI, Andrea. *Situazioni Soggettive Superindividuali, Azioni Collettive e Class Actions: Contributo alla Teoria Generale*. In Revista de Processo n°. 174. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2009.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, 17ª ed., 1º vol.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas Ibero-Americanas: Novas Questões sobre a Legitimação e a Coisa Julgada*. In Revista Forense vol. 361, São Paulo, mai./jun. 2002.

_____. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas. 4ª ed.

LEFELD, Neide. *Metodologia e Conhecimento Científico*. Horizontes Virtuais. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil* (revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval). 1ª ed. atualizada. Campinas: Millennium. Vol. II.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Edward Carlyle. *A Representação Adequada nas Ações Coletivas*. Direito em Foco 1, n°. 2, Rio de Janeiro, jan. 2006.

TARUFFO, Michele. *Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade*. In Revista de Processo nº. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 1.

VIGORITI, Vincenzo. *L’Azione Risarcitoria di Classe: Sollecitazioni Europee, Resistence Italiane*. In Revista de Processo nº. 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos*. In Revista de Processo nº.163. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Sites consultados:

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2870>, acesso em 06.03.2012, 19:35hs.

www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf, acesso em 10.03.2012, 08.03.2012, 18:50hs.

<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/330-artigos-jun-2011/8239-pertinencia-tematica-nas-aco-es-coletivas>, acesso em 21.03.2012, 14:20hs.

<http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>, acesso em 21.03.2012, 17:00hs.