

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: PRESSUPOSTO PROCESSUAL ESPECÍFICO DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

Júlio Camargo de Azevedo

Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Franca/SP, advogado e membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado (NUPAD).

Resumo: Dentre as inúmeras discussões que permeiam o processo coletivo brasileiro, ostenta especial destaque a questão da representatividade adequada dos entes legitimados ao exercício das ações coletivas, sobretudo no que pertine a possibilidade de seu controle “*in concreto*” pelo magistrado à luz do sistema “*ope judicis*” estabelecido no direito estadunidense. Poucas são, porém, as investigações acerca da natureza jurídica deste específico instituto processual, as quais podem ser de grande valia para seu correto enquadramento perante o direito pátrio. Neste passo, o presente ensaio procura abordar sistematicamente este ponto inexplorado, à vista do microsistema de tutela coletiva brasileiro.

Abstract: Among the many discussions that encircle the brazilian collective procedure, can be especially highlighted the issue about the adequacy of representative parties, in sight of the judicial control established in north america’s law system. However, there are few investigations about the juridical nature of this procedural rule, which may be very useful to correctly place it towards the brazilian law. Therefore, the present paper seeks to systematically focus on this unexplored point, in sight of the brazilian microsystem of collective custody.

Palavras-chave: *representatividade adequada – pressuposto processual – ações coletivas*

Key-words: *adequacy of representation – procedure prerequisite – class actions*

Sumário: 1. Origem da representatividade adequada: instituto processual do direito norte-americano. 2. A representatividade adequada no direito brasileiro. 3. A representatividade adequada à luz de uma perspectiva constitucional. 4. Natureza jurídica da representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Origem da representatividade adequada: instituto processual do direito norte-americano

Como de sabença geral, a representatividade adequada corresponde a um instituto processual do sistema das “*class actions*” norte-americanas, em que o magistrado exerce um juízo concreto da representação que determinada pessoa ou ente exerce em função de um grupo ou classe de pessoas, controlando a adequação entre a representação que será exercida em juízo e os interesses do grupo lesado.

A respeito do controle da representatividade ianque, Ada Pellegrini Grinover assevera que “a criteriosa aferição da representatividade adequada é apta a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial”,¹ isto porque o resultado da atuação judicial será destinado a todos os representados, legítimos portadores dos direitos e interesses discutidos em juízo.

No direito estadunidense, a representatividade adequada consubstancia um pré-requisito ao exercício da “*class action*”, lastreando-se na Regra 23 da “*Federal Rules of Civil Procedure*”, a qual prevê em sua alínea “a”, quatro pressupostos vestibulares à admissão da ação coletiva,¹ e em sua alínea “b”, os demais requisitos para o fiel desenvolvimento da pretensão metaindividual.

Conforme bem sintetizam Silva, Duz e Filho:

As *class actions* têm cabimento, como se depreende no disposto no item [a] da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedures*, sempre que [i] a categoria for tão numerosa que a reunião dos interessados for praticamente impossível, se torne impraticável; [ii] houver questões de direito e de fato comuns ao grupo; [iii] os pedidos ou defesa dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e [iv] os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses de classe.¹

Por sua vez, a alínea “b” se subdivide em duas espécies de ações, uma de caráter obrigatório (“*mandatory*”) e outra de ordem facultativa (“*not mandatory*”),¹ consoante explica Pedro Lenza:

As regras previstas na alínea b (1) (A) (B) e b (2), descrevem as *class actions* obrigatórias, correspondentes às ações coletivas pátrias para a proteção de *bens e interesses difusos e coletivos*, enquanto que a regra b (3) equivale às ações coletivas para a proteção de *bens e interesses individuais homogêneos*, mas em sua espécie reparatória dos danos individualmente sofridos. Trata-se da

class action for damage not mandatory (correspondente à “ação de classe brasileira”), na medida em que se garante ao membro do grupo o poder de auto-exclusão, o *right to opt out*, regra esta trazida pela reforma de 1966.

[...] Assim, nas *class actions* previstas na alínea *b* (3), após notificados sobre a existência da aludida ação coletiva, os membros do grupo poderão, dentro do prazo fixado pelo Tribunal, requerer a sua exclusão da classe (*right to opt out*), com o objetivo de não se verem atingidos pelos efeitos da decisão a ser fixada pelo juiz, na medida em que a sentença favorável ou contrária, independentemente de seu resultado, será vinculante para todos os componentes do grupo que não exercerem o direito de auto-exclusão.¹

À vista dos ensinamentos expostos, conclui-se que as “*class actions*” do sistema norte-americano ostentam duas especificidades substanciais que as diferenciam das ações coletivas brasileiras: a) qualquer pessoa pode ajuizar uma “*class action*” no sistema ianque, desde que preenchidos os pré-requisitos de admissibilidade (“*Rule 23, a*”) e desenvolvimento (“*Rule 23, b*”) estabelecidos; b) não se admite a formação da coisa julgada “*secundum eventus litis*”, isto é, no modelo estadunidense a coisa julgada se forma para todos os membros do grupo (“*pro et contra*”), independentemente do resultado do julgamento sobre o objeto da demanda (procedência ou improcedência).

Como se verá a seguir, tal não foi o caminho adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. A representatividade adequada no direito brasileiro

Conforme se depreende do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o sistema brasileiro de processo coletivo optou pela adoção de um rol exclusivo de legitimados ativos ao exercício das ações coletivas, excluindo-se, “*de lege lata*”, a atuação do particular individual, exceto quando em ação popular voltada à defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa (Lei nº 4.717/65).¹

O texto legal é claro, portanto, ao elencar taxativamente duas espécies de legitimação coletiva: 1) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações);

2) legitimação de entes públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos da Administração Direta e Indireta etc.).

Quanto às associações, previu-se expressamente um controle judicial de representatividade aferido à evidência do preenchimento de dois pressupostos cumulativos: a) *pré-constituição há pelo menos um ano* (requisito este que pode ser desconsiderado pelo juiz ante o *manifesto interesse social* ou a *relevância do bem jurídico protegido* – artigo 5º, inciso V, alínea a e §4º, LACP; artigo 82, inciso IV e §1º, CDC);¹ b) *compatibilidade da finalidade institucional com a defesa judicial dos direitos objeto da ação civil pública* (artigo 5º, inciso V, alínea b, LACP).

A respeito deste último requisito, representado pelo vínculo de afinidade temática das associações e o objeto transindividual litigioso, tem-se adotado a nomenclatura de “*pertinência temática*”, a exemplo do que ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelos legitimados especiais (não universais) perante o Supremo Tribunal Federal.¹

Tal exegese leva a crer que o microsistema brasileiro adotou uma espécie de “*presunção de representatividade*” dos entes legitimados, em que a lei se encarrega de estabelecer os legítimos porta-vozes a fielmente representar os interesses das coletividades em juízo.

A grande discussão que se evidencia com a adoção desta “*presunção de representatividade*” oriunda da lei, é se ela seria de ordem *absoluta* – excluindo-se, por completo, a possibilidade do controle de adequação da representatividade “*in concreto*” pelo magistrado – ou de ordem *relativa* (“*juris tantum*”), em que o controle judicial seria admitido concorrentemente ao controle legal.

Deste embate, surgem duas correntes na doutrina nacional.

A primeira, defendida por Nelson e Rosa Nery,¹ Arruda Alvim,¹ Ricardo de Barros Leonel,¹ Pedro da Silva Dinamarco,¹ Gregório Assagra de Almeida¹, Sérgio Shimura,¹ Elton Venturi,¹ dentre outros notáveis juristas, afirma que o sistema adotado pela tutela coletiva brasileira permite, única e exclusivamente, o controle legal de representatividade, tratando-se, portanto, de uma *presunção de ordem absoluta* estabelecida pelo legislador.

Em breve síntese, eis os principais argumentos dos defensores da *presunção “ope legis”* de representatividade: a) a prévia identificação hipotética dos entes legitimados

impediria, em tese, o controle judicial; b) a regra já restaria excepcionada no caso das associações, não cabendo aos intérpretes-aplicadores estendê-la a outros legitimados (*interpretação restritiva do controle concreto*); c) as especificidades normativas do microssistema brasileiro – *onde a sentença coletiva jamais serviria a prejudicar os direitos individuais dos integrantes do grupo, somente beneficiá-los (art. 103, §§ 1º, 2º, 3º do CDC)* – implicaria na desnecessidade do controle casuístico; d) a inapropriada atuação do legitimado, que resultasse em uma sentença de improcedência por falta de provas, impediria a formação da coisa julgada material em desfavor da coletividade (adoção, *in casu*, da coisa julgada “*secundum eventum probationis*”); e) a intervenção obrigatória do Ministério Público enquanto “*custos legis*” supriria eventual deficiência apresentada pelos demais representantes processuais.

De outra banda, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe,¹ Antônio Gidi,¹ Pedro Lenza,¹ Humberto Theodoro Jr.,¹ Luis Manoel Gomes Jr.,¹ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes,¹ Rodolfo de Camargo Mancuso,¹ Hugo Nigro Mazzilli,¹ Cássio Scarpinella Bueno,¹ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,¹ além de outros processualistas de escol, preferem acatar a concorrência do sistema “*ope judicis*” de representatividade, reconhecendo como *relativa* a presunção positivada em nosso ordenamento jurídico.

Este último posicionamento – *do qual este autor compartilha e é entusiasta* – parece assentar-se majoritariamente em doutrina e jurisprudência contemporânea, mormente por estabelecer uma compreensão da representatividade dos entes legitimados à evidência dos princípios e regras contidos na Carta Constitucional de 1988, bem como de outros vetores específicos do microssistema de processo coletivo brasileiro.

3. A representatividade adequada à luz de uma perspectiva constitucional

Historicamente, verifica-se que as ações coletivas foram idealizadas à tutela de direitos disseminados pela coletividade, isto é, direitos indetermináveis e indivisíveis, os quais, por sua essência transindividual, representaram verdadeira barreira ao acesso à justiça, conforme preconizado por Cappelletti e Garth em meados da década de 70.¹

A molecularização dos conflitos nasce, portanto, contendo um viés eminentemente instrumental na promoção de um direito fundamental básico das coletividades: o *direito de ação*, ou mais modernamente, o *direito de acessar a justiça*.

Com a Constituição de 1988, a missão do processo coletivo – e, consequentemente, das ações coletivas – foi sensivelmente alargada em nossa sistemática jurídica, contribuindo não só a viabilizar o direito de *acesso à justiça*, como também diversos outros princípios e garantias fundamentais espalhados pela Carta Constitucional, tais como a *economia processual*, a *isonomia*, a *participação democrática*, o *devido processo legal*, a *duração razoável do processo*, a *segurança jurídica*, a *máxima efetividade*, balizas estas consideradas indispensáveis à consecução de um coerente e sadio Estado Democrático de Direito.

Extraí-se, deste giro axiológico, que toda interpretação atual acerca do processo coletivo e de seus institutos deve, precípua e obrigatoriamente, encontrar seu fundamento na Constituição da República, pois é ela quem institui os objetivos normativos básicos da tutela coletiva brasileira.

O afastamento dos vetores constitucionais viola não só a unidade do ordenamento jurídico como também a missão constitucional desenhada pela Lei Fundamental ao processo coletivo, tangenciando uma interpretação no mínimo *descontextualizada*, na feliz expressão de Elton Venturi.¹

Partindo desta premissa, Clarissa Diniz Guedes passa a sustentar não a *possibilidade* do controle judicial da representatividade, mas sim a sua ***necessidade***, haja vista a importância do instituto à luz da instrumentalidade processual-constitucional supra referida. Nas palavras da autora: “o controle da adequação da representatividade, antes de ser uma questão de simples legalidade (controle ope legis) é matéria de constitucionalidade (controle ope judicis)”.¹

Na verdade, a *necessidade* acima indicada decorre da própria essência das ações coletivas, onde os verdadeiros titulares dos direitos transindividuais não participam do processo judicial, ficando à mercê de uma representação supostamente “adequada” e exercida pelos legitimados ativos previstos em lei.

No ponto, preciso o brado de Antônio Gidi: “apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo”.¹

Ora, na linha do que perfilha Marcelo Cunha Holanda, “ser contra o controle judicial de representação adequada significa ser a favor da possibilidade de uma representação inadequada dos direitos do grupo em juízo”, fato que não se coaduna com os

fundamentos da tutela coletiva, sendo “injusto, incoerente e inaceitável frente à Lei Máxima do país”.¹

Nesse contexto, tendo em vista a importância das ações coletivas como instrumento de justiça constitucional, torna-se mais do que recomendável – leia-se, *necessário* – permitir o controle judicial da qualidade da representação exercida pelos entes legitimados, primando pela prestação de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada.

A exempli gratia, de nada adiantaria admitir uma ação coletiva interposta por uma associação em defesa dos interesses de uma coletividade consumidora, se ela não pudesse financeiramente produzir provas no processo, ou ainda, se não levasse em consideração os verdadeiros interesses do grupo que está a defender em juízo. Seria ilógico, antieconômico e contraproducente tal desiderato.

Neste particular, critérios como a competência, a honestidade, o histórico na proteção de interesses coletivos, a capacidade financeira, o grau de representatividade perante a classe defendida, dentre outros aspectos, devem ser levados em consideração pelo magistrado no momento da admissibilidade da peça vestibular, bem como ao longo de todo o processo coletivo, evitando incoerências e injustas violações aos direitos pertencentes às coletividades representadas.

Em relação aos argumentos contrários ao controle judicial citados anteriormente, cumpre tecer rápidas notas apenas acerca dos efeitos da coisa julgada em sede de ações coletivas, eis que as demais arguições pecam por absoluta insubsistência frente à ordem constitucional estabelecida pós-88, a qual desmistifica os dogmas positivistas cravados sob à égide da legalidade estrita, onde a mera indicação em lei dos legitimados ativos bastaria para a validade e eficácia da representação exercida em juízo.

Nessa linha, anota-se corriqueira a confusão criada pelos autores que advogam a tese da desnecessidade do controle judicial de representatividade face às regras do processo coletivo brasileiro, onde a *sentença coletiva jamais serviria a prejudicar os direitos individuais dos integrantes do grupo, somente beneficiá-los (coisa julgada “secundum eventum litis” e transporte “in utilibus”)*; ou ainda, que a *sentença de improcedência impediria a formação da coisa julgada material coletiva por falta de provas (coisa julgada “secundum eventum probationis”)*.

A respeito desse quadrante, reproduz-se a arguta observação timbrada por Antônio Gidi:

O argumento mais comumente utilizado por aqueles que consideram que a adequação da representatividade 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 na ação coletiva, se dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e não impede a propositura da mesma ação coletiva. É verdade que os membros individuais do grupo não serão atingidos pela coisa julgada dada em uma ação coletiva julgada improcedente e estarão livres para propor ações individuais, para a proteção de seus direitos individuais (extensão *secundum eventum litis* e *in utilibus* da coisa julgada). Todavia, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta.¹

Conforme se depreende das lições suso indicadas, a improcedência de uma ação coletiva poderia muito bem prejudicar os interesses do grupo representado, bastando para isso que se lastreasse em material probatório robusto, impedindo, assim, uma futura repropositura da demanda coletiva, cujos efeitos se propagariam “*prot et contra*”.¹

Ademais, verifica-se que “o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva”,¹ de maneira que o evento da lide estaria imbricado às pessoas atingidas pela coisa julgada, e não propriamente à sua formação.

Neste sentido, a sistemática adotada pela coisa julgada nas ações coletivas brasileiras além de não impedir o controle judicial da representatividade adequada denuncia sua ínsita necessidade, afinal, se os representantes escolhidos pelo legislador fossem de fato adequados, não haveria razão para a manutenção dos efeitos “*secundum eventum litis*”, “*in utilibus*” ou “*secundum eventum probationis*”.

Esta recente preocupação com o controle concreto da adequada representatividade que ilumina, inclusive, a jurisprudência pátria,¹ demonstra o “receio de vincular os membros do grupo em sentenças desfavoráveis”, bem como a “hesitação do legislador brasileiro com sua própria seleção de legitimados”.¹

4. Natureza jurídica da representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas brasileiras

A maioria dos autores, procurando vedar a cavidade deixada pela ausência de titularidade do direito material na legitimidade “*ad causam*” coletiva, opta por incluir a *representatividade adequada* como elemento da legitimidade processual, integrando-a a referida condição da ação.

Neste sentido, obtempera Pedro Lenza:

[...] resta a superação da dúvida que possa surgir em relação à condição legitimante no caso dos interesses que não comportem atribuição subjetiva em termos de exclusividade, como os metaindividuais. A melhor solução será aquela que reconheça a transferência da condição legitimante do parâmetro da titularidade do direito para o binômio relevância social do interesse/ adequação do representante.¹

Seguindo nessa mesma linha, afirmam Mirna Cianci e Rita Quartieri:

[...] situa-se, pois, o requisito da pertinência temática, e a doutrina, em geral, alia o tema às condições da ação, mais frequentemente na seara da legitimidade, na proporção que considera entre a atuação do legitimado e a sua titularidade sobre o objeto da demanda.
[...] Assim, sob qualquer enfoque que se empreste ao tema, a sua interpretação resulta em verificação que situa-se perfeitamente na seara das condições da ação [...]¹

Por fim, arremata Clarissa Diniz Guedes:

[...] é a representatividade elemento indissociável da legitimação no plano coletivo, por constituir requisito constitucional à propositura de ação civil pública, de tal modo que sua ausência acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta desta condição da ação. Trata-se de elemento ínsito à legitimidade coletiva, sem o qual não é possível aferi-la.¹

Concessa venia, discorda-se do referido posicionamento.

Isto porque se entende, na linha do que defende Hugo Nigro Mazzilli, que a representatividade adequada esboça um pressuposto processual específico da tutela coletiva e não uma condição da ação, conforme acima esposado.

A argumentação encontra supedâneo não só na clássica distinção entre condição da ação e pressuposto processual, como também nas especificidades normativas

que revestem a tutela coletiva brasileira, as quais impedem o tratamento da representatividade adequada como condicionante das ações coletivas.

Segundo Humberto Theodoro Jr., as condições da ação não se confundem com os pressupostos processuais:

Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. Já as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material.¹

Na linha das lições ofertadas pelo professor de Minas Gerais, extrai-se que os pressupostos processuais referem-se às exigências legais indispensáveis para que o processo se desenvolva regularmente. Possuem, destarte, estreita correlação com o direito adjetivo em si considerado, já que consubstanciam requisitos que viabilizam o seu prosseguimento sem “defeitos ou irregularidades capazes de comprometer a análise da pretensão à tutela jurisdicional do direito”.¹

Conforme se sabe, a teoria dos pressupostos processuais é creditada a Oskar von Bülow,¹ autor alemão que visualizou o processo enquanto *relação jurídica* estruturada a partir do *direito subjetivo* do autor.

Contudo, apresentam-se mais evoluídas as teorias situacionistas, trabalhadas por autores como Bonnetcase, Roubier, Goldschmidt e Fazzalari, que compreendem o direito processual em face de sua dinamicidade, estruturando-o a partir da posição de um sujeito em relação a um bem, a qual pode gerar ônus, expectativas ou possibilidades em face da norma jurídica abstratamente considerada.¹

Analisando a evolução do instituto processual em destaque, disserta Marinoni:

Como visto, a teoria de Bülow, ao sistematizar a relação jurídica processual, não escapou do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística.

[...] A teoria da relação jurídica processual encobre as intenções do Estado e ignora as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos. É por isso que um pressuposto processual, na dimensão de tal teoria, é neutro ou indiferente às partes e aos direitos fundamentais.

[...] A leitura dos chamados “pressupostos processuais” à luz dos interesses das partes, assim como de seus direitos fundamentais processuais e do dever estatal de prestação da adequada tutela jurisdicional, impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a ideia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito. A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os “pressupostos processuais” apenas como requisitos de um “processo justo” ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional.

À vista, portanto, de uma interpretação constitucional dos institutos processuais, os ditos “*pressupostos processuais*” outra coisa não representam senão elementos a serem levados em consideração pelo juiz ao longo de um processo, a fim de garantir uma efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Consubstanciam, outrossim, requisitos que devem ser observados pelo magistrado, quando se fizer necessário, no sentido de contribuir ao fiel desenvolvimento da ação e permitir com que o processo atinja o seu escopo magno, qual seja, servir de instrumento a uma tutela jurisdicional justa, adequada, célere e efetiva.

Nessa linha, a partir da Lei Fundamental de 1988, abandona-se a vetusta concepção de pressuposto processual enquanto requisito de *constituição* ou *validade* do processo (Bülow), para entendê-lo como elemento de *adequação* deste à formalidade necessária para a concessão da tutela jurisdicional. Esta é a interpretação que se deve atribuir aos pressupostos processuais à luz do processo civil constitucional.

De acordo com Marinoni:

Reafirme-se que os ditos pressupostos não são requisitos para a constituição do processo. O processo e a relação jurídica existem ainda que na ausência dos pressupostos processuais.

[...] Tais requisitos nem têm relação com a existência ou com a validade do processo, mas sim com a sua substância, ou melhor, com o mérito ou com o pedido de tutela jurisdicional do direito. Eles condicionam a concessão da tutela jurisdicional do direito; não o processo.¹

Tal concepção revela a maior capacidade de correção dos pressupostos processuais, inclusive, no curso do processo, a exemplo do que dispõe o artigo 284, “caput”, do CPC, em que o juiz verificando que a petição inicial encontra-se irregular ou

inapta (*pressuposto processual de validade*, segundo doutrina clássica), “determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”, sob pena de indeferimento da peça vestibular.

Do exposto, constata-se uma diferença fundamental entre os pressupostos processuais e as condições da ação (interesse processual e legitimidade¹): ao contrário daqueles, as condicionantes não admitem correção de fundo, isso porque se apresentam umbilicalmente imbricadas à relação jurídica de direito material estabelecida na lide.

Logo, ou o sujeito ativo é legitimado e possui interesse processual ou não o é, casos em que não há espaço para correções ou aditamentos, devendo o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito.¹

Percebe-se que a distinção é singela, mas importante, à medida que, ilustrativamente, ao juiz é franqueada a desconsideração do pressuposto processual de pré-constituição das associações para o ajuizamento de ação civil pública, desde que presente o *manifesto interesse social* ou a *relevância do bem jurídico a ser protegido* (artigo 5º, inciso V, alínea a e §4º, LACP). Todavia, é-lhe vedado admitir um não legitimado em juízo (como, por exemplo, o ajuizamento de uma ação civil pública por um cidadão em defesa do meio ambiente), já que impossível a criação de nova hipótese de legitimação em descompasso à situação jurídica regulada pela norma.

Forçoso concluir, portanto, que a representatividade adequada dos entes legitimados, aferida via controle “*ope judicis*”,¹ consubstancia hipótese de pressuposto processual específico e não condição da ação coletiva, já que o sujeito processual pode ser legitimado coletivo (a exemplo do que ocorre com as associações) sem preencher o pressuposto processual da representatividade adequada, e nem por isso deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito.

Este também é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, para quem:

Os requisitos de representatividade adequada e pertinência temática são pressupostos processuais, não condições da ação (estas são a legitimidade de partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica). Uma associação civil pode estar constituída há menos de um ano e ter interesse processual (o juiz pode dispensar o pressuposto processual da pré-constituição, mas não pode dispensar uma condição da ação), ou, ao contrário, pode ter finalidade institucional para defender o meio ambiente e pode estar constituída há vários anos, mas, em concreto, não ter interesse processual.¹

Tal posicionamento se demonstra alinhado não só às regras presentes no microssistema de processo coletivo, como também aos princípios que estruturam este sistema, já que na tutela coletiva, vige o *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo* (ou da *primazia do conhecimento do mérito*), o qual, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., possui duas funções diante do processo coletivo:

A primeira função procura assegurar que questões meramente formais não embacem a finalidade do processo, permitindo ao órgão jurisdicional que seja mais flexível em relação ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade processual [...]

Outra disposição referente a esse princípio pode ser encontrada na previsão da coisa julgada *secundum eventum probationis*, seguindo a premissa da legislação de que não haverá coisa julgada, poderá ser reproposta a demanda, quando o julgamento for de improcedência por insuficiência de provas (art. 103, incisos e parágrafos do CDC; art. 16 da LACP; art. 18 da LAP). O que o legislador quis foi garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse de mérito, não uma mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento (art. 333 do CPC).¹

Gregório Assagra de Almeida concorda neste ponto, concluindo que: “o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social”.¹

Como se não bastasse, enxergar a representatividade adequada enquanto pressuposto processual da tutela coletiva atende ainda aos princípios da *economia processual* e da *máxima efetividade*, porquanto o reconhecimento da inadequada representatividade do ente legitimado (a exemplo de uma associação que destoe dos reais interesses de uma coletividade consumidora; ou de uma autarquia que acione interesses alheios à sua finalidade institucional) deve levar o magistrado a convocar, sempre que possível, outro colegitimado a compor a relação jurídica processual inicial, evitando-se o desperdício do processo e da jurisdição acionada.

Estabelece-se clara *sucessão processual dos entes legitimados* ao invés da extinção do processo sem julgamento do mérito, aplicando-se analogicamente os artigos 5º, §3º da LACP, que dispõe que “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por

associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

Tal medida, “*a priori*”, não poderia ser a solução em caso de ilegitimidade ou falta de interesse processual (como no caso do cidadão que ajuíza ação civil pública; ou de um município paulista que ajuíze ação na defesa do meio ambiente amazônico ou do patrimônio histórico baiano), porquanto matérias aferidas em face da situação jurídica de direito material concretamente deduzida na lide.

Salienta-se, ainda, que a análise da adequada representatividade deve perdurar ao longo de todo o processo, sendo premente que o juiz procure corrigir eventual inadequação surgida sempre que as circunstâncias fáticas e jurídicas o permitirem atuar desta forma.

Por outro lado, segundo doutrina majoritária¹ não dissidente da jurisprudência, a ilegitimidade “*ad causam*” deve ser analisada em momento processual oportuno do curso processual, restringindo-se ao exame inicial que o magistrado exerce à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial (“*in statu assertionis*”).

À frente desta distinção metodológica, tem-se que a representatividade adequada não pode integrar a legitimidade processual, esta composta pela *situação legitimante* aferida em face da *transindividualidade do direito* levado a juízo,¹ sendo que o contrário levaria à extinção infundada de inúmeras demandas coletivas, sem análise de mérito, fato que não se coaduna com os princípios e regras estabelecidos pelo microsistema de processo coletivo brasileiro.

5. Conclusão

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a representatividade adequada, instituto típico do sistema da “*common law*” estadunidense, ganha contornos próprios quando integrada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em terras nacionais, o instituto consubstancia um legítimo filtro processual ao exercício das ações coletivas, amenizando as intempéries decorrentes da incoincidência de titularidades instaurada entre os verdadeiros detentores do direito material e aqueles que os representa em juízo.

Nesta toada, a análise “*in concreto*” da representatividade adequada não constitui mera *faculdade* da tutela coletiva, mas sim um genuíno *dever* da Jurisdição, posto que a simples disposição em lei dos legitimados ativos não assegura, *per si*, uma efetiva e adequada representatividade dos direitos transindividuais.

Da análise da natureza jurídica da representatividade adequada – *pressuposto processual específico das ações coletivas* – extrai-se um raciocínio bastante óbvio: *legitimidade e representatividade* são coisas distintas, ainda que tênue seja esta diferença.

Pode-se ter *legitimidade coletiva* (situação legitimante frente à dimensão coletiva de um direito) e não se exercer uma *adequada representatividade*, como o que ocorre, por exemplo, com uma associação que, embora preencha os requisitos expressos em lei, defenda interesses escusos e destoantes da coletividade representada.

Da mesma forma, é possível pretender exercer uma *representação adequada* e não possuir *legitimidade coletiva*, como, por exemplo, o que ocorre com um cidadão arduamente engajado na defesa do meio ambiente, com recursos suficientes, que pretenda ajuizar ação coletiva em defesa de uma reserva ambiental estadual.

Nossa atual sistemática processual impede dogmática (interpretação constitucional da representatividade adequada) e empiricamente (obtenção de resultados úteis) o reconhecimento da representatividade adequada enquanto condicionante das ações coletivas, evitando, assim, drásticas consequências à tutela coletiva de direitos.

Tal perspectiva se amolda perfeitamente à *raison d'être* do processo coletivo em um Estado Democrático de Direito, inclinando-o à acepção de instrumento jurídico apto a promover a justiça constitucional através da efetivação dos direitos fundamentais coletivos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Código do consumidor comentado**. São Paulo: RT, 1991.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Legitimidade Processual Coletiva**. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu – Direito) – Faculdade de Ciências

Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta.** Revista de Processo [Repro], n. 82. São Paulo: RT, 1996 [abr/jun].

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo [coord.]. **Tutela Jurisdicional Coletiva.** 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – Processo Coletivo.** 4ª e. Salvador: JusPodivm, 2009.

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

GIDI, Antônio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.** Revista de Processo [Repro], n. 108. São Paulo: RT, 2002.

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

GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 8ª e. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada.** Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, nº 57, jan/mar, 1990.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** São Paulo: RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos [coord.]. **Tutela Coletiva: 20 anos da lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas.** 2ª e. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 4ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 20ª e. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: RT, 2003.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **A tutela dos interesses coletivos (difusos) no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, v. 318.

_____ **Curso de direito processual civil.** v. 1. 47ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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