

## O QUE SIGNIFICA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA? UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

ANDRE VASCONCELOS ROQUE

*Advogado e consultor no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da American Bar Association (ABA) e da Association of the Bar of the City of New York.*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Um panorama da representatividade adequada no direito brasileiro – 3. A representatividade adequada no direito norte-americano; 3.1 Primeira dimensão quanto ao representante: vigorosa tutela; 3.2 Segunda dimensão quanto ao representante: ausência de conflito de interesses; 3.3 Primeira dimensão quanto ao advogado: vigorosa tutela; 3.4 Segunda dimensão quanto ao advogado: ausência de conflito de interesses – 4. Considerações finais.

### 1. Introdução

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo<sup>307</sup>. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diferencia-se o instituto em questão do litisconsórcio, na medida em que tal fenômeno seria incapaz de tutelar de forma minimamente eficiente e adequada os interesses de milhares ou até mesmo de milhões de pessoas em um único processo, sem comprometer seu bom andamento e sua razoável duração.

Como se pode constatar, qualquer ação coletiva pressupõe necessariamente que pessoas que não tenham participado formalmente do processo sejam de alguma forma vinculadas ao seu resultado, ainda que não na mesma extensão que seria verificada em um processo individual eventualmente ajuizado.

---

<sup>307</sup> Segundo MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito nacional e comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26, a noção de legitimidade extraordinária (que se caracteriza pela falta de coincidência entre as partes da relação jurídica processual e as partes da relação jurídica de direito material defendida em juízo) seria essencial à definição de uma ação coletiva.

No direito brasileiro, por exemplo, a extensão dos efeitos da coisa julgada às esferas jurídicas individuais ocorre *in utilibus*, somente para favorecer a coletividade, nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, ressalvado apenas o caso de intervenção na ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, na forma prevista no art. 94 do aludido código. Isso não significa, porém, que não haja prejuízo ao grupo em caso de improcedência porque, pelo menos quanto aos direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, a repositura de uma demanda coletiva somente seria possível na hipótese de improcedência anterior por insuficiência probatória, exigindo-se ainda a apresentação de nova prova para sua admissão.

Como se sabe, o devido processo legal em sua concepção tradicional exige, entre outras condições, que os litigantes tenham a oportunidade de tomar ciência dos atos processuais e que possam apresentar suas razões para influenciar o convencimento do juiz. Em outras palavras, para que alguém esteja vinculado a um julgamento, é preciso que tenha participado como parte formal do processo e que haja sido comunicado de sua existência, normalmente pela citação. Em uma ação coletiva, no entanto, não se pode conceber o devido processo legal em sua acepção clássica, dada a inviabilidade prática de que todos os membros do grupo atuem formalmente no processo.

O Direito Processual Coletivo ou o microsistema das ações coletivas – enfim, qualquer que seja a denominação utilizada – possui seus próprios princípios e institutos jurídicos. Ele se encontra submetido aos princípios e garantias de origem constitucional que, contudo, devem ser adaptados à realidade do processo coletivo. Nesse sentido, não se deve interpretar o devido processo legal como um obstáculo para as ações coletivas. Ao contrário do que ocorre no processo individual, o *devido processo legal coletivo*<sup>308</sup> não impõe a citação ou mesmo a participação formal de todos os interessados, mas sim que seus interesses sejam representados de forma adequada.

É nesse contexto que o instituto da representatividade adequada ganha destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. Um panorama da representatividade adequada no direito brasileiro

O direito brasileiro, como se sabe, não consagrou expressamente o controle da adequação do representante pelo juiz. Na época em que se discutia a disciplina legal das ações coletivas no país, foi elaborado o Projeto de Lei Flávio Bierrenbach, a partir dos trabalhos realizados por uma comissão formada pelos eminentes juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., que optaram pelo controle judicial da representatividade adequada, mas somente no que se referia às associações.

---

<sup>308</sup> O termo pode ser encontrado, por exemplo, em MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada* – Teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 269.

Entretanto, um projeto substitutivo resultante dos trabalhos dos promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Junior foi assumido pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público, sendo então encaminhado ao Ministério da Justiça. A proposta do Ministério Público teve tramitação legislativa mais célere e acabou sendo transformada, com algumas modificações e vetos, na atual Lei de Ação Civil Pública<sup>309</sup>. O substitutivo do Ministério Público preferiu adotar a fórmula da legitimação *ope legis*, sem referência expressa ao controle judicial da representatividade adequada.

A aprovação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 não modificou a situação. O direito brasileiro continua até hoje atrelado ao sistema de legitimação *ope legis*, em que o próprio legislador estabelece um rol de legitimados para ingressar com as ações coletivas. A adequação dos representantes elencados é presumida pela própria lei. Talvez fosse natural proceder desse modo, pelo menos em um primeiro momento. Ao que tudo indica, houve certa desconfiança da capacidade dos juízes brasileiros em promover um controle vigoroso e constante da representatividade adequada<sup>310</sup>, tal como já se verificava nos Estados Unidos. Em vez de atribuir ao juiz essa tarefa caso a caso, preferiu-se estabelecer no corpo da lei quais seriam os representantes mais adequados dos interesses metaindividuais de uma forma apriorística.

Na ausência de previsão expressa em lei, a doutrina mais tradicional sustenta que não se admite no Brasil o controle judicial de adequação do representante nas ações coletivas<sup>311</sup>. Com a devida vênia aos seus defensores, porém, esse entendimento não pode ser acolhido. Caso não se permitisse este controle judicial, quaisquer que fossem as circunstâncias do caso concreto, ainda que se evidenciasse a incompetência, má-fé, mediocridade ou mesmo fraude cometida pelo representante, o juiz estaria obrigado a aceitar passivamente a situação e dar prosseguimento ao processo, como se nada de errado estivesse acontecendo bem diante de seus olhos.

Evidentemente, estes doutrinadores têm seus próprios argumentos para afastar o controle judicial de adequação. Além de a própria lei estabelecer um rol de legitimados que se presumem adequados *iuris et de iure*, sustenta-se ainda que a coisa julgada nas ações coletivas brasileiras destina-se unicamente a beneficiar o grupo. Por outro lado, o direito brasileiro conta com a

---

<sup>309</sup> Vide, sobre a tramitação da Lei de Ação Civil Pública, entre outros, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 194/195.

<sup>310</sup> Nesse sentido, é sintomática a posição de Richard Cappalli e Claudio Consolo, para quem o juiz italiano e provavelmente os juízes de todos os outros países da Europa continental seriam incapazes de exercer as mesmas funções de um juiz norte-americano, incluindo o controle da representatividade adequada em uma ação coletiva. Ao que parece, a lei brasileira seguiu raciocínio muito semelhante. Vide CAPPALLI, Richard; CONSOLO, Claudio. *Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry*, *Temple International & Comparative Law Journal*, v. 6, 1992, p. 291.

<sup>311</sup> Vide DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201/202 (“*Dessa forma, entre nós não existe um verdadeiro requisito da representatividade adequada para que os legitimados possam ajuizar uma ação civil pública...*”); NERY JR., Néilson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 247, nota 9 (sustentando que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante).. É conhecida ainda a antiga posição de Ada Pellegrini Grinover no mesmo sentido. Nada obstante, a ilustre processualista mudou seu entendimento em suas obras mais recentes, como se examinará a seguir. Também contrário ao exame judicial de adequação, de forma ainda mais radical, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 113/116 (asseverando que o controle judicial não poderia ser incorporado no ordenamento jurídico pátrio nem mesmo mediante lei expressa nesse sentido, porque seria inconstitucional).

participação do Ministério Público em todas as lides coletivas propostas pelos outros legitimados, na qualidade de “fiscal da lei”. Como o promotor estaria, em regra, em melhores condições de avaliar a situação como um todo, não faria sentido permitir o controle judicial de adequação do representante.

No entanto, os argumentos não convencem. Com relação à coisa julgada, deve-se ter em mente que o direito brasileiro não incorporou a sistemática *secundum eventum litis* em toda a sua extensão. A coisa julgada coletiva no Brasil opera diferentemente nos planos coletivo e individual. Na esfera coletiva, em princípio, ela vinculará a todos os co-legitimados, independentemente do resultado do processo (*pro et contra*), impedindo que sejam propostas novas ações coletivas. A única exceção se verifica quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas nas demandas em defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, hipótese em que não haverá formação de coisa julgada material (*secundum eventum probationem*)<sup>312</sup>. No plano individual é que a coisa julgada somente será eficaz para beneficiar o grupo, conforme previsto no art. 103, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa Consumidor. Assim, existe o risco de comprometimento dos interesses coletivos pela atuação de um representante inadequado. Caso a ação não seja julgada improcedente por falta de provas, a possibilidade de ajuizamento de uma nova demanda coletiva restará irremediavelmente prejudicada<sup>313</sup>.

Quanto à participação e à fiscalização pelo Ministério Público, o argumento também não convence. Primeiro, porque não existe incompatibilidade entre o controle judicial da representatividade adequada e a atuação do Ministério Público. Muito pelo contrário: o controle judicial potencializa a fiscalização pelo promotor. É verdade que, em muitos casos, ele estará em melhores condições que o juiz de verificar a adequação do representante, mas de nada adiantaria isso se ele não tivesse o poder de informar tal circunstância ao magistrado e pedir a substituição do representante ou mesmo a extinção da ação coletiva proposta em prejuízo do grupo.

A presença de um promotor como “fiscal da lei” é uma vantagem estratégica do direito brasileiro sobre o processo coletivo norte-americano, que é obrigado a confiar a proteção dos integrantes do grupo única e exclusivamente ao juiz. Esta vantagem não deve ser descartada e muito menos interpretada de maneira a afastar o controle judicial de adequação do representante. Além disso, quando o próprio Ministério Público for o demandante do processo coletivo, hipótese bastante frequente na prática, quem efetuará o controle da adequação do representante?

A prática demonstra que a presunção absoluta de adequação dos representantes arrolados pelo legislador pode não passar de simples ilusão<sup>314</sup>. Problemas graves têm sido observados pelo manejo

---

<sup>312</sup> Para as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, segundo entendimento dominante, haverá formação da coisa julgada no plano coletivo independentemente do resultado da demanda, ainda que a ação tenha sido julgada improcedente por deficiência de instrução probatória. Nesse sentido, entre outros, vide GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139/140; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 264/266 e VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 392.

<sup>313</sup> Vide, nesse sentido, o trabalho de GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *Revista de Processo*, n. 108, 2002, p. 63.

<sup>314</sup> Vide VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 220.

de variadas ações coletivas por associações sem o mínimo de credibilidade, seriedade, conhecimento técnico-científico, capacidade econômica ou até mesmo representatividade, embora sejam capazes de cumprir formalmente o requisito de pré-constituição de um ano (art. 82, IV do CDC e art. 5º, V, alínea “a” da Lei nº 7.347/85)<sup>315</sup>. Também com relação a outros legitimados têm aparecido dificuldades. Em casos concretos deflagrados pelo Ministério Público, por exemplo, alguns promotores, tomados de excesso de zelo, litigam como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido formulado<sup>316</sup>.

Da mesma forma, acompanhamos em nossa experiência profissional uma ação civil pública proposta por um ente estatal, declarando-se o demandante representante do interesse dos consumidores cujos prejuízos foram formalmente imputados a dois réus. Os argumentos lançados na petição inicial, entretanto, foram destinados quase que na sua totalidade contra somente um dos demandados. A conduta do segundo réu foi mencionada de forma superficial, apenas que não se alegasse sua ilegitimidade passiva. Posteriormente, verificou-se que o Poder Público havia falhado na sua obrigação de fiscalizar a atividade econômica exercida pelo segundo demandado, contribuindo para a ocorrência dos danos relatados na petição inicial. Dadas as circunstâncias do caso, não se poderia descartar a hipótese de que o ente estatal não estivesse litigando em benefício dos consumidores, mas sim na defesa dos seus interesses patrimoniais, antecipando-se a uma eventual ação civil pública que poderia ser proposta pelos demais co-legitimados, em que fatalmente seria descoberta a falha de fiscalização estatal.

Por todos esses motivos, alguns autores brasileiros começaram a defender de forma acertada que, muito embora o sistema brasileiro não contemple expressamente o controle judicial da adequação do representante, tal providência não apenas é possível, como aconselhável<sup>317</sup>. O acerto dessa posição é inequívoco.

A experiência do direito norte-americano é muito importante neste aspecto, porque ela mostra que não basta uma representação formal. É necessário, por definição, que ela seja adequada. Um representante inadequado é um não-representante, visto que não estará agindo de acordo com os interesses da coletividade, mas segundo a vontade de terceiros ou mesmo na proteção egoística de seus próprios interesses individuais, como na hipótese do ente estatal que falhou no seu dever de

---

<sup>315</sup> Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In: *O processo – estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 213. Vide, ainda, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 327 (aludindo à hipocrisia do legislador neste aspecto e aos riscos de se criar uma cultura cartorária de legitimação das associações).

<sup>316</sup> Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação... Op. Cit., p. 213 (aludindo ao caso do pedido de reserva da cota de 50% das vagas do exame de acesso à universidade aos egressos do ensino público, em prejuízo direito aos interesses dos candidatos oriundos de escolas particulares)

<sup>317</sup> Sobre o tema, GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimidade... Op. Cit., p. 212/215; WATANABE, Kazuo. Disposições gerais (arts. 81 a 90). In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 844/846; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia... Op. Cit., p. 325/327; LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 205; DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96/99 e GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: SRS, 2008, p. 143/145.

fiscalização e se utilizou da ação coletiva para acobertar a sua negligência. Os integrantes do grupo não devem ser vinculados aos atos de um representante inadequado que não elegeram ou sequer aprovaram. A falta de adequação do representante acarreta a ausência da própria representação e, portanto, também a inexistência de qualquer fundamento jurídico-constitucional capaz de justificar a vinculação do grupo à luz do devido processo legal, tanto no direito brasileiro como no modelo norte-americano.

Dessa forma, além das clássicas hipóteses da dispensa do requisito de pré-constituição de um ano das associações (artigo 82, § 1º do CDC) e da legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, que costumam ser aferidas caso a caso e poderiam ser facilmente caracterizadas como uma forma de controle judicial de adequação do representante<sup>318</sup>, o juiz pode e deve promover este controle mesmo sob o regime atual das ações coletivas. Obviamente, a adequação de representantes como o Ministério Público e os entes estatais em geral é presumida pela lei, mas se deve conferir alguma oportunidade para analisar se, no caso concreto, o autor coletivo não seria adequado para proteger os interesses da coletividade, seja porque não tem condições práticas de promover a tutela vigorosa de seus direitos, seja porque existe algum conflito de interesses com o grupo<sup>319</sup>.

Uma das maiores dificuldades, a partir do momento em que se admite o controle judicial da adequação do representante no direito brasileiro, consiste em estabelecer o alcance e extensão do instituto. Em outras palavras, na ausência de previsão expressa na lei, quais os critérios a serem seguidos pelo juiz no caso concreto?

Não se ignora que já foram apresentadas algumas propostas para a disciplina do controle judicial da representatividade adequada no direito brasileiro. No Anteprojeto elaborado no âmbito da pós-graduação *stricto sensu* da USP, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, o art. 20 relacionou os seguintes critérios para que o juiz pudesse aferir a adequação do representante: a) credibilidade, capacidade e experiência; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado. O Anteprojeto elaborado no âmbito da pós-graduação *stricto sensu* da UERJ/UNESA, por sua vez, elencou em seu art. 8º, § 1º todos os critérios do Anteprojeto da USP e mais os seguintes: d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda coletiva; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física.

Nada obstante, nenhuma dessas propostas foi contemplada no Projeto de Lei nº 5.139/09, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional e tem por finalidade dar nova disciplina à ação civil pública. Sua eventual aprovação não acarretaria maior repercussão para o controle judicial da representatividade adequada, que deve continuar a ser admitido mesmo na falta de previsão legal expressa, visto que decorre diretamente do devido processo legal coletivo. Persiste, entretanto, a

---

<sup>318</sup> Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação... Op. Cit., p. 213/214 (afirmando que as duas hipóteses constituem seguros indícios da admissibilidade do controle judicial da adequação)

<sup>319</sup> A propósito, José Carlos Barbosa Moreira já defendia, em 1981, que a lei conferisse legitimação coletiva em termos flexíveis, reservando ao juiz uma margem razoável de liberdade no exame de cada caso concreto. Vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 36.

dificuldade apontada quanto à falta de critérios mínimos para a aferição da adequação do representante da coletividade no direito brasileiro, na medida em que, além de o assunto não estar disciplinado em lei, também não há orientação consistente na jurisprudência sobre o tema.

Em razão disso, como ponto de partida para estabelecer critérios mais seguros de controle judicial da adequação do representante no direito brasileiro, torna-se necessário apresentar um estudo a respeito da experiência norte-americana sobre a matéria, que já se encontra razoavelmente consolidada naquele país. É preciso levar em consideração, porém, uma circunstância muito importante: nos Estados Unidos, pessoas físicas podem ingressar com ações coletivas, de modo que muitos dos critérios desenvolvidos pelos tribunais naquele país não podem ser aplicados ao direito brasileiro de forma literal, sem que se façam as devidas adaptações.

### 3. A representatividade adequada no direito norte-americano

A adequação do representante constitui um dos principais requisitos para que se possa admitir uma ação coletiva (*class action*) nos Estados Unidos. Prevista na Regra 23, alínea (a)(4) das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), conjunto de normas que regula o processo civil no âmbito da Justiça Federal americana, a representatividade adequada (*adequacy of representation*) é considerado um requisito fundamental de certificação das *class actions* para garantir a observância ao devido processo legal<sup>320</sup>, que se encontra consagrado nas Emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos, em relação aos membros ausentes da classe defendida em juízo.

Assim como ocorre no direito brasileiro, as *class actions* também representam exceção à concepção tradicional do devido processo legal. Para proporcionar economia processual e permitir que se apreciem pretensões que, de outra maneira, jamais seriam submetidas ao Judiciário (porque o seu valor econômico é extremamente reduzido, as partes são hipossuficientes, não tiveram acesso às informações necessárias para pleitear seus direitos ou por qualquer outro motivo), admitem-se os chamados “processos de natureza representativa” (*representative suits*). Como seria impossível exigir que todos os envolvidos participassem formalmente de uma ação coletiva, permite-se que atuem através de um ou mais representantes, que devem tomar as decisões sempre no interesse do grupo, contratando advogados, comparecendo perante o juiz, apresentando provas e tudo mais o que for necessário para a tutela dos interesses do grupo.

Como explicitado pela Suprema Corte em *Hansberry v. Lee*, precedente em que foram pela primeira vez articuladas as relações entre o princípio do devido processo legal e as *class actions*, todos os membros ausentes de uma ação coletiva, embora não participantes do processo na

---

<sup>320</sup> Assim dispõe a Emenda V da Constituição americana: “No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...”. No mesmo sentido exposto no texto, WOOLLEY, Patrick. Rethinking the adequacy of adequate representation, *Texas Law Review*, v. 75, 1997, p. 571 e BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and non party preclusion, *New York University Law Review*, v. 67, 1992, p. 214.

qualidade de partes formais, podem estar vinculados ao julgamento desde que representados adequadamente<sup>321</sup>. Eles participam e são ouvidos no processo coletivo, mas somente através de seus representantes, que funcionam como um porta-voz de todo o grupo em juízo<sup>322</sup>.

Para que a vinculação por representação dos ausentes não implique violação ao devido processo legal, afigura-se indispensável que o representante defenda de forma justa e adequada os interesses da coletividade. Isto quer dizer que, na medida do possível, a sua atuação deverá ser de tal maneira que muito provavelmente o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações separadas. Caso contrário, ele não terá representado efetivamente os interesses do grupo e, portanto, não poderá existir vinculação<sup>323</sup>. Representatividade e adequação são dois conceitos complementares: não se pode conceber um representante não adequado pois, desse modo, estaria agindo segundo seus interesses próprios ou, pelo menos, alheios ao grupo dos membros ausentes. Representante inadequado é o mesmo que ausência de representação, o que justifica a desvinculação dos representados.

O controle da representatividade adequada possui duas funções importantes no direito norte-americano: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros, inclusive mediante eventual ação autônoma a ser proposta por um dos integrantes do grupo (*collateral attack*), com fundamento na inexistência de representação na demanda coletiva originária<sup>324</sup>. Um dos princípios básicos do instituto da coisa julgada no direito norte-americano é que nenhum juiz pode predeterminar os efeitos de suas próprias decisões para o futuro<sup>325</sup>. Isto não impede, contudo, que se tomem todas as cautelas possíveis para assegurar a eficácia da ação coletiva, que ficaria seriamente ameaçada se as questões decididas na *class action* pudessem ser reapreciadas a todo momento em futuras ações por ausência de representação adequada da classe.

A representatividade adequada não significa, porém, que o representante se encontre obrigado a assegurar a vitória da coletividade. Em termos práticos, isso seria o mesmo que dizer que a ação coletiva apenas formaria coisa julgada em favor do grupo, jamais em seu prejuízo, regime este que foi categoricamente rechaçado no direito norte-americano. Na sistemática atual, a parte adversa

---

<sup>321</sup> Vide *Hansberry v. Lee*, 311 US 41-43 (1940) (“To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a ‘class’ or ‘representative’ suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it. (...) It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present ...”).

<sup>322</sup> Nesse sentido, COMMENT. The importance of being adequate: due process requirements under Rule 23, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 123, 1975, p. 1227.

<sup>323</sup> Vide COMMENT. The importance of being adequate... Op. Cit., p. 1223, nota 28.

<sup>324</sup> O caso *Hansberry v. Lee*, por exemplo, não era propriamente uma *class action*, mas sim uma ação autônoma em que se questionavam os efeitos da coisa julgada numa ação coletiva anterior, *Burke v. Kleiman*. Na hipótese vertente, a Suprema Corte reformou decisão da Justiça do estado de Illinois e afastou os efeitos da coisa julgada porque os demandados em *Hansberry* não podiam ser considerados membros da classe na primeira ação.

<sup>325</sup> Nesse sentido, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797, 805 (1985) (“While it is true that a court adjudicating a dispute may not be able to predetermine the *res judicata* effect of its own judgement...”).

também possui o direito de vincular o grupo ao resultado da ação<sup>326</sup>. Além disso, nada garante que os membros representados sairiam vencedores se tivessem ingressado com demandas individuais. Para fins de representatividade adequada, basta assegurar que os interesses dos membros ausentes sejam defendidos com o necessário vigor, sem que isto signifique necessariamente o êxito das pretensões da coletividades.

A análise dos precedentes em termos de representatividade adequada revela um fato muito curioso: na esmagadora maioria dos casos em que a matéria foi discutida, quem alegou a incapacidade do representante não foi nenhum dos integrantes da classe, como se poderia imaginar, mas sim a parte contrária<sup>327</sup>. A aparente contradição se desfaz mediante uma análise mais apurada da matéria. A parte contrária possui pelo menos dois interesses em enfrentar a questão. Em primeiro lugar, muitas vezes a certificação de uma *class action* pode gerar a perspectiva de uma derrota para o réu em proporções gigantescas, no valor de milhões ou até bilhões de dólares<sup>328</sup>. A falta de representação adequada pode extinguir a *class action* ou transformá-la em uma mera ação individual, aliviando os riscos processuais para o demandado. Por outro lado, se o réu acredita que irá sair vencedor na ação coletiva, será melhor que a decisão de improcedência vincule todo o grupo de uma vez por todas, evitando-se questionamentos futuros que poderão fazer desaparecer em termos práticos a sua vitória inicial.

A representatividade adequada é, sem dúvida nenhuma, o mais importante de todos os requisitos gerais de admissibilidade. Dada a sua importância, muito embora o requisito envolva uma noção de responsabilidade do representante para a coletividade, repousa sobretudo no juiz a tarefa de controlar a adequação de ofício, em todas as fases do processo<sup>329</sup>: antes, durante e depois da decisão de certificação e até mesmo depois da sentença, em hipóteses extremas<sup>330</sup>. Conflitos de interesses que estavam latentes podem emergir no curso do processo, o representante pode se

---

<sup>326</sup> A Suprema Corte já reconheceu este direito em *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797, 805 (1985), como se pode verificar pela seguinte passagem: “While it is true that a court adjudicating a dispute may not be able to predetermine the *res judicata* effect of its own judgement, petitioner has alleged that it would be obviously and immediately injured if this class-action judgement against it became final without binding the plaintiff class. We think that such injury is sufficient to give petitioner standing on its own right to raise the jurisdiction claim in this Court”.

<sup>327</sup> Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation*. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 49.

<sup>328</sup> Um exemplo disso foi a certificação em primeira instância do caso *Castano*, uma *class action* ajuizada em benefício de milhões de fumantes e de seus parentes contra a indústria do tabaco, onde se questionavam os danos causados à saúde pelos efeitos maléficos do cigarro. A Corte de Apelações do 5º Circuito reformou a decisão de certificação, por entender que variações nas leis estaduais aplicáveis e questões individuais atinentes a cada um dos membros da classe comprometeriam a admissibilidade da ação coletiva. Vide *Castano v. American Tobacco*, 84 F.3d 734 (5<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>329</sup> Vide NOTE. Developments in the law – Class actions, *Harvard Law Review*, v. 89, 1976, p. 1411. É possível, no entanto, que a jurisprudência não esteja cumprindo bem esta tarefa. Segundo apontado por Robert H. Klonoff em um estudo empírico das decisões proferidas entre 1994 e 2003, a grande maioria dos juízes admite ações coletivas sem enfrentar detidamente a representatividade adequada, notadamente quando a parte contrária não impugna este ponto. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary’s flawed application of Rule 23’s ‘adequacy of representation’ requirement, *Michigan State Law Review*, v. 2004, 2004, p. 671. Linda S. Mullenix sugere que as cortes estaduais são ainda mais complacentes na análise desse fundamental requisito de admissibilidade: MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes, *Vanderbilt Law Review*, v. 57, 2004, especialmente p. 1699, nota 61.

<sup>330</sup> Vide *Key v. Gillette Co.*, 782 F.2d 5 (1<sup>st</sup> Cir. 1986) (*class action* decertificada após o veredito do júri por ter sido muito deficiente a instrução probatória).

revelar desinteressado ou inapto, o juiz pode perceber que se equivocou ou até mesmo que foi enganado<sup>331</sup>.

Mesmo após formada a coisa julgada na ação coletiva, é possível ainda que, em alguma ação posterior (*collateral attack*) se realize novo controle de representatividade adequada para determinar os efeitos vinculantes da coisa julgada na primeira ação. Caso não se reconheça a adequação do representante, desvinculando-se os membros ausentes do grupo da decisão que foi proferida na *class action* anterior, as questões ali apreciadas poderão ser rediscutidas e reexaminadas no segundo processo<sup>332</sup>.

A representatividade adequada em certa medida se sobrepõe ao requisito da tipicidade previsto na Regra 23 (a)(3) das FRCP, uma vez que os dois requisitos dizem respeito às qualidades desejáveis do representante. Se as suas pretensões ou defesas não são típicas do restante da coletividade, dentro da sistemática individualista americana, que estabelece o interesse próprio como condição básica de representatividade, ele não poderá proteger adequadamente os interesses de todo o grupo. Sob esta perspectiva, a tipicidade constitui um dos elementos da representatividade adequada, o que justifica a postura de alguns tribunais em analisar os dois requisitos conjuntamente<sup>333</sup>.

Apesar disso, o critério da tipicidade não esgota a representatividade adequada, que se trata de uma verificação bem mais ampla, tanto sob o ponto de vista objetivo como subjetivo. Um representante pode ter pretensões típicas do grupo e ainda assim não proteger adequadamente os interesses coletivos. Pelo aspecto objetivo, enquanto na tipicidade se proporciona uma análise comparativa entre as pretensões do representante e do grupo, o exame de representatividade adequada enfatiza duas dimensões: ausência de conflito de interesses entre o representante e o restante da classe e capacidade de defesa vigorosa dos interesses da coletividade.

Sob o ponto de vista subjetivo, a representatividade adequada também é mais ampla que a tipicidade. Principalmente com relação à dimensão da capacidade de tutela vigorosa dos interesses da classe, a jurisprudência examina não apenas os atributos do representante, como também de seu advogado<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> Vide MILLER, Arthur R. *An overview of federal class actions: past, present and future*. Washington: Federal Judicial Center, 1977, p. 30.

<sup>332</sup> Vide WOOLLEY, Patrick. The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits, *Texas Law Review*, v. 79, 2000, p. 383 (sustentando que o *collateral attack* deve ser admitido ainda que o juiz, na *class action* original, tenha decidido expressamente pela representatividade adequada, uma vez que o tribunal na ação posterior poderá eventualmente ter melhores condições de apreciar a matéria).

<sup>333</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Op. Cit.*, v.1, p. 413.

<sup>334</sup> Nesse sentido, entre outros, vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Newberg on class actions*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 1, p. 416; BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads: eliminating class representatives in class actions, *Hastings Law Journal*, v. 42, 1990, p. 185; MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation – cases and materials on advanced civil procedure*. 4 ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 298; KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* *Op. Cit.*, p. 48 e MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform, *University of Chicago Law Review*, v. 58, 1991, p. 1.

Nos Estados Unidos, o advogado não é considerado pela lei e muito menos pela Constituição indispensável à administração da justiça, ao contrário do que acontece no Brasil, sendo permitido, na maioria dos casos, que as partes compareçam em juízo sem um patrono (*pro se litigation*), embora tal aventura seja fortemente desaconselhável. No caso das *class actions*, no entanto, em virtude dos interesses dos membros ausentes, que não podem estar submetidos a posturas aventureiras, os tribunais não admitem a *pro se litigation* por ausência de representatividade adequada<sup>335</sup>.

No ano de 2003, ocorreu uma importante alteração na Regra 23 das FRCP consolidando a prática jurisprudencial. Foi acrescentada uma alínea (g), estabelecendo que sempre que for certificado o processamento coletivo da *class action*, o juiz deverá indicar na própria decisão quem será o advogado da classe, salvo expressa disposição legal em sentido contrário (alínea (g)(1)(A)). O advogado deverá representar justa e adequadamente os interesses de todo o grupo, não somente do representante (alínea (g)(4)), sendo tal requisito aferido segundo os critérios definidos na subseção (g)(1)(A): a qualidade do trabalho do patrono em identificar as possíveis pretensões na ação; sua experiência em ações coletivas, em outros procedimentos complexos e para a defesa de pretensões da mesma natureza; seu conhecimento do direito aplicável à espécie e os recursos do advogado disponíveis para representar a coletividade.

É curioso observar que a Regra 23 em vigor delimita de forma mais ou menos precisa os critérios para analisar a representatividade adequada do advogado, sem indicar quais seriam os fatores a serem avaliados para examinar a adequação do próprio representante, que continuam a ser construídos exclusivamente pela jurisprudência. Isto reforça a hipótese de que, cada vez mais, aumenta a importância dos advogados nas *class actions*, que muitas vezes financiam o litígio esperando receber altos honorários, investigam a existência de pretensões de natureza coletiva e depois vão procurar alguma pessoa para ser o representante do grupo<sup>336</sup>. Isto se dá especialmente em casos em que as pretensões individuais envolvidas são de reduzido valor econômico.

Apesar da distinção conceitual, a tipicidade ainda é importante para a verificação da representatividade adequada. Como já se examinou, a tipicidade consiste em uma análise de compatibilidade entre as pretensões do representante e da coletividade. Um representante típico normalmente defenderá também os interesses coletivos do grupo. Por este motivo, como a tipicidade constitui um dos indicativos da representatividade adequada e existe notória dificuldade de comprovar um fato negativo (por exemplo, que não existe conflito de interesses), a jurisprudência norte-americana majoritária presume que o requisito se encontra preenchido, imputando à parte contrária que apresente algum elemento capaz de afastar a representação justa e adequada da classe<sup>337</sup>. Embora alguns autores sustentem a incorência dessa espécie de inversão do

---

<sup>335</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v.1, p. 417

<sup>336</sup> Vide BURNS, Jean Wegman. Decorative figureheads... Op. Cit., 180/186. Em seu artigo, o autor sustenta uma proposta radical: suprimir o requisito da tipicidade e eliminar a figura decorativa do representante da classe, deixando que os advogados ingressem com *class actions* por si mesmos, desde que indiquem alguns membros do grupo, em caráter exemplificativo, para assegurar que existe um conflito concreto em proporções coletivas.

<sup>337</sup> Vide, por exemplo, *Ballan v. Upjohn Co.*, 159 F.R.D. 473 (W.D. Mich. 1994) (presumindo a representação adequada do advogado); *Lichoff v. CSX Transp., Inc.*, 218 F.R.D. 564 (N.D. Ohio 2003) (“Unlike the other requirements of Rule 23(a), defendant has the burden of showing that representation is inadequate under Rule 23(a)(4).”). Isto explica, em

ônus probatório<sup>338</sup>, visto que se trata justamente do mais importante dos requisitos para que se admita uma ação coletiva, tal questão ainda não foi enfrentada pela Suprema Corte.

### 3.1 Primeira dimensão quanto ao representante: vigorosa tutela

A capacidade de o representante defender de forma vigorosa os interesses da classe tem sido tradicionalmente discutida por uma diversidade de fatores. Na maioria dos casos, contudo, este aspecto somente é verificado de forma perfunctória quanto ao representante, concentrando a jurisprudência sua atenção sobre a figura do advogado. Na realidade, quem elabora toda a estratégia na *class action* é o causídico: é ele quem decide quais pedidos formular, o fundamento jurídico que será apresentado, as provas produzidas e muitas outras decisões fundamentais para o processo.

Em uma demanda individual, onde geralmente o valor econômico da pretensão do autor se apresenta elevado, já é relativamente comum que os clientes não tenham contato mais íntimo com o processo, não leiam as petições de seus advogados, nem saibam ao certo qual a tese jurídica sustentada<sup>339</sup>. Nas *class actions* então, em que muitas vezes o interesse individual do representante será ínfimo, não existirá incentivo nenhum de sua parte para que controle a atuação do advogado, circunstância esta que dá origem às criticadas *lawyer-driven suits*, ou seja, ações ajuizadas e conduzidas exclusivamente segundo as decisões tomadas pelo causídico, sem a participação ativa do autor<sup>340</sup>. Muitos juízes, por isso mesmo, já se renderam à realidade dos fatos e concentram a análise da defesa vigorosa dos interesses do grupo sobre o advogado.

Ainda assim, ocasionalmente se questionam os atributos do representante. A análise se dá em termos qualitativos, não quantitativos. Desse modo, uma pessoa pode ser melhor representante que cinco, embora eventualmente o juiz possa determinar que se reforce a representação na *class action* mediante a agregação de novos integrantes do grupo para que participem do processo, especialmente se existir variação dos interesses em jogo<sup>341</sup>. Por outro lado, não se exige que o

---

larga medida, a passividade de alguns tribunais em examinar a representatividade adequada, como apontado por Robert Klonoff e Linda Mullenix.

<sup>338</sup> Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 676; MULLENIX, Linda S. Op. Cit., p. 1692 e MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 66.

<sup>339</sup> Vide HENSLER, Deborah R. Resolving mass toxic torts: myths and realities. *University of Illinois Law Review*, v. 1989, 1989, p. 93 (referindo-se a uma pesquisa realizada em três cortes de primeira instância, onde se apurou que 25% dos clientes nunca se encontraram pessoalmente com seus advogados ou somente o fizeram uma única vez).

<sup>340</sup> Vide, entre outros, COMMENT. The class representative: the problem of the absent plaintiffs, *Northwestern University Law Review*, v. 68, 1974, p. 1136.

<sup>341</sup> Entre outros, COMMENT. The class representative: the problem of the absent plaintiffs, *Northwestern University Law Review*, v. 68, 1974, p. 1134; DONELAN, Charles. Prerequisites to a class action under new Rule 23, *Boston College Industrial & Commercial Law Review*, v. 10, 1969, p. 536; COMMENT. Adequate representation, notice and the new class action rule: effectuating remedies provided by the Securities laws, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 116, 1968, p. 901/902. Segundo Alba Conte e Herbert Newberg, a idéia de que classes com um número grande de pessoas somente poderiam ser representadas por muitos indivíduos foi superada após a reforma de 1966: CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 438. Apenas por questão de conveniência processual, recomenda-se que o número de representantes não seja superior a dez, para evitar problemas na condução do processo.

demandante seja o melhor representante possível da classe, mas apenas que seja adequado<sup>342</sup>. Se dois ou mais membros do grupo competem entre si para a posição de representante, o juiz deverá escolher aquele que reputar mais adequado para a função.

Evidentemente, em caso de conluio entre o representante e a parte contrária, não existirá representatividade adequada.

Examinem-se, portanto, alguns atributos eventualmente questionados na prática. Alguns réus alegam que representantes com pretensões de reduzido valor econômico não seriam adequados, porque não teriam incentivos suficientes para participar de forma ativa da ação coletiva. Ocorre que um dos principais objetivos da *class actions* consiste em permitir que pretensões de baixo valor econômico compartilhadas por um número massivo de pessoas sejam submetidas ao Poder Judiciário. Dessa forma, é natural que esta espécie de alegação normalmente seja rejeitada<sup>343</sup>.

O conhecimento pelo representante dos fatos debatidos na causa tem sido objeto de impugnação com certa frequência pela parte adversa à coletividade. Por um lado, representantes plenamente instruídos e com profundos conhecimentos técnicos podem ter dificuldades em alegar que foram iludidos por declarações enganosas. Esta questão tem sido suscitada principalmente em *class actions* envolvendo disputas empresariais e o mercado de valores mobiliários, com diferentes resultados práticos. Na maioria dos casos, contudo, este tipo de alegação costuma ser rejeitado porque tal afirmação acaba se confundindo com o mérito da pretensão individual do representante, não impedindo o processamento coletivo da demanda<sup>344</sup>.

Ao mesmo tempo, alguns demandados sustentam a inadmissibilidade da *class action* porque o representante ignora totalmente os fatos que ensejaram o ajuizamento da ação, a tese jurídica apresentada ou simplesmente porque são pouco instruídos. Alega-se, em tais hipóteses, que o representante não passaria de um instrumento nas mãos do advogado, sendo a demanda conduzida exclusivamente pelas decisões tomadas pelo próprio causídico (*lawyer-driven suit*). Nada obstante, existe um precedente da Suprema Corte em que se afirmou que a Regra 23 não pode ser interpretada de modo a impedir que pessoas pouco instruídas proponham demandas judiciais<sup>345</sup>. A

---

Vide MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION. 3 ed. Federal Judicial Center: Washington, 1995, p. 219. Curiosamente, a orientação não foi reproduzida nem afastada na quarta edição do *Manual for Complex Litigation*, publicada em 2004.

<sup>342</sup> Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party...* Op. Cit., p. 48. O *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 estabeleceu, em caráter excepcional, que nas *class actions* em matéria de mercado de valores, o juiz deve escolher sempre o melhor representante disponível, presumivelmente aquele que possuir a pretensão individual de maior valor.

<sup>343</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 439.

<sup>344</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 458.

<sup>345</sup> Vide *Suowitz v. Hilton Hotels Cops.*, 383 US 363, 372/373 (1966) (“*In fact the opinion of the Court of Appeals indicates in several places that a woman like Mrs. Suowitz, who is uneducated generally and illiterate in economic matters, could never under any circumstances be a plaintiff in a derivative suit brought in the federal courts to protect her stock interests. We cannot construe Rule 23 or any other one of the Federal Rules as compelling courts to summarily dismiss, without any answer or argument at all, cases like this where grave charges of fraud are shown by the record to be based on reasonable beliefs growing out of careful investigation.*”). Vide, no entanto, MULLENIX, Linda S. Op. Cit., p. 1710, sustentando que o precedente em *Suowitz* vem sendo aplicado pelos tribunais norte-americanos de forma indevida nos dias de hoje, porque se tratava de uma ação ajuizada ainda sob a redação original da Regra 23 e cuja decisão foi proferida com base em fundamentos distintos.

maioria dos juízes tem seguido a orientação da Suprema Corte mesmo para as hipóteses em que se alega faltar conhecimento dos próprios fatos envolvidos no litígio<sup>346</sup>, o que reforça ainda mais a relativa desimportância do representante em uma *class action*.

É aconselhável, no entanto, que o representante do grupo tenha consciência de suas responsabilidades, evitando conflito de interesses com os outros integrantes da classe e se dispondo a participar diretamente do processo, inclusive para se submeter à *discovery*, caso necessário para a elucidação dos fatos controvertidos<sup>347</sup>.

Da mesma forma, acusações de condutas imorais, desonestas ou ilícitas por parte do representante, por si só, têm sido reputadas irrelevantes<sup>348</sup>. Por óbvios motivos, o cometimento de crimes pelo representante no passado não pode ser considerado, por exemplo, em uma *class action* proposta em benefício de presidiários. De todo o modo, os juízes norte-americanos costumam admitir esta espécie de alegação somente quando a conduta reprovável possuir relação direta com o interesse coletivo que se pretende defender na ação. O precedente *In re Proxima Corp. Securities Litigation*, proferido por uma corte distrital na Califórnia, revela-se ilustrativo. Na hipótese, o autor ingressou em juízo para defender os interesses dos acionistas de uma determinada empresa. Ele foi considerado inadequado para representar os direitos do grupo, todavia, uma vez que ele havia admitido ter cometido fraudes contra a empresa no passado<sup>349</sup>.

As condições físicas do representante são eventualmente questionadas. O autor de uma *class action* pode ser muito idoso, estar doente ou até mesmo morrer no curso do processo, muitas vezes em virtude dos próprios danos ocasionados pelo demandado. Normalmente, esta questão não tem sido considerada pelos tribunais como fundamento suficiente para não se admitir uma ação coletiva<sup>350</sup>. No caso *Kriendler v. Chem. Waste Magmt*, por exemplo, uma corte distrital em Illinois certificou uma *class action*, apesar do representante ser uma pessoa de 88 anos com problemas cardíacos<sup>351</sup>. Quando o representante falece, geralmente os tribunais permitem a substituição do

---

<sup>346</sup> Vide os inúmeros precedentes em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 461/464. Segundo uma pesquisa empírica feita por Robert H. Klonoff, no período de 1994 a 2003, apenas 18 de todos os 763 casos (ou 2,4%) em que se enfrentou o requisito da representatividade adequada considerou-se inadequado o representante da classe por absoluta falta de conhecimento sobre os fatos envolvidos na causa. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 682. Vide, outrossim, MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 93/94 (sustentando que não faz sentido qualquer investigação acerca das capacidades intelectuais e dos conhecimentos específicos sobre o caso que os representantes da classe detêm ou não, porque na realidade eles não passam de figuras decorativas que não têm influência nenhuma sobre a representatividade coletiva).

<sup>347</sup> Vide MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION. Op. Cit., p. 277 e a decisão proferida no caso *In re Storage Tech. Corp. Sec. Litig.*, 113 F.R.D. 113 (D. Colo. 1986) (considerando inadequados os representantes da classe que deixaram de prestar depoimento e que se revelaram excessivamente passivos para prosseguir vigorosamente na defesa dos interesses da coletividade).

<sup>348</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 498. Segundo a pesquisa de Robert Klonoff, apenas 4 em 763 decisões na Justiça Federal consideraram este fator para denegar a certificação de uma *class action* por falta de representatividade adequada, ao passo que inúmeras outras decisões em sentido contrário entenderam ser irrelevantes tais alegações. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 685.

<sup>349</sup> O precedente *In re Proxima Corp. Securities Litigation* se encontra referido na obra de CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 500.

<sup>350</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 500. Segundo a pesquisa apresentada por Robert Klonoff, apenas uma única decisão de todas as que foram consultadas pelo autor em seu estudo deixava de admitir a *class action* por tal fundamento. Vide KLONOFF, Robert H. The Judiciary's flawed application... Op. Cit., p. 687.

<sup>351</sup> Vide *Kriendler v. Chem. Waste Magmt*, 877 F.Supp. 1140 (N.D.Ill. 1995).

autor por seus descendentes, embora o juiz possa convidar outros membros do grupo a intervir no feito para reforçar a representatividade adequada<sup>352</sup>.

A jurisprudência e a doutrina se encontram divididas, entretanto, no que diz respeito à capacidade financeira do representante. Uma *class action* é um procedimento extremamente oneroso, envolvendo gastos que podem chegar a dezenas ou centenas de milhares de dólares com a produção de provas através da *discovery*, com honorários de peritos e notificações para os membros do grupo. A princípio, se um representante não tiver recursos para suportar todas as despesas, não poderá defender de forma vigorosa os interesses da coletividade e estará suscetível a propostas de acordo desvantajosas. Por isso, sustentam alguns juízes que não se pode representar adequadamente uma classe sem recursos financeiros suficientes para tanto<sup>353</sup>.

Nada obstante, nos Estados Unidos, as *class actions* costumam ser financiadas não pelo representante, mas pelos advogados, ou melhor, pelos escritórios de advocacia, que muitas vezes se associam para suportar as pesadas despesas processuais. As Regras-Modelo de Conduta Profissional (*Model Rules of Professional Conduct*) da *American Bar Association* (ABA), entidade responsável pela disciplina da advocacia naquele país, permitem que os causídicos adiantem todas as despesas processuais, condicionando o ressarcimento apenas a uma vitória na ação ou à celebração de um acordo<sup>354</sup>. Na hipótese de representante hipossuficiente, as despesas poderão ser livremente adiantadas pelo advogado. Dessa forma, ponderam alguns juízes, é a saúde financeira do escritório de advocacia que precisa ser avaliada<sup>355</sup>. Este entendimento predomina na jurisprudência, embora com algumas divergências pontuais.

Uma solução para esta questão, válida especialmente para demandas em que se defendem direitos fundamentais, com pretensões mandamentais e declaratórias – não havendo, portanto, a perspectiva de uma indenização – está em permitir que as despesas processuais sejam suportadas por terceiros, sobretudo por associações interessadas na defesa desses direitos. As Regras-Modelo da ABA permitem tal prática, desde que haja o consentimento da classe, a ser obtido através de seu representante, sob a supervisão do juiz. A Regra 1.8 (f) das Regras-Modelo prevê ainda que não pode haver interferência desses terceiros na independência profissional do causídico.

---

<sup>352</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 503/504.

<sup>353</sup> Vide, entre outros, *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 874 F.2d 1417 (11<sup>th</sup> Cir. 1989), *amend. on den'l reh'ng*, 893 F.2d 293 (11<sup>th</sup> Cir. 1990); *Beal v. Midlothian Indep.*, 2002 WL 1033085 (N.D. Tex. 2002).

<sup>354</sup> Ressalte-se, porém, que alguns estados americanos não adotaram as Regras-Modelo da ABA de 1983, permanecendo com o antigo Código-Modelo de Responsabilidade Profissional de 1969. O antigo Código-Modelo permite ao advogado adiantar as despesas processuais, mas a parte será *sempre* responsável pelo devido ressarcimento. Condicioná-lo à vitória na ação é considerado uma conduta antiética, podendo até mesmo afastar a representatividade adequada do advogado em uma ação coletiva. Vide, por exemplo, *Weber v. Goodman*, 9 F.Supp.2d 163 (E.D.N.Y. 1998) (“*Since Illinois has adopted the ABA’s Model Rule of Professional Conduct 1.8(e), Edelman & Combs’ typical fee arrangement is ethical in Illinois. Because its fee arrangement is considered inappropriate in New York, Edelman & Combs is not an adequate plaintiff counsel, and class certification must be denied on that ground*”).

<sup>355</sup> Vide *Rand v. Monsanto Co.*, 926 F.2d 596 (7<sup>th</sup> Cir 1991) (sustentando que não se pode esperar que o autor gaste toda a sua fortuna em uma ação que muitas vezes lhe trará benefícios econômicos reduzidos); *In re Alcoholic Beverages Litigation*, 95 F.R.D. 321 (E.D.N.Y. 1982) (ênfatisando que os advogados adiantariam as despesas processuais, não havendo razão para investigar as condições econômicas dos autores)

Outras questões têm sido suscitadas pelos demandados ainda em termos de tutela vigorosa dos interesses da classe pelo representante, geralmente mal sucedidas. Alegações de que o autor estaria agindo com propósitos de vingança normalmente costumam ser rejeitadas, por se tratar de afirmação hipotética e especulativa. Em ações propostas em benefício de acionistas, é comum alegar a falta de representatividade adequada porque o objetivo do demandante, na verdade, seria assumir o controle da empresa ré. Embora exista alguma controvérsia, o entendimento predominante é que tal alegação somente será admitida se forem apresentados fatos ou indícios concretos, evidenciando a inadequação do autor para defender em juízo os interesses dos demais acionistas<sup>356</sup>. Dependendo das circunstâncias do caso, a simples mudança de residência do representante para um outro estado também pode ser motivo para que se alegue sua inadequação e incapacidade em acompanhar de perto a ação coletiva, desde que se demonstre o seu desinteresse na condução do processo<sup>357</sup>.

### 3.2 Segunda dimensão quanto ao representante: ausência de conflito de interesses

A presença de um conflito de interesses entre o representante e o grupo constitui a principal justificativa encontrada na jurisprudência para inadmitir *class actions* por falta de representatividade adequada<sup>358</sup>. Como ações coletivas frequentemente envolvem disputas em torno de valores elevados e interesses titularizados por um grande número de pessoas, não é raro que se verifiquem conflitos de interesses, desde a conveniência no ajuizamento da ação até a espécie de tutela processual requerida.

Os conflitos podem se dar de diferentes formas: entre todos os representantes; entre os representantes e todo o grupo; entre um dos representante e apenas uma parcela da classe; entre representantes e advogados; entre o advogado e parte dos representantes e assim por diante. As possibilidades são praticamente inesgotáveis.

Diversas são também as soluções que podem ser adotadas pelo juiz em caso de conflito de interesses: admitir o processamento coletivo apenas de forma limitada a algumas pretensões ou a uma parte do grupo; determinar a formação de subclasses; obrigar a intervenção de novos integrantes do grupo para reforçar a representação da coletividade; assegurar o direito de exclusão (*opt-out*), aliviando as tensões internas ao grupo, ou mesmo inadmitir integralmente a *class action*, caso os antagonismos sejam insuperáveis. Sempre que possível, a ação coletiva deverá ser

---

<sup>356</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 457. Em *William Penn Management Corp. v. Provident Fund for Income, Inc.*, 68 F.R.D. 456 (E.D.Pa. 1975), por exemplo, a corte distrital considerou inadequado o representante porque seu interesse pessoal em assumir o controle da empresa poderia motivá-lo a recusar propostas de acordo que beneficiassem o resto da classe.

<sup>357</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 517.

<sup>358</sup> Vide KLONOFF, Robert H. *The Judiciary's flawed application...* Op. Cit., p. 687 (quase 53% dos casos em que se considerou inadequado o representante foi por ter sido verificado um conflito de interesses).

preservada, pelos menos em parte, quando o conflito se der somente com uma parcela do grupo, mas apenas as circunstâncias concretas indicarão se isto será viável ou não<sup>359</sup>.

Concentrando as atenções sobre a figura do representante, evidentemente não se pode permitir uma *class action* em que seus interesses sejam conflitantes com o grupo, porque isto violaria o devido processo legal. Os interesses dos representantes e da classe devem sempre estar em perfeita sintonia<sup>360</sup>. Isto não significa, entretanto, que devam todos os integrantes do grupo concordar sobre a conveniência na propositura da ação ou a respeito da tese jurídica apresentada. Em *Horton v. Goose Creek Independent School District*, por exemplo, estudantes de uma escola propuseram uma ação questionando procedimentos adotados na busca por tóxicos. Apesar de alguns dos estudantes da escola serem favoráveis à postura adotada na busca por drogas no estabelecimento de ensino, os autores não foram considerados representantes inadequados<sup>361</sup>, pois não se poderia exigir unanimidade de entendimentos em uma ação coletiva.

Da mesma forma, em *Green v. Cady*, o representante de um grupo formado por presidiários foi considerado adequado, ainda que se tivesse alegado na ação coletiva a incapacidade das autoridades carcerárias em assegurar a integridade física dos detentos em brigas envolvendo outros presos, membros do próprio grupo tutelado<sup>362</sup>. De modo semelhante, geralmente não se consideram divergências quanto à estratégia processual como um conflito de interesses, nem como falta de representatividade adequada<sup>363</sup>. Isto não significa, porém, que a discordância do grupo deva ser desconsiderada. Tudo irá depender das circunstâncias do caso concreto, especialmente da extensão do conflito e de sua relação com o objeto do processo e os interesses comuns da classe<sup>364</sup>.

Em certas hipóteses, o conflito de interesses se verifica unicamente entre o representante e o resto da classe. Suponha-se que o demandante de uma ação coletiva proposta em benefício de acionistas seja também um dos diretores da sociedade ré. Neste caso, poderá se verificar facilmente um conflito, especialmente se for possível a responsabilização subsidiária dos diretores<sup>365</sup>. Uma das possíveis soluções em tal caso seria a substituição do autor por outro acionista. Pode ser ainda que o demandante esteja litigando unicamente para satisfazer o seu próprio interesse pessoal ou mesmo esteja de conluio com a parte contrária, em detrimento do grupo. Na maioria dos casos, porém, o

---

<sup>359</sup> Vide os precedentes em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 424/426 e a posição que se sustentou em COMMENT. The class representative... Op. Cit., p. 1140 (conflitos com apenas uma parte do grupo não podem acarretar a inadmissão de toda a ação coletiva). Vide, contudo, NOTE. Class actions: defining the typical and representative plaintiff under subsections (a)(3) and (4) of Federal Rule 23, *Boston University Law Review*, v. 53, 1973, p. 427/428 (a criação de subclasses pode não ser a melhor alternativa em decorrência da necessidade de determinar em qual dos subgrupos cada um dos integrantes da classe original se insere).

<sup>360</sup> Vide KAPLAN, Benjamin. Continuing work of the civil committee: 1966 amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I), *Harvard Law Review*, v. 81, 1967, p. 387, nota 120.

<sup>361</sup> Vide *Horton v. Goose Creek Independent School District*, 677 F.2d 471 (5<sup>th</sup> Cir. 1982)

<sup>362</sup> Vide *Green v. Cady*, 90 F.R.D. 622 (E.D.Wis. 1981).

<sup>363</sup> Vide MARCUS, Richard F.; SHERMAN, Edward F. Op. Cit., p. 296/297, ressaltando os casos em que há divergência de estratégia da maioria dos representados quanto a aspectos fundamentais da *class action*.

<sup>364</sup> Alguns autores propõem que os tribunais levem em consideração outros aspectos. Vide, por exemplo, MILLER, Geoffrey P. Conflicts of interest in class action litigation: an inquiry into the appropriate standard, *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, 2003, p. 581 (propondo que se adote a sistemática do “consentimento hipotético”, ou seja, somente se reconhecerá um conflito de interesses se um autor razoável, ignorando o seu papel dentro da coletividade, não aceitasse a conduta proposta na ação).

<sup>365</sup> Vide precedentes nesse sentido em NOTE. Developments in the law... Op. Cit., p.1497.

conflito é um reflexo direto de tensões internas do grupo, que se encontra dividido em facções mais ou menos definidas por uma diversidade de motivos, que podem ter fundamentos de ordem econômica (receber ou não do réu a maior indenização possível), jurídica (notadamente a espécie da pretensão postulada) ou mesmo na conveniência da propositura de uma *class action* contra o demandado<sup>366</sup>.

O conflito pode surgir também em diferentes momentos, desde o ajuizamento da ação até a distribuição do fundo de indenizações obtido com o êxito da *class action*. Não obstante, conflitos especulativos ou hipotéticos devem ser desconsiderados, sendo apenas debelados quando se tornarem reais e efetivos<sup>367</sup>. Caso se verifique, por exemplo, que os integrantes da classe podem vir a divergir quanto à forma de distribuição de um fundo limitado de recursos indenizatórios, ainda assim será possível admitir a *class action* para apurar coletivamente a responsabilidade do demandado. Na hipótese do grupo prevalecer, então o juiz deverá resolver o problema, aplicando a solução mais apropriada<sup>368</sup>. Por isso, é indispensável que o juiz controle sempre a representatividade adequada e verifique o eventual surgimento de um conflito de interesses durante todo o andamento do processo coletivo.

Normalmente, conflitos não relacionados ao próprio objeto do processo não impedirão a admissibilidade da ação coletiva<sup>369</sup>. No caso *Sunrise Toyota, Ltd. v. Toyota Motor Co.*, por exemplo, alegava-se que um fabricante de veículos estaria prejudicando deliberadamente as vendas das agências de automóveis de Nova Iorque. A alegação do demandado de que existia conflito de interesses entre os integrantes da classe porque eles eram concorrentes foi rejeitada pela corte distrital, visto que, apesar de disputarem o mesmo mercado de comercialização de veículos, os seus interesses eram coincidentes quanto ao objeto do processo<sup>370</sup>. Somente quando se verificar uma repercussão direta dos conflitos extraprocessuais do grupo sobre o objeto da ação é que se poderá impugnar a adequação dos representantes.

A discordância entre os membros do grupo quanto à conveniência da ação coletiva, como visto, nem sempre conduzirá à falta de representatividade adequada<sup>371</sup>. Quando ocorre, porém, profunda divergência entre os integrantes da classe, isto deverá ser levado em consideração<sup>372</sup>. No caso *Alston v. Virginia High School League, Inc.*, em que se questionavam atos supostamente discriminatórios contra estudantes de escolas públicas da Virgínia que competiam em atividades

---

<sup>366</sup> Vide NOTE. Class actions: defining the typical... Op. Cit., p. 418/427.

<sup>367</sup> Nesse sentido, CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 422 e MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. Op. Cit., p. 297.

<sup>368</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 454.

<sup>369</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 435.

<sup>370</sup> Vide *Sunrise Toyota, Ltd. v. Toyota Motor Co.*, 55 F.R.D. 519, 533 (S.D.N.Y. 1972) (“Although on one level all members of the plaintiff class are competitors in the sale of Toyota vehicles within the Region, nonetheless as to the class claims their interests are alike. There is no ground for fear that plaintiff’s interests are antagonistic to those of others in the class as to the subject matter of the case.”).

<sup>371</sup> Vide, porém, NOTE. Class actions: defining the typical... Op. Cit., p. 425, propugnando pela extinção da ação sempre que se verificar oposição dos membros representados.

<sup>372</sup> Vide, contudo, os precedentes trazidos em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 449/450, considerando irrelevantes eventuais divergências neste aspecto.

esportivas, uma pesquisa revelou que a maioria das alunas preferia que a situação permanecesse como estava, indicando forte discordância quanto à pretensão mandamental deduzida<sup>373</sup>.

Eventualmente, até mesmo a indiferença do grupo pode ser um fator contra a admissibilidade da ação coletiva, como se verificou no caso *Liberty Lincoln Mercury, Inc. v. Ford Marketing Corp.*, em que somente um único integrante do grupo interveio no feito após cinco meses do ajuizamento da ação<sup>374</sup>. Na dúvida, todavia, a maioria dos tribunais não reconhece a falta da representatividade adequada nestas circunstâncias. No caso *Larry James Oldsmobile-Pontiac-GMC Truck Co., Inc. v. General Motors Corp.*, por exemplo, apesar de o réu ter apresentado declarações de 65 diferentes agências de veículos manifestando oposição à representação em juízo, a ação foi certificada porque o demandante demonstrou que alguns dos membros ausentes tinham receio de sofrer retaliações do fabricante<sup>375</sup>.

Em caso de controvérsia na conveniência da *class action*, é importante distinguir ações certificadas na subseção (b)(3) das demais, porque o exercício do direito de auto-exclusão (*opt-out*) que somente é previsto nesta categoria da Regra 23, permitirá que os membros dissidentes sejam desvinculados do processo coletivo. Por isso, para ações admitidas nesta categoria, normalmente será mais difícil que se reconheça um conflito de interesses com base neste fundamento<sup>376</sup>.

Divergências quanto à tutela processual pretendida também podem gerar conflito de interesses, especialmente se repercutirem sobre a solvência do demandado<sup>377</sup>. Embora não seja possível exigir a concordância de todos os representados, sob pena de tornar inviável a admissibilidade das *class actions* na grande maioria dos casos<sup>378</sup>, trata-se de circunstância a ser igualmente considerada pelo juiz. Isto acontece, por exemplo, em ações envolvendo membros presentes (que já sofreram o dano), que buscam receber o maior valor possível a título de indenização, e futuros (que já foram expostos a um produto tóxico ou defeituoso, como amianto ou implantes de silicone, mas ainda não desenvolveram doenças, nem outros danos efetivos), que preferem receber indenizações menores, desde que preservada a capacidade financeira do réu para arcar com novos danos que possam vir a aparecer no futuro<sup>379</sup>.

O mesmo se dá quando o representante já não mantém relação jurídica alguma com o réu, enquanto que outros membros ainda têm interesse na sua continuidade. Embora a questão esteja relacionada também com o requisito da tipicidade, em termos de adequação da representação, é preciso verificar se existe um conflito de interesses ou não. Um antigo empregado, franqueado, acionista, segurado, investidor ou revendedor pode querer receber somente a maior indenização possível, ainda que venha a causar a ruína da atividade econômica do réu, ao passo que

---

<sup>373</sup> Vide *Alston v. Virginia High School League, Inc.*, 184 F.R.D. 574 (W.D.Va. 1999).

<sup>374</sup> Vide *Liberty Lincoln Mercury, Inc. v. Ford Marketing Corp.*, 149 F.R.D. 65 (D.N.J. 1993)

<sup>375</sup> Vide *Larry James Oldsmobile-Pontiac-GMC Truck Co., Inc. v. General Motors Corp.*, 164 F.R.D. (N.D.Miss 1996)

<sup>376</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 448.

<sup>377</sup> Vide, entre outros, NOTE. Class actions: defining the typical... Op. Cit., p. 420 e NOTE. Developments in the law... Op. Cit., p.1493.

<sup>378</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 451.

<sup>379</sup> Vide, por exemplo, *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 US 591 (1997) (não foi admitida a aprovação de um acordo envolvendo vítimas presentes e futuras do amianto, entre outros motivos, por existir um conflito de interesses na classe a respeito da tutela pretendida e da forma de distribuição dos fundos disponibilizados a título de indenização).

empregados, franqueados, acionistas, segurados, investidores ou revendedores atuais ficarão mais satisfeitos em pleitear uma ordem judicial para que o ilícito não se repita no futuro<sup>380</sup>. Por outro lado, não se pode ignorar que estas mesmas pessoas que não mantêm relações jurídicas com o réu podem ser ótimos representantes, porque estarão livres de pressões ou de represálias<sup>381</sup>. Somente as circunstâncias de cada caso concreto serão capazes de indicar se existe ou não um efetivo conflito de interesses entre representantes e representados.

A distribuição de fundos de indenização obtidos em uma *class action* também pode ser fonte de conflito de interesses. Membros atuais da classe, por exemplo, podem querer receber logo a maior indenização possível do fundo, ao passo que os membros futuros provavelmente vão preferir preservá-lo para se precaver contra possíveis danos que venham a surgir em um momento posterior<sup>382</sup>. Como discutido, geralmente estes casos não impedem de forma absoluta a certificação de uma ação para processamento coletivo, mas podem provocar graves conflitos quando forem distribuídos os recursos ou mesmo por ocasião da aprovação de um acordo.

### 3.3 Primeira dimensão quanto ao advogado: vigorosa tutela

Recentemente, tem-se verificado certa tendência na jurisprudência em analisar o requisito da representatividade adequada, notadamente quanto à dimensão da vigorosa tutela, na figura do advogado<sup>383</sup>. Isso porque, como já se viu, é o causídico quem toma as decisões mais importantes em uma *class action*: ele é quem formula as pretensões a serem postuladas, quem apresenta os fundamentos jurídicos na ação coletiva, quem negocia os acordos com os patronos da parte adversa, e muitas outras situações que normalmente não passam sequer pela aprovação do representante do grupo, levando alguns autores americanos até mesmo a sugerir sua supressão<sup>384</sup>.

A tendência se reforçou ainda mais com a reforma da Regra 23 aprovada em 2003, passando a se determinar expressamente na alínea (g) que os advogados devem proteger justa e adequadamente os interesses da classe. Na verdade, neste aspecto, a reforma apenas consolidou algumas práticas já adotadas nos tribunais norte-americanos, de maneira que os precedentes anteriores ao ano de 2003 ainda podem ser invocados sem maiores dificuldades<sup>385</sup>.

---

<sup>380</sup> Nesses termos, vide COMMENT. The class representative... Op. Cit., p. 1141/1142; CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 487 e segs.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 605/606.

<sup>381</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 491.

<sup>382</sup> Vide, por exemplo, *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 US 591, 626 (1997) (“*In significant respects, the interests of those within the single class are not aligned. Most saliently, for the currently injured, the critical goal is generous immediate payments. That goal tugs against the interest of exposure-only plaintiffs in ensuring an ample, inflation-protected fund for the future*”) e *Ortiz v. Fibreboard Corp.* 527 US 815 (1999).

<sup>383</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 416.

<sup>384</sup> Vide, por exemplo, BURNS, Jean Wegman. *Decorative figureheads*... Op. Cit., p. 485.

<sup>385</sup> Vide, nesse sentido, o senso crítico de MULLENIX, Linda S. *Taking adequacy seriously*... Op. Cit., p. 1690 (“*In large measure, these new provisions are relatively unimaginative, noninnovative and work to simply codify existing case*”).

Apesar disso, a realidade mostra ser muito difícil questionar a adequação de um advogado<sup>386</sup>. Normalmente, os tribunais presumem a sua capacidade em termos de experiência, competência, ética e até mesmo quanto aos recursos financeiros e logísticos para defender os interesses da coletividade, salvo provas inequívocas em contrário<sup>387</sup>. Em algumas decisões, os juízes tecem detidas considerações a respeito da capacidade do patrono em promover a defesa dos direitos de toda a classe, mesmo sem ter sido suscitada a questão pelo demandado, mas se trata claramente de exceções que apenas servem para confirmar a regra geral<sup>388</sup>.

De todo o modo, a adequação do advogado deve sempre ser aferida em relação a todo o grupo, não apenas quanto ao representante. Assim, ele deve agir na defesa dos interesses da coletividade a todo momento, ainda que venham eventualmente a conflitar com os do representante. Ainda que o número de casos em que se discutiu o assunto não seja expressivo, alguns critérios tem sido utilizados pela jurisprudência para avaliar a adequação do causídico e foram consagrados na Regra 23 (g)(1)(A).

O primeiro critério contido na norma em questão diz respeito ao trabalho do advogado em identificar e investigar as pretensões do grupo. Avalia-se, sobretudo, a qualidade das petições apresentadas, o trabalho investigativo antes e durante o litígio, principalmente na fase da *discovery*, e o cumprimento de prazos pelo patrono da classe. Um advogado que não deduz todas as pretensões pertinentes em uma *class action* pode acarretar graves danos para o grupo. A questão não é simples, porém: pode ser que alguns pedidos não tenham sido apresentados ou a classe seja definida em termos mais restritos somente com o objetivo de facilitar a certificação, sem que isto comprometa a adequação do causídico<sup>389</sup>. Normalmente, não se exige um alto padrão de desempenho, sendo suficiente que se trate de um profissional minimamente competente<sup>390</sup>. Em casos de flagrante inépcia profissional, contudo, a ação pode ser inadmitida inclusive após a sentença<sup>391</sup>, para proteger os interesses dos membros ausentes do grupo.

---

law”) e, ainda, em MULLENIX, Linda S. No exit: mandatory class actions in the new millenium and the blurring of categorical imperatives, *University of Chicago Legal Forum*, v. 2003, 2003, p. 177/178.

<sup>386</sup> Segundo pesquisa empírica apresentada por KLONOFF, Robert H. The Judiciary’s flawed application.... Op. Cit., p. 689/690, o advogado foi considerado inadequado em somente 31 dos 687 casos (4,5% das decisões) em que se enfrentou a questão. A relutância de alguns juízes em emitir avaliações negativas sobre advogados já havia sido detectada pela doutrina desde os primeiros anos após a reforma de 1966. Vide DONELAN, Charles. Op. Cit., p. 536 e COMMENT. The class representative... Op. Cit., p. 1137. Uma das explicações para tal fenômeno, como se poderia imaginar, é o possível desconforto para um julgador emitir juízos de valor a respeito da carreira profissional e atuação dos advogados. Vide, nesse sentido, MULLENIX, Linda S. Taking adequacy seriously... Op. Cit., p. 1701/1702.

<sup>387</sup> Vide, nesse sentido, os numerosos precedentes em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 530/531 (sustentando que a presunção de competência do advogado é apropriada). Vide, entretanto, as críticas de KLONOFF, Robert H. The Judiciary’s flawed application.... Op. Cit., p. 697 (criticando a postura passiva dos juízes).

<sup>388</sup> Vide, por exemplo, *Jerry Enter v. Allied Beverage Group, LLC*, 178 F.R.D. 437 (D.N.J. 1997) (enfrentando a representatividade adequada do advogado de ofício); *Gilmore v. Southwestern Bell Mobile Systems*, 210 F.R.D. 212 (N.D.Ill. 2001) (questionando se o ônus de afastar a representatividade adequada deveria mesmo ser atribuído ao réu); *In re Cardinal Health, Inc. ERISA Litigation*, 225 F.R.D. 552 (S.D.Ohio 2005) (discutindo em várias páginas as qualificações dos advogados)

<sup>389</sup> Vide COMMENT. Preserving adequacy of representation when dropping claims in class actions, *University of Missouri-Kansas City Law Review*, v. 74, 2005, p. 105.

<sup>390</sup> Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and multi-party litigation*.... Op. Cit., p. 57.

<sup>391</sup> Vide *Key v. Gillette Co.*, 782 F.2d 5 (1<sup>st</sup> Cir. 1986) (a ação de classe foi decertificada após o veredito porque o advogado apresentou as testemunhas de forma ininteligível e teve péssimo desempenho no julgamento). Esta hipótese é

Um dos principais aspectos da competência do profissional, que costuma ser destacado na jurisprudência, diz respeito ao momento em que este vem a requerer a admissibilidade da ação coletiva, o que nem sempre será possível por ocasião da petição inicial. Pode ser necessária a produção de alguma prova, por exemplo, para que se investigue a existência de outros indivíduos com pretensões comuns ao demandante. Atrasos injustificados na apresentação do requerimento de certificação podem ser fatais, dependendo das circunstâncias de cada caso<sup>392</sup>.

Os prazos para requerer a certificação podem estar disciplinados em regras locais das cortes distritais ou podem ser fixados pelo juiz da causa. Algumas vezes, o atraso será devido a determinações do próprio julgador ou em decorrência de não se ter completado alguma fase do processo, não podendo a culpa ser imputada ao causídico. Se não se puder aferir de plano qual o motivo do retardamento, o advogado terá que prestar explicações e a razoabilidade de sua justificativa poderá ser decisiva para sua permanência na ação<sup>393</sup>. A ocorrência de fatos fora de seu controle, como sua internação em um hospital, a perda de um familiar ou um incêndio no escritório, normalmente são admitidos. De qualquer maneira, simples atrasos no pedido de certificação, por si só, não são suficientes para que se considere o patrono inadequado, desde que se evidencie que não houve prejuízos para os representados<sup>394</sup>. Em fases mais avançadas do processo, a substituição do causídico pode gerar maiores retardamentos do que a concessão de um novo prazo, devendo o juiz analisar a totalidade da situação<sup>395</sup>.

O segundo e terceiro critérios previstos na Regra 23 se referem à experiência e aos conhecimentos do advogado com ações coletivas, outros procedimentos complexos, com as pretensões deduzidas no processo e a lei aplicável ao caso concreto. Os juízes observam, entre outros aspectos, a experiência, qualificações e reputação do patrono. Alguma experiência com *class actions* e com o direito material invocado são atributos desejáveis, mas não indispensáveis<sup>396</sup>. Jovens advogados podem ser admitidos para defender a coletividade, pois a longevidade na profissão não necessariamente indicará maior habilidade ou conhecimento<sup>397</sup>. Na prática, embora se encontrem decisões que destacam as qualificações dos advogados para justificar sua adequação, dificilmente se leva em conta este fator *contra* os causídicos<sup>398</sup>. Mesmo em casos em que o profissional se revela absolutamente inexperiente e sem conhecimentos técnicos sobre o assunto,

---

excepcional, todavia, na medida em que o réu também tem o direito, pelo menos a princípio, de vincular toda a coletividade a uma sentença de improcedência.

<sup>392</sup> Nesse sentido, vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 543. Vide, entretanto, *McKinnon v. Talladega County, Ala.*, 745 F.2d 1360 (11<sup>th</sup> Cir. 1984) (*class action* mantida mesmo após o advogado não ter cumprido o prazo estabelecido para requerer a certificação, porque este fato não acarreta automaticamente a inadequação do patrono para defender os interesses da coletividade).

<sup>393</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 546.

<sup>394</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 546/547.

<sup>395</sup> Vide *Kramer v. Scientific Control Corp.*, 534 F.2d, 1085, 1094 (3<sup>rd</sup> Cir. 1976) (“*There may be cases that have progressed so far and are so complex that requiring substitution of counsel would substantially delay the termination of the litigation and substantially harm the interests of the class members. In such instances, the district court may allow the litigation to proceed...*”).

<sup>396</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 533.

<sup>397</sup> Vide *Jornson v. Georgia Highway Exp., Inc.*, 488 F.2d 714, 719 (5<sup>th</sup> Cir. 1974) (“*If a young attorney demonstrates the skill and ability, he should not be penalized for only recently being admitted to the bar*”).

<sup>398</sup> Vide *Ikonen v. Hartz Mountain Corp.*, 122 F.R.D. 258 (S.D.Cal. 1988) (ênfatisando que o advogado escreveu obras doutrinárias sobre *class actions* e que seu escritório tinha experiência em tais casos).

geralmente os juízes determinam que ele se associe com outro advogado que possua tais atributos para que a *class action* seja admitida neste aspecto<sup>399</sup>.

O último critério expresso na Regra 23 se refere aos recursos destinados pelo advogado à proteção da classe. Na ausência de delimitação do conceito de “recursos” na norma ou nas notas do Comitê Consultivo responsável pela reforma de 2003, podem aqui ser considerados uma série de fatores: capacidade de o advogado financiar o litígio, adiantando as despesas processuais, principalmente nos estados americanos em que se admite condicionar o ressarcimento a uma vitória na ação; dedicação à causa, revelada pela qualidade do trabalho e pelo pronto cumprimento das determinações judiciais; capacidade de coordenar demandas coletivas e individuais paralelas em outros juízos federais ou estaduais<sup>400</sup>; e, finalmente, os recursos logísticos do escritório, que deverá ser capaz de fornecer auxílio e informações para o grupo.

Evidentemente, *class actions* de âmbito nacional ou interestadual demandarão uma maior estrutura do escritório, que preferencialmente deverá estar estabelecido em vários estados ao mesmo tempo. A prática, contudo, revela que dificilmente os tribunais consideram inadequado um advogado por falta de recursos logísticos. No caso *Walton v. Franklin Collection Agency*, por exemplo, uma ação coletiva que poderia envolver potencialmente centenas de autores, o juiz considerou adequado um único advogado para defender em juízo os interesses de todo o grupo, apesar de o mesmo trabalhar sozinho em seu escritório<sup>401</sup>.

Os critérios previstos na alínea (g) são apenas exemplificativos. Com efeito, existem pelo menos outros dois fatores relacionados ao advogado que costumam ser suscitados com relativa frequência. O primeiro deles é a prática de condutas antiéticas ou mesmo ilegais pelo causídico. Muito embora alguns juízes sejam intolerantes neste aspecto<sup>402</sup>, a maioria dos tribunais dificilmente afasta um advogado por esse fundamento, ainda quando existam sérias preocupações a respeito<sup>403</sup>. No caso *Hawkins v. Comparet-Cassani*, por exemplo, considerou-se infundada a alegação de inadequação do patrono, apesar de o mesmo ter sido suspenso de praticar a advocacia pelo período de um ano<sup>404</sup>. Normalmente, os tribunais determinam que a parte adversa informe a conduta antiética do causídico através dos meios disciplinares próprios ou, ainda, requeira a aplicação das sanções previstas em lei, que podem acarretar a condenação da parte, do advogado ou mesmo do escritório de advocacia em uma multa ou em uma condenação a título de honorários advocatícios e

---

<sup>399</sup> Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* Op. Cit., p. 56.

<sup>400</sup> Vide MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION. Op. Cit., p. 278/279.

<sup>401</sup> Vide *Walton v. Franklin Collection Agency, Inc.*, 190 F.R.D. 404 (N.D.Miss. 2000).

<sup>402</sup> Vide, por exemplo, *Taub v. Glickman*, 1970 WL 210 (S.D.N.Y. 1970) (considerando inadequado o advogado por conduta imprópria, ainda que não tenha cometido nenhuma infração disciplinar); *Weber v. Goodman*, 9 F.Supp.2d 163 (E.D.N.Y. 1998) (considerando inadequados os patronos que adiantaram as despesas do processo e condicionaram o ressarcimento apenas a uma vitória, não sendo permitida tal prática em Nova Iorque). Como observa KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* Op. Cit., p. 57, os tribunais se mostram particularmente intolerantes com advogados que orientam clientes a prestar falso testemunho ou que destroem provas pertinentes ao processo. Vide, nesse mesmo sentido, embora enfatizando o requisito sobre os representantes, não em relação ao advogado, *Kaplan v. Pomerantz*, 132 F.R.D. 504 (N.D.Ill. 1990) (ação inadmitida por terem os autores prestado falso testemunho, ainda que a respeito de fatos sem maior relevância para a tutela coletiva).

<sup>403</sup> Segundo a pesquisa de KLONOFF, Robert H. *The Judiciary's flawed...* Op. Cit., p. 692, somente em 3 de 687 decisões se considerou inadequado o advogado pela prática de conduta antiética ou ilegal.

<sup>404</sup> Vide *Hawkins v. Comparet-Cassani*, 33 F.Supp.2d 1244 (C.D.Cal. 1999).

despesas processuais<sup>405</sup> em favor da parte contrária. A eventual aplicação das penalidades cominadas na Regra 11, porém, não implica automaticamente o afastamento do advogado em uma *class action*<sup>406</sup>.

Um outro fundamento que costuma ser invocado pelos demandados e não se encontra previsto na alínea (g) da Regra 23 diz respeito ao completo desconhecimento do representante a respeito dos fatos da causa. Embora tal questão também possa ser considerada inadequação do próprio representante, alguns juízes entendem que, em tais hipóteses, foi o advogado quem falhou no dever de orientar seu cliente<sup>407</sup>. Na realidade, a ação acaba sendo conduzida apenas pelas decisões do próprio causídico, sem a supervisão do representante (*lawyer driven class action*). Um exemplo disso se encontra no caso *Wein v. Master Collectors, Inc.*, no qual se considerou inadequado o advogado porque o autor não teve a oportunidade de rever a petição inicial, nem sabia onde havia sido originalmente proposta a ação<sup>408</sup>.

A improcedência da ação coletiva, por si só, não demonstra inadequação do advogado. Ainda que haja vigorosa tutela, a coletividade poderá sair derrotada na *class action*, até porque a coisa julgada no modelo americano atinge a todos os integrantes do grupo independentemente do resultado, ressalvada a hipótese de auto-exclusão. Por outro lado, embora deixar de recorrer contra uma sentença de primeira instância possa ser considerado indício de representação ineficaz<sup>409</sup>, isto também não é suficiente para afastar o advogado da ação por dois motivos. Primeiro, porque seria um incentivo para que nunca se recorresse de sentenças de improcedência, desvinculando a coletividade e abrindo caminho, por via transversa, para o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, rechaçado do direito norte-americano após a reforma de 1966. Segundo, porque isto obrigaria os advogados a interpor recurso mesmo que destituídos de fundamento, contrariando os princípios mais básicos da economia processual.

### 3.4 Segunda dimensão quanto ao advogado: ausência de conflito de interesses

Os altos valores frequentemente envolvidos em uma *class action* podem resultar em conflitos de interesses entre o advogado e a coletividade. Como já discutido, as despesas em uma ação coletiva podem ser enormes, principalmente com a investigação dos fatos na fase da *discovery* e a notificação dos membros ausentes, chegando à casa dos milhares ou mesmo dos milhões de dólares. O incentivo do advogado em financiar o litígio está na perspectiva de uma recompensa ao final do processo em caso de vitória ou acordo, quando serão ressarcidas as despesas adiantadas e recebidos

---

<sup>405</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 536/537.

<sup>406</sup> Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 537.

<sup>407</sup> Vide KLONOFF, Robert H. *Class actions and multi-party litigation...* Op. Cit., p. 57.

<sup>408</sup> Vide *Wein v. Master Collectors, Inc.*, 1995 WL 550475 (N.D.Ga. 1995).

<sup>409</sup> Vide *Gonzales v. Cassidy*, 474 F.2d 67 (5<sup>th</sup> Cir. 1973).

os honorários advocatícios, normalmente no valor de um terço da condenação ou do valor ajustado no acordo. Esta prática é conhecida nos Estados Unidos como *contingency fee*<sup>410</sup>.

Uma das peculiaridades do direito americano é que cada parte deve arcar com os honorários do advogado que contratou, independentemente do resultado do processo. A parte vencida não paga honorários de sucumbência, ao contrário do que se verifica no processo civil brasileiro<sup>411</sup>. A ação se transforma então em um verdadeiro investimento para o profissional, que financia seus processos e trabalha neles a fim de maximizar o valor obtido por seus clientes e, conseqüentemente, seus próprios honorários. A postura nitidamente empresarial assumida por alguns escritórios dá origem ao que se chama de advocacia empreendedora (*entrepreneurial advocacy*).

Apesar de existir certa relação de parceria entre os representados e o advogado, o caráter empreendedor da advocacia americana pode gerar conflitos de interesses. Em primeiro lugar, imagine-se uma *class action* com pedidos indenizatórios e injuntivos, admitida apenas em parte, quanto ao segundo pedido. Ou suponha-se que o interesse principal da coletividade não é pecuniário, mas sim obter uma declaração ou uma ordem mandamental. Em tais hipóteses, o advogado pode simplesmente deixar de promover a vigorosa tutela dos interesses do grupo, quando não tiver a perspectiva de receber os honorários que pretendia, ou mesmo submetê-los a seus interesses pessoais, deixando em segundo plano o pedido de natureza mandamental.

Mesmo em ações indenizatórias, o conflito de interesses pode surgir, devido à regra de que o vencido não paga honorários de sucumbência. Em algumas *class actions*, o demandado paga um montante alto, normalmente formando um fundo de recursos, a ser distribuído pelos membros da classe. O problema é que o advogado costuma retirar desse montante um percentual, a título de ressarcimento das despesas e honorários. Em alguns casos, sobretudo quando as pretensões individuais são de valor reduzido, o valor que caberá ao advogado pode praticamente esgotar os recursos obtidos na ação ou inviabilizar um acordo satisfatório com o réu<sup>412</sup>.

O caso paradigmático sobre o tema é *Kamilewicz v. Bank of Boston*. Na espécie, uma ação coletiva havia sido ajuizada anteriormente na justiça do estado do Alabama, sendo pouco depois aprovado um acordo com o banco réu, em que o mesmo concordava em restituir os valores cobrados indevidamente de seus correntistas. O problema é que se autorizou no acordo que o banco descontasse um total de US\$ 8,5 milhões de seus clientes para pagar os honorários dos advogados que defenderam o grupo. Ao final, a maioria dos membros ausentes ficou no prejuízo, porque o desconto realizado era maior do que a restituição obtida. Um dos clientes, que teve descontado de sua conta US\$ 91,33 para ganhar apenas US\$ 2,19, ajuizou uma ação na Justiça Federal contra o Bank of Boston e os advogados do grupo na *class action* em que se celebrou o acordo. Nada

---

<sup>410</sup> Sobre a *contingency fee*, vide, entre outros, KRITZER, Herbert M. The wages of risk: the returns of contingency fee legal practice, *DePaul Law Review*, v. 47, 1998, p. 267.

<sup>411</sup> Esta particularidade quanto à distribuição dos honorários advocatícios é conhecida como *American Rule*. A regra americana se diferencia de quase todos os demais ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil. Sobre o assunto, entre outros, JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 5 ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 51; HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 96.

<sup>412</sup> Vide JAMES JR., Fleming *et alii*. Op. Cit., p. 665.

obstante, a ação proposta por este cliente foi extinta porque se considerou impossível rever uma decisão transitada em julgado da justiça estadual do Alabama<sup>413</sup>.

Muitas vezes, o conflito de interesses entre o advogado e a classe somente se instaura no momento das negociações de um acordo. Por um lado, o causídico pode querer receber logo a sua parte e celebrar acordos precipitados ou desvantajosos para o grupo, frequentemente obtendo vantagens ínfimas para o grupo em troca de vantajosos honorários<sup>414</sup>. Por outro lado, o patrono pode querer litigar a causa por mais tempo somente para aumentar a pressão sobre o demandado e o poder de barganha, trazendo riscos desnecessários para a classe, aumento de despesas processuais e até mesmo uma compensação inferior no final para a coletividade.

Por vezes, o conflito do advogado com uma parcela da coletividade é apenas reflexo das tensões internas do próprio grupo representado. Em *Ortiz v. Fibreboard*, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrou certa preocupação com o fato de as vítimas presentes e futuras dos efeitos à exposição do amianto estarem representadas pelos mesmos profissionais<sup>415</sup>. Como já se viu acima, a eventual disputa entre membros presentes e futuros é resultado de um conflito de interesses dos próprios representados, principalmente quanto à tutela processual pretendida, que pode se refletir sobre os representantes e os advogados.

Uma questão controvertida na jurisprudência americana é se o advogado pode ser ao mesmo tempo um dos membros do grupo ou, melhor dizendo, se uma mesma pessoa pode ser representante e patrono da coletividade. Embora não se questione a viabilidade da postulação em causa própria nas ações individuais, o mesmo não ocorre em uma *class action*, onde estão em jogo também os interesses dos membros ausentes. Nestes casos, considera-se importante que o representante controle as decisões tomadas pelo advogado, para que a demanda não se transforme numa verdadeira *lawyer-driven suit*, correndo o risco de os direitos transindividuais ficarem submetidos a interesses particulares do causídico. Por este motivo, o entendimento majoritário dos tribunais é pela inadmissibilidade de cumulação das funções de representante e advogado, que devem necessariamente repousar sobre pessoas distintas<sup>416</sup>.

Nesse mesmo sentido, encontram-se precedentes jurisprudenciais inadmitindo que os representantes e advogados sejam pessoas muito próximas entre si, como marido e esposa<sup>417</sup>, pai e filho, tio e sobrinho, amigos próximos<sup>418</sup> ou até mesmo quando já atuaram em parceria em outras ações no passado<sup>419</sup>, sendo sócios de fato. Da mesma forma, se o representante é empregado do

---

<sup>413</sup> Vide *Kamilewicz v. Bank of Boston*, 92 F.3d 506 (7<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>414</sup> Vide, entre outros, NOTE. In-kind class action settlements, *Harvard Law Review*, v. 109, 1996, p. 810 e JAMES JR., Fleming *et alii*. Op. Cit., p. 665.

<sup>415</sup> Vide *Ortiz v. Fibreboard*, 527 U.S. 815, 856 (1999) (“*First, it is obvious after Amchem that a class divided between holders of present and future claims (some of the latter involving no physical injury and attributable to claimants not yet born) requires division into homogeneous subclasses under Rule 23(c)(4)(B), with separate representation to eliminate conflicting interests of counsel.*”)

<sup>416</sup> Vide, por exemplo, *In re Hotel Telephone Charges*, 500 F.2d 86 (9<sup>th</sup> Cir. 1974); *Bachman v. Pertschuk*, 437 F.Supp. 973 (D.D.C. 1977).

<sup>417</sup> Vide, entre outros, *Turoff v. May Co.*, 531 F.2d 1357 (6<sup>th</sup> Cir. 1976).

<sup>418</sup> Vide *London v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 340 F.3d 1246 (11<sup>th</sup> Cir. 2003).

<sup>419</sup> Vide *Jaroslawicz v. Safety Kleen Corp.*, 151 F.R.D. 324 (N.D.Ill. 1993).

patrono, presume-se não haver independência suficiente para que controle efetivamente a atuação do causídico. O que importa, para a maioria dos tribunais, é se o representante tem condições de supervisionar as decisões do advogado ou não, devendo ser analisadas as circunstâncias de cada caso concreto. Isso justifica decisões como em *Fetcher v. HMW Industries*, em que um advogado foi considerado inadequado simplesmente porque, apesar de nem mesmo figurar como representante, era um membro muito influente sobre o restante do grupo<sup>420</sup>. A questão, entretanto, está longe de ser pacífica. Alguns juízes e autores defendem a possibilidade de cumulação das funções em maior ou menor extensão<sup>421</sup>, enquanto que outros sustentam até mesmo a completa supressão da figura do representante, entregando a defesa do grupo unicamente nas mãos dos advogados<sup>422</sup>.

Dentro da realidade americana, parece desejável que representantes e patronos sejam pessoas diferentes pelos fundamentos já expostos, mas não se pode proibir em termos peremptórios esta alternativa. Imagine-se, por exemplo, uma *class action* em que se questione uma determinada lei tributária onerando indevidamente a prestação de serviços advocatícios. Em tese, todos os advogados poderiam ser incluídos na classe nesta hipótese, sendo impossível exigir que o patrono fosse alguém não interessado diretamente no resultado da demanda. Este é apenas um exemplo para mostrar que, embora indesejável, a cumulação de funções não pode ser descartada de plano.

#### 4. Considerações finais

O controle judicial da representatividade adequada, embora deva ser admitido nas ações coletivas brasileiras, entre outras dificuldades examinadas, esbarra na falta de critérios claros e precisos para que o magistrado possa aferir a adequação do legitimado para defender em juízo os interesses da coletividade.

O objetivo do presente estudo consistiu em apresentar um panorama do instituto nos Estados Unidos, país em que o controle da adequação do representante pelo juiz já se encontra razoavelmente consolidado, após décadas de experiência, na jurisprudência e, em certa medida, também nas *Federal Rules of Civil Procedure*.

Elaborar uma proposta mais consistente e afinada com o direito brasileiro sobre os critérios de aferição da representatividade adequada extrapolaria os estreitos limites deste trabalho. Nada obstante, é necessário destacar pelo menos quatro circunstâncias que exigiriam maior reflexão em um estudo mais aprofundado sobre o assunto: a) no Brasil, não se contemplou a possibilidade de que pessoas físicas ingressem em juízo com ações coletivas; b) não se vislumbra, no direito

---

<sup>420</sup> Vide *Fetchter v. HMW Industries*, 117 F.R.D. 362 (E.D.Pa. 1987).

<sup>421</sup> Vide, nesse sentido, CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. Op. Cit., v. 1, p. 524/528 (minimizando os possíveis conflitos de interesses e sustentando a possibilidade de cumulação das funções).

<sup>422</sup> Vide BURNS, Jean Wegman. *Decorative figureheads...* Op. Cit., p. 185 e MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Op. Cit., p. 58.

brasileiro, a possibilidade de o juiz determinar que a coletividade seja defendida por um advogado específico, diferente do profissional constituído pelo legitimado para propor a ação coletiva; c) não existe, no direito brasileiro, um modelo de advocacia empreendedora que se assemelhe ao dos Estados Unidos, o que torna bem menos provável a ocorrência de conflitos de interesses entre o profissional que atua na ação coletiva e o grupo; d) a celebração de acordos nas ações coletivas brasileiras não apresenta, nem de longe, o destaque que possui nas *class actions* norte-americanas, especialmente devido às severas restrições para a negociação de interesses metaindividuais, considerados indisponíveis.

Espera-se, de todo modo, que o presente estudo tenha contribuído positivamente para uma compreensão mais aprofundada da representatividade adequada.