

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ÍISIS NASCIMENTO XAVIER**

**A COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* E O
CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA AÇÃO
CIVIL PÚBLICA: os problemas decorrentes do controle posterior indireto
da representatividade adequada**

**Juiz de Fora
2017**

ÍISIS NASCIMENTO XAVIER

**A COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* E O
CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA AÇÃO
CIVIL PÚBLICA: os problemas decorrentes do controle posterior indireto
da representatividade adequada**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel, sob
orientação da Profa. Dra. Clarissa
Diniz Guedes.

**Juiz de Fora
2017**

ÍISIS NASCIMENTO XAVIER

**A COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* E O
CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA AÇÃO
CIVIL PÚBLICA: os problemas decorrentes do controle posterior indireto
da representatividade adequada**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, submetida à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientadora: Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestranda Thaís da Silva Barbosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestranda Thayza Matos Moreira
Mestranda na Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestranda Fernanda Silveira Chaves
Mestranda na Universidade Federal de Juiz de Fora

Aprovada _____

Reprovada _____

Juiz de Fora, 24 de novembro de 2017.

Agradeço à minha família, por todo o apoio e suporte, aos meus amigos, por me acompanharem nessa caminhada, e à minha orientadora, por toda a compreensão e por ter traduzido luz a esse trabalho, sem a qual não poderia ter sido concluído.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a representatividade adequada na ação civil pública, com especial destaque para o controle posterior e indireto exercido através do regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum probationis*. O estudo é feito à luz do princípio do acesso à justiça, realizando um exame acerca da efetividade do modelo atual na garantia de que toda a coletividade tenha seus interesses devidamente representados em sede de processo coletivo. Parte-se de uma análise comparativa entre o modelo brasileiro e o sistema da *adequacy of representation* das *class actions* norte-americanas para apontar os prejuízos que um controle posterior da representatividade adequada pode gerar na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Palavras-chave: representatividade adequada, processo coletivo, ação civil pública, coisa julgada, *class actions*.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the adequacy of representation in the public civil action, with special emphasis on the posterior and indirect control exercised through the legal regime of *res judicata secundum eventum probationis*. The study is made in light of the principle of access to justice, conducting an examination of the effectiveness of the current model in ensuring that the whole collectivity has its interests properly represented in a collective process. It is based on a comparative analysis between the Brazilian model and the system of adequacy of representation of the Americans class actions to point out the damages that a posterior control of the adequacy of representation can generate in the defense of the collective rights.

Keywords: adequacy of representation, collective process, public civil action, *res judicata*, class actions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. A COISA JULGADA	11
1.1. O instituto da coisa julgada	11
1.2. A coisa julgada no processo coletivo brasileiro	12
1.3. O regime da coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	15
1.4. Legitimidade, representatividade e coisa julgada	17
2. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	20
2.1. A representatividade adequada: conceitos iniciais	20
2.2. A representatividade adequada nas <i>Class Actions</i> norte-americanas	21
2.3. A representatividade adequada na lei da Ação Civil Pública	23
3. O CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	26
3.1. Relevância do controle da representatividade adequada na ação civil pública.....	26
3.2. O controle da representatividade adequada e a coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	27
3.3. O controle prévio e o controle posterior da representatividade adequada	28
4. PROBLEMAS DO CONTROLE POSTERIOR DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ATRAVÉS DA COISA JULGADA <i>SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS</i>	31
4.1. A improcedência com suficiência probatória	31
4.2. A procedência do pedido e a representatividade adequada	32
4.3. A formação da coisa julgada e a representatividade adequada.	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

O processo coletivo é marcado pela tutela de casos envolvendo grande número de pessoas, muitas vezes não identificadas e nem mesmo passíveis de identificação, não sendo factível a existência de mero litisconsórcio. Nessas situações, faz-se necessário apontar um representante que atuará perante os órgãos jurisdicionais para defender os interesses da classe ou coletividade¹, e para garantir que esse representante atue de forma eficaz deve-se fazer um controle de adequação da sua representatividade.

Nas *class actions* norte-americanas, a representatividade adequada é um dos requisitos para que uma demanda possa seguir como ação de classe, o controle é *ope iudicis*, ou seja, realizado pelo juiz, a quem é conferida a prerrogativa de verificar no início da demanda a aptidão do representante para satisfatoriamente fazer valer os interesses da coletividade.

No processo coletivo brasileiro, por outro lado, a legitimidade para propositura de uma ação coletiva é determinada pela lei, por isso diz-se que a verificação da representatividade adequada é *ope legis*. O microssistema² do processo coletivo brasileiro não conferiu ao juiz poderes para exercer um juízo de valoração da aptidão do legitimado para atuar naquele caso concreto, salvo exceções previstas em lei, como o caso das associações na ação civil pública (art. 5º, inciso V, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.347 de 1985), embora a doutrina, a qual nos reportaremos neste trabalho, venha construindo o entendimento de que este instituto é aplicável no processo coletivo brasileiro, tendo em vista pautar-se em princípios resguardados em nosso ordenamento.

Como forma de compensar a ausência de previsão expressa do controle representatividade adequada, o legislador criou mecanismos que visavam resguardar a

¹ COSTA, Susana Henriques da. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas 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.

² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, vol. 4, p. 50: Os autores expõem o surgimento de um microssistema do processo coletivo brasileiro a partir das alterações promovidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), unificando e harmonizando, com a redação do seu Título III, *Da Defesa do Consumidor em Juízo*, a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais no que fosse cabível. Desde então, o Título III da Lei nº 8.078/90 passou a ser aplicado, quando cabível, à ação civil pública, à ação popular, à ação de improbidade administrativa e até mesmo ao mandado de segurança, se tornando um *ordenamento processual geral* para a tutela coletiva.

interesse coletivo *lato sensu* dos possíveis impactos negativos de uma decisão proferida em demanda coletiva ajuizada por legitimado não adequado à sua defesa.

Destaca-se, como forma de relativização do controle *ope legis*, o regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que atua como mecanismo de controle indireto da representatividade adequada, tendo em vista que a indiscutibilidade trazida pela coisa julgada não ocorrerá quando a demanda for julgada improcedente por insuficiência probatória. Deste modo, o legislador infraconstitucional resguardou o direito à propositura de nova demanda, com igual fundamento, quando surgirem novas provas (art. 103 da Lei nº 8.078 de 1990).

Assim, o processo coletivo brasileiro acaba se valendo de um controle indireto e posterior da representatividade adequada, ou seja, apenas após a prolação de decisão de improcedência, caso se tenha conhecimento de novas provas, poderá ser ajuizada nova demanda.

Neste contexto, o presente trabalho visa analisar a representatividade adequada no processo coletivo brasileiro, a partir do modelo da ação civil pública, regulada pela Lei 7.347 de 1985, com enfoque especial no momento de análise pelo órgão jurisdicional.

Esta análise será feita à luz da teoria do Acesso à Justiça encontrada na obra de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³, que sintetiza o processo de evolução da democratização do acesso à justiça como veículo de efetiva e justa concretização de direitos individuais, sociais e coletivos, desencadeada por movimentos sociais e publicações científicas, seguidos por transformações legislativas a partir da década de oitenta. O acesso à justiça seria então orientado pelos princípios da acessibilidade, da operosidade, da utilidade e da proporcionalidade.

Assim, busca-se neste trabalho demonstrar que o controle posterior da representatividade adequada, eleito pelo legislador infraconstitucional para o microssistema do processo coletivo brasileiro, de maneira indireta através da adoção do modelo de coisa julgada *secundum eventum probationis*, não é capaz de atingir os objetivos que impulsionaram a regulação do direito coletivo, por não ser este o melhor meio de garantir o pleno e efetivo acesso à justiça.

³CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43.

Será questionada a opção legislativa pelo controle posterior da representatividade adequada, partindo-se da hipótese de que o controle anterior apresentaria melhores resultados, por dificultar o ajuizamento de demandas temerárias, evitar a movimentação do aparato jurisdicional para uma ação movida por um representante despreparado, que possivelmente não prosperaria, bem como garantir que os direitos da coletividade não sejam prejudicados por uma ação cujo ajuizamento é contrário aos melhores interesses da tutela coletiva ou, quando necessária a sua propositura, não é capaz de atender aos interesses coletivos, devido ao enfoque dado ao pedido, inépcia na condução e acompanhamento do processo ou, ainda, devido a acordo celebrado ao longo do processo que não contempla as demandas do grupo representado. Por fim, espera-se chegar à conclusão de que o controle da representatividade adequada feito no momento da propositura da ação coletiva diminuiria a existência de decisões contraditórias.

Como metodologia eleita para este trabalho, optou-se por analisar os conceitos essenciais para a compreensão e discussão da matéria, através de um estudo do processo coletivo brasileiro, revisão bibliográfica e análise legislativa, sob o recorte da Ação Civil Pública, tendo como comparativo o sistema das *Class Actions* do direito norte-americano, por fim será estudado o controle anterior e posterior da representatividade adequada, apontando eventuais vantagens e desvantagens através dos principais problemas identificados no modelo vigente, pautados na produção doutrinária acerca do tema e sob a óptica do acesso à justiça.

O presente estudo divide-se em quatro capítulos. O primeiro abordará o regime jurídico da coisa julgada, no plano individual e coletivo, além da introdução aos conceitos de legitimidade e representatividade, visando possibilitar a melhor compreensão do regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum probationis* e a sua relação com o instituto da representatividade adequada no processo coletivo.

No segundo capítulo será dado destaque ao conceito da representatividade adequada, sendo analisada a sua estrutura e finalidade, observando-se a sua aplicação no sistema jurídico nacional e estrangeiro.

Após a definição do instituto da representatividade adequada o trabalho seguirá para a regulação do seu controle, abordando os critérios utilizados e o momento adequado para a sua verificação. Então, serão elencados os principais problemas decorrentes do controle posterior da representatividade adequada, discutindo de que maneira a adoção de um controle no momento da propositura da ação coletiva poderia modificar o quadro apresentado.

Por fim, serão feitas as considerações finais, encerrando o trabalho com as conclusões acerca da sistemática atual do controle da representatividade adequada no processo coletivo brasileiro e os possíveis impactos, positivos ou negativos, na mudança para um controle prévio da adequação do representante.

1. A COISA JULGADA

1.1. O instituto da coisa julgada

A coisa julgada material é uma qualidade, um efeito jurídico, de que se reveste a sentença, visando a imutabilidade de seu conteúdo e concretizando o princípio da segurança jurídica. Ela é definida no artigo 502 do Código de Processo Civil Vigente: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a formação da coisa julgada de três maneiras.⁴

Na primeira hipótese, regra geral no processo individual, a coisa julgada forma-se *pro et contra*, o que equivale a dizer que ela será formada independentemente do resultado do processo, seja a decisão de procedência ou de improcedência.

Na segunda hipótese, a coisa julgada será *secundum eventum litis*, restringindo a sua formação a apenas um dos possíveis resultados do processo.

Na terceira e última hipótese, a formação da coisa julgada será *secundum eventum probationis*, ocorrendo apenas em casos de esgotamento dos meios de prova, ou seja, quando a decisão for de procedência, ou de improcedência com suficiência de provas.

Será submetida aos feitos da coisa julgada, limitando-a objetivamente, a norma jurídica individualizada, construída para a solução do caso concreto. Assim, o limite objetivo da coisa julgada é, via de regra, o dispositivo da decisão que julga o pedido.⁵

Em nosso sistema jurídico os limites subjetivos da coisa julgada podem ser *inter partes*, como prescreve o art. 506 do Código de Processo Civil: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.” Nestes casos, somente serão vinculadas ao *decisum* as partes que integraram a relação jurídica processual, sendo a regra geral no processo individual, isto se justifica pelas garantias constitucionais da

⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ob. cit., p. 424.

⁵ Idem, p. 424.

“inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”⁶

:

Isso porque, segundo o espírito do sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que lhe tenha sido garantido o acesso à justiça, com um processo devido, onde se oportunize a participação em contraditório.⁷

Outras formas de manifestação dos limites subjetivos são a coisa julgada *ultra partes*, que atinge, além das partes do processo, determinados terceiros⁸, e a coisa julgada *erga omnes*, em que os efeitos atingem todos, independentemente de sua participação no processo.

1.2. A coisa julgada no processo coletivo brasileiro

As peculiaridades do processo coletivo levam a uma necessária revisitação do instituto da coisa julgada, tendo em vista que a decisão tornada imutável pelo seu manto atingirá a esfera jurídica de diversos indivíduos que não participaram ativamente do processo, tendo tido seus interesses defendidos por um representante.

Assim, a relevância dos interesses tutelados somada à incerteza quanto à adequada representatividade e à ausência de mecanismos eficientes de notificação dos membros da classe⁹ acerca da demanda coletiva contribuiram para que o legislador conferisse novos contornos a este instituto¹⁰.

A coisa julgada no processo coletivo apresenta seu maior diferencial no regime jurídico, o conjunto de normas jurídicas que a estruturam, caracterizado pela conjugação dos

⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão: Coisa julgada e Constituição, o regime infraconstitucional da coisa julgada, a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada, as sentenças inexistentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, vol. 2, p. 542.

⁸ Exemplos de terceiros que serão atingidos pela coisa julgada *ultra partes* são o substituto, em casos de substituição processual e a sociedade não citada, em processos de dissolução parcial da sociedade. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Ob. cit. p. 543.

⁹ Ao criticar as disposições do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, leciona Gidi: “A primeira parte do dispositivo é manifestamente insuficiente. É evidente que uma única publicação por edital no diário oficial é uma técnica insuficiente e demasiadamente fictícia. O fato de o direito positivo poder criar certas ficções em determinadas circunstâncias não permite ao legislador fugir ao bom senso e à necessidade constitucional de se promover uma efetiva notificação aos membros do grupo. Como asseverou Michele Taruffo, a possibilidade teórica de intervir no processo é uma garantia desprezível, se não se traduz na possibilidade concreta de fazê-lo, o que pressupõe que os membros do grupo tenham conhecimento da instauração ou da pendência da lide.”(GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239).

¹⁰ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit.

limites objetivos, dos limites subjetivos e do modo de produção¹¹. Sua configuração encontra-se no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), *in verbis*:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

A priori, convém destacar que os limites objetivos da coisa julgada não sofreram alterações em relação ao observado no processo individual, seguindo aqui a regra geral.

Por outro lado, enquanto no processo individual os limites subjetivos eram *inter partes*, no processo coletivo eles serão *ultra partes* ou *erga omnes*.

A coisa julgada será *ultra partes* no tocante aos direitos coletivos, atingindo não apenas as partes do processo, como também determinados terceiros.

No que tange aos direitos difusos e aos individuais homogêneos, em sua esfera coletiva, a coisa julgada será *erga omnes*, atingindo todos os jurisdicionados.

O último aspecto do regime jurídico da coisa julgada, e o de maior interesse para o presente trabalho, refere-se ao seu modo de produção. Como visto, a regra geral no processo individual é a coisa julgada *pro et contra*, formada independentemente do resultado do processo. A opção legislativa no processo coletivo, entretanto, foi a da coisa julgada *secundum eventum probationis*, só se formando caso haja um esgotamento probatório. Neste caso, seja a decisão de procedência ou de improcedência, havendo suficiência de provas a coisa julgada será formada.

Concluindo, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos em relação ao tratamento dado aos direitos individuais homogêneos no artigo supracitado. A redação do inciso III não deixa dúvidas de que haverá a extensão da coisa julgada para o plano individual no caso de procedência do pedido da ação coletiva, não apresentando a mesma extensão caso o resultado tenha sido de improcedência. Não se deve confundir esta previsão com a coisa julgada *secundum eventum litis*, note-se que é a extensão ao plano individual da coisa julgada que será

¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, vol. 4, p. 423.

segundo o resultado da demanda, apenas em caso de procedência, e não o seu modo de formação, que nos casos de tutela de direitos individuais homogêneos, será *pro et contra* no plano coletivo, conforme entendimento majoritário segundo os dizeres de André Vasconcelos Roque:

“A coisa julgada no art. 103 do CDC opera em dois planos de eficácia distintos: coletivo e individual. No primeiro plano, para as ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos, estabelecem os incisos I e II que haverá a formação da coisa julgada material *erga omnes* ou *ultra partes*, independentemente do resultado da demanda. A única exceção prevista nos dois incisos, em que não haverá a formação da coisa julgada no plano coletivo, está na improcedência por falta de provas. (...) Com relação aos direitos individuais homogêneos, o art. 103, inciso III não apresenta uma resposta muito clara, pois a norma não reproduz a exceção prevista nos dispositivos anteriores relacionados à improcedência por deficiência probatória. A redação literal permite duas interpretações completamente distintas: a) a coisa julgada no plano coletivo será sempre formada nessas circunstâncias, mas os indivíduos somente serão vinculados nas suas esferas pessoais em caso de procedência do pedido; ou b) a coisa julgada no plano coletivo nunca será formada na hipótese de improcedência do pedido, sendo possível inclusive a propositura de uma nova ação coletiva, ainda que não tenha havido deficiência probatória. A interpretação largamente dominante na doutrina¹², na ausência de ressalva expressa em contrário na lei, tem sido no sentido de considerar que haverá normalmente a formação da coisa julgada material no plano coletivo, impedindo definitivamente a propositura de novas ações coletivas sobre a mesma questão pelo autor da demanda julgada improcedente ou pelos demais legitimados, restando preservada apenas a possibilidade de que esses mesmos direitos e interesses sejam reclamados através do processo individual.”¹³

1.3. O regime da coisa julgada secundum eventum probationis

¹² Em que pese o autor apresentar o pensamento majoritário na doutrina, ele, em seguida, discorda do mesmo, afirmando que, na ausência de justificativa válida, entende ser recomendável a unificação do regime da coisa julgada em seu plano coletivo para todas as categorias. (ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013, p. 594). Em mesmo sentido expõem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.: “A redação é um tanto lacunosa. Deixa claro que haverá extensão da coisa julgada para o plano individual no caso de procedência do pedido da ação coletiva. Não há regramento, no entanto, da coisa julgada coletiva, somente da extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual. Talvez isso decorra do equívoco de considerar a ação envolvendo direitos individuais homogêneos como uma demanda individual tutelada coletivamente, e não como uma autêntica ação coletiva. Conforme a premissa estabelecida neste Curso, essa ação é coletiva, pois os direitos individuais homogêneos pertencem, por ficção, a um grupo de indivíduos. Assim, parece que, aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, se pode concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Contudo, a doutrina dominante não pensa assim, adotando a interpretação literal do dispositivo do inciso III, que não prevê a exceção da coisa julgada no caso de insuficiência ou falta de provas.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ob. cit., p. 429) Ainda: “A lei brasileira somente previu a técnica da “improcedência por insuficiência de provas” para as ações coletivas em tutela dos direitos difusos e coletivos, não autorizando sua utilização nas ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos. Não há qualquer justificativa para essa diferenciação: andou mal o legislador brasileiro em distinguir situações por tudo semelhantes. A lei seria muito mais consistente se essa norma fosse aplicável em todos os tipos de ações coletivas.” (GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. Cit., p. 286).

¹³ROQUE, Andre Vasconcelos. Ob. cit., p. 591.

A coisa julgada *secundum eventum probationis*, solução encontrada pela legislação brasileira para formação da coisa julgada no processo coletivo, foi originalmente prevista no artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717 de 1965): “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Posteriormente, essa regra foi reproduzida pela Lei da Ação Civil Pública de 1985 (artigo 16) e pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990 (artigo 103).¹⁴

A coisa julgada é, também aqui, *pro et contra*, pois surge independentemente do resultado da demanda, mas poderá ser revista se houver outra prova. Mitiga-se a eficácia preclusiva da coisa julgada material. Na verdade, a decisão é considerada uma decisão sem enfrentamento no mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade em face de a própria cognição revelar-se *secundum probationem*. Assim, considera-se excepcionada, nesses casos, a vedação ao *non liquet*¹⁵ em matéria probatória.¹⁶

O regime da coisa julgada *secundum eventum probationis* foi a solução encontrada pelo ordenamento pátrio para evitar as críticas desferidas contra o regime *secundum eventum litis*¹⁷, tendo em vista a fragilidade da sistemática do processo coletivo brasileiro, que ainda não se encontrava maduro o suficiente para suportar o modelo de coisa julgada *pro et contra*, adotado nas *class actions* estadunidenses:

O legislador brasileiro preferiu não adotar o regime da coisa julgada *pro et contra* nas ações coletivas, tal como ocorre no modelo norte-americano das *class actions*, porque a tutela coletiva ainda não estava minimamente consolidada. Na verdade, a

¹⁴GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa Julgada Secundum Eventum Probationis e Pedido Nas Ações Coletivas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (org.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopodianum, 2006, p. 163.

¹⁵ Ainda sobre a proximidade entre a coisa julgada *secundum probationem* e a vedação ao *non liquet*: “A coisa julgada segundo o resultado da prova aproxima-se, de certa forma, do instituto do *non liquet*, já que há uma autorização legal ao juiz de não julgar a causa diante da insuficiência de provas produzidas pelo demandante coletivo; esse instituto evita ainda a colusão entre as partes litigantes, isto é, que a demanda seja premeditadamente mal proposta e instruída, com o propósito inadmissível de conduzir o julgador ao decreto definitivo de improcedência.” (GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ob. cit., p. 161.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ob. cit., p. 425).

¹⁷ “Como visto, existem dois regimes clássicos para o instituto da coisa julgada nas ações coletivas: a) *pro ET contra*, em que os interessados serão vinculados independentemente do resultado da demanda, e; b) *secundum eventum litis*, em que os integrantes do grupo somente serão vinculados em caso de vitória na esfera coletiva. A primeira solução privilegia a segurança jurídica, embora os riscos para o grupo sejam consideravelmente maiores, tendo em vista a possibilidade de ficarem definitivamente prejudicados em caso de derrota. A segunda opção diminui os riscos envolvidos, mas permite, em princípio, que uma ação coletiva julgada improcedente seja novamente proposta infinitas vezes. Além disso, os interessados continuarão livres para ajuizar demandas individuais, o que pode dar ensejo a decisões judiciais conflitantes. Além da situação de permanente insegurança jurídica para o réu, restaria com isso frustrado o objetivo da economia processual.” (ROQUE, Andre Vasconcelos. Ob. cit., p. 590).

Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor ingressaram em campo desconhecido no Brasil à época de sua aprovação, sendo natural a opção por uma solução mais cautelosa. Por outro lado, sensível às críticas da doutrina italiana nos anos setenta e oitenta do século passado, o legislador pátrio considerou problemático o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, notadamente do ponto de vista da economia processual e da desigualdade em desfavor do demandado. Assim é que, em notável tentativa de superação dos inconvenientes apontados acima, o direito brasileiro estabeleceu um regime peculiar de coisa julgada para as ações coletivas no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸

Deste modo, ao passo que o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis* atendia ao princípio da segurança jurídica, tornando indiscutível o conteúdo das decisões proferidas no processo coletivo, temperava essa autoridade prevendo a possibilidade de repositura da ação coletiva, com igual fundamento, pelo mesmo autor ou por outro legitimado¹⁹, desde que houvesse nova prova²⁰ a ser apreciada pelo juízo, capaz de, em tese, alterar o resultado da demanda coletiva.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* atende, ainda, a mais um objetivo, na medida em que visa “evitar o conluio entre o demandante e o demandado, impedindo que uma atuação probatória desidiosa e deficiente originasse, fraudulentamente, coisa julgada negativa, em prejuízo da coletividade”.²¹

1.6. Legitimidade, representatividade e coisa julgada

O conceito de legitimidade, fundamental para a compreensão do fenômeno da representatividade adequada no processo coletivo, enseja diversas discussões doutrinárias, possuindo contornos distintos ao longo dos anos. Donald Armelin sintetizou as principais teorias acerca da legitimidade, apresentando-a da seguinte maneira:

“Assim sendo, consideradas as premissas gizadas supra, resulta a legitimidade, que supõe a capacidade, como a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente, em regra, da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurígenos, asseguradora de plena eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes.”²²

¹⁸ Idem, p. 591.

¹⁹ “ A repositura da ação coletiva poderá ser feita pelo mesmo autor ou por outro legitimado, tendo em vista a própria redação da Lei da Ação Popular, que no lugar de dizer que “qualquer outro cidadão” poderá repropor ou renovar a demanda, no caso de improcedência por insuficiência de provas, disse que “qualquer cidadão” poderá fazê-lo, incluindo o autor popular da primeira ação. O mesmo raciocínio aplica-se à LACP e ao CDC, quando se referem a “qualquer legitimado” e não a “qualquer outro legitimado”. (GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ob.Cit. p. 163).

²⁰ “Não é suficiente alegar que a decisão coletiva original se baseou em insuficiência probatória, para destituir a imutabilidade da sentença coletiva. É necessário apresentar uma nova prova na petição inicial para que a repositura da ação coletiva seja aceita pelo juiz.” GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. Cit., p. 286.

²¹ GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ob. Cit., p. 163.

²² ARMELIN, Donald. *Legitimidade Para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 13.

Esta conceituação reflete o núcleo rígido da legitimidade, como a qualidade aferida ao sujeito, ela pode apresentar diferentes facetas, sendo classificada, a depender do prisma analisado, como singular ou coletiva, devido ao número de legitimados para a prática de um mesmo ato, transferível ou intransferível, se pode ou não ser adquirida derivadamente, específica ou genérica, de acordo com o feixe de atos potencialmente legitimáveis, bilateral ou unilateral, se existem ou não duas classes distintas, exclusiva ou complexa, se depende da participação de um ou mais agentes, direta, indireta ou extraordinária²³, sendo a última uma subcategoria da legitimidade indireta, diferindo daquela pela causa de outorga, que nela decorre de aparência jurídica²⁴.

Para o presente trabalho, entretanto, será dado maior destaque à legitimidade para agir, que constitui “uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação”²⁵, e que não dispensa a verificação das condições da ação e dos pressupostos processuais. Essa situação legitimante, no processo civil individual, decorre da correlação entre o direito processual e o direito material, o legitimado defende em juízo, em regra, direito que lhe pertence.

No processo coletivo, entretanto, esse cenário sofre alterações em razão das espécies de direitos tutelados, difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, não sendo possível verificar essa conexão entre o titular do direito e o legitimado para propositura da ação. Surge, então, a necessidade de eleger um representante para tutelar os interesses do grupo em juízo, tendo em vista não ser factível que integrem o processo todos os indivíduos que pertencem ao grupo defendido.

Deve-se destacar que a representatividade é um importante fator de legitimação na formação da coisa julgada nas sentenças coletivas. Afinal, como já visto, o próprio caráter do processo coletivo torna inviável a presença em juízo de todos os indivíduos interessados

²³ Idem, pp. 21-28.

²⁴ “Entretanto, esta nova categoria não passa de uma subcategoria da legitimidade indireta, de vez que, no caso, a atuação em nome próprio ou alheio se faz sempre influenciando a esfera jurídica de outrem. O título, *rectius*, a causa da outorga da legitimidade pelo sistema jurídico é que varia conforme o caso. Na legitimidade indireta, pura e simples, ela decorre de situações reais perfeitamente subsumíveis às normas gerais ou específicas, que disciplinam os institutos jurídicos. Na legitimidade indireta, decorrente de aparência jurídica, o sistema, excepcionalmente, outorga o poder de prática de ato jurídico eficaz ao agente que se encontra em uma situação de fato semelhante ou análoga à situação fática contemplada em normas comuns, e, por isso mesmo, geradora de aparência de subsunção a estas normas. ARMELIN, Donald. Ob. Cit., p. 25.

²⁵ Idem, p. 85.

naquela ação, entretanto, todos serão impactados pelo *decisum* do processo coletivo, pois, havendo a procedência ou a improcedência da ação coletiva com suficiência de provas, não será possível a propositura de nova ação no plano coletivo, pelo advento da coisa julgada.

Assim, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada coletiva pauta-se na garantia de que o indivíduo teve seus interesses devidamente protegidos em juízo, e essa garantia é dada pela representatividade adequada.

Para que o efeito da coisa julgada em uma ação coletiva se opere *erga omnes* independentemente do resultado da ação, todavia, a garantia do devido processo legal dos membros ausentes deve ser rigidamente controlada pelo juiz e pelas partes em todas as fases do procedimento. Em última análise, no contexto das ações coletivas do direito americano, *due process of law* significa que deve ser assegurada aos membros ausentes justiça processual (*procedural fairness*) antes que eles possam ser vinculados pela decisão das questões comuns.²⁶

²⁶ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. Cit., p. 278.

2. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

1.1. A representatividade adequada: conceitos iniciais

A representatividade adequada é a capacidade da parte que litiga em nome da classe ou da coletividade defendê-la de forma eficaz. Para a configuração da representatividade adequada não basta ao autor da demanda ter legitimidade para estar em juízo, ele deve também estar apto a fazer valer os interesses da coletividade que ele representa.

Quando há uma análise da capacidade do representante para a tutela dos interesses coletivos passa-se aos membros dessa coletividade a segurança de que seus direitos foram propriamente defendidos em juízo. Trata-se da garantia ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa:

Toda a técnica processual do processo coletivo, 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.²⁷

Para que haja uma efetiva representatividade, deve-se verificar não apenas o alinhamento da conduta do representante aos interesses da coletividade representada, mas também, analisar se este representante possui a capacidade técnica para atuar em uma ação de grandes proporções como são, em regra, as ações coletivas.

O modo de aferição da representatividade adequada varia de ordenamento para ordenamento, dependendo da forma como se insere no procedimento dos processos coletivos, sendo essencial apenas que o modelo escolhido consiga, de forma satisfatória, atender aos dois requisitos acima expostos. Os próximos tópicos serão destinados ao estudo do controle da representatividade adequada nas *class actions* e nas ações civis públicas.

1.2. A representatividade adequada nas *Class Actions* norte-americanas

No direito estadunidense a *adequacy of representation* figura como o quarto e último requisito de admissibilidade das *class action*. Previsto na Regra 23, alínea (a)(4), a verificação da representatividade adequada é imprescindível para a certificação da *class action*, ou seja, para que esta prossiga como uma ação de classe:

²⁷ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit

Rule 23. Class Actions: a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

A representatividade adequada possui uma dupla função nas *class actions*, servindo tanto como garantia de que o representante está alinhado aos interesses da classe, como fator de legitimação da vinculação exercida pela decisão proferida no final da *class action* sobre todos, impedindo questionamentos futuros.²⁸

Esta segunda função adquire grande importância devido ao regime jurídico da coisa julgada adotado no ordenamento norte-americano, em que as decisões proferidas em *class actions* formam coisa julgada *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado do processo, e com efeitos *erga omnes*, o que é justificado pela observância do *due process of law*, garantido através da representação adequada da classe.

Exige-se que o candidato a representante proteja adequadamente (*fairly and adequately*) os interesses do grupo em juízo²⁹, com isso, intenta-se diminuir o risco de colusão, motivar uma atuação energética do representante e do advogado e trazer ao processo todos os reais interesses dos membros ausentes.³⁰

A aferição da adequação do representante fica a cargo do juiz, em um controle *ope iudicis*³¹, sendo ônus do autor provar a representatividade adequada. O juiz baseia-se em dois requisitos para verificar se o representante é adequado para a propositura de uma *class action*,

²⁸ Por outro lado, caso seja constatado que o requisito da representatividade adequada não foi observado, mesmo já estando a decisão acobertada pela coisa julgada, permite-se a rediscussão da matéria, neste sentido: “A representatividade adequada, portanto, é a pedra de toque no reconhecimento da coisa julgada nas *class action*. 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.” (COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit)

²⁹ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. Cit., p. 99.

³⁰ Idem, p. 100.

³¹ A possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e se valida na medida em que for exercida devida e adequadamente. Consequentemente, estabeleceu o Estado, enquanto legislador, para os órgãos judiciais, o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da denominada representação adequada (*adequacy of representation*) (MENDES, Aluísio Gonçalves Castro. *Ações Coletivas no direito Comparado e Nacional*. Coleção: Temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 4, p. 81).

sendo eles a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes, pelo representante e pelo advogado, e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo.³²

No primeiro requisito são avaliados qualitativamente o representante e o advogado do grupo para determinar se os mesmos são aptos a exercer uma vigorosa defesa dos interesses do grupo (*vigorous prosecution or defense of the action*). O representante não precisa ser o melhor membro disponível, basta que seja adequado para a tutela dos interesses em litígio e que não possua interesses que rivalizem com os interesses do grupo que ele pretende representar, ele não precisa demonstrar a probabilidade de sucesso no mérito para que a ação seja aceita.

Apesar da adequação do representante ser elemento fundamental da adequação da representatividade, os tribunais têm dado mais destaque à análise da adequação do advogado do grupo, sendo este o aspecto principal para a configuração deste requisito. Em razão da emenda realizada na *Rule 23* em 2003, o juiz deverá considerar o trabalho do advogado na investigação da causa, a sua experiência em ações coletivas e processos complexos similares além de seu conhecimento jurídico. São avaliadas, ainda, a estrutura física e financeira de que o advogado dispõe para atuar na causa, sendo considerado inadequado o advogado que não possuir um aparato suficiente para atuar em casos complexos³³. Assim, como já enfatizado na doutrina, no que tange ao advogado, a sua adequação depende da preparação que este possui para atuar em casos complexos:

O advogado deve ser competente, ético e capaz de assegurar uma vigorosa defesa dos interesses do grupo. Ademais, deve estar disponível para exercer as funções de advogado em uma ação coletiva do porte da que está propondo. O juiz deve considerar inadequado o advogado que demonstra não ter tempo, estrutura material e financeira ou funcionários suficientes para se dedicar satisfatoriamente à missão de conduzir e administrar um litígio complexo.³⁴

No que diz respeito ao advogado, são levadas em consideração várias questões, dentre as quais a qualificação profissional, especialização na área, a experiência com ações coletivas, a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e a performance na causa como um todo, o relacionamento com a parte, cumprindo com o seu dever de comunicação e esclarecimento dos membros presentes da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para patrocinar o litígio, a conduta ética e os antecedentes, bem como a existência de conflitos de interesse.³⁵

Tendo sido constatada a adequação do representante e do advogado, deve o juiz apurar se não há conflito entre o representante e o grupo, não devendo ser admitido como

³² GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. cit., p. 104.

³³ Idem, pp. 104-112.

³⁴ Idem, p. 111.

³⁵ MENDES, Alúcio Gonçalves Castro. Ob. cit., p. 82.

representante “pessoa cuja pretensão fosse diferente, que buscasse uma providência (*relief*) inadequada ou cuja propositura de ação fosse totalmente desaprovada pelo grupo”³⁶. A ausência de conflito de interesses também deve ser analisada em relação ao advogado do grupo, não podendo haver divergências entre o advogado e o grupo, o advogado e o representante, os advogados ou os representante, quando mais de um.

Assim, a análise do modelo norte-americano permite o enriquecimento das discussões acerca da sistemática eleita pelo legislador brasileiro, pois possui acertos quanto ao momento do controle da representatividade adequada, feito logo no início da ação quando é realizada a sua certificação, e quanto aos requisitos analisados, observando-se a capacidade técnica e estrutural do advogado e o alinhamento dos interesses do representante e do grupo representado, o que pode inspirar a forma de aplicação deste instituto no processo coletivo brasileiro.

1.3. A representatividade adequada na lei da ação civil pública

No processo coletivo brasileiro, diferentemente do modelo norte-americano, foi adotado o controle *ope legis*³⁷ da representatividade adequada, através da determinação legal de um rol de legitimados para a propositura da ação coletiva.

Na ação civil pública, regulada pela lei 7.347 de 1985, o rol de legitimados ativos foi definido no artigo 5º, assegurando como entes legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que, concomitantemente, esteja constituída a pelo menos um ano e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção de direitos coletivos. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 82, inciso III, expandiu esse rol acrescentando as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, desde que destinados à defesa dos direitos coletivos.

Logo, o modelo brasileiro adotou uma solução mista, também chamada de pluralística, para a representação dos interesses coletivos, admitindo entes públicos e privados. Esse sistema não dispensa a existência de uma ligação ideológica entre o representante e o grupo,

³⁶ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. cit., p. 113.

³⁷ “Por fim, 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 houver *fair notice*, a verificação da *adequacy of representation* da sistemática brasileira nas ações coletivas opera-se *ope legis*.” (LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236).

entretanto, ao passo que em alguns casos esse liame ideológico é presumido pelo legislador, como ocorre com o Ministério Público, em outros é exigida a comprovação no caso concreto.

38

Ainda assim, essa comprovação deve ser em face das determinações legais, ou seja, em relação à pertinência temática que “corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse”, e, nos casos das associações, à pré-constituição há pelo menos um ano, podendo este requisito ser afastado em razão do interesse social, conforme a dimensão ou características do dano e a relevância do bem jurídico.³⁹

Apear de essa ser toda a previsão legal acerca do controle direto da representatividade adequada, o controle *ope iudicis* não deve ser afastado, sendo plenamente compatível com o ordenamento pátrio, por ser o meio de garantir a observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e o amplo acesso à justiça.

A doutrina e a jurisprudência têm buscado ampliar este controle. De fato, diversas críticas podem ser tecidas acerca da adequação dos entes legitimados para a propositura de qualquer ação civil pública. Não é factível que todos os entes sejam universalmente aptos e qualificados para defender todos os direitos coletivos, ou ainda, que eles sejam os mais adequados para exercer essa função. Por este motivo, defende-se uma extensão do requisito da pertinência temática⁴⁰ a todos os legitimados ativos, ou seja, para que possam ajuizar uma ação civil pública todos os entes, públicos e privados, devem demonstrar que a defesa daquele direito transindividual é um de seus objetivos institucionais.

³⁸ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit

³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. São Paulo:2013, p. 339.

⁴⁰ “A pertinência temática é requisito que as Cortes nacionais vêm exigindo de todos os legitimados para a propositura da ação civil pública e que será, obviamente, analisado pelo juiz, diante das circunstâncias do caso concreto. Delineia-se, assim, uma tendência no sentido de se estender a todos os legitimados a exigência de nexo entre estes e o objeto do processo coletivo, já por lei existente em relação às associações e aos entes públicos da Administração Direta ou Indireta.” (COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit)

3. O CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1.1. Relevância do controle da representatividade adequada na ação civil pública

A tutela dos direitos transindividuais em um processo coletivo é matéria de grande importância e inspira cuidados, principalmente em face da complexidade de uma ação civil pública, em que os interesses da coletividade nem sempre são claros, podendo ocorrer conflitos internos.

Faz-se necessário certo grau de sensibilidade por parte do representante e do juiz para dimensionar os interesses envolvidos e delinear o melhor caminho para a sua defesa.

Devido a relevância desses direitos, não basta que o representante seja legítimo para atuar no caso, deve ele também ser o mais adequado, ou seja, deve ter condições técnicas para propor e acompanhar uma ação dessa magnitude, além de estar alinhado aos interesses da coletividade.

A lei da ação civil pública, com o rol de legitimados do artigo quinto, garantiu, ou melhor, buscou garantir, que os representantes tenham as condições mínimas para o ajuizamento de uma ação coletiva, mas isso, por si só, não garante que os resultados obtidos por esta demanda serão os desejados.

Quando o representante é aquele que minimamente reúne os atributos necessários, os resultados por ele obtidos tendem a ser igualmente minimizados. O conhecimento da lide e dos interesses envolvidos bem como a experiência pregressa na defesa dos direitos específicos de que trata o processo coletivo em questão, além da ciência de casos análogos, seus sucessos e fracassos, são elementos inestimáveis para o bom desenvolvimento e conclusão de uma ação civil pública e, inegavelmente, não serão todos os representantes que possuirão essas percepções.

1.2. O controle da representatividade adequada e a coisa julgada *secundum eventum probationis*

Como visto anteriormente, a representatividade adequada possui grande conteúdo legitimador da sentença coletiva, é a garantia de que os indivíduos do grupo tiveram seus interesses representados satisfatoriamente em juízo que legitima a formação da coisa julgada sobre o *decisum*, tornando indiscutível a matéria na esfera coletiva.

Entretanto, em vista das deficiências do processo coletivo brasileiro no que tange à garantia da representatividade adequada, o legislador buscou criar mecanismos para evitar os eventuais problemas decorrentes de uma sentença coletiva resultante de um processo no qual não houve uma representatividade adequada, abrindo exceções ao controle *ope legis*, como ocorre na disposição que permite o afastamento pelo juiz do requisito da pré-constituição das associações, quando for detectado manifesto interesse social.⁴¹

Outra exceção ao controle *ope legis* da representatividade adequada trazida pelo legislador, e de maior interesse para o presente trabalho, é a previsão da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Conforme apresentado no início deste estudo, no processo coletivo brasileiro, a sentença coletiva somente fará coisa julgada quando a decisão for pela procedência, que sempre será resultante de uma suficiente instrução probatória, ou quando a decisão pela improcedência tiver sido prolatada com base em suficientes provas. Pelo regime *secundum eventum probationis* não haverá formação da coisa julgada quando a sentença for de improcedência por insuficiência de provas.

Com a escolha por esse modelo de coisa julgada o legislador buscou proteger o processo coletivo, e os direitos nele defendidos, das consequências nocivas decorrentes da atuação de um representante que não era apto a defender de forma eficaz os interesses da coletividade.

Essa opção legislativa prestigia um controle posterior e indireto da representatividade adequado, na medida em que afasta a coisa julgada quando, ao final do processo, for identificada a inadequação do representante, que é demonstrada pela incapacidade de produzir provas suficientes para o convencimento do juiz, acerca deste assunto:

Outra hipótese em que se pode entrever o controle *ope legis* da adequação do representante de interesses transindividuais manifesta-se no regime da coisa julgada *secundum eventum litis*. A inocorrência de coisa julgada material nas hipóteses em que a improcedência derive da incapacidade do autor coletivo de comprovar os fatos em que se funda a pretensão deduzida oportuniza os titulares do direito material uma nova chance de ver seus interesses tutelados pela via coletiva. Embora não se declare a ilegitimidade do ente não representativo, visto que inapto a produzir as provas necessárias ao deslinde do feito, as consequências de sua atuação são minimizadas, o que implica um controle indireto da representatividade adequada.⁴²

Este tipo de controle, residual e indireto, é pouco eficiente, pois permite que o processo se prolongue durante um longo período de tempo, por serem as ações coletivas

⁴¹ GUEDES, Clarissa Diniz. Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 135.

⁴² GUEDES, Clarissa Diniz. *Ob. cit.*, p. 135.

processos complexos, maculado com um vício que poderia facilmente ser identificado no início. Com isso, são despendidos recursos financeiros e tempo em uma ação temerária, que é, desde o início, incapaz de satisfazer os anseios da coletividade.

Como resultado, será prolatada uma sentença em dissonância com os interesses coletivos que, mesmo podendo a matéria ser rediscutida em demanda futura, terá encerrado aquela ação com um precedente negativo, coexistindo decisões contraditórias.

Os problemas gerados por este tipo de controle não se limitam, entretanto, a uma sentença de improcedência por insuficiência de provas, único desfecho resguardado pelo legislador, pois mesmo uma decisão de procedência pode ser desvantajosa para a coletividade, pois há situações em que a própria propositura da ação é contrária aos interesses do grupo.

Em suma, a ausência de representatividade adequada terá impactos negativos para a coletividade tutelada seja pela improcedência, seja pela procedência da ação coletiva, de modo que o legislador infraconstitucional novamente delineou um mecanismo de controle da representatividade adequada insuficiente para resguardar os interesses coletivos.

1.3. O controle prévio e o controle posterior da representatividade adequada

O controle da representatividade adequada, como visto, possui particularidades em seu modelo nas ações de classe norte americanas e nas ações civil públicas brasileiras. Uma das principais diferenças observada é relativa ao momento em que este controle é feito.

Nas *class ctions* foi privilegiado o controle prévio da adequação do representante, sendo este um dos requisitos necessários à certificação da ação, permitindo que ele prossiga como ação de classe. Deste modo, no ordenamento norte americano a representatividade adequada é analisada no início da ação, quando o órgão jurisdicional toma conhecimento da demanda. Isso garante que a partir do primeiro momento o grupo terá um representante adequado para a atuação no processo.

Isso confere maior legitimidade a todos os atos do processo, levando, em tese, a uma conclusão satisfatória para o grupo.

Pode ocorrer, entretanto, de a adequação do representante ser questionada durante ou depois do processo. Se a dúvida quanto à adequação do representante surgir durante o processo, deve o juiz, verificando a inadequação do representante, determinar a sua substituição. Caso o representante só seja considerado inadequado após o encerramento do processo, poderá ser ajuizada nova ação de classe sob este argumento.

A regulamentação da ação civil pública escolheu um caminho distinto, optando por um controle posterior da representatividade adequada, através do regime jurídico da coisa julgada coletiva, uma vez que o controle de representatividade exercido no momento da propositura da ação, limitado à verificação dos requisitos do artigo quinto, não opera propriamente um juízo de adequação do representante.

Este método é falho, pois o controle posterior relega ao último momento a percepção de um vício que poderá fazer com que todo o extenso processo de instrução e julgamento da ação civil pública tenha sido em vão, pois, a ausência de um representante adequado leva a uma ação incapaz de atender os interesses coletivos.

Deixar que a máquina judiciária seja movimentada e despenda tempo e recursos em processo coletivo ajuizado por ente não comprometido com o interesse em jogo, somente sob o argumento de que a demanda coletiva eventualmente poderá ser reproposta caso haja novas provas, não parece ser o mais racional. Sem dúvida alguma, melhor solução é possibilitar ao juiz o controle do real potencial representativo do autor e evitar a demanda coletiva inidônea.”⁴³

Porém, se por um lado a sentença de improcedência fundada em insuficiência de provas, apesar de desperdiçar os esforços dedicados ao processo, não é o maior perigo a uma ação civil pública que carece de representatividade adequada, pois não haverá o impedimento ao ajuizamento de nova demanda, por outro lado, caso a inépcia do representante cause um prejuízo não abarcado pelo regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, não será possível a rediscussão da matéria no plano coletivo.

⁴³ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit

4. PROBLEMAS DO CONTROLE POSTERIOR DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

1.1. A improcedência com suficiência probatória

Como já visto, o controle *ope legis* da representatividade adequada não é garantia de que a coletividade terá seus interesses satisfatoriamente defendidos, tampouco atende a esse objetivo o controle posterior mediante a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Isto porque a insuficiência probatória não é o único, e nem mesmo o principal, fator que leva a uma defesa ineficiente dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Há uma série de fatores que, diretamente ligados à qualidade da condução do processo, podem levar a um resultado contrário aos interesses do grupo.

A primeira hipótese é a da improcedência da demanda por motivo diverso da insuficiência probatória. Trata-se da inépcia do representante em demonstrar em juízo que a pretensão coletiva deve prosperar, nestes casos, mesmo que o direito defendido seja expressivo, a coletividade irá sofrer pela falha do representante na condução processual.⁴⁴

O processo coletivo, em geral, é mais complexo que o processo individual, tanto pelos interesses que visa tutelar, quanto pelas partes que nele atuam, e, por este motivo, demanda um maior empenho da parte autora, que, tanto pelas provas colhidas, quanto pela interpretação feita sobre elas, irá interferir e moldar o arcabouço argumentativo da demanda, responsável por formular o convencimento do juiz.

“Sob o enfoque dos argumentos de qualidade, também parece ser mais efetiva a solução que permite o controle judicial da representatividade adequada. Isso porque solução da coisa julgada *secundum eventum litis* resolve o problema da improcedência da demanda nos casos em que o autor não realize de forma satisfatória a sua atividade probatória. Não lida, contudo, com os casos em que o problema da demanda decorra da má redação da peça inicial ou da falta de uma argumentação sólida e coerente.”⁴⁵

A atuação do representante impacta desde a colheita da prova, como, por exemplo, na condução da prova testemunhal e na escolha dos quesitos a serem apresentados para a produção de prova pericial, até a forma como as provas produzidas serão interpretadas dentro do processo.

⁴⁴ “O mesmo ocorrerá se o processo for dirigido de maneira imperita pelo ente coletivo ou por seu advogado, vez que a improcedência da ação civil pública poderá derivar da formulação equivocada da pretensão autoral, da má redação das peças processuais ou mesmo da perda de prazos para interposição de recursos (GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 136).

⁴⁵ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit

De nada adiantará a utilização de todos os meios de prova possíveis, se os resultados obtidos não forem utilizados em prol dos direitos tutelados, cabe ao representante fazer a conexão entre a realidade fática e as provas obtidas.

O mesmo pode ser dito com relação ao argumento de que os indivíduos não serão atingidos pela coisa julgada em caso de improcedência (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC). A técnica certamente é garantista e vem no sentido de não prejudicar aqueles que eventualmente não tenham sido devidamente representados no processo coletivo. Não lida bem, contudo, com a questão da economia processual e da harmonia de julgados, uma vez que permite a multiplicidade de demandas e a existência de decisões contraditórias.⁴⁶

1.2. A procedência do pedido e a representatividade adequada

Quando uma ação é ajuizada almeja-se a conclusão do litígio com a procedência do pedido autoral, e no processo coletivo, em regra, isso não se altera.

Entretanto, seria um equívoco acreditar que todos os casos de procedência do pedido formulado na ação coletiva significam, necessariamente, a satisfação dos direitos coletivos tutelados. A procedência nem sempre será favorável.

Um dos requisitos para a verificação do controle da representatividade adequada nas *class actions* é a inexistência de conflito entre o representante e o grupo representado, o que intenta evitar a tomada de decisões contrárias à vontade do grupo. Nas ações civis públicas não há previsão similar, devido à presunção legal de que os legitimados são aptos e capazes de defender os interesses da coletividade.

Ocorre que nem sempre a visão do representante é compartilhada pela coletividade, o seu entendimento acerca do melhor caminho a ser tomado e das escolhas certas a serem feitas podem diferir das opções almejadas pelos integrantes do grupo.

Novamente deve ser destacado o relevante papel assumido pelo representante, de quem depende não apenas a correta condução do processo, mas também o delineamento daquilo que será pedido na ação.

O resultado da ação coletiva refletirá a maneira como foi proposta, o pedido formulado e o foco dado à demanda. Para ser eficiente na satisfação dos interesses coletivos, a atuação do representante deverá espelhar os anseios e pedidos dos integrantes do grupo.

Há situações em que o próprio ajuizamento da demanda será contrário ao interesse da coletividade, isso pode ocorrer, por exemplo, a postura adotada pelo representante agrada a apenas uma pequena parcela do grupo, quando a propositura de uma ação coletiva visando

⁴⁶ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit.

assegurar determinado direito irá restringir outro direito mais importante aos olhos do grupo ou, ainda, quando há um conflito entre diferentes grupos, que possuem desejos distintos.

O conflito entre os interesses do representante e do grupo pode se dar devido a interesses pessoais daquele, que se utiliza da posição de parte legítima para conseguir o resultado que será mais satisfatório para ele, manipulando os instrumentos processuais para levar ao desfecho por ele desejado.⁴⁷

Por outro lado, a divergência pode ter suas origens no distanciamento entre o representante e o grupo. Os entes legitimados podem ingressar com uma ação civil pública sem a necessidade de consultar os interessados naquela demanda, com isso, muitas vezes o representante que desconhece os reais anseios da coletividade, presume estar agindo em prol dos interesses do grupo quando, na verdade, atua de forma contrária.

Em todos os casos, a procedência pautada em suficientes provas levará à indiscutibilidade da matéria na seara coletiva, retirando dos indivíduos uma importante ferramenta na proteção de seus direitos.

1.3. A formação da coisa julgada e a representatividade adequada

Por fim, o último efeito negativo do controle posterior da representatividade adequada a ser analisado neste trabalho refere-se à sua influência sobre a celeridade na formação da coisa julgada.

Como já dito anteriormente, o processo coletivo tende a ser mais complexo, isso decorre, em grande medida, da natureza dos direitos tutelados e sua relevância. Porém, como toda ação, o grau de complexidade varia de acordo com a intensidade da atuação das partes.

O contraditório de uma ação civil pública representativa será altamente complexo, devido à dedicação e afincamento com os quais o representante irá tratar a demanda. Um representante adequado, em geral, irá utilizar todos os meios processuais possíveis para garantir que os interesses da coletividade sejam assegurados judicialmente.

Por outro lado, as ações coletivas não representativas são, via de regra, mais rápidas e com contraditório menos complexo. O que se deve à superficial atuação do representante que, por não estar comprometido com a demanda, deixa de zelar pela sua qualidade.

⁴⁷ “Além disso, mesmo quando o resultado da ação civil for de procedência, a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* poderá atentar contra a própria coletividade. E que, sendo inadequado o legitimado, este poderá defender interesses meramente sectários de um grupo, atendendo a finalidades econômicas ou políticas que não correspondem aos anseios da coletividade.” (GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 137).

Como consequência as ações coletivas não representativas transitam mais rápido e formando a coisa julgada antes do processamento das ações mais representativas. Isso gera uma contradição prejudicial ao grupo, pois a aparente celeridade no julgamento dos interesses coletivos oculta, na verdade, uma fragilidade na defesa desses direitos, que pode ser traduzida em uma decisão pouco eficaz e que não abarca todas as pretensões da coletividade.

A troca aqui não é de forma alguma vantajosa à coletividade, pois não há uma prevalência da celeridade processual em face da morosidade das decisões judiciais, o que ocorre, na verdade, é uma aceleração indevida de um procedimento naturalmente complexo às custas da mitigação dos princípios do devido processo legal e do contraditório substancial.

Será muito mais vantajoso para a coletividade aguardar o processamento de uma ação representativa que, ao final, contemplará todos os interesses envolvidos, atendendo satisfatoriamente a demanda coletiva.

A formação da coisa julgada sobre uma demanda não representativa além de tornar indiscutível a matéria na esfera coletiva, o que impede que o tema fosse tratado com o devido cuidado em outro processo, terá, ainda, o efeito de gerar um precedente negativo que poderá repercutir sobre ações coletivas futuras que tratem de situação análoga.

Assim, a discussão da falsa celeridade das ações não representativas transita em torno da efetividade do processo, “a aptidão desse instrumento de alcançar os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo)”⁴⁸.

Deve-se ter em consideração “argumentos de qualidade”⁴⁹, dependendo a avaliação do processo da sua aptidão para solucionar litígios complexos e multidisciplinares, de forma a valorizar uma atividade proativa das partes na busca de soluções conciliatórias e na participação direta na instrução processual.

⁴⁸ COSTA, Susana Henriques da. Ob. cit.

⁴⁹ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo apresentou o modelo da representatividade adequada na ação civil pública, que possui sérias deficiências por não ser capaz de efetivamente levar a uma garantia da adequação da representatividade, ao passo que adota a sistemática *ope legis*, partindo, em regra, de uma presunção da adequada representação dos legitimados. As exceções previstas na lei, nas quais é necessária a demonstração do cumprimento de requisitos legais são, também, falhas, pois seu conteúdo genérico não permite a análise em relação às particularidades do caso concreto.

A última ferramenta despendida pelo legislador, a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis*, também não é suficiente para garantir a satisfatória defesa dos interesses coletivos, pois age como uma mera “contenção de danos”, não resguardando o bom desenvolvimento do processo coletivo ou a ocorrência de desfechos distinto da improcedência por insuficiência de provas.

Tendo em vista a complexidade que naturalmente acompanha as causas coletivas, não é aconselhável fundar o exame da representatividade adequada unicamente pelo modo *ope legis*, sendo fundamental permitir ao juiz a discricionariedade necessária para poder perceber as sutilezas do caso e verificar se o autor da demanda é, de fato, o representante adequado para a defesa dos interesses envolvidos. O controle *ope iudicis* da representatividade adequada pode e deve ser recepcionado em nosso ordenamento e utilizado pelo juiz em cada caso.

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação do interesse dos grupos em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado. Essa proposta, porém, não é de *lege ferenda*, mas de *lege lata*. Ou seja, é independente de reforma legislativa. Basta um juiz competente e interessado.⁵⁰

Assim, a conclusão deste trabalho é a de que para garantir o pleno acesso à justiça, mediante a defesa eficaz e satisfatória dos direitos transindividuais em juízo, em complemento ao controle *ope legis* e ao controle posterior por meio da coisa julgada *secundum eventum probationis*, deve o juiz exercer um controle prévio da representatividade adequada, inspirando-se nos critérios utilizados nas *class actions* norte-americanas, para verificar,

⁵⁰ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Ob. cit., p. 134.

primeiramente no momento de propositura da ação e, posteriormente, em qualquer momento em que seja contestado, se o representante, bem como o advogado do grupo, possuem aptidão para a vigorosa tutela e ausência de conflito de interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade Para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Susana Henriques da. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas 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 JR., Fredie; BRAGA, Sarno Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa Julgada Secundum Eventum Probationis e Pedido Nas Ações Coletivas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (org.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopodianum, 2006.

GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. São Paulo: 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves Castro. *Ações Coletivas no direito Comparado e Nacional*. Coleção: Temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 4.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos prender com eles?* Salvador: Jus Podivm, 2013.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão: Coisa julgada e Constituição, o regime infraconstitucional da coisa julgada, a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada, as sentenças inexistentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.