

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Maíla Lúcia Leal de Oliveira

**O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA NO DIREITO BRASILEIRO: A UTILIZAÇÃO DO
PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DA CONCEPÇÃO DO DIREITO
ACHADO NA RUA COMO PARÂMETROS.**

JUIZ DE FORA

2014

MAÍLA LÚCIA LEAL DE OLIVEIRA

**O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA NO DIREITO BRASILEIRO: A UTILIZAÇÃO DO
PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DA CONCEPÇÃO DO DIREITO
ACHADO NA RUA COMO PARÂMETROS.**

Monografia apresentada pela discente Maíla Lúcia Leal de Oliveira como trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza.

Juiz de Fora

2014

MAÍLA LÚCIA LEAL DE OLIVEIRA

**O CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA NO DIREITO BRASILEIRO: A UTILIZAÇÃO DO
PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E DA CONCEPÇÃO DO DIREITO
ACHADO NA RUA COMO PARÂMETROS.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para
a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza- Orientadora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Karol Araújo Durço

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. João Becon de Almeida Neto

Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2014

Aos meus pais, pelo cuidado e amor.

Aos meus irmãos, pelo apoio e carinho.

Aos meus amigos, pelos maravilhosos momentos que tivemos juntos.

“Quando abrir a porta e assomar à escada, saberei que lá embaixo começa a rua; não a norma já aceita, não as casas já conhecidas, não o hotel em frente; a rua, a floresta viva onde cada instante pode jogar-se em cima de mim”.

(CORTÁZAR, Julio. Histórias de Cronópios e de Famas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994)

RESUMO

A presente monografia se destina à análise do instituto da representatividade adequada sobre o viés do princípio democrático e da perspectiva da teoria do “Direito achado na rua” como elementos interpretativos para uma melhor contribuição para a defesa dos direitos coletivos, isto é, buscar-se-á demonstrar de que modo o processo pode torna-se um canal legítimo (democrático) para a propositura dos referidos direitos. Neste sentido, como forma de demonstrar o raciocínio jurídico e as vertentes doutrinárias para uma melhor compreensão do tema, o estudo abordará mediante revisão bibliográfica, a importância que o instituto pode vir a ter para o ordenamento pátrio, servindo de norte para denunciar o compromisso do Estado-Juiz em agir de modo coerente e fundamentado ao eleger os representantes que refletirão no caso *in concreto* às demandas dos sujeitos coletivos. Logo, verificar-se-á a viabilidade de uma hermenêutica voltada para preservar o acesso à justiça, bem como dos demais princípios conformadores do direito processual como, por exemplo, o devido processo legal e, assim, promover no meio social as efetivas mudanças que se esperam de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Representatividade adequada, princípio democrático, teoria do “Direito achado na rua”, hermenêutica, princípios processuais.

ABSTRACT

This monograph is intended to analyze the institution of adequate representation on the democratic principle and the perspective of the theory of " law found in the street " as interpretative for better contribution to the collective rights elements , ie the bias , pick up will show how the process can become a legitimate channel (democratic) to the filing of such duties. In this sense, as a way to demonstrate the legal reasoning and doctrinal aspects for a better understanding of the topic, the study will focus upon literature review, the importance that the institute can come to have for the paternal system, serving from north to denounce the obligation of Judge - State to act in a coherent and reasoned to elect representatives who reflect the case in concrete demands of collective subjects . Soon, there will be - the feasibility of a hermeneutics aimed to preserve access to justice, as well as other conformers principles of procedural law , for example , due process and thereby promote the social environment that the changes effective expected of a democratic state.

Keywords: Adequate Representation, democratic principle, theory of " law found in the street ", hermeneutics, procedural principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2 O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	10
2.1 A TEORIA DO DIREITO ACHADO NA RUA: CONCEPÇÃO DE DIREITO E HERMENÊUTICA.....	14
3 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE O CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	18
3.1“ <i>A LEGITIMACY OF REPRESENTATION À MODA BRASILEIRA</i> ”.....	25
4. DA NECESSIDADE DE ABERTURA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PROCESSOS COLETIVOS BRASILEIROS.....	36
5. CONCLUSÃO.....	42
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

1. Introdução

Dentre os pontos de estudo na temática de processos coletivos que ganham diuturno destaque nas vias acadêmicas, especialmente em razão de demandarem a quebra de paradigmas do processo tradicional, está a legitimidade. Nesse particular, a maior parte dos trabalhos publicados estuda, praticamente à exaustão, a natureza da legitimidade (ordinária ou extraordinária), a extensão dos poderes dos legitimados legais (como o Ministério Público e as associações), sempre rememorando a classificação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como dialogando com aspectos relacionados à extensão subjetiva da coisa julgada em razão da legitimidade coletiva.

Todavia, neste estudo, buscar-se-á, o apontamento de um tema de grande relevância, mas com enfoque distinto daquele usualmente trabalhado ao se tratar da legitimidade ativa, sem, portanto, analisar de forma pormenorizada o instituto. Tratar-se-á, no que se refere à legitimidade para agir no processo coletivo, de um aspecto diferenciador: o controle judicial da representatividade adequada à luz do princípio democrático e da perspectiva da teoria do “Direito achado na rua”. Deixar-se-á, portanto, de apontar os casos em que cada legitimado terá possibilidade de atuação ou temas como a natureza jurídica da legitimidade e se focará na busca de uma hermenêutica propícia a legitimar a atuação do magistrado ao eleger os representantes mais aptos e adequados na consolidação dos direitos.

O tema se justifica, em primeiro lugar, pela sua dimensão geral, isto é, a dos processos coletivos, faceta de certo modo nova no ordenamento brasileiro, visto seu estudo ter aqui se iniciado com mais rigor há pouco mais de três décadas. Até então, os direitos coletivos, espécies de direitos protegidos por processos coletivos, eram muito poucos analisados, tinham pífia legislação voltada à sua defesa e eram minimamente trazidos à apreciação do Judiciário, de forma que não eram quase defendidos.

Atualmente, não existem dúvidas de que os processos coletivos podem ser instrumentos muito importantes para a pacificação dos conflitos de maneira generalizada, garantindo, ao mesmo tempo, o acesso à justiça, mas sem atolar a máquina judiciária, porque proporcionam a solução molecular de uma série de controvérsias, que poderiam ser submetidas ao Judiciário de forma individual e fragmentada. Ressalta-se, inclusive, um importante aspecto, que deve sempre ser

buscado para poder afirma-se a sua eficiência, que é a redução da sua litigiosidade futura, o que qualquer ordenamento jurídico almeja.

Assim, buscar-se-á, neste estudo, não só analisar a questão à luz da lei posta, mas também do que dispõe o princípio democrático e a teoria do “Direito achado na rua”, tendo-se como métodos para tal análise, o jurídico-descritivo e o jurídico-propositivo com base em revisão bibliográfica.

Para o desenvolvimento desse propósito, este trabalho foi dividido em três partes. Na primeira busca-se fazer uma análise do processo coletivo com fulcro no princípio democrático e na perspectiva da teoria do “Direito achado na rua” demonstrado a importância do processo como um instrumento legitimador para o desenvolvimento de uma democracia participativa.

Dedicou-se a segunda parte à definição e estudo do seu objeto central, a representatividade adequada, no qual se ateu apenas a pretensões gerais, ressaltando as peculiaridades e diferenças entre os sistemas norte-americano e brasileiro.

Por fim, a última parte dedicou-se a uma breve reflexão sobre a atuação do magistrado ao se aplicar no ordenamento pátrio o instituto da representatividade adequada tendo-se a teoria do “Direito achado na rua” como embasamento hermenêutico.

Além disso, a intenção é também fazer críticas, sempre com o objetivo de desenvolver o instituto, pois, via de regra, os interessados não são os autores da ação coletiva, mas, sim, o autor é um terceiro que os representa e deve fazê-lo de maneira adequada, a fim de garantir-lhes a correta defesa de seus direitos.

2. O processo coletivo como instrumento de democracia participativa.

Com a evolução e consolidação dos chamados direitos fundamentais de terceira geração, cujo escopo maior é a proteção da coletividade, o processo civil, até então prevalentemente individualista, revelou-se insuficiente para a tutela de tais direitos. Tornou-se, portanto, necessária uma concepção autônoma de processo coletivo, cuja finalidade seria assumir o papel de concretização dos direitos fundamentais, e por este papel, convertendo-se em um instrumento de democracia participativa.

As demandas da sociedade civil, dada a sua grande complexidade, precisam de um instrumento processual prático e eficaz, mas também de nascimento próprio das vias de insurreição da sociedade. Dessa forma, atendidos os anseios coletivos, realiza-se um acesso à justiça de proteção de interesses abrangentes, onde a função social do direito é feita de forma ampla e econômica.

Problemas como acesso à educação, a saúde, violência contra a mulher, ordenação do espaço urbano, preservação do meio ambiente, concretização dos direitos da criança e do adolescente, bem como dos idosos, entre outros, são objetos potenciais de tutela coletiva e que, através desta, podem ter seus interesses melhor protegidos em um processo apenas. Imagine-se assim o número de problemas com os quais convivem os brasileiros, situações essas que poderiam ser resolvidas se a Justiça assumisse com mais prontidão e pertinência os interesses coletivos. A sociedade teria seus interesses defendidos com menos ações e mais beneficiados.

Todavia, ao atribuir o papel de protagonista da defesa de interesses metaindividuais afirmativos a um número reduzidos de legitimados conforme o rol estabelecido na lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, o Estado anula a representatividade daqueles entes mais próximos dos problemas e, portanto, mais aptos a deduzir a pretensão coletiva para proteção dos interesses sociais em questão, marginalizando, assim, a implantação e efetivação dos verdadeiros anseios da sociedade.

Portanto, a implementação por meio judicial dos direitos sociais não deve esperar apenas pela análise e atividade dos entes protecionistas ligados ao Estado, tais como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público e demais órgãos estatais. O ideal seria estimular e controlar a atividade dos órgãos intermediários - associações, sindicatos, partidos políticos, mediante a análise da representatividade adequada. Com isso aos órgãos públicos restaria, como principal função, a tutela

daqueles direitos para cuja identificação e defesa não fossem imprescindíveis à proximidade dos grupos ou coletividades, bastando à aptidão técnica e a vocação institucional.

Assim, o Poder Judiciário, junto com outras instituições e entes diversos, por meio de amplo diálogo e profunda investigação probatória, analisarão os fatos relevantes e protagonizarão a elaboração da justiça no caso concreto. Nesse sentido, o processo pode ser um meio não apenas de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas um instrumento facilitador e viabilizador da *participação* dos cidadãos na reivindicação desses direitos. Marinoni assim complementa:

Não basta pensar em direito de defesa, direito de proteção ou mesmo estabelecer direitos sociais. É também necessário conferir aos cidadãos a possibilidade de participação na vida social – por meio de canais legítimos – para que os direitos sejam realmente respeitados pelo Poder Público e pelos particulares. (MARINONI, 2008, p.77-78)

Para Grinover, uma consequência do processo coletivo, é tornar eficaz a participação democrática, *in verbis*:

Por sua vez, a participação mediante a justiça significa a própria utilização do instrumento processo como veículo de participação democrática. Concretiza-se ela, exatamente, pela efetiva prestação da assistência judiciária e pelos esquemas da legitimação para agir. De modo que a questão do acesso à ordem jurídica justa, no plano processual, se insere no quadro da democracia participativa, por intermédio da participação popular pelo processo. (GRINOVER, 1998, p.116)

A tutela dos interesses coletivos difere da tutela individual, pois aquela é meio potencializador das mudanças sociais. Segundo Pierson (*apud* ROSA, 2004, p.76), estas transformações se processam “na sua forma mais eficiente”, através de movimentos sociais, como de multidões, ressurgimentos religiosos e linguísticos, moda, reforma, revolução, reproduzindo afinal novas instituições.

As ações coletivas têm, em geral, duas justificativas atuais de ordem sociológica e política: a primeira, mais abrangente, revela-se no princípio do acesso à justiça; a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processual. Segundo Didier e Zaneti Jr., as motivações sociológicas são:

o aumento das ‘demandas de massa’ instigando uma ‘litigiosidade de massa’, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. (DIDIER E ZANETI JR., 2008, p.37)

Sob este ponto, o tema acesso à justiça, apontado hodiernamente como uma das garantias fundamentais dos cidadãos no Estado Democrático de Direito, ganha total relevância ao se tratar dos direitos em sentido coletivo. Em livro publicado, Francisco das Chagas Lima Filho (apud, SOUZA JUNIOR, 2008, p.154) defende o acesso à justiça como um direito de caráter fundamental a uma ordem justa, não estando limitado ao simples acesso à jurisdição e ao processo. De fato, o autor procura demonstrar que o efetivo acesso da população à justiça depende essencialmente da mudança de postura de todos os envolvidos no sistema de distribuição de justiça, passando por modelo de desenvolvimento econômico-social voltado para os anseios da população e que seja capaz de eliminar as demandas sociais.

Com isso, observa-se que em torno do princípio existem considerações muito mais profundas que necessitam ser averiguadas pelo Estado-Juiz. Assim afirma Boaventura de Sousa Santos:

Acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. (SANTOS, 1993, p.114)

Portanto, e com razão, Boaventura (2007, p. 31) sugere que a estratégia mais promissora do acesso à justiça está na “procura dos cidadãos que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para reivindicá-los quando violados”. Se essa procura for considerada, diz o sociólogo português, o resultado será “uma grande transformação do judiciário”.

Já dentre as motivações políticas apontam Didier e Zaneti Jr:

A redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana; a maior previsibilidade e segurança jurídica. (DIDIER. e ZANETI JR., 2008, p. 37)

É nítido observarmos que num momento de grande crescimento das relações sociais como vem ocorrendo na contemporaneidade, evitar-se decisões contraditórias deve ser considerado como um dos objetivos da tutela coletiva, pois o julgamento unitário do que seria vários processos individuais atinge consideravelmente um dos corolários da Constituição que é a igualdade entre os cidadãos. Portanto, não se pode pensar em realização da justiça para apenas uma parcela da população ou para apenas parte dos integrantes de um grupo, pois acarretará um desequilíbrio social, prejudicando a classe que a ação coletiva objetiva proteger.

Continuam os renomados autores processualistas, explicando que o direito contemporâneo tem o cunho pós-positivista e principiológico, realidade na qual se exige uma nova postura da sociedade em relação aos direitos, reconhecendo que a “visão dos consumidores do direito e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário” (DIDIER e ZANETI JR., 2008, p. 37).

Tais afirmações confirmam o bom papel de acessibilidade que exerce o processo coletivo. Ademais, advogam a tese no sentido de maximalizar a representação coletiva, para o fim de inserir, sem limitações, num debate judicial amplo, representantes da própria classe carecedora de proteção, concedendo-lhes, assim, a possibilidade de participação na efetivação de seus interesses coletivos, de maneira direta e independente das vontades dos agentes políticos, dotados de interesses mais formais do que substanciais. Regata-se, assim, a missão do processo como meio e palco democrático de luta para efetivação de políticas afirmativas, em razão da crise e muitas vezes da omissão dos setores responsáveis.

Sobre o assunto, válido transcrever os ensinamentos de Wolkmer:

A capacidade transformadora da “vontade coletiva” comunitária, evadindo-se dos arranjos parlamentares representativos e dos influxos cooptativos do Estado, desloca os critérios de legitimidade da representação formal (delegação/mandato) para modalidades plurais que medeiam entre a participação autônoma e a representação popular de interesses. (WOLKMER, 2001, p.140)

Logo, a crença de que o Judiciário, no contexto atual, pode exercer uma importante função ativa para se buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, entre eles, o coletivo, com base apenas na previsão legal dos legitimados na lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, é insuficiente e, por vezes, inadequada. Apesar de o processo poder funcionar como um instrumento de

participação popular, no qual insere os sujeitos dentro de um poder de reivindicação, possibilitando a eles o acesso à justiça, tal pensamento, por si só, não atinge resultados no meio concreto sem que também haja um agir hermenêutico e que evite embaraços procedimentais, refletindo os verdadeiros anseios sociais perquiridos pelos sujeitos coletivos.

2.1 A Teoria do “Direito achado na rua”: concepção de Direito e hermenêutica.

Após fazer esse caminho para compreender a relevância do processo para as demandas sociais, é visto que o maior objetivo do ente estatal como Estado-Juiz é promover uma análise constante de sua atuação no exercício da atividade jurisdicional, ou seja, exige-se um agir interpretativo, isto é, com base no dispositivo legal para se enquadrar corretamente os legitimados para promover o devido papel no processo de criação e afirmação de direitos.

O "Direito achado na rua", expressão em cuja nascente se encontra o brilhante ideário de Roberto Lyra Filho na sua obra “O que é o Direito” (1982), emerge do pluralismo jurídico na medida em que nasce não do ventre do Estado, mas do clamor dos oprimidos e das práticas dos novos sujeitos sociais.

Dessa forma, urge que a rua seja vista não como mero espaço físico, mas como o espaço simbólico por intermédio do qual os indivíduos se convertem em coletividade; é nela que surge um povo que vocifera por seus próprios anseios; sendo o palco das organizações populares, o espaço fértil às mobilizações e aos clamores desses, no qual, mediante processo histórico se busca justamente definir novas categorias jurídicas a partir das reiteradas práticas sociais inovadoras e propagadoras de novos direitos.

Portanto, o Direito, segundo o entendimento de Roberto Lyra Filho deve ser compreendido como um modelo de legítima organização social da liberdade:

[...] o direito se faz no processo histórico de libertação enquanto desvenda precisamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos (isto é, atendendo ao ponto atual mais avançado de conscientização dos melhores padrões de liberdade em convivência), quanto produtos falsificados (isto é, a negação do direito do próprio veículo de sua efetivação, que assim se torna um organismo canceroso, como as leis que ainda por aí representem a chancela da

iniquidade, a pretexto da consagração do direito). (LYRA FILHO, 1986, p.312)

De fato, é assim que, Marilena Chauí (*apud* SOUZA JUNIOR, 2008, p. 118), nos seus estudos põe em relevo o sentido dialético da apreensão feita por Lyra ao afirmar que o Direito é um processo histórico, nascido na rua, no clamor dos espoliados. Logo, procura demonstrar que tal processo permite melhor perceber as contradições entre as leis e a justiça e abrir a consciência tanto quanto a prática para a superação dessas contradições, o que significa abrir o Direito para a História e, nessa ação, para a política transformadora. Não por acaso, ela vê, nessa apreensão, o resgate da “dignidade política do direito”. Em Lyra Filho esse processo é descrito do seguinte modo:

O processo social, a História, é um processo de libertação constante (se não fosse, estávamos, até hoje, parados na história, numa só estrutura sem progredir); mas, é claro, há avanços e recuos, quebras do caminho, que não importam, pois o rio acaba voltando ao leito, seguindo em frente e rompendo as represas. Dentro do processo histórico, o aspecto jurídico representa a articulação dos princípios básicos da Justiça social atualizada, segundo padrões de reorganização da liberdade que se desenvolvem na luta social do homem. (LYRA FILHO, 1982, p.124)

Tal luta social do homem, conforme o entendimento de Luiz Fernando Coelho, baseia-se em dois elementos centrais: a liberdade e a legitimidade. Quanto a esta última, afirma:

A legitimidade do direito, enfim, não pode instituir-se alheia à práxis da compreensão dos papéis que os atores sociais desempenham no todo. São necessárias não somente posições políticas autênticas, mas também a participação de seus atores num processo ativo de conscientização histórica. (COELHO *apud* SOUZA JUNIOR, 2008, p.164)

Lyra Filho (1986, p.307) ao afirmar que “a liberdade não é um dom; é tarefa, que se realiza na história, porque não nos libertamos isoladamente, mas em conjunto”, demonstra de forma simples o quanto o “Direito achado na rua” possui um viés ao mesmo tempo tanto revolucionário quanto voltado para um agir hermenêutico, no qual o presente estudo se afeiçoa.

Ao estabelecer a liberdade como embasamento para as mudanças sociais, a teoria não visa ignorar ou desprezar a lei e o Estado, tanto que muitas das lutas propostas e desenvolvidas pelos movimentos sociais desembocam justamente no apelo

ao cumprimento das leis e princípios já existentes. Basta perceber também que a própria Constituição de 1988 foi, em grande parte, resultado da mobilização de diferentes movimentos e grupos sociais.

A lei é um parâmetro fundamental para a afirmação de uma sociedade mais livre e justa, é instrumento indispensável do que chamamos de Estado Democrático de Direito. O que se busca é uma via de diálogo e participação entre o Estado e os movimentos sociais organizados, mantendo-se uma tensão dialética constante, afinal, tanto a democracia como a própria ideia de justiça devem sempre ser vistas como algo inacabado e um processo em curso.

O que diferencia a abordagem crítica do “Direito achado na rua” da abordagem dogmática do Direito é o fato de que aquela se apoia em um espectro de visão muito mais amplo e interdisciplinar do que esta, sendo por isto mesmo capaz de perceber as contradições, conflitos e processos existentes dentro de uma sociedade desigual como a nossa, percebendo também que o Estado é um espaço de tensões e lutas acessíveis à política e à participação, não somente através do voto, e que o ordenamento jurídico compõe um sistema de normas a ser interpretado de acordo com as circunstâncias reais e concretas que envolvem a aplicação da lei.

Lyra Filho (1982, p. 4) afirma que não podemos simplesmente nos deixar embulhar nos “pacotes” legislativos, ditados pela conveniência do poder em exercício, pois podem surgir leis que carecem de “autenticidade e adequação” e escapam ao que é “verdadeiro e correto” juridicamente.

Diante da desatualização das leis ou de um texto legal insatisfatório e inadequado, especialmente na opinião das pessoas que são os destinatários diretos desta lei, é preciso buscar tanto a via do debate, do protesto e da participação política que objetivam a reforma do texto em si, como também o trabalho hermenêutico de construção judicial das interpretações mais adequadas, capazes de compensar, muitas vezes, as falhas do texto legal. Desde a Constituição de 1988 é muito visível à abertura desse flanco hermenêutico na via judicial no qual o Poder Judiciário alçado à condição de mediador entre os outros dois poderes do Estado, passou a assumir um protagonismo que não existia em tempos nos quais se acreditava ser o juiz “a boca da lei”. Ao comentar sobre o legalismo Lyra Filho afirma:

O legalismo é sempre a ressaca social de um impulso criativo jurídico. Os princípios se acomodam em normas e envelhecem; e as normas esquecem de que são meios de expressão do Direito móvel, em constante progresso, e não Direito em si. Com o vício de rodar a

manivela, o Estado troca, na sua Casa da Moeda, os papéis com lastro de ouro pelos papéis desvalorizados, na inflação das leis; e acaba usando a “guitarra”, a máquina de fazer dinheiro falso, para enganar os tolos. (LYRA FILHO, 1982, p. 55)

Observa-se, portanto, que apesar do Direito acompanhar o fenômeno social, porque a ele é próprio, inerente, é fundamental repensá-lo em relação às evoluções, involuções e contradições da sociedade, ou seja, criado e recriado a partir das mudanças que pulsam dentro do seio social, há que se observar, pois, o que atenta Wolkmer a respeito da contribuição do "Direito achado na rua":

Ele se insere justamente na proposta desse Direito novo que vai ao encontro da capacidade popular de se afirmar como agente determinante e não só determinado por esta ou aquela estrutura estatal. É assim que a escória do corpo social se mostra soberana quanto à afirmação de seus interesses, visto que manifestam, nas relações sociais, formas jurídicas completamente novas, desformalizadas e contrárias à inércia do Direito posto em códigos. (WOLKMER, 2001.p 7)

Logo, tal teoria nos dá o embasamento hermenêutico, de que a postulação dos legitimados ativos postos por força de lei (*ope legis*) deve refletir os anseios sociais, dando margens a interpretações não só no sentido de pressões populares na conformação e publicação de leis materiais e processuais e, sim também no sentido de conferir aos dispositivos legais já postos uma nova roupagem ou enquadramento conforme a realidade social.

Diante do exposto, verifica-se que a contribuição que o Judiciário pode dar nessa perspectiva das massas, dentro de um plano teórico que defende uma atuação estatal pró-ativa em todos os seus níveis e poderes, pela busca da máxima concretização dos direitos fundamentais, deve ser analisada hermeneuticamente conforme as demandas sociais apresentadas.

E é nesse ponto que se aplica o instituto da representatividade adequada, buscando demonstrar a viabilidade da análise ampliativa da postulação perante o Poder Judiciário, com o fim de possibilitá-la também aos legitimados que no caso concreto melhor representam as insurreições advindas pelas vias populares e o atendimento constitucional de tutelas coletivas.

3. A experiência norte-americana sobre o controle da representatividade adequada.

No decorrer das últimas décadas, diante dos reflexos sociais e econômicos advindos do processo de industrialização e à vista das ideologias socialistas, o cenário político-social mundial vem sofrendo profundas transformações no que tange aos denominados direitos coletivos. Temas como: direito a moradia, direito a saúde, direito ao meio-ambiente e tantos outros, requer que tais direitos sejam tutelados e efetivados por um processo justo e equânime em conformidade com as demandas sociais apresentadas.

Logo, como os direitos que são analisados nessas espécies de processos são de grande abrangência, muitas vezes indivisíveis e, principalmente, pertencentes a toda uma coletividade de pessoas, é impossível o seu tratamento pela simples aplicação das regras gerais do processo civil individualista, no qual há a verificação da pertinência subjetiva entre o autor da ação e a pretensão de direito material deduzida em juízo. Isso porque, nesses casos, é inviável a participação de todos os inúmeros interessados na relação jurídica processual.

Observa-se, portanto, a necessidade de uma representação dos interesses difusos – coletivos *lato sensu* de forma ampla e condizente, ou seja, de forma adequada, com o objetivo de atender e efetivar as demandas sociais tanto no sentido do interesse público primário quanto no sentido de reivindicações de determinados grupos. Assim, Cappelletti e Garth preceituam:

[...] Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo- por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região- é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. (CAPPELLETI; GARTH, 2002, p.50)

Em outros termos, como não é possível trazer à relação jurídica processual todos os membros da coletividade interessada, é necessário escolher um representante. Esse representante, que litigará em nome do grupo, necessita ser adequado como forma de garantir a condução do processo e efetivação dos direitos dos sujeitos coletivos. Eis, portanto, a importância de se analisar o instituto da representatividade adequada.

O instituto da representatividade adequada cuja gênese se encontra no direito norte-americano nas denominadas *class action*, tem despertado o interesse dos juristas no que tange a sua finalidade quanto ao conteúdo legitimador da sentença coletiva e seus reflexos no meio social, pois o seu maior objetivo é assegurar tanto quanto possível, que o resultado da tutela não seja diverso do resultado que seria obtido se todos os membros da coletividade pudessem pessoalmente defender seus interesses.

Suzana da Costa (2009) em seus estudos narra que no relatório geral elaborado por força do XIII Congresso Mundial de Associação do Direito Processual demonstra que os Estados Unidos tem a mais velha e duradoura experiência com ações coletivas, na forma das *class actions*, em relação a qual se desenvolveu ampla jurisprudência, após quase setenta anos de experiência. Desse modo, verifica-se que a tradição das *class actions* norte-americanas é sem dúvida o mais avançado sistema de tutela coletiva de direitos, sendo inegável a sua implementação para todos os países que intentem introduzir em seu ordenamento jurídico instrumentos voltados à proteção dos interesses de massa.

As *class actions*, conforme narra Bueno (1996), têm sua origem no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, procedimento no qual era possível propor uma ação ou sofrer uma ação por intermédio de *partes representativas* (*representative parties*). Seus requisitos assemelhavam-se aos da atual *class action*, sendo cabível quando o número de pessoas envolvidas no litígio era muito grande, de forma a inibir sua reunião, compartilhando os membros deste grupo entre si um interesse comum na questão a ser julgada e, finalmente, elegendo as partes que seriam nomeadas como representantes adequadas dos interesses daqueles que não figuravam, pessoalmente, no processo. Reunidas, cumulativamente, todas estas exigências, o julgamento da ação seria obrigatório para todos os membros do grupo, tivessem, ou não, participado diretamente da relação processual.

Continua o renomado autor que o próximo passo dado no ordenamento jurídico estadunidense para o desenvolvimento das *class actions* foi a *Federal Equity Rule* n. 38 de 1912, que forneceu a primeira definição normativa daquelas ações pela indicação de seus requisitos essenciais: inviabilidade da participação de todos os membros da classe no processo; adequada representatividade daquele membro da classe que participa diretamente da relação processual; presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros da classe, que, por seu turno, é formada, do ponto de

vista substancial, por todos aqueles sujeitos aos quais a questão pode ser considerada comum.

Passado aquele período, continua o autor, as *class actions* do direito norteamericano passaram a ser reguladas pela *Rule n. 23 das Federal Rules of Civil Procedure*, editadas no ano de 1938. A principal preocupação de então era descrever quando se verifica a hipótese de cabimento de uma *class action*. As ações eram classificadas com base em critério que levava em conta a natureza da afirmação de direito diante da diferenciação de seus respectivos regimes jurídicos, com destaque às diferentes espécies de provimento jurisdicional que poderiam ser solicitadas e às sentenças que teriam efeitos vinculantes para todos os membros da classe. Esta distinção foi equacionada por José Rogério Cruz e Tucci da seguinte forma:

Antes da reforma de 1966, a Regra 23, como visto, ensejava uma tríplice distinção das *class actions*, dependendo do character of the right deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada *true class action* - quando o direito da categoria era *joint* ou *common* - a eficácia *ultra partes* da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia: 'bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit'. Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme -, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a *sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo*: 'bound only the parties before the court'. (TUCCI *apud* BUENO, 1996, p. 94)

Atualmente, com a emenda de 2003, o diploma legal, de cunho federal, segue os seguintes passos: primeiramente apresenta os requisitos básicos que devem estar presentes na classe litigante e em seus representantes (*numerosity, commonality, typicality, adequacy of representation*); em seguida, a alínea b delinea três categorias de *class actions*, numa das quais a classe deve se enquadrar; e, por fim, trata do procedimento propriamente dito, dos requisitos à *fair notice* e à representatividade adequada, da abrangência da coisa julgada, dos recursos, das hipóteses de *opt out* da possibilidade de solução consensual e dos honorários advocatícios.

Logo, para a configuração de uma *class action*¹, de acordo com a regra, é preciso que: uma das partes (*plaintiff* ou *defendant*) seja uma classe formada por membros tão numerosos a ponto de inviabilizar o *joinder* (*numerosity*); que estes membros mantenham entre si questões comuns de fato ou de direito (*commonality*); que os pedidos ou defesas deduzidos por seus representantes sejam típicos pedidos ou defesas da classe (*typicality*); e que os representantes protejam honesta e adequadamente os interesses da classe (*adequacy of representation*).

Verifica-se, portanto, que pela regra 23 (a) (4) da *Federal Rules of Civil Procedure* o controle judicial da representatividade adequada existe como quarto requisito de admissibilidade para toda e qualquer *class action*, onde o magistrado analisa e controla a legitimação coletiva, averiguando se o legitimado possui as condições e atributos necessários para qualificá-lo como o mais adequado para a condução do feito, não apenas mediante a análise dos requisitos gerais, mas também sob a luz do caso concreto.

Assim, quando se adentra no conceito de representatividade adequada (*adequacy of representation*) é importante ressaltar que o direito norte-americano distingue-o do conceito de legitimidade (*standing*). Cássio Scarpinella Bueno, ao analisar as *class actions* arrola três requisitos para o reconhecimento da representatividade adequada:

Os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse *jurídico* na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal? Concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquela da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar a sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações destas espécies. Para que esteja preenchido o requisito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam

¹CÁSSIO SCARPINELLA BUENO define *class action* como “o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado-juiz, portanto) não é possível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades inseparáveis quanto à jurisdição e à competência”, (*A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, 1996, p. 93).

necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com o regime próprio de *class actions*. (BUENO, 1996, p.104)

Já o conceito de *standing* (legitimidade) se refere a um interesse lesado próprio, direto, no qual o indivíduo procura impugnar (*case or controversy*) podendo ou não tal direito a vim se tornar no futuro numa *class action*².

Com isso, observa-se que para o direito norte-americano o juízo do magistrado sobre existência da representatividade adequada leva em conta não somente a figura do legitimado, mas também a do seu advogado na condução das demandas coletivas, pois naquele sistema, os advogados são os mais motivados a realizarem propositura de *class actions*, devido à volumosa porcentagem dos honorários que podem a vir a receber na sentença ou no acordo. Portanto, no sistema americano nota-se que é feita por parte do aplicador do direito uma série de ponderações e filtragens endoprocessuais acerca da real e efetiva possibilidade de a demanda ser processada e julgada como coletiva, diante da experiência do autor e de seu patrono, concomitantemente com a existência de estrutura e recursos financeiros para o acompanhamento e instrução da causa, além da ausência de conflitos entre autor e advogados e os membros ausentes da coletividade.

Desse modo, constata-se que o controle da representatividade no sistema norte-americano é *ope iudicis*, ou seja, realizado pelo juiz. Tal controle para ser realmente propício a realizar o seu objetivo deve ocorrer no início da demanda, no sentido de decidir se esta seguirá como *class action* ou como mera demanda individual. No primeiro caso, haverá a *certification*, isto é, o reconhecimento ou não do autor como representante adequado dos membros ausentes da classe.

Todavia, mesmo após a certificação da *class action*, deverá o magistrado continuar a verificar a representatividade adequada do autor e, caso entenda que, no curso da demanda, ele não esteja satisfatoriamente defendendo os interesses dos membros, deverá extinguir o processo (*dismissal*).

Portanto, a análise prévia da representatividade adequada alia-se, ainda, dentro de uma perspectiva garantista, a necessidade de realização de notificação pessoal

² Na verdade, percebe-se que o requisito do *standing* do direito norte-americano abrange mais do que a ideia de legitimidade. Parece ser ele um conceito amplo que abarca todas as condições da ação, ou, pelo menos, o interesse de agir. De fato, quando se diz que para que seja reconhecido o *standing* deve o autor comprovar que a situação é “remediável” pela lei, está-se a dizer que para que se permita a propositura da demanda, deve o autor comprovar a utilidade do provimento jurisdicional para a solução posta em juízo. Trata-se da mesma ideia que se encontra por traz do conceito de interesse de agir. Sobre condições da ação, v, SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Condições da ação*.

dos membros ausentes que ocorrerá após a *certification*, ou seja, após ter o juiz reconhecido à viabilidade da demanda em prosseguir como *class action*, permitindo que estes optem por não serem atingidos pela sua decisão (*opt out*).

A notificação é apontada pela doutrina norte-americana como um dos principais problemas das *class actions*, uma vez que, dependendo da quantidade de lesados, ela inviabiliza o prosseguimento da demanda.

E, na tentativa de fixar parâmetros sobre o tema, foi realizada a emenda à *Rule 23* no ano de 2003. Segundo as novas regras, a forma de notificação será distinta, dependendo da espécie de *class action* tratada no processo. Para as duas primeiras espécies de *class actions* previstas pela *Rule 23* (b) (1) e (b) (2), chamadas *mandatory*, não há obrigatoriedade da notificação pessoal, cabendo ao juiz dar aos membros da classe uma notícia apropriada da existência da demanda (*appropriate notice*). Nesses casos, que geralmente tratam de interesses indivisíveis, haverá certa discricionariedade por parte do magistrado na avaliação de como informar os membros da classe sobre a *class action*. Não está prevista, ainda, face à indivisibilidade do interesse, a possibilidade de *opt out* dos membros da classe, quando se tratar de *mandatory class actions*.

A notificação pessoal, conforme narra Pelegri (2002) somente é necessária para as chamadas *class actions for damages* (*Rule 23*(b) (3)), que tratam de interesses divisíveis. Nesses casos, porém, embora a notificação deva ser pessoal, a *Rule 23* não exige que ela abarque todos os membros da classe. Basta que ela atinja todos os membros da referida classe que possam ser identificáveis com um esforço razoável (*reasonable effort*), cabendo ao juiz garantir a melhor notícia possível dentro das circunstâncias do caso concreto. Não se trata, porém, como ocorre nos casos das *mandatory class actions* da notícia apropriada, mas sim da melhor notícia possível. Percebe-se que, diante da divisibilidade do interesse e da possibilidade de exercício do direito do *opt out*, a notificação nas *class actions for damages* será muito mais ampla e rígida que nos demais casos.

Dessa forma, de acordo com a regra c (3), a sentença (*the judgment*) proferida em uma *class action*, quando fundada nas alíneas b(1) e b (2) será vinculante a todos aqueles que o tribunal entender serem membros do grupo, mesmo que desfavorável. Já a sentença proferida na hipótese b (3) (*class action for damage*), também atingirá a todos os membros da classe, conforme fixação pelo juiz, bem como àqueles que, notificados nos termos da alínea c (2), não exercerem o *right to opt out*,

seja ele favorável ou não³. Logo, a coisa julgada coletiva irá ocorrer independente de qual seja o resultado da demanda (*whether or not favorable to the class*) e impedindo novo julgamento.

A existência da coisa julgada e seus limites, porém, não são avaliados pelo juiz da demanda coletiva, mas sim pelo juiz de uma eventual demanda posterior, que busque tratar da mesma questão já anteriormente decidida. Tendo por base a perspectiva do devido processo legal, é sempre permitido a um grupo ou a um indivíduo questionar o quanto decidido na *class action*, sob o argumento de que não foi devidamente representado. Em *Hansberry vs. Lee*, por exemplo, entendeu a Suprema Corte que havendo conflito de interesses entre os membros da classe, a decisão da *class action* não faz coisa julgada e não atinge os membros ausentes prejudicados⁴.

A representatividade adequada, portanto, é a pedra de toque no reconhecimento da coisa julgada nas *class actions*. Caso o autor tenha defendido de forma satisfatória os membros ausentes, o quanto decidido no processo não poderá ser modificado, ainda que a decisão tenha sido desfavorável à coletividade. Caso contrário, restará ferido o *due process of law* e o juiz de uma demanda posteriormente ajuizada deverá afastar a imutabilidade dos efeitos da sentença, permitindo uma nova avaliação da situação. Percebe-se, logo, que embora na decisão de certificação da *class action*, no acordo ou na sentença, devam constar especificados os contornos da coletividade sujeita à coisa julgada, será sempre possível reavaliar a situação em demandas posteriores, sob o argumento da falta de representatividade adequada.

Logo, a doutrina norte-americana aponta à representatividade adequada como um elemento essencial na garantia do devido processo legal em matéria coletiva. É muito cara àquele ordenamento jurídico a ideia de que, para que se possa sujeitar alguém ao quanto decidido em sentença ou acordo, a parte deve ser ouvida, pelo menos

³ “A dificuldade da questão atinente ao preenchimento de quem é o ideal *representative* da classe incrementa-se quando se constata que o regime das *class actions* americanas não admite – ao contrário do que ocorre nas ações coletivas brasileiras – a formação da julgada *secundum eventum litis e in utilibus*” (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *A “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, 1996, p. 100).

⁴ O poder que tem o representante para tutelar os interesses dos membros ausentes do grupo ao qual pertence deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo, nos casos em que o grupo ou alguns membros não foram representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em processo posterior, não reconhecem o efeito vinculante da coisa julgada e podem decidir novamente a questão (*collateral attack*). Assim, o requisito da adequação do representante possui um duplo aspecto. Por um lado, é o direito de todos os membros ausentes de terem os seus interesses adequadamente representados na ação coletiva. Por outro, é o direito de não serem atingidos pela coisa julgada de uma sentença dada em uma ação em que os seus interesses não foram adequadamente representados. ANTÔNIO GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 101.

potencialmente. É a verificação séria da representatividade adequada, realizada pelo juiz, numa análise aprofundada da situação concreta, que garante o *due process of law*.

Nesse sentido, Antonio Gidi, ao discorrer sobre o direito americano, preleciona:

A garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*). A *adequacy of representation* é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo. (GIDI, 2007, p. 99-100)

Percebe-se, portanto, que o instituto da representatividade adequada possui um grande conteúdo legitimador da sentença coletiva. Afinal, se a decisão prolatada surtirá efeito sobre uma coletividade a qual não participou de fato do processo, exige-se que o seu interesse tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome.

Toda a técnica processual do processo coletivo americano, portanto, transita em torno da noção de representatividade. É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo. Garantir que a classe tenha sido adequadamente representada é, em última instância, garantir a observância do devido processo legal, em seu sentido substancial (*due process of law*). Em outros termos, é a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida.

3.1 “A *legitimacy of representation* à moda brasileira”.

Conforme visto no item anterior, nos Estados Unidos, existe uma elevada preocupação com a representação adequada, pois no ordenamento americano, não há um rol de pessoas legitimadas para a propositura da ação, como ocorre na grande maioria dos países de ordenamento romano-germânico, a exemplo do Brasil. A regra que estabelece as condições e requisitos da ação coletiva naquele país apenas determina que o representante seja membro da classe, cabendo ao juiz verificar se ele é idôneo,

sério e capaz para reclamar, judicialmente, pelos interesses da classe, ou seja, se é um representante adequado.

No Brasil, no que concerne a legitimidade, o ordenamento optou por uma solução, em princípio, legislativa, ou seja, *ope legis*, arrolando de forma nominal e taxativa os titulares da ação coletiva na lei da Ação Civil Pública (7347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (8078/90). Assim, este microssistema do processo coletivo optou por atribuir legitimidade para agir a determinados entes, sem referir expressamente em lei ao critério da representatividade adequada e nem a possibilidade de controle pelo juiz.

Ao estabelecer tais entes como titulares, percebe-se, então, que o ordenamento pátrio escolheu por uma solução mista ou pluralista (intermediária) para a representação dos interesses transindividuais em juízo, cumulando as soluções de representantes adequados tanto na esfera pública quanto na privada.

Nesse sentido, Mancuso (*apud* LENZA, 2005, p.177), corroborando o posicionamento de Cappelletti e Garth, pondera que a solução intermediária adotada pelo sistema brasileiro, exsurge, naturalmente, como a mais indicada na espécie. Segundo os autores, a opção por somente um ente é incompleta e a solução mista é a que tem maior potencialidade de resguardar integralmente os interesses de massa:

É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema da representação dos interesses difusos [...]. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem ajudar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.66-67)

Destarte, devido à natureza dos interesses difusos, é condizente se pedir também uma legitimidade difusa, ou seja, aquela a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente aos cidadãos, *per se* ou agrupados em associações, e, bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados. Portanto, nada obsta, e é mesmo ideal que todos esses entes em potencial conjuguem seus esforços no sentido de levar ao judiciário, com maior celeridade e transparência possíveis os interesses dos sujeitos coletivos.

Waldemar Mariz de Oliveira Jr, após analisar a doutrina e a legislação de alguns países, posiciona-se também pela solução intermediária ao afirmar que:

Parece que a solução, adotada em vários países, no sentido de aliar-se a um organismo governamental a iniciativa dos indivíduos e de grupos privados, direta ou indiretamente interessados, é, até agora, a que revelou melhores resultados. (OLIVEIRA JR. *apud* GRINOVER, 1979, p. 20)

Apesar da escolha por uma multiplicidade de entes, o sistema brasileiro, ao contrário do norte-americano, não deu legitimidade à pessoa física para a propositura da ação civil pública, sendo que a única possibilidade de propositura de ação coletiva por indivíduo é a concedida ao cidadão para a propositura da ação popular.

No direito norte-americano, o legitimado deve estar *inserido* no grupo para que seja representante adequado; entre nós, não há esta exigência quanto aos órgãos públicos e entes intermediários. Somente na ação popular é possível afirmar, de forma certa, que há esta maior proximidade.

Kazuo Watanabe arrisca uma explicação para o fato de não ter a LACP adotado, no que se refere à legitimação das partes, o regramento norte-americano das *class actions*:

Todavia, não se chegou ao ponto de legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da “representatividade adequada”, talvez para se manter um ponto de distanciamento em relação à legitimidade para a ação popular. (WATANABE, 2004, p.800)

No entanto, isso não significa que o ordenamento pátrio tenha desconsiderado por completo a necessidade de uma conexão entre o interesse objeto da demanda e a entidade legitimada para representá-lo, estabelecendo, assim, uma pertinência temática. É mister, observar que para alguns entes, presumiu-se esta conexão, em função da sua natureza pública como, por exemplo, a União, os Estados, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Todavia, para as demais entidades e órgãos públicos, despersonalizados ou não, e para as associações, exigiu-se a comprovação de uma conexão, no caso concreto, entre o interesse a ser tutelado e as finalidades do legitimado.

Assim, o sistema brasileiro não trouxe como requisito para o reconhecimento da legitimidade a existência de uma relação jurídica envolvendo o legitimado e o interesse metaindividual objeto do processo. Não prescindiu, porém, de

uma ligação ideológica entre eles, certas vezes presumida pelo legislador, em outras, de exigida comprovação no caso concreto.

Observa-se, portanto, que os dispositivos legais não conferem explicitamente ao juiz a responsabilidade para verificar se o autor possui representatividade adequada, como ocorre no sistema norte-americano. Ao contrário, é o legislador que desenha os contornos desta representatividade e elege os entes aptos a substituir a coletividade na demanda coletiva. Assim, é o entendimento de Clarissa Diniz Guedes ao afirmar que:

Embora o legislador brasileiro haja se inspirado nas *class actions* norte-americanas para a criação da ação civil pública, as normas atinentes à legitimação coletiva no nosso ordenamento já estabelecem, *a priori*, quais os legitimados idôneos a desempenhar a função de litigar em favor dos direitos supraindividuais. Pode-se dizer, por isso mesmo, que a adequação da representatividade é presumida por lei, ou seja, aquela análise que fazem os norte-americanos acerca do desempenho e da adequação da legitimidade do *ideological plaintiff*, bem como de seus objetivos, seria, a princípio, dispensável, porque a lei pressupõe que os titulares da ação civil pública possuam condições de representar adequadamente os interesses em jogo, suprindo inferioridades que poderiam prejudicar os detentores desses direitos se porventura tivessem que agir pessoal e isoladamente. (GUEDES, 2005, p.114)

Dessa forma, verifica-se que a legitimidade, e conseqüentemente a representatividade, foi realizada de maneira abstrata e anterior à ação em caso concreto, ou seja, o legislador entendeu que tais legitimados são adequados e exercerão, de forma apta, a defesa dos direitos coletivos.

Afina-se a este entendimento Cândido Rangel Dinamarco ao lecionar que o legislador brasileiro:

fez sua escolha discricionária, mediante seus próprios critérios de oportunidade e conveniência, optando pelo Ministério Público e outras entidades que indica, porque viu nelas as melhores condições de representatividade social. (DINAMARCO, 2002, p 411)

E conclui:

Os entes legitimados pela lei são havidos por legítimos canais das aspirações da sociedade como um todo, de grupos delimitados em regiões, ou por profissões, ou por alguma especial situação perante o possível causador de danos etc. Tal é a *legitimacy of representation* à moda brasileira". (DINAMARCO, 2002, p 411)

Diante de tal premissa, parte da doutrina entende que em razão da exposição taxativa do legislador, para a análise da legitimação coletiva bastaria apenas uma leitura fria do texto legal, não havendo qualquer outro requisito ou ainda a possibilidade do magistrado interferir nessa análise, definindo-se que a legitimação é determinada *ope legis*, ou seja, apenas por força de lei. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno assevera:

O sistema da representatividade no Brasil, seja o estabelecido na Constituição Federal (LGL 1988\3), seja o estabelecido no ordenamento infraconstitucional, é presumido: todos aqueles que preenchem os requisitos previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva. (BUENO, 1996, p.130)

Com isso, verifica-se que no sistema brasileiro não é dado ao magistrado à possibilidade para a análise da representatividade adequada, pois tal aferição foi previamente definida pelo legislador que elegeu os entes mais aptos e capazes de exercer em juízo a representação da tutela metaindividual. Assim, seria suficiente ao interprete somente analisar se o legitimado se encontra presente no rol disposto legalmente e prosseguir o feito para seu regular processamento.

No entanto, há entendimento doutrinário em sentido diverso, ou mais humanizado, pode-se arriscar a dizer, do acima assinalado, como o de Watanabe e Grinover ponderando que, embora o legislador tenha expressamente definido os legitimados para a propositura da ação coletiva e, assim, escolhido os entes que entende serem os representantes adequados dos interesses metaindividuais, a apreciação jurisdicional das especificidades do caso concreto não pode ser afastada.

Kazuo Watanabe entende que:

O sistema brasileiro, embora não afirme expressamente, não é avesso ao controle da representatividade adequada pelo juiz, em cada caso concreto (...) não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo (...) que atribui ao juiz o controle da 'representatividade adequada' (...) pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva. (WATANABE, 2004, p.825)

Mesmo não existindo de forma expressa a previsão do instituto da representatividade adequada, observamos pelo microssistema do processo coletivo que

o próprio legislador inseriu no texto normativo certos instrumentos tendenciosos ao uso da análise da representação adequada.

No artigo 82, § 1º do CDC e no artigo 5º, inciso V, alínea “a” e § 4º da Lei da Ação Civil Pública, in verbis:

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

V - a associação que, concomitantemente:

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

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Percebe-se do referido diploma legal que a relevância dos direitos envolvidos no litígio possibilita ao magistrado alargar a previsão legal acerca da legitimidade, tendo como critério primordial a importância do bem material a ser tutelado, ficando demonstrada, assim, a preocupação do legislador com o bom e efetivo uso do processo coletivo.

Contudo, apesar da previsão das associações como legitimadas a propor ações coletivas, como forma de aproximação da sociedade civil com o debate e o contexto decisório de seus direitos coletivos, a realidade aponta para a inexpressividade da atuação destes entes, vez que, quando atuam, são rechaçados pelos Tribunais, que preferem, em alguns casos, dar representatividade aos entes institucionalizados como o Ministério Público, ao arripio das associações, sob o fundamento da hipossuficiência técnica e econômica de determinados entes. Com razão, portanto, Ada Pellegrini Grinover ao afirmar que:

[...] problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim, embora não seja esta a

regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudo-defensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido.

Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a “representatividade” do legitimado se demonstrasse inadequada. (GRINOVER, 2002, p. 3-12)

Afirma, ainda, referida doutrinadora:

O art. 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da representatividade adequada, podendo-se afirmar que, a *contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. (GRINOVER, 2002, p. 3-12)

Na mesma linha de raciocínio, buscando-se prestigiar o instituto, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América prevê a exigência da representatividade adequada, quando expressamente estabelece como requisitos da demanda coletiva: a) a adequada representatividade do legitimado; b) a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas⁵.

Por fim, fortalecendo os poderes do juiz no processo coletivo relativos à efetiva aferição da representatividade adequada, o parágrafo 3º do Código Modelo estabelece que “o juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º”⁶.

⁵ Art 2º. São requisitos da demanda coletiva: I – a adequada representatividade do legitimado; (...) Par.2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

⁶ “Art. 3º. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: [...] Par. 4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física

Além das tendências existentes no texto legal, a jurisprudência vem se demonstrando, apesar da timidez, favorável ao uso pelo magistrado do controle da representatividade no caso concreto como se verifica no acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que tratou sobre o controle da legitimidade *opei iudicis* na Ação Civil Pública de nº 20060110359465, que tinha como objeto a proibição da produção e da comercialização de cigarros⁷.

E da análise da legislação pertinente e jurisprudencial, verifica-se que, embora o ordenamento processual civil brasileiro não preveja expressamente o controle judicial da representatividade adequada, também não o veda, levando diversos pensadores como, por exemplo, Antonio Gidi, amparado na prática estadunidense e em lições de Mauro Cappelletti, a concluir que o princípio constitucional do devido processo legal, em sua dimensão social, não só autoriza, mas, sobretudo determina que o juiz aprecie a adequada representação dos interesses coletivos em juízo.

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. (...). Acontece que o Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição Brasileira e o devido processo legal. Portanto, em verdade, pouco importa que a lei infraconstitucional não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional.

(...) em lugar do devido processo legal tradicional, de natureza individual, deve se estabelecer um devido processo legal social, ou, como o chamamos, um devido processo legal coletivo. Através desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não

ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.”

⁷ PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. ILEGITIMIDADE ATIVA. PROIBIÇÃO DE PRODUZIR E COMERCIALIZAR CIGARROS. RESERVA DO POSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. Nada obstante o controle judicial sobre a representatividade adequada se opere *ope legis* e de forma objetiva, verifica-se que o sistema se ajusta mais a uma discricionariedade judicial. O modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da "representatividade adequada" (Estados Unidos da América, código modelo para ibero-américa, Uruguai e Argentina) pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva. 2. A representação adequada é um conceito juridicamente indeterminado, aberto, portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz de acordo com a finalidade da lei. Existem dados sensíveis que caracterizariam a representatividade idônea e adequada. Segundo a doutrina, esses dados são: a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida. (...) (TJDF - APELACAO CIVEL: APC 20060110359465 DF – Decisão Publica em 18/09/2007)

através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado. (GIDI, 2002, p. 69-70)

Logo, o maior problema, quando a questão é a representatividade adequada do autor da ação coletiva, verifica-se justamente em relação à observância da regra constitucional do devido processo legal, ou seja, do direito de a classe ausente “ser ouvida” de forma a poder influenciar por argumentos e provas o julgamento, o que pressupõe um adequado e efetivo “porta-voz” dos interesses do grupo.

Nesse contexto, observa-se que, com efeito, o objetivo da representação adequada, em última análise, nada mais é do que garantir que o resultado obtido com a tutela coletiva seja o mais próximo possível daquele que seria obtido caso os membros do grupo estivessem defendendo pessoalmente seus direitos em juízo. Em outras palavras: o sistema que adota o controle judicial da representatividade adequada atende suficientemente à regra do devido processo legal ao se exigir uma rigorosa análise em cada caso concreto acerca da aptidão do autor para ajuizar e levar adiante a ação coletiva de sorte que, sendo considerado um adequado representante, o julgado vinculará todo o grupo independentemente de o julgamento ser favorável ou não, seja o conjunto probatório suficiente ou não.

Portanto, em consequência da inexistência no caso concreto de dispositivo que permita a aferição da representatividade adequada pelo juiz, optou o legislador por controlar os efeitos da decisão em relação a terceiros interessados, ao equacionar a coisa julgada de forma diferente das decisões proferidas para dirimir conflitos em processos individuais.

Para resolver esse problema, o sistema brasileiro “relativizou” a coisa julgada nas demandas coletivas. Diferentemente do sistema norte-americano, a coisa julgada *erga omnes* não é irrestrita. Ela ocorre *secundum eventum litis*, ou seja, de acordo com o resultado da demanda, quando se tratar de processo envolvendo interesses difusos e coletivos (nos casos envolvendo interesses individuais homogêneos, haverá coisa julgada independentemente do resultado do processo). Nesses casos, a coisa julgada somente ocorrerá se a demanda não for julgada improcedente por falta de provas, ou seja, se a demanda for julgada (i) procedente ou (ii) improcedente porque ficou comprovado que o fato constitutivo do direito sustentado pelo autor não ocorreu, ou, ainda, (iii) improcedente porque foi comprovada a existência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do defendido pelo autor. Se a improcedência

decorrer de falta de provas, não haverá coisa julgada. É o que prevê o art. 103, do Código de Defesa do Consumidor.

A intenção do legislador foi clara: como não há garantias no nosso sistema de que o autor seja efetivamente um representante adequado dos interesses em jogo no processo, a sentença nele prolatada somente poderá atingir a coletividade se o julgamento do mérito se deu com um alto grau de certeza. Isso certamente ocorrerá se a demanda vier a ser julgada procedente, pois nesse caso ficaram comprovadas as alegações do legitimado. A improcedência, entretanto, pode refletir ou não uma decisão baseada num juízo de certeza. A demanda pode ser julgada improcedente tanto nos casos em que restar comprovado que o autor não tem razão, quanto nos casos em que o autor não consiga comprovar que tem razão. No primeiro deles, há juízo de certeza; no segundo, não. Na verdade, nos casos em que a demanda é julgada improcedente por falta de provas, o que ocorre é a aplicação de uma sanção ao autor que não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações.

É nessa última hipótese que o legislador relativiza a coisa julgada em demandas coletivas, ou seja, quando o autor coletivo não atuar de forma adequada, não se desincumbindo de todos os seus ônus. O raciocínio é simples: se o autor não for, de fato, um representante adequado, a decisão desfavorável não será apta a atingir a coletividade e a demanda coletiva poderá ser reproposta (de forma idêntica), caso surjam novas provas. Pedro Lenza de forma brilhante resume a questão:

(...) em contraposição às regras das *class actions*, que exigem a conjugação do sistema de notificações aos membros ausentes (nas hipóteses e com as críticas já tecidas), com o preenchimento do requisito da *representatividade adequada*, a ser, rigidamente, certificada pelo magistrado que verifica, no caso concreto, se houve *fair notice*, a verificação da *adequacy of representation* da sistemática brasileira nas ações coletivas opera-se *ope legis*. Nesse sentido, enquanto a coisa julgada no sistema das *class actions* a todos os representantes do grupo atingirá, *whether favorable or not*, o regime da coisa julgada no sistema brasileiro das ações coletivas atuará, de modo geral, *secundum eventum litis*, de acordo com as regras do art. 103, do CDC, além de algumas peculiaridades a serem analisadas. (LENZA, 2005, p. 236-237)

Ressalte-se, ainda, que, pelo sistema pátrio, qualquer que seja o motivo da improcedência da demanda, ela nunca atingirá a demanda individual. Assim, se a demanda coletiva vier a ser julgada improcedente, seja ou não por falta de provas, sempre será permitido ao membro da coletividade ajuizar demanda para preservar o seu

direito individualmente lesado. O que se obstará, no caso de improcedência, é a propositura de nova demanda coletiva, *nunca* a propositura da demanda individual, exceto com relação àqueles que se habilitarem como litisconsortes na demanda coletiva (art. 103, §2º, CDC).

De todo modo, verifica-se que pelos vários exemplos acima expostos, qualquer uma das formas de abordagem da representação adequada depende exclusivamente de uma *opção política* de cada ordenamento jurídico, sendo que o direito brasileiro optou por seguir uma concepção da representação adequada *ope legis*, no qual foi dado um tratamento a coisa julgada conforme a sua extensão subjetiva e seu transporte *in utilibus*.

Diante de tais postulações, é óbvio que não se pode importar e internalizar instrumentos e estruturas que, a despeito de funcionarem bem em seus países de origem, podem comprometer demasiadamente nosso Judiciário, tanto por razões históricas como por razões de cultura e esforços em cada caso concreto.

Contudo pode-se realizar o que Gidi (2007) definiu como “transplante responsável” a utilização de ideais e meios jurídicos de sistemas alienígenas adequando-os às características e objetivos de nosso ordenamento, na certeza de que trazem avanços sociais incomparáveis, vez que buscam a efetividade de direitos fundamentais.

4. Da necessidade de abertura da participação popular nos processos coletivos brasileiros.

Inicia-se o presente capítulo com a presente indagação: **“Sadio protagonismo do juiz?”**

A referida pergunta, extraída da obra de Nunes (2012), sob o título “Processo Jurisdicional Democrático”, nos leva a sérias reflexões sobre o papel participativo e estimulador de efetiva participação que a magistratura brasileira pode exercer nos processos que envolvam interesses de massa. Como antes ressaltado, os direitos coletivos possuem alta carga social, pois à medida que se afastam do isolamento individual, tornam-se verdadeiros instrumentos de participação popular. Aliás, este é um dos sentidos da tutela coletiva, o de permitir que a própria sociedade aja na proteção dos seus direitos.

Logo, não há dúvidas de que diante do contexto atual de transformações sociais, nada mais razoável atentar-se para uma necessidade de atribuição de maiores poderes do juiz, onde caberá à ele, analisar, jurídica e sociologicamente, em cada caso concreto a possibilidade de conceder o alargamento das hipóteses legais da legitimidade, tanto no momento em que se verifica o correto enquadramento do legitimado quanto no desenvolvimento da relação processual, o que nos leva a observar que o instituto da representatividade adequada é, sim, um instrumento de suma importância para a efetividade do processo coletivo no ordenamento brasileiro.

Portanto, para realizar tal façanha, Watanabe (1988) em lapidar estudo sobre o tema, demonstra que o interprete, antes de tudo, deve ter o exato conhecimento da realidade sócio-política-econômica do país onde judica. Destaca ainda ser direito da população, do consumidor da prestação jurisdicional, ter uma justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa e não uma justiça praticada por juízes sem qualquer aderência aos problemas sociais.

A velha e clássica postura do magistrado “estátua” conforme Barbosa Moreira (*apud* LENZA, 2005, p. 301) no qual se perfaz na “... gélida indiferença pelo curso e pelo resultado do pleito” sendo o juiz apenas a “boca da lei”, não se coaduna mais com a nova realidade processual em que se busca um agir socialmente eficaz por parte do aplicador do direito. Portanto, imparcialidade não se confunde com

“neutralidade” ou comodismo. O juiz deve ter uma participação efetiva na condução do processo, especialmente quando o objeto da discussão envolva bens transindividuais.

Nos estudos do instituto da representatividade adequada nas ações coletivas, pode-se perceber claramente na conceituação que se trata do ato de representar adequadamente, em todos os momentos do processo, os interesses do grupo titular do direito, inclusive o da classe ausente.

Nota-se, assim, que esse ato de representar está incontestavelmente atrelado ao princípio constitucional do devido processo legal, conforme já analisado no ordenamento americano. Logo, observa-se, que esse princípio torna-se uma das chaves mestras para abrir as portas para a entrada do “Direito achado na rua” no sistema jurídico coletivo brasileiro, vez que permite inserir através da análise da efetividade da jurisdição a importância da participação plena dos cidadãos (sujeitos coletivos) por meio de seus representantes adequados. Como sustenta CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei. Que a lei possa (e deva) indicar a solução, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitido ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo *adequadamente* cumpridos. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva. (BUENO, 1996, p.129)

Dessa forma, a teoria do “Direito achado na rua”, como já exposta no presente estudo, se amolda plenamente ao conceito da representatividade adequada, na medida em que representa um compromisso ético com a eliminação da desigualdade e com a afirmação de identidades, direitos e participações dos grupos e movimentos sociais que partilham experiências de exclusão no acesso à satisfação de necessidades fundamentais. Portanto, o “Direito achado na rua” representa uma *lupa de observação, análise e reflexão*, enxergando o fenômeno jurídico como algo bem maior e complexo do que se pensa nos meios mais conservadores e dogmáticos.

A concepção de justiça sustentada por Roberto Lyra Filho (1982), em sua obra aqui multicitada, e que, se pode afirmar sem medo de errar, influenciou

diretamente na elaboração e na interpretação da Constituição Federal de 1988, é toda aquela que se revela sensível ao olhar humanitário, e, em especial, às concretas, diversas e históricas manifestações de afirmação de direitos que tomam corpo nas dinâmicas reais e contraditórias das sociedades em questão. Com Lyra Filho temos a seguinte concepção de Justiça:

Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência. Onde está a Justiça no mundo? -, pergunta-se. Que Justiça é esta, proclamada por um bando, de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de “juristas”, deixando que estes devorem o povo? A Justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada. Isto é negação da Justiça, uma negação que lhe rende, apesar de tudo, a homenagem de usar seu nome, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o “direito” deles não está cuidando de ser justo. Porém, onde fica a Justiça verdadeira? Evidentemente, não é cá, nem lá, não é nas leis (embora às vezes nelas se misture, em maior ou menor grau); nem é nos princípios ideais, abstratos (embora às vezes também algo dela ali se transmita, de forma imprecisa): a Justiça real está no processo histórico, de que é resultante, no sentido de que é nele que se realiza progressivamente. (LYRA FILHO, 1982, p. 55)

Logo, o problema não é a lei em si. Lyra Filho (1986) já recomendava aos grupos e movimentos empenhados na busca de maior igualdade e afirmação de direitos que fizessem um bom uso do “positivismo de combate”. São inúmeras as situações nas quais a injustiça social poderia ser combatida ou diminuída bastando à mera aplicação da lei, muitas vezes no seu sentido mais literal. Imaginemos, por exemplo, se o Código de Defesa do Consumidor, ou ainda as normas e princípios do Sistema Único de Saúde, ou o Estatuto da Criança e do Adolescente fossem fielmente cumpridos? Todavia, não é plausível deixar-se guiar simplesmente pelo legalismo, pois este costuma apegar-se a uma leitura pobre e tacanha do ordenamento jurídico, concentrando-se na literalidade das regras mais específicas e no desprezo aos princípios e normas mais amplas, o que nos leva a uma total inversão hierárquica na aplicação das leis, priorizando-se as normas infraconstitucionais às constitucionais.

Assim, vê-se que as correntes contrárias ao controle da legitimidade coletiva que possuem como maior fundamento a inexistência de previsão legal nesse sentido, contentando-se meramente com a prévia análise feita pelo legislador, não é a solução mais próxima com a realidade social. Decisões judiciais que tomam por base tais argumentos legalistas acabam sendo altamente prejudiciais à justiça e à credibilidade do

processo. É necessário ao magistrado ter um olhar sensível para as transformações que rotineiramente estão ocorrendo na sociedade.

Nalini, arvorando-se nos ideais defendidos pelos socializadores desde o século XIX, como Bülow e Klein, defende um aumento da sensibilidade judicial no sentido de que:

“[...] a lei contemporânea é algo imperfeito e de que a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, complementá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível” (NALLINI, 2006, p. 248-249)

Atrelado à ideia de que o direito surge na rua como espécie de “rebelião” do povo, de acordo com a teoria, de forma analógica, podemos também presenciar uma rebelião judicial no sentido de se adequar a norma dentro dos parâmetros sociais em que cada caso concreto requerer por meio de um agir hermenêutico com base nos princípios constitucionais. Nesse sentido, Nalini afirma que o juiz brasileiro deve apresentar-se da seguinte maneira:

[...] A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do instrumental jurídico para resolver as questões humanas. Questões singelas, às vezes que se perdem na sofisticação procedimental. Na concepção de um direito etéreo, distanciado da realidade das pessoas. [...] Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma. (NALLINI, 2006, p. 246-249)

No mesmo sentido, Streck afirma:

[...] Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação a favor do decisionismos. [...] Numa palavra: o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do interprete. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo compreendido paradigmaticamente coloca freios à discricionariedade próprio do positivismo-normativista. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia. (STRECK *apud* NUNES, 2012, p. 193)

Ao se buscar uma posição mais interpretativa por parte do magistrado em relação ao rol taxativo estabelecido na LACP não se quer uma submissão absoluta, no qual o juiz sempre será o protagonista. O que se almeja e nesse ponto com fulcro nos

princípios constitucionais no sentido de se possibilitar a inserção dos cidadãos na condução do pleito por meio de legitimados aptos, isto é, adequados, e que refletirão de forma mais genuína possível os interesses dos sujeitos coletivos, é trazer para o processo coletivo os anseios, as reivindicações populares, por meio de argumentos, contra-argumentos e provas.

Não resta dúvida, pelo princípio da inércia da jurisdição, que o subscritor da petição inicial da ação coletiva também é sujeito protagonista do processo, porque cabe a ele a elaboração das teses jurídicas a serem debatidas, bem como demonstrar responsabilidade, experiência e diligência na condução de ações coletivas, na produção das provas e, eventualmente, no entabulamento de acordos coletivos e celebração de termos de ajustamento de conduta, com todo vigor e eficiência necessários que os conflitos de massas exigem.

Correto dizer, portanto, que no caso concreto a atuação do advogado do grupo é fundamental para o resultado do processo. É ele quem está nos dizeres de GIDI (2008, p. 96) na linha de frente da defesa dos interesses do grupo e são os seus atos e omissões que vindicarão ou comprometerão o direito do grupo.

E, se a parte ativa for relapsa na condução do processo coletivo, deixando de produzir provas suficientes ou estivermos diante de “associações de papel”, que não tenham mínimas condições técnicas ou econômicas para pleitear a tutela jurisdicional de direitos difusos, nada obsta a que o próprio juiz, destinatário que é das provas, exerça um papel mais ativo na fase probatória das ações coletivas, sem que isso possa macular sua imparcialidade ao exercer com equilíbrio e motivação seu poderes instrutórios, buscando as provas necessárias e suficientes para um julgamento justo, seja a favor do réu ou do autor.

Assim, ensina Cândido Rangel Dinamarco, “diante da omissão das partes, o juiz deve determinar de ofício a realização de provas (...) também nas ações coletivas, especialmente quando promovidas por associações”. (DINAMARCO, 2001, p. 55)

E com razão, Swarai Cervone de Oliveira quando pondera que, “não obstante o reforço dos poderes do juiz se mostre presente nas diversas fases do processo coletivo, é, sem dúvida, na fase instrutória que sua atuação deverá ser a mais ativa possível”.

E arremata: “Não se deve admitir, portanto, notadamente nesse tipo de processo, a figura do juiz passivo, (...) qualquer debilidade na produção das provas há

de ser suprida, na medida do possível pelo juiz”. (CERVONE DE OLIVEIRA, 2009, p. 85).

Logo, o juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, propondo-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilégio cognitivo do julgador e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação de decisões, mediante a consolidação de um devido processo legal coletivo.

Portanto, numa perspectiva democrática como afirma Fazzalari (*apud* NUNES, 2012, p. 196), será possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção de provimentos, realizada em simétrica paridade de armas, mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes. Tal perspectiva é defendida por Cattoni de Oliveira, ao afirmar que:

A argumentação liberal e a argumentação de bem-estar social devem ser consideradas reflexiva e criticamente, sob as condições jurídicos-processuais, como perspectivas argumentativas concorrentes, em face cada situação concreta de aplicação. Importa na concepção de um Estado constitucional que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo. (OLIVEIRA, 2004. p 206)

Dessa maneira, não há como se creditar papéis salvacionistas e paternalistas a terceiros como, por exemplo, a credibilidade que se tem dado ao Ministério Público devido o caráter institucional que a lei lhe concede como legitimador das ações coletivas.

Portanto, o Estado Constitucional democrático por meio do devido processo legal deve assegurar uma participação constante e efetiva dos sujeitos de direito, que a estes permita uma colaboração, preferencialmente, efetiva e participativa na condução do processo e, por conseguinte, na formação dos provimentos.

5. Conclusão:

Por tudo exposto no presente trabalho, conclui-se que, não se deve buscar uma concepção fechada do processo coletivo, mas sim uma interpretação aberta trazida pelo “Direito achado na rua” no sentido de entender o processo como espaço público consubstanciado como dimensão discursiva de mobilização e expressão de diversos fluxos comunicativos.

Verifica-se, com isso, que a implementação dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada, ou seja, pela ampliação da interpretação do instituto da representatividade adequada, permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.

Não se pode acreditar, portanto, em uma justiça social predefinida antes do debate processual, uma vez que só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, na formação de um provimento adequado nos processos coletivos.

Logo, uma verdadeira democracia processual somente será atingida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, Ministério Público), segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um processo que escute e atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.

A democratização necessita da percepção da interdependência de todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções. Essa concepção evitará o exercício de papéis clientelistas e paternalistas por parte do Estado e garantirá o exercício da autonomia.

O juiz democrático não pode ser omissos e deve assumir a sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório.

Portanto, a democracia social, alardeada por Roberto Lyra Filho na sua obra “O que é o Direito” (1982), no qual trouxe-nos a expressão “Direito achado na rua”, traz em seu bojo os valores a serem aplicados pelo magistrado na interpretação que possibilite uma participação mais ativa dos sujeitos na condução do processo. Os

sujeitos coletivos, principais agentes caracterizadores da sociedade massificada, vem ganhando reconhecimento como sujeitos titulares de direitos fundamentais. Com isso, a ênfase dada ao ser individual, sob os dogmas liberais, em pouco ou nada teria efeito na sociedade de hoje como fator de mudanças.

O Estado Democrático de Direito surge como um campo potencial a proporcionar a inserção dos sujeitos coletivos no sistema jurídico e social, dando a estes a possibilidade de fruição de direitos fundamentais através de uma participação democrática baseada no amplo acesso a uma ordem jurídica justa e comprometida em tutelar por meio dos legitimados aptos a concretizarem tal feito.

Logo, vemos que o sistema processual deve acompanhar essa evolução e proporcionar uma tutela adequada a estes direitos ou interesses coletivos mediante a aplicação, sempre que for necessária, do instituto da representatividade adequada. Portanto, essa tutela adequada deve se dar tanto no seu cunho formal quanto material mediante a observância do princípio democrático concomitantemente com a perspectiva da teoria do Direito Achado na Rua. Nesse sentido, o ordenamento e os aplicadores do direito precisam romper com paradigmas, possibilitando uma interpretação e aplicação de normas que levem eficiência a estes direitos.

Em assim sendo, defende-se por uma melhor reestruturação das instituições e do modo de pensar o direito contemporâneo no sentido de dar melhor representatividade aos sujeitos coletivos como partes no processo. A legitimidade para agir deve ser ampliada conforme as necessidades do caso in concreto. Afinal, como já dito, é um caminho pela busca do acesso à justiça e efetivação dos direitos, que se tornam cada vez mais independentes da vontade administrativa e preconiza a vontade coletiva ou interesse público primário assim como o interesse de determinados grupos.

Diante de todos os argumentos apresentados, espera o presente estudo ter demonstrado a importância do instituto da representatividade adequada como instrumento legitimador da realidade social, sendo o princípio democrático e a perspectiva do “Direito achado na rua” vetores interpretativos para o aplicador do direito no enquadramento dos legitimados mais próximos e aptos em conduzir o processo.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação civil: APC 20060110359465** DF 1ª Turma. Relator: Flávio Rostirola – Decisão Publica em 18/09/2007, disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PROIBIÇÃO+DE+PRODUZIR+E+COMERCIALIZAR+CIGARROS>.

BUENO, Cássio Scarpinella. **As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta.** *Revista de Processo*, n. 82, ano 21, abr.-jun./1996, p. 92-151.

CÂNDIA, Eduardo. **A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege data.** *Revista de Processo*. vol. 202, p.419 (DTR 2011\4989)

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
 _____. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise do sistema norte-americano e brasileiro.** In SALLES, Carlos Alberto de. (coord) *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIDIER, Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 3.ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 411.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 1 e 3.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.** *Revista de Processo*. vol. 108. p. 63. São Paulo: Ed. RT, out.-dez, 2002 p. 69-70.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979.

_____. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.** In: MILARÊ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-39.

GUEDES, Clarissa Diniz. **A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais**, In: MAZZEI, RODRIGO e NOLASCO, RITA DIAS (coord.), *Processo civil coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 107-139.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. **Desordem e Processo: um prefácio explicativo in Doreodó Araújo (org) Desordem e Processo – Estudos Jurídicos em Homenagem a Roberto Lyra Filho**, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.

_____. **O que é o Direito**. (Coleção Primeiros Passos.) 1ª ed. 1982.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millenium, 2006.

NUNES, Dirlei José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juriá Editora, 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Cattoni. **Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual dos direitos fundamentais. Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo horizonte; mandamentos, 2004, p. 206.

ROSA, F.A. de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de. **Introdução crítica ao direito do trabalho**. Brasília: Universidade de Brasília; Cead/Nep, 1993. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua; Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130-132.

_____. **Disposições gerais**. In: Grinover, Ada Pellegrini et al. (orgs.). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.