

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Érica Panizzon Baroni

**ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA NA TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS DE
PESSOAS VULNERÁVEIS:
a Defensoria Pública como instrumento de auxílio para controle da
representação adequada**

**Porto Alegre
2018**

ÉRICA PANIZZON BARONI

**ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA NA TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS DE
PESSOAS VULNERÁVEIS:
a Defensoria Pública como instrumento de auxílio para controle da
representação adequada**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Porto Alegre

2018

ÉRICA PANIZZON BARONI

**ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA NA TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS DE
PESSOAS VULNERÁVEIS:
a Defensoria Pública como instrumento de auxílio para controle da
representação adequada**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Eduardo Kochenborger Scarparo
Orientador

Professor Klaus Cohen Koplin

Professor Arthur Thompsen Carpes

RESUMO

A monografia versa sobre o modo de proteger os interesses do grupo e controlar a representação em processos coletivos. Aborda o tema da legitimidade coletiva, estabelecendo paralelos com modelos de direito comparado, para sustentar a necessidade de se estabelecer mecanismos de controle pelo juiz brasileiro da representação adequada no caso concreto como imperativo do devido processo legal coletivo. Após, avança sobre mecanismos adicionais de proteção de pessoas vulneráveis, consolidando-se o papel dos diferentes legitimados em garantir adequada representação. Ao final, propõe a instituição de um papel à Defensoria Pública de acompanhamento em ações coletivas, para os fins de garantir maior amparo nas situações que envolvem interesses de grupos vulneráveis.

Palavras-chave: Tutela coletiva. Representação adequada. Controle judicial. Pessoas vulneráveis. Defensoria pública.

ABSTRACT

This study explores the ways of protecting the group's interests and control the representation in a collective procedure. It addresses the issue of collective legitimacy, establishing parallels with comparative law models, to support the need to establish control mechanisms by the Brazilian judge of adequate representation in the concrete case as an imperative of the collective due process of law. In addition, it advances into additional mechanisms of protection of vulnerable people, consolidating the role of the different legitimized in ensuring adequate representation. At last, it proposes the institution of a role to the Brazilian Public Defender's Office of follow-up in collective procedures, in order to guarantee greater protection in situations involving the interests of vulnerable groups.

Keywords: Collective procedure. Adequacy of representation. Judicial control. Vulnerable groups. Brazilian Public Defender's Office.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 REPRESENTAÇÃO ADEQUADA	8
1.1 SELEÇÃO <i>A PRIORI</i> DO LEGITIMADO	8
1.2 CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA.....	14
1.2.1 Considerações iniciais	14
1.2.2 Representação adequada nas <i>class actions</i>	17
1.2.3 Controle da representação adequada no Brasil	20
1.2.3.1 Possibilidade de controle <i>ope judicis</i>	26
2 REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA TUTELA COLETIVA DE PESSOAS VULNERÁVEIS. UMA PROPOSTA	32
2.1 ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA.....	32
2.1.1 Obstáculos	33
2.1.2 Acesso efetivo à justiça nas demandas coletivas	37
2.2 DOS ENTES LEGITIMADOS	39
2.2.1 Ministério Público	39
2.2.1.1 Atuação como <i>custos legis</i>	42
2.2.2 Entes políticos e órgãos da administração pública	43
2.2.3 Defensoria Pública	45
2.2.4 Associações	49
2.3 REPRESENTATIVIDADE SOCIAL. UMA PROPOSTA.....	52
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O surgimento de novos direitos coletivos e as violações de massa levaram a uma mudança de paradigma no processo civil, do processo individual – e individualista – para o processo para tutela dos interesses coletivos¹. Essa mudança acarreta que diversos institutos clássicos do processo civil sejam repensados, tais quais coisa julgada, legitimidade, devido processo legal.

Na primeira parte do trabalho, aborda-se que na análise da legitimidade é premente refletir sobre como se dá a representação dos ausentes, como se dá voz àqueles que não podem estar presentes arguindo a tutela dos seus direitos – direitos coletivos ou de grupo.

A fim de garantir voz aos ausentes, nos Estados Unidos da América há o requisito da representação adequada nas *class actions* – que não é sinônimo de legitimidade. Confere-se ao juiz o dever de, no caso concreto, aferir se o representante no processo está exercendo a representação dos interesses do grupo de forma adequada.

A representação adequada será analisada nesta primeira parte do trabalho com o intuito de servir como forma de tutela dos interesses do grupo representado. Analisar-se-á qual sua finalidade, forma de utilização e se é possível, ou até devido, que o utilize no sistema jurídico brasileiro. Ao final deste capítulo, trar-se-á a problemática de, se reconhecido no direito brasileiro, como o magistrado realizará essa verificação da representação adequada.

Contudo, há o problema específico, e ainda mais sensível, de garantir voz efetiva quando os ausentes são um grupo vulnerável. A ideia de vulnerabilidade traz em um primeiro plano a hipossuficiência econômica, grave problema de nosso país.

¹ “[...] no caso de ações para tutelar dos interesses coletivos (que, por brevidade, poderiam oportunamente chamar-se ‘ações coletivas’)”. (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977. p.152)

No Brasil, em 2016, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística², 50% da população tinha renda média mensal domiciliar per capita de R\$ 486,00, sendo que 12,1% tinha rendimento mensal domiciliar per capita de até ¼ de salário mínimo (R\$ 220,00).

A análise de vulnerabilidade não perpassa somente a pobreza econômica. Entendendo a pobreza como fenômeno multidimensional – uma gama de restrições de acesso a direitos –, 64,9% da população brasileira sofria ao menos uma restrição, porcentagem que chegava em 81,3% quando se tratava de mulher preta ou parda sem cônjuge e com filho(s) de até 14 anos.

Essas *multivulnerabilidades* influenciam, como se demonstrará no segundo capítulo desse trabalho, também no acesso efetivo à justiça desses grupos para os quais o processo coletivo pode ser a única oportunidade de ter seus interesses judicialmente tutelados. Nesses casos, o magistrado deve se salvaguardar dos melhores instrumentos para aferição da representação adequada tendo em vista a situação de vulnerabilidade e obstáculos de acesso efetivo à justiça deste grupo.

Frente a este problema, analisar-se-á qual a representatividade e atuação dos entes legitimados para propor ações coletivas. Por fim, propor-se-á se, entre estes legitimados, a Defensoria Pública é a mais adequada e detém representatividade social do grupo a fim de auxiliar a garantir, no processo judicial coletivo, voz efetiva a quem não a tem.

² IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2017. (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica, ISSN 1516-3296; n. 37). Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

1 REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

A análise da adequação da representação perpassa, anteriormente, a questão de “¿a quién debe reconocer la ley como poseedor de ‘legitimación colectiva’ (class standing) para representar los intereses del grupo ante un tribunal?”¹. A representação no processo coletivo, bem como a análise da coisa julgada, como assevera Gidi, traz a necessidade de proteger os interesses² de membros ausentes³.

Portanto, deve-se analisar a quem deve ser dada a voz – como escolher os porta-vozes – e como garantir a voz efetiva aos representados⁴. Dito de outro modo, é preciso analisar a seleção *a priori* do legitimado e a possibilidade de controle judicial da representação.

1.1 SELEÇÃO A PRIORI DO LEGITIMADO

A primeira questão é a quem dar voz, quem poderá representar os interesses do grupo no Tribunal.

¹ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas: Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. p.69. “A quem deve reconhecer a lei como possuidor de ‘legitimação coletiva’ (class standing) para representar os interesses do grupo ante um tribunal?” (tradução nossa)

² “Sem embargo, constata-se que tem prevalecido o uso da expressão interesses nos textos que tratam de termos concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão *direito* evoca uma posição adrede positivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os *interesses* tuteláveis na jurisdição coletiva podem porventura não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem *compatíveis* com ele, sejam socialmente relevantes e venham manejados por adequado representante, por aí se explicando a cláusula que abre para ‘outros interesses coletivos e difusos’, constante da parte final do art. 129, III, da CF e do inciso IV do art. 1.º da Lei 7.347/85.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.91-92.)

³ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas: Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. p.71.

⁴ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.993.

A lei pode deixar essa faculdade para um indivíduo (seja ou não membro do grupo), para uma associação privada ou para o governo (por meio de órgãos ou funcionários públicos, do *Ombudsman*, ou do Ministério Público). Essas opções não são excludentes, podendo o legislador combinar até as três opções considerando as peculiaridades e necessidades da sociedade do país⁵.

No Brasil, o indivíduo carece de legitimidade para propor ação coletiva, exceto na ação popular. A Lei da Ação Civil Pública⁶ atribui legitimidade ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, os Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, à autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e às associações, cumpridos os requisitos legais. Portanto, a legitimidade é exercida, em regra, por corpos intermediários por uma escolha legislativa⁷.

Hodiernamente, é inegável que muito embora exista previsão no ordenamento jurídico de legitimação individual e direta para a ação popular, a legitimação por corpos intermediários da sociedade civil vem sendo a tônica do processo civil coletivo brasileiro. Assim se dá por fundadas razões, como o desiderato de dificultar a realização de processos simulados em detrimento da coletividade e evitar acionamentos temerários por indivíduos, produzindo um possível prejuízo de eficácia *erga omnes*.⁸

Do ponto de vista lógico, a legitimidade de corpos intermediários em detrimento dos indivíduos se justifica sob o prisma da isonomia processual,

⁵ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas: Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. p.71-72.

⁶ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

⁷ Não será abordada a discussão acerca da natureza jurídica da legitimidade coletiva por ultrapassar o objeto deste estudo e já haver amplo debate doutrinário realizado sob esse aspecto. Para eventual consulta: CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.79-101. Há ainda quem defenda que tal controvérsia não tem utilidade prática, nesse sentido: GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.115-116.

⁸ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.990.

configurado pela carência organizacional e inferioridade econômica e política dos indivíduos.⁹

A substituição de particulares por entes políticos e órgãos intermediários não caracteriza, dessa forma, privilégio para a parte autora na ação civil pública. Ao revés, a legitimação coletiva foi concebida para extirpar do processo as desigualdades presentes no plano da realidade fática. Diante dessas desigualdades, o tratamento diferenciado da legitimação é tão razoável que sua ausência acarretaria a desigualdade processual. E o tratamento desigual deve ser conferido às partes sempre que a situação concreta o justifique, sob pena de restar prejudicada a igualdade material.¹⁰

Gidi observou que o legislador brasileiro deu legitimidade coletiva a entidades, e não indivíduos, em reconhecimento a um interesse social ou comunitário da ação coletiva¹¹. Nessa lógica, os legitimados ativos estão comprometidos com a persecução dos interesses de toda a coletividade, enquanto os indivíduos isolados teriam a prerrogativa de pleitear seus direitos transindividuais, “mesmo atuando como meros assistentes litisconsorciais”¹². Inclusive para Guedes, “a regra é que a vontade dos particulares não pode se sobrepor à iniciativa dos legitimados coletivos, pois são estes os verdadeiros autores da ação civil pública.”¹³

Há ocasiões em que os direitos coletivos colidem entre si ou entram em conflito com direitos fundamentais de primeira e segunda geração, de cunho marcadamente individual. Em tais hipóteses conflituosas, incumbe ao legitimado ativo verificar a quais desses direitos o ordenamento conferiu prioridade para, depois, decidir pelo ajuizamento ou não de uma ação coletiva. Resolvendo pela propositura da demanda, cumpre-lhe formular os pedidos que melhor se adequem à situação posta em juízo, de modo a garantir que o processo coletivo tenha utilidade prática para os titulares do direito material.¹⁴

⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.121.

¹⁰ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.121.

¹¹ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas: Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. p.73.

¹² GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.116.

¹³ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.123.

¹⁴ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.113.

Contudo, não é exato vincular a legitimidade por corpos intermediários com interesse eminentemente social ou institucional¹⁵ desses entes em detrimento do interesse do grupo. “O objeto litigioso do processo coletivo é uma situação jurídica de que é titular um grupo (coletividade), que não é legitimado para defendê-la em juízo”¹⁶. É este grupo que é representado na ação coletiva e são os seus interesses que devem nortear a atuação do legitimado. Quando o legitimado ativo opta por ajuizar a ação coletiva o faz em prol dos interesses do grupo, “estará em juízo em nome próprio mas tutelando direitos pertencentes àquela específica coletividade.”¹⁷ Exceção no direito brasileiro será a ação popular, em que o legitimado é o próprio indivíduo, como visto, motivo pelo qual não será abordada essa classe de ação.

Não se confunde com a exigência atual da jurisprudência de “nexo temático entre o legitimado e a matéria tutelada (‘pertinência temática’), como forma de ao menos especificar a legitimidade no caso concreto”¹⁸, inclusive para certos entes públicos.¹⁹

¹⁵ Alguns autores defendem que deve haver relação de interesse jurídico dos legitimados, isto é, quando a demanda for promovida pelos legitimados, deve haver “situação de vantagem, ainda que em sentido genérico, para seus próprios interesses, da eventual procedência do pedido.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.70.). Também nesse sentido: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.144-145. Em sentido contrário: SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.998-1001.

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 4 v. p.191.

¹⁷ CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.29.

¹⁸ GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.613-614.

¹⁹ Gallotti entende que o requisito da pertinência temática deve ser aferido para as associações e órgãos da administração pública indireta e não para o Ministério Público, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (GALLOTTI, Carolina. Pertinência temática nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 142, p.168-184, dez. 2006.)

A escolha brasileira de representação coletiva diverge da estadunidense, na qual a *Federal Rule of Civil Procedure 23 (A) (3)*²⁰ traz o requisito da tipicidade (*typicality*), a qual prevê que “é necessário que o representante tenha os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo ilícito que os demais, sendo ele próprio um dos membros desse grupo.”²¹

O representante, portanto, deve ser membro do grupo para poder representá-lo. Essa exigência se deve ao individualismo²² da cultura estadunidense, a qual entende que o “instinto egoístico é ‘natural’ ao homem” e somente se admite que “alguém representasse os interesses de outrem se, fazendo isso, estivesse protegendo também os seus próprios interesses.”²³

A ideia de tipicidade do direito estadunidense nas *class actions* visa “assegurar a consistência entre os interesses do representante e do grupo que ele pretende representar, para que nenhuma pretensão ou interesse de um membro ausente seja negligenciado.”²⁴

B) as consequências práticas da visão homocentrista do sistema norte-americano seriam inadequadas para países como os latino-americanos, cujas populações, ainda carentes de informação e conscientização, teriam enormes dificuldades em exercer as diversas iniciativas pessoais das quais

²⁰ 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. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S.C. Federal Rules of Civil Procedure. **The Committee on the Judiciary House of Representatives**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.)

Tradução: (a) Requisitos de uma ação coletiva. Um ou mais membros de um grupo podem demandar ou ser demandados como representantes de todos apenas se: (1) o grupo é tão numeroso que o litisconsórcio de todos os membros é impraticável; (2) existem questões de direito ou de fato comuns ao grupo; (3) os pedidos ou defesas dos representantes são típicos dos pedidos ou defesas do grupo; e (4) os representantes protegerão justa e adequadamente os interesses do grupo. (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, p.506.)

²¹ 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, p.88.

²² Individualismo este que está fortemente ligado à noção de propriedade privada. (ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.100.)

²³ 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.p.94.

²⁴ 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.p.89.

depende sua participação, ou não, no processo coletivo. Os membros do grupo, entre nós, são individualmente fracos e é necessário que o portador de seus interesses em juízo – o legitimado à ação coletiva – seja investido de poderes supletivos em relação a cada um de seus “representados”. Trata-se, no fundo, de uma questão de acesso à justiça.²⁵

A cultura jurídica brasileira não parte da mesma ideia de individualidade, na qual somente o titular do direito teria interesse na demanda devido a instinto egoístico. Como dito, o legislador brasileiro optou por conferir legitimidade a corpos intermediários.

Esta é uma posição justificável dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, não se pode, ainda que dentro desse sistema, olvidar da finalidade do representante de exercer a representação adequada dos interesses dos representados.

O legitimado coletivo deve ser capaz de transpor o principal obstáculo ao acesso à justiça no âmbito dos direitos coletivos: a carência organizacional. Deve estar habilitado a identificar os reais interesses da classe em cujo nome atua, por mais esparsos e desorganizados que sejam seus titulares e por mais fragmentados que estejam os direitos de que dispõem; deve possuir condições de litigar em patamar de igualdade com os transgressores habituais de normas que tutelam direitos coletivos; deve, enfim, deter as características necessárias para atuar eficazmente em prol de interesses e direitos que extrapolam a condição dos indivíduos isoladamente considerados, sendo denominados, por isso, transindividuais.²⁶

Entretanto, na prática, verifica-se uma distância entre os legitimados e os titulares do direito material, sobre a qual ponderou Cabral:

O modelo das *class actions* norte-americanas atenua esse hiato comunicativo, já que na fase inicial da *certification*, o tribunal, para que a demanda seja aceita como *class action*, afere, dentre outros requisitos, a ausência de conflitos internos, o comprometimento com a classe e o conhecimento do litígio, ou seja, examina a intensidade da proximidade do postulante com o direito pugnado. O defeito é mais sensível nos ordenamentos, como o brasileiro, em que a legitimidade decorre de normas legais abstratas, sem grandes considerações sobre o caso concreto. Nesses moldes, haverá hipóteses em que, a par de estar ou não o

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um sistema ibero-americano de tutela de interesses transindividuais. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Org.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México D.f.: Porrúa, 2003. p.XLI-XLVIII. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). p.XLIV-XLV.

²⁶ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.111-112.

legitimado em contato direto com a comunidade envolvida, ser-lhe-á assegurada legitimidade *ad causam*.²⁷

Ocorre que “a existência de legitimidade processual resta de todo afastada de uma legitimidade social, circunstância a produzir, nas hipóteses de dissociação, uma profunda insatisfação da comunidade com o processo.”²⁸

Portanto, na análise da legitimidade na ação coletiva, não basta que tal seja conferida pela lei. A resposta da questão “a quem dar voz” deve necessariamente “atentar para a circunstância de que a efetividade da tutela jurisdicional coletiva depende da adequada representatividade por parte do legitimado ativo”²⁹, numa ideia “liberta da concepção meramente individualista do processo”³⁰ e que garanta representatividade social para além da processual.

1.2 CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

1.2.1 Considerações iniciais

Antes de adentrar efetivamente neste ponto, vale ressaltar a diferenciação feita por alguns doutrinadores quanto aos termos legitimidade, representatividade e legitimação ou representação.

Araujo defendeu que o legislador outorgou legitimidade para certos entes em uma decisão eminentemente política, isto é, “*selecionou* aqueles que, no seu entendimento, teriam condições de ser porta-vozes adequados dos direitos coletivos

²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leitura complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p.243.

²⁸ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1002.

²⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.127.

³⁰ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.127.

*lato sensu*³¹. Representatividade é a “vinculação dos autores com os interesses reais da classe representada” e representação é uma qualidade do autor³².

De modo mais claro, Gidi também trouxe essa observação de ordem terminológica:

Não se deve confundir a "representação" dos interesses do grupo em juízo com a "representatividade" de uma associação perante o grupo. A "representação" tem a ver com a maneira como o processo é (ou pode ser) conduzido em juízo. A expressão "representatividade" tem um teor mais sociológico ou político e refere-se ao caráter representativo da associação perante o grupo.³³

Para Gidi, “legitimidade (*sic*) para agir é uma coisa, controle judicial da representação adequada é outra coisa.”³⁴ Conceituou que “‘representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo.”³⁵

No mesmo sentido, Cândia conceituou representação como o ato de representar, e representatividade como uma relação entre a coletividade e seu representante, seja por afinidade de interesses ou por consentimento do grupo por meio de um contrato³⁶.

Por fim, Scarparo remontou também ao conceito de legitimidade enquanto “qualidade atribuída pelo sistema jurídico a determinados sujeitos, reconhecendo-lhes poderes para praticar determinados atos”³⁷ e traz conceito de legitimação enquanto *representação*, nos termos:

³¹ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.231.

³² ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.232.

³³ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.112.

³⁴ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.111.

³⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002. p.61-62.

³⁶ CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.255.

³⁷ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1001.

Então, haver *representatividade adequada* notoriamente direciona-se ao *poder de conduzir o processo* – a legitimação – que, não obstante a separação de categorias herdada do direito alemão constitui elemento derivado da categoria da legitimidade jurídica, se entendida como um poder outorgado a determinado sujeito para a prática válida e eficaz de certos atos jurídicos.³⁸

Portanto, a análise da representação adequada (legitimação para conduzir o processo) não vai de encontro à opção legislativa de quem são os legitimados para propor a ação coletiva – que, no sistema brasileiro, não necessariamente são representantes dos interesses do grupo.

Como observado anteriormente, a lei brasileira prevê um rol de legitimados nas ações coletivas, cuja opção é eminentemente política e apresenta um critério objetivo para escolha do porta-voz. Essa escolha legislativa dos legitimados não é dotada de pura “arbitrariedade”, e sim feita a partir de uma *ratio* comum que abarca um binômio de contorno tanto objetivo quanto subjetivo. O primeiro confere relevância social tal ao direito que permite sua defesa coletiva. “O segundo, por sua vez, refere-se à qualidade do portador judicial de tal direito”.³⁹

Em outras palavras, a análise *a priori* do legislador não basta para que no caso concreto se garanta voz efetiva aos atingidos, isto é, que se garanta representação adequada dos interesses do grupo, sendo este um critério subjetivo *ope judicis*.⁴⁰

A questão abordada neste capítulo, portanto, será como garantir no caso concreto o direito de participação das pessoas atingidas e ausentes, isto é, como garantir a representação adequada de seus interesses.

³⁸ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1001.

³⁹ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.183.

⁴⁰ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.994.

1.2.2 Representação adequada nas *class actions*

Na *class action*, o quarto requisito⁴¹ para que seja aceita a ação coletiva é a proteção adequada dos interesses do grupo em juízo pelo representante, prevista na *Rule 23(a)(4)*, como desdobramento 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.”⁴²

Assim, nas *class actions*, considera-se que os membros do grupo sejam ouvidos e estejam presentes em juízo através da figura do representante, que funciona como uma espécie de “porta-voz” dos interesses do grupo. O direito de ser ouvido em juízo é reduzido, então, a um direito de ser ouvido através do representante.⁴³

O representante pode ser inadequado “seja por incompetência, por falta de interesse real no litígio, por existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé.”⁴⁴ Nos Estados Unidos, utiliza-se de dois elementos para essa aferição, quais sejam, a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo.⁴⁵

De modo sucinto, a vigorosa tutela é um critério qualitativo que deve ser auferido quanto ao representante, mas também quanto ao advogado deste. O advogado deve representar os interesses da coletividade ainda que conflitem com os do representante, pois a parte em juízo no processo coletivo titular da pretensão coletiva é o grupo representado.⁴⁶

⁴¹ Os quatro requisitos da *Rule 23(a)* são impraticabilidade do litisconsórcio, questão comum, tipicidade e representação adequada.

⁴² 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. p.100.

⁴³ 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. p.100.

⁴⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002.p.62.

⁴⁵ 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. p.104.

⁴⁶ 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. p.111.

A *Rule 23(g)(1)(A)*⁴⁷ prevê os requisitos para a tutela vigorosa dos interesses da classe pelo advogado:

(g) Advogado do grupo.

(1) *Nomeação do advogado do grupo.* Salvo disposição em contrário, o juiz que certifica o grupo nomeará o advogado do grupo. Ao nomear o advogado do grupo, o juiz:

(A) deverá considerar:

(i) o trabalho que o advogado realizou em identificar ou investigar potenciais pretensões no processo;

(ii) a experiência do advogado em manejar ações coletivas, outros processos complexos, e os tipos de pretensões alegadas no processo;

(iii) o conhecimento do advogado do direito aplicável; e

(iv) os recursos que o advogado disponibilizará para representar o grupo;⁴⁸

Nas *class actions* pode haver conflito de interesses entre o advogado e o grupo, devido, principalmente, a uma situação não comum no direito brasileiro: o advogado trabalhar gratuitamente no processo aguardando receber vultuosos honorários ao fim e garantir seu prestígio.⁴⁹ Contudo, não é aconselhável que o advogado seja simultaneamente representante do grupo pois, conforme parte da doutrina estadunidense, as funções de advogado e representante são inconciliáveis, devendo um controlar ao outro como em um sistema de freios e contrapesos com a finalidade de garantir a “proteção dos interesses dos membros ausentes.”⁵⁰

É interessante notar que o pré-requisito da representação adequada não se confunde com a questão relativa à *standing* (legitimidade). Assim, um determinado candidato a representante pode ter *standing*, uma vez que tem a sua pretensão individual contra o réu, pretensão esta que é similar às dos demais membros do grupo, ou seja, ele é um membro do grupo. Contudo, ao desempenhar as funções de representante da classe, ele pode se revelar inadequado, seja porque ele tem conflitos em relação a uma parcela

⁴⁷ Rule 23. Class Actions. (g) CLASS COUNSEL. (1) *Appointing Class Counsel.* Unless a statute provides other wise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and (iv) there sources that counsel will commit to representing the class; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S.C. Federal Rules of Civil Procedure. **The Committee on the Judiciary House of Representatives.** Disponível em: < http://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 19 out.

⁴⁸ Tradução adaptada da feita por Antonio Gidi em: 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. p.508.

⁴⁹ 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. p.121.

⁵⁰ 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. p.123.

do grupo, seja porque ele não está defendendo vigorosamente os interesses da classe.⁵¹

Importante ressaltar que o requisito da representação adequada é aferido ao longo de todo o trâmite da demanda, não só como pré-requisito para que a ação coletiva seja aceita.⁵²

Se o juiz verificar que há representação inadequada na *class action* poderá tomar, a depender do caso, uma série de providências, sendo a extinção da ação o último recurso:

- a) redefinir o grupo (*class redefinition*), restringindo-o aos membros adequadamente representados pelo candidato a representante – *Rule 23(c)(1)(C)*;
- b) notificar o grupo e convidar à intervenção outros membros para que substituam ou auxiliem o representante, aperfeiçoando o requisito, ou para que informem o juízo se consideram o representante adequado – *Rule 23(d)(2)*;
- c) convidar outros advogados para substituir ou auxiliar o advogado do grupo;
- d) dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos (*subclasses*), eventualmente nomeando outros membros e advogados para representar cada subgrupo, se necessário – *Rule 23(c)(4)(B)*;
- e) negar a possibilidade de prosseguimento da ação na forma coletiva, não a certificando por falta do requisito da adequação: a ação poderá prosseguir somente na forma individual.⁵³

Pode ocorrer, ainda, que haja na demanda interesses de mais de um grupo, para além do representado:

Se o juiz considerar que existe alguma diferença fática ou jurídica que compromete a adequada representação dos interesses dos diversos grupos envolvidos, pode exercer os amplos poderes conferidos pela *Rule 23* para convidar outros membros com o objetivo de aperfeiçoar a representação e/ou dividir o grupo em subgrupos e nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.⁵⁴

⁵¹ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.202-203.

⁵² CALDO, Diego Santiago y. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.879.

⁵³ 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. p.128.

⁵⁴ 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. p.97.

“O representante pode tutelar adequadamente os interesses de alguns dos membros do grupo e ser um representante inadequado em face de outros.”⁵⁵ Isso afeta a coisa julgada, que somente vinculará os adequadamente representados. O juiz somente considerará inadequada a representação quando o representante do grupo possa comprometer os interesses de outros membros ausentes, o que pode ser contornado com a criação de subgrupos com outro representante.⁵⁶

Tal situação não é prevista no direito brasileiro positivo, pois o legitimado não representa interesse próprio. Por conseguinte, no caso de haver mais de um grupo cujo direito pode ser potencialmente afetado pela ação coletiva, este será representado, em regra, pelo legitimado ativo (ou passivo se for ação coletiva passiva)⁵⁷ – o que não obsta que seja formado novo grupo com novo representante pois o controle da representação adequada deve ser aplicado da mesma forma.

1.2.3 Controle da representação adequada no Brasil

Não há consenso, na doutrina, sobre a possibilidade de controle da representação adequada pelo juiz no caso concreto no sistema brasileiro. As correntes divergem entre os⁵⁸ que consideram que o legislador já realizou esse

⁵⁵ 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. p.106.

⁵⁶ 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. p.120.

⁵⁷ 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. p.97.

⁵⁸ CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.287; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. n.p.; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.147-148; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representação adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1018; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.1662.

controle ao definir um rol de legitimados e, portanto, o juiz não pode fazê-lo, e os⁵⁹ que defendem ser um dever do juiz fazer o referido controle.

Cândia, por todos, trouxe de forma sucinta qual é a linha argumentativa dos autores que seguem a primeira corrente, isto é, a que versa que no Brasil não há controle de representação adequada por parte do juiz. Afirma que há duas formas de conceber a representação adequada na jurisdição coletiva:

Na primeira, o legislador elenca nominal e taxativamente os titulares da ação coletiva, presumindo-os representantes adequados e, nesses casos, normalmente vinculando os *indivíduos* integrantes da coletividade apenas quando o resultado for favorável (pedido procedente) ou quando houver o ingresso do indivíduo na ação coletiva (CDC, art. 94), evitando-se um exame rigoroso de uma efetiva e concreta defesa do direito da coletividade por parte do legitimado ativo. Nesse sistema, portanto, a representação adequada é, podemos dizer, "*in re ipsa*".

Na segunda, temos uma ampla e aberta titularidade da ação coletiva, ou seja, qualquer indivíduo que faça parte de um grupo e que comungue das mesmas queixas da classe pode, em tese, manejar a ação coletiva, de forma que o autor deverá provar em cada caso concreto que efetivamente vai, de forma adequada e vigorosa, defender os interesses de toda a coletividade que estará formalmente ausente no processo, tendo em conta que, coerentemente, o resultado final terá efeitos vinculantes para todos os indivíduos da classe, independentemente se benéfico ou não.⁶⁰

Concluiu afirmando que o sistema brasileiro se enquadra na primeira concepção por opção política do legislador:

De todo modo, qualquer uma das formas de abordagem da representação adequada depende exclusivamente de uma opção política de cada ordenamento jurídico, sendo que o direito brasileiro segue a primeira forma de concepção da representação adequada, em plena coerência, por exemplo, com o tratamento legislativo dado à coisa julgada, sua extensão subjetiva e seu transporte *in utilibus* e, em especial, a forma policêntrica com que o sistema processual civil coletivo brasileiro está estruturado,

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 361, p.3-12, maio/jun. 2002.p.11; SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1005; CALDO, Diego Santiago y. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.880; 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. p.134-135; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 4 v. p.204; ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.230.

⁶⁰ CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.257-258.

justamente para uma maior aproximação do autor coletivo ao direito material objeto de proteção, reforçando a presunção legal da representação adequada.⁶¹

Apesar de em um primeiro momento parecer um argumento lógico consistente, parece precipitado aceitar a premissa de que há presunção de representação adequada.

Cândia, assim como os demais autores que sustentam tal argumento, expôs a maneira como ocorre na prática as duas formas de tutela coletiva, no Brasil, na primeira hipótese, e nos EUA, na segunda. Ocorre que essa interpretação no sistema jurídico coletivo brasileiro se mostra dissociada do contexto social.

Nossa interpretação não parte dos textos, mas dos fenômenos da realidade. Partiremos, todavia, desta data real – e da análise de sua exigência concreta atual – para entender os textos, eis que acreditamos que também a interpretação do jurista deva esforçar-se por ser sobretudo uma realística *adaequatio intellectus ad rem*, ao invés de uma absurda *adaequatio rei ad intellectum*.⁶²

O enfoque do acesso efetivo à justiça, que permeia também diretamente o problema de representação dos interesses coletivos⁶³, deve ser realístico, em oposição ao aspecto tradicionalista técnico-formal que fecha os olhos à realidade.⁶⁴ Não se pode realizar essa aferição seguindo a tradição individualista do modelo oitocentista, uma vez que isso “significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil.”⁶⁵

Não se busca ignorar as diferenças entre os institutos da tutela coletiva nos EUA e Brasil, mas mostrar que essas diferenças não obstam o controle judicial da

⁶¹ CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.265-266.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977. p.159.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.49.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977. p.131.

representação adequada. O legislador brasileiro previu três salva-guardas⁶⁶ à coletividade afetada, que são os argumentos usados para impedir o controle.

O primeiro se refere ao regime da coisa julgada *secundum eventum probationis* na ação coletiva para tutela de direitos difusos⁶⁷. Para Araujo a “‘proteção’ é de difícil implementação na prática e, portanto, de utilidade bastante duvidosa”⁶⁸ pois entendeu que dificilmente um magistrado iria reabrir um processo cuja matéria já foi versada em outro pois o autor não teria comprovado suficientemente os fatos, dentro da lógica do livre convencimento motivado.⁶⁹ Entretanto, a atividade do advogado não se restringe à produção probatória mas, de outro modo, essencialmente é argumentativa e não é possível repropor nova ação com base em uma melhor fundamentação.⁷⁰

A segunda salva-guarda é o regime jurídico *secundum eventum litis* da coisa julgada na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Contudo, a coisa julgada é *pro et contra* no plano coletivo, o que é *secundum eventum litis* é a “extensão do julgado à esfera jurídica individual dos membros do grupo titular do direito. Essa, sim, só ocorre para beneficiar (*in utilibus*), em caso de procedência da demanda coletiva”⁷¹, isto é:

Com o trânsito em julgado da aludida sentença, fecham-se as portas para a tutela coletiva daquele determinado direito, levando-se em conta que

⁶⁶ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional).p.208.

⁶⁷ No mesmo sentido quanto a coisa julgada nas ações que não tratam de direitos individuais homogêneos: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.71. “Já em ações civis públicas a sentença só adquire a qualidade de imutável quando, além de não estar mais sujeita a recurso, for sentença de procedência ou quando a improcedência não tiver sido decorrente de insuficiência probatória. Não adquire imutabilidade, em outras palavras, a sentença que, ante a falta de prova dos fatos, julga improcedente o pedido de tutela do direito transindividual.” Importante ressaltar que Zavascki difere a tutela de direitos transindividuais por meio da ação civil pública das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos.

⁶⁸ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.213.

⁶⁹ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional).p.212-213.

⁷⁰ 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. p.130; ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.211.

⁷¹ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.94.

nenhum dos legitimados poderá repropor aquela mesma ação coletiva. Ou seja, a inadequação do representante simplesmente fulminará a via coletiva.⁷²

O acesso à justiça não se basta na possibilidade de, em tese, demandar a ação individual, caso a coletiva for improcedente em razão do representante não exercer sua representação de forma adequada a garantir o direito do grupo. Há várias razões que podem levar uma pessoa a não ajuizar essa demanda de forma individual, como o desconhecimento do seu direito e a impossibilidade econômica de fazê-lo⁷³.

A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível.⁷⁴

Afirmar que uma representação inadequada satisfaz a finalidade da tutela coletiva, pois o legislador em abstrato teria assim previsto o sistema, possibilitando que as pessoas ajuízem ações individuais se improcedente a coletiva, é, em parte, esvaziar o instituto para aqueles que mais necessitam da tutela coletiva como única forma de acesso à justiça a partir de uma tecnicidade baseada em uma lógica individualista distante da realidade das pessoas que sofrem violações de caráter essencialmente coletivo – “violações de massa”⁷⁵.

A terceira salva-guarda é a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, auxiliando na atuação e controle do autor (conforme será visto com mais detalhes na segunda parte).

⁷² ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.214.

⁷³ Mesmo com a gratuidade da justiça e a possibilidade de ser assistido pela Defensoria Pública ou advogado dativo ou *pro bono* é preciso ter em mente a realidade do nosso país, em que muitas vezes as pessoas moram muito longe da sessão judiciária, não possuem como pagar sequer o ônibus para se deslocar até esses locais, isso quando sabem da existência de assistência judiciária integral e gratuita. Tanto é assim que a Defensoria Pública da União e Defensorias Públicas de diversos Estados possuem a denominada “Defensoria Pública Itinerante”, exatamente para atender a demanda dos assistidos que não conseguem se deslocar até a instituição.

⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977. p.130.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977. p.130.

Para este tópico, primeiramente, há a questão que versa sobre a intervenção do Ministério Público somente quando há interesse social⁷⁶, não qualquer interesse coletivo – logo, excluindo a atuação em determinadas ações coletivas.

Outra questão é o que fazer se constatada a inadequação do representante. Se o juiz não pode, a partir desta ideia, extinguir a ação, o Ministério Público teria que substituir o representante e assumir o controle, mesmo que não estivesse preparado ou considerasse o momento inadequado⁷⁷, ou requerer a produção de provas, ou atuar de tal maneira a tentar adequar a representação do legitimado, o que, por ser um terceiro, ainda que fiscal da lei, não é a saída mais adequada ao caso. Isso se não passar despercebida a inadequação por diversos motivos, inclusive a falta de conhecimento, experiência e proximidade daquele promotor ou procurador que atua no caso com a realidade dos representados⁷⁸. Por fim, *quis custodiet ipsos custodes?*⁷⁹ Quem irá atuar como fiscal nas ações que o próprio Ministério Público é o autor?

Essas críticas são de fundamental relevância para entender a importância da garantia da representação adequada como imperativo do devido processo legal (social) e do acesso efetivo à justiça.

Por fim, Castro Mendes, seguindo a linha que o sistema brasileiro optou pela presunção da adequação da representação⁸⁰, reconheceu que a avaliação real da

⁷⁶ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional).p.215.

⁷⁷ 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. p.131.

⁷⁸ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.215.

⁷⁹ 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. p.132.

⁸⁰ “Como exposto acima, a representatividade adequada, no Brasil, é estabelecida centralmente *ope legis* e não *ope judicis*. O legislador estabeleceu, assim, o rol de legitimados, ou seja, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, entes e órgãos da administração pública e associações, com os respectivos requisitos, cabendo, portanto, ao juiz a verificação da existência ou preenchimento destes elementos.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representação adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1018.

representação adequada – portanto, *ope judicis* – é a melhor solução. Não obstante, para o autor, a solução se dá de *lege ferenda*, não de *lega lata*.⁸¹

A partir deste entendimento de inexistência de controle judicial da representação adequada, Gidi argumentou *ad absurdum*:

Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.⁸²

1.2.3.1 Possibilidade de controle *ope judicis*

A fim de responder se é possível o juiz realizar o controle da representação adequada, é necessário, primeiramente, entender o porquê uma parcela da doutrina entende que o juiz não teria tal poder.

O processo civil brasileiro é altamente influenciado pela ideologia liberal oitocentista⁸³ que cria uma lógica individualista⁸⁴. Há grande influência da concepção de juiz advinda da França pós Revolução Liberal de 1789, a qual erigiu “uma barreira entre Estado e sociedade, fazendo impossível que este atuasse sobre as liberdades individuais”, limitando severamente os poderes do juiz.⁸⁵ Assim, as doutrinas fundadas no individualismo “separaram o Estado da ‘sociedade civil’, tendo-os como inimigos potenciais”⁸⁶.

⁸¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representação adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1021.

⁸² GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002. p.62.

⁸³ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.99.

⁸⁴ O individualismo pode ser, no processo civil, analisado sob mais de um ângulo. Outro se discorreu quando da tipicidade nas *class actions* estadunidenses, em que só há legitimidade quando houver interesse e direito próprio.

⁸⁵ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.995.

⁸⁶ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Processo e ideologia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p.19-36, abr./jun. 2003.

Este [racionalismo] foi um dos pressupostos de que se valeram os filósofos da Revolução Francesa, particularmente Montesquieu, para eliminar da instância judiciária qualquer veleidade quanto à possibilidade de criação do direito. A produção do direito haveria de ser obra exclusiva do legislador que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Por ser o direito uma ciência tão exata quanto a matemática, já se proscivera, bem antes, tanto a retórica forense, como arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a dimensão hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico.

.....
afinal depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, nosso sistema permanece congelado na suposição de que os juizes continuam sendo a "boca da lei", como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a "vontade da lei" (Chiovenda). Vontade esta que, ao que se supõe, somente será revelada na última decisão da última instância.⁸⁷

A vinculação do juiz à estrita norma de regência demonstra o ideário de Montesquieu de separação de poderes não igualitário, relegando ao judiciário operar apenas como *la bouche de la loi*.⁸⁸

Esta é a ideologia⁸⁹ da qual parte as concepções que norteiam até hoje o processo civil brasileiro. Portanto, resta perceptível porque parte da doutrina entende que o juiz não teria esse poder de aferir, para além da previsão legal, se o representante detém no caso concreto representação adequada, sob pena de violar a separação de poderes.⁹⁰

A concepção tradicional individualista de processo civil não abrange o movimento de proteção dos interesses difusos⁹¹ (fenômenos de massas que envolvem categorias inteiras de pessoas).⁹² O processo coletivo deve ser visto como uma mudança de paradigma no processo civil, com a "consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve

⁸⁷ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Processo e ideologia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p.19-36, abr./jun. 2003.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.21.

⁸⁹ Sobre o compromisso ideológico do processo civil: SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Processo e ideologia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p.19-36, abr./jun. 2003.

⁹⁰ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.996.

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.49.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

ser tratado e vivido.”⁹³ Nesse aspecto, até o devido processo legal deve ser visto sob luz moderna, social, realística.⁹⁴

Para Cappelletti, somente ao romper a concepção tradicional que resultados capazes de tornar acessíveis os benefícios e direitos destes grupos podem ser obtidos. Essa inovação envolve, também, uma ideia de *due process* social ou de grupo, “no qual até o *right to be heard* se referirá não a cada membro individual da classe, mas ao ‘adequado representante’ da inteira classe ou categoria”.⁹⁵

[...] pode-se afirmar que o devido processo legal clássico, focado no processo individualista, deve ser revisitado e reinterpretado, em vistas a possibilitar, de forma válida e eficiente, as ações coletivas. E isto só será possível através de um verdadeiro *devido processo legal coletivo*, com a adaptação ou, até mesmo, o descarte de determinadas *exteriorizações* do devido processo legal clássico.⁹⁶

Portanto, tendo em vista essa mudança de paradigma, deve se adequar o devido processo legal ao processo coletivo para resolução dos novos conflitos de massa que envolvem interesses de grupo, não mais individuais e individualistas. Essa conscientização demanda uma “releitura do arsenal existente, a par da criação de categorias específicas, se e quando necessário.”⁹⁷ Por meio desse novo devido processo legal coletivo, “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.”⁹⁸

“Todo representante é, por definição, adequado.”⁹⁹ “Representante inadequado” é uma contradição em termos, pois o representante inadequado é um “não-representante” tendo em vista que somente a representação adequada legitima

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

⁹⁶ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.117.

⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.286.

⁹⁸ 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. p.135.

⁹⁹ 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. p.135.

e convalida a atividade do representante.¹⁰⁰ Dessa forma, não é possível que um processo vincule o grupo se não houver representação adequada por falta de representação em si.

A representação inadequada dos interesses do grupo por um representante “debe ser considerada como una violación al debido proceso legal garantizado por la Constitución brasileña.”¹⁰¹⁻¹⁰² Portanto, deve, necessariamente, ser submetida a um rigoroso controle judicial, mesmo que não previsto expressamente em lei. Essa proposição é de *lege lata*.¹⁰³⁻¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

“O processo coletivo exige um representante adequado, cuja atividade de controle é tarefa inextirpável do juiz da causa”.¹⁰⁶ A coletividade deve ser verdadeiramente representada. De outro modo, o acesso à justiça seria meramente teatral.¹⁰⁷

¹⁰⁰ 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. p.135.

¹⁰¹ “deve ser considerado como uma violação ao devido processo legal garantido pela Constituição brasileira” (tradução nossa). GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas: Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. p.80.

¹⁰² “Mas mesmo nesse sistema [segundo sistema citado por Cândia], registre-se, há quem entenda que a representação adequada, por si só, não basta para que se atenda ao devido processo legal, devendo ser garantida, ainda, a efetiva comunicação da ação coletiva ao integrante da classe (*notice*), a oportunidade de se excluir da classe (*opt out*), bem como de ser ouvido e participar do litígio, seja pessoalmente ou através de seu advogado (*right to be heard*). Nesse sentido, o controle judicial da representação adequada seria necessário, mas *nem sempre suficiente* para se atender ao devido processo legal.” (CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.265.)

¹⁰³ 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. p.134-135.

¹⁰⁴ “[...] a despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o ‘representante adequado’ para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo [...]”. (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 4 v. p.204.)

¹⁰⁵ “[...] mesmo diante da omissão do legislador, o controle judicial da representação adequada é uma imposição do princípio do devido processo legal, de modo que o magistrado não apenas pode, mas sim deve realizá-lo.” (ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.230.)

¹⁰⁶ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1005.

¹⁰⁷ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1004.

Isso demonstra a necessidade que os autores viram em se distanciar da concepção individualista e observar o processo civil, mormente, de um ponto de vista social – e a tutela coletiva com o objetivo principal de garantir os interesses dos grupos sociais na quebra de paradigma para a sociedade de massas.

Mancuso sugeriu a adoção de um *ponto médio* entre os extremos de simplesmente estender a jurisdição singular para o plano coletivo e o de propor sua total abolição. Afirmo que deve ser realizada uma ponderação dos valores, excluindo as categorias inadaptáveis, como a titularidade exclusiva do interesse como critério de legitimidade, e mantendo as que podem ser adaptadas ao acesso à justiça no espectro social, por exemplo, a questão do foro competente.¹⁰⁸

Contudo, subsiste ainda a não resolução da aplicabilidade do controle *ope judicis* da representação adequada, ou seja, se o juiz brasileiro tem condições de realizar esse controle no caso concreto.

Conforme trouxe Gidi, há quem argumente que o juiz brasileiro (juiz formado na tradição do direito continental europeu) não teria a habilidade profissional e os instrumentos para realizar o controle da adequação no caso concreto.¹⁰⁹

Entretanto, este argumento, por si só, não obsta a utilização do instrumento do controle judicial da representação adequada porque, ainda que de difícil execução, “el control de la adecuación de la representación de los intereses de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial”¹¹⁰. De qualquer modo, essa aparente dificuldade não significa que o juiz “esteja incapacitado de exercitar algum controle da adequação do representante,

¹⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.18-19.

¹⁰⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002. p.64-65.

¹¹⁰ “o controle da adequação da representação dos interesses dos membros ausentes não pode ser deixado completamente fora do escrutinio judicial”. (tradução nossa) (GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas: Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. p.70.)

especialmente se auxiliado por instrumentos cuidadosamente concebidos para facilitar a sua tarefa.”¹¹¹

O instrumento normalmente apontado pela doutrina é, como referido, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Contudo, além da problemática de quem será interveniente nas ações em que o Ministério Público seja autor, talvez nem ele saiba auferir a representação adequada devido à sua forma de atuação e formação, voltado essencialmente para garantir os interesses da sociedade, distante, muitas vezes, dos anseios das pessoas específicas que podem ter seus interesses tutelados pela ação coletiva.

¹¹¹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002. p.65.

2 REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA TUTELA COLETIVA DE PESSOAS VULNERÁVEIS. UMA PROPOSTA.

Na primeira parte, propôs-se para o Brasil o controle da representação adequada por parte do juiz, de *lege lata*, como garantia do devido processo legal coletivo. Contudo, persiste o problema da defesa coletiva dos interesses de grupos formados por pessoas vulneráveis, sob o ponto de vista de lhes garantir a voz efetiva como corolário da adequada representação.

A garantia da voz efetiva é um imperativo do acesso à justiça por parte desta parcela da população que enfrenta os maiores obstáculos para tanto e, possivelmente, encontra no processo coletivo a única possibilidade de garantir seus interesses. Deve-se, portanto, buscar instrumentos que auxiliem o juiz a, no caso concreto, aferir se o legitimado ativo da ação está ouvindo e levando em consideração os anseios desse grupo interseccional.

2.1 ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

Cappelletti e Garth afirmaram que o acesso à justiça serve para determinar duas finalidades do sistema jurídico¹. Primeiro, deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos². A justiça social “*pressupõe o acesso efetivo*”³ à justiça.

O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade econômica. No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real e potencial, da justiça.⁴

¹ O sistema jurídico serve para que as pessoas possam “reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.8.)

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.8.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.8.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.125.

O acesso à justiça, enquanto tratado pela filosofia individualista burguesa do séc. XVIII e XIX, traz a significação de direito meramente formal. O acesso formal, mas não efetivo, não considera a aptidão, na prática, de uma pessoa “reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente”⁵, nem a indisponibilidade de recursos financeiros para pagar os custos de demandar perante o Estado por uma porção da sociedade.

A partir do momento em que as relações na sociedade moderna assumiram um caráter mais coletivo, deixou-se – ou, ao menos, essa foi a tentativa – para trás a visão individualista de direitos, “no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos”⁶. Nesse contexto:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁷

2.1.1 Obstáculos

Há diversos óbices a serem enfrentados por aqueles que buscam demandar perante o Poder Judiciário. Santos afirmou que existem três obstáculos para o acesso efetivo à justiça pelas classes populares: os econômicos, os sociais e os culturais.⁸

O obstáculo econômico versa sobre o custo do processo, em especial o valor dos honorários advocatícios, bem como das sucumbências nos casos de países que adotam tal sistema, numa proporção em que o custo judicial aumenta à medida que baixa o valor da causa (o que leva a criação de alternativas com menores custos

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.9.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.10.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.12.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.126-127.

para estas causas, tais quais os Juizados Especiais no Brasil⁹). A lentidão do processo, igualmente, converte-se em um custo econômico adicional a quem tem menos recursos financeiros,¹⁰ tornando muitas vezes a Justiça inacessível.¹¹

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas os fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.¹²

Há, também, a possibilidade das partes acessarem esse sistema, que difere amplamente entre os litigantes. Os recursos financeiros da parte influem, também, na argumentação que esta poderá trazer ao processo, tanto na discussão processual em si, quanto na obtenção e apresentação de provas, as quais influenciam diretamente as decisões dos “Julgadores passivos”.¹³

Ainda que a capacidade financeira não seja o único fator de obstáculo ao acesso efetivo à justiça, normalmente os fatores sociais e culturais decorrem desta, ou ao menos, são observados em maior medida nas populações economicamente hipossuficientes. Cappelletti e Garth trazem a ideia de “capacidade jurídica” pessoal.¹⁴ Tal capacidade abarca as vantagens dos recursos financeiros e das diferenças de educação, de meio e de *status* social. “Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos.”¹⁵

⁹ Foge ao escopo do trabalho, mas os próprios autores trazem a problemática de que uma das soluções adotadas, como no Brasil, é dar capacidade postulatória aos indivíduos negligenciando a efetividade desta postulação, o que pode gerar um prejuízo maior do que o benefício almejado. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.29.)

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.127.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.15-21.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.127.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.21-22.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.22.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.22.

Pessoas com menores recursos financeiros têm maior dificuldade de reconhecer um problema como jurídico, e, se reconhecem dessa forma, têm menor probabilidade de interpor uma ação. Essa barreira, portanto, se desdobra na falta de conhecimento de como ajuizar a demanda (mesmo que saiba que há um direito exigível) e na disposição psicológica de recorrer a processos judiciais em que há procedimentos complicados e linguagem pouco acessível, em um ambiente notadamente intimidador, com figuras tidas como opressoras, que “fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”.¹⁶

Ao que tudo indica, há entre nós, no concernente à vida jurídica, e particularmente nos estratos menos favorecidos da sociedade, uma forte demanda reprimida, uma enorme quantidade de prestações que não chegam a ser pedidas, de pleitos que não se formulam, de atos que não se praticam (...) O fenômeno tem causas numerosas e variadas. Uma delas, bastante óbvia, é a falta de informação: não poucos, pelo país afora, simplesmente ignoram que têm determinados direitos e que, se algum for lesado ou ameaçado de lesão, é possível reclamar do Estado uma providência reparadora ou acautelatória.¹⁷

“Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal.”¹⁸ Por fim, quanto mais baixo o estrato econômico-social, menos provável que a pessoa saiba onde encontrar assistência jurídica, além de maior ser a distância geográfica dos tribunais e dos locais que prestam assistência.¹⁹

O conjunto destes estudos revelaram que a discriminação social no 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.²⁰

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.22-24.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 67, p.124-134, jul./set. 1992.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.127.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.127.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.128.

Ainda, Watanabe ressaltou os obstáculos ao “acesso à ordem jurídica justa”²¹ sofridos por aqueles que estão submetidos a “desigualdade sócio-econômica-cultural”. “Assim, a efetiva igualdade supõe, antes de mais nada, um nivelamento cultural, através de informação e orientação, que permita o pleno conhecimento da existência de um direito.”²²

Não se pode pretender a plenitude da igualdade jurídica, na experiência concreta, sem um ordenamento jurídico efetivamente igualitário e sem que os interessados tenham acesso à informação plena a respeito do conteúdo das normas jurídicas que o compõem.²³

Na XIV Conferência Judicial Ibero-americana, realizada em Brasília, definiram-se regras sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade – termo utilizado no presente trabalho –, que foram conceituadas como:

1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico.²⁴

²¹ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 617, p.250-253, mar. 1987.

²² WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 617, p.250-253, mar. 1987.

²³ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 617, p.250-253, mar. 1987.

²⁴ XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA (Brasília). **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. 2008. O presente texto foi elaborado, com o apoio do Projecto Eurosócial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, na qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Inter americana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

2.1.2 Acesso efetivo à justiça nas demandas coletivas

“A questão do acesso à justiça está no centro da problemática que deu origem à tutela jurisdicional coletiva, merecendo, pois, atenção especial.”²⁵ Essa especial atenção versa, essencialmente, sobre como garanti-los. “Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.”²⁶

Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.²⁷

A hipossuficiência econômica é apenas uma das facetas das *multivulnerabilidades* (falta de recursos financeiros, desinformação e distanciamento do sistema judiciário – desigualdade sócio-econômico-cultural) da pessoa que teve seu direito violado frente ao acesso efetivo à justiça, tanto no âmbito individual, quanto, especialmente, no âmbito coletivo, no qual há a uma dificuldade inerente a todos para litigar – inclusive, mais graves são as lesões coletivas²⁸. Como exemplificaram Garth e Cappelletti, as barreiras são ainda mais difíceis de transpor quando se demandam direitos não-tradicionais. Mesmo uma pessoa com boa capacidade jurídica para, v.g., demandar judicialmente seu divórcio, esta normalmente não o faz no caso de poluição ambiental.²⁹

²⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.22.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. p.32.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985. p.125.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 07 de maio de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 ago. 2015. n. 154. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20150805_154.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.24-25.

Essa necessidade de especial tutela quando os interesses coletivos versarem sobre pessoas vulneráveis não passou despercebida sequer pelo sistema individualista estadunidense, que prevê a denominada *small class action*. Na análise da impraticabilidade do litisconsórcio, é possível flexibilizar a norma quando o grupo é formado por pessoas hipossuficientes, como crianças, pessoas com deficiências físicas, mentais, intelectuais, culturais ou financeiras, ou simplesmente ignorantes dos fatos ou do direito, quando isso interfira com a possibilidade de propor ação individual e cause necessidade de maior proteção, visto que “entre os principais objetivos das *class actions* está exatamente o de proporcionar efetivo acesso à justiça das pretensões de tais pessoas hipossuficientes”.³⁰

A representação jurídica de interesses difusos³¹ é a segunda onda de soluções verificadas por Cappelletti e Garth nos países do mundo Ocidental, sendo a primeira a assistência judiciária para os pobres, e a última o enfoque do acesso à justiça³². Nesta segunda onda, o acesso à justiça se desenvolve no enfrentamento ao problema da representação adequada dos interesses coletivos³³, bem como na ampliação da legitimidade para a defesa destes³⁴.

[...] as opções relativas à legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos devem ter por norte a maior ampliação possível do acesso à justiça. Deve-se ter em mente que, tendo em vista a anatomia social dos interesses em questão, o problema será sempre de sub-representação, não o de um número exacerbado de litígios judicializados. Cabe, dessa forma, ampliar ao máximo a porta de acesso desses interesses a justiça e, ainda, criar mecanismos de incentivo para sua defesa judicial.³⁵

³⁰ 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. p.75.

³¹ Cappelletti e Garth não utilizam a nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor (o livro é inclusive anterior ao Código), amplamente teorizado pela doutrina brasileira. Interesses difusos para os autores abarcam os “fragmentados e coletivos”, logo, são os coletivos e individuais homogêneos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.26.)

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.31-73.

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.51.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer ADI n. 3.943/DF**. 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, p.38-50, mar. 2005.

O controle da representação adequada dos interesses de grupo das pessoas vulneráveis nas ações coletivas serve como um dos mecanismos de garantia do acesso efetivo à justiça dessa parcela da população mais afetada pelas violações de direitos e que pode ter nesta ação a única porta de acesso ao sistema jurídico.

2.2 DOS ENTES LEGITIMADOS

Uma conclusão possível para a representação adequada em casos de grupos específicos, ainda que os não homogêneos, como os das pessoas vulneráveis, seria afirmar que existem alguns entes legitimados mais adequados que outros. Contudo, fazer essa aferição no abstrato levaria, da mesma forma, a uma possível não-representação no caso concreto.

Um ente pode ser em um caso melhor legitimado, e em outro não, inclusive em casos que versem sobre o mesmo direito. Essa aferição deve ser feita no caso concreto, estipulados alguns parâmetros prévios, como os previstos nas *class actions*, mas sem o intuito de obstar que entes socialmente reconhecidos exerçam a ação coletiva.

O essencial, mais do que abstratamente vislumbrar quem poderia ajuizar a demanda, é aferir no caso concreto quem representa adequadamente o direito daquela coletividade. O problema que surge ao chegar nesta ideia é como realizar tal análise. A hipótese proposta é, sem criar um rol de entes “melhor” legitimados, que se confira ao juiz instrumentos para que ele realize o controle em cada ação – para este trabalho, sugere-se um instrumento para as ações que versem sobre interesses de pessoas vulneráveis especificamente.

2.2.1 Ministério Público

A representação adequada no Brasil, como exposto, encontra dificuldade no controle a ser feito pelo magistrado no caso concreto. A doutrina aponta a intervenção do Ministério Público em todas ações coletivas como instrumento para sanar, ou ao menos auxiliar, essa função do juiz.

A Constituição da República no artigo 127³⁶ “atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais”³⁷. Zavascki entendeu que interesse sociais³⁸ são “aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento”³⁹.

Os interesses sociais constituem categoria jurídica de conteúdo aberto, mas, mesmo assim, seus contornos principais podem ser genericamente identificados no plano teórico, pelo menos para estabelecer os limites entre o que, com certeza, constitui e o que não constitui interesse social. É certo que (a) não constituem interesses sociais os meros interesses de particulares e mesmo os interesses da Administração Pública; e que (b) numa definição genérica, são interesses sociais aqueles cuja preservação e tutela o ordenamento jurídico consagra como importantes e indispensáveis não para pessoas ou entidades individualmente consideradas, mas para a sociedade como um todo, para o seu progresso material, institucional ou moral.⁴⁰

Especificamente para tutela de interesses coletivos, a legitimidade do Ministério Público advém da previsão constitucional do artigo 129, III⁴¹ para proteger interesses difusos e coletivos, sendo apenas permitido a este a tutela de interesses individuais homogêneos se indisponíveis ao seu titular. Não basta que seja

³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.230.

³⁸ Há alguns modelos de código de processo civil coletivo (Ibero-Americano, USP e UERJ/Unesa) que trazem como requisito da própria ação coletiva o interesse social, seguimos o entendimento de Antonio Gidi: “Não conhecemos nenhum sistema jurídico que exija, na legislação ou na jurisprudência, a ‘relevância social’ ou o ‘interesse social’ como requisito para a tutela coletiva (ou mesmo para a propositura de qualquer tipo de processo). Sequer conhecemos teorias acadêmicas a respeito do tema. Trata-se de uma verdadeira aberração, não fazendo qualquer sentido prático, nem como política legislativa nem como inovação doutrinária.” (GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.174.)

³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.230.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.111/GO, Tema 471. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Marítima Seguro S/A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 07 de agosto de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 out. 2014. n. 213. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141029_213.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁴¹ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

“interesses de pessoas ou de grupos, mesmo quando tenham origem comum”⁴², devendo ter significado ampliado constituindo interesse social para permitir a tutela pelo Ministério Público. Porto, por sua vez, entendeu que o critério de interesse social deve ser aplicado não apenas para os interesses individuais homogêneos:

Com efeito, vale frisar que essa filtragem dos interesses sob o aspecto da relevância social não deve incidir somente sobre a categoria dos individuais homogêneos, mas, da mesma forma, sobre a dos coletivos *stricto sensu*, pois que a estes também pode faltar o qualificativo referido, quando, em dadas circunstâncias concretas, apenas enfeixam um grupo de interesses de pessoas determinadas, interesses puramente individuais sem reflexo na esfera social.⁴³

Não há limitação explícita quanto ao grupo beneficiado, mas sim quanto à natureza do bem jurídico.⁴⁴ “É indispensável, pois, que haja conformação entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos no art. 127 da CF, que atribui o Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais.”⁴⁵ Disso decorre a incompatibilidade da atuação do Ministério Público nas providências antecipatórias ou cautelares com a finalidade de representação dos interesses do próprio lesado.⁴⁶

Parece-nos certo possa e até deva o Ministério Público recusar sua atuação quando falte toda e qualquer nota de indisponibilidade ao interesse, ou quando lhe falte toda e qualquer conotação social – ou seja, quando sua defesa destoe das finalidades constitucionais da instituição.⁴⁷

A finalidade do Ministério Público é a garantia dos interesses sociais, e não a tutela dos interesses das pessoas ausentes, ainda que possa haver, em certos casos, a confluência entre tais interesses. “A atuação do Ministério Público é

⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.230.

⁴³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.248-249.

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.68-69.

⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.168.

⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.231.

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.462.

impessoal e genérica, desvinculada da situação pessoal de cada titular.”⁴⁸ Não há, portanto, interesse do órgão que atua no processo em verificar a representação adequada dos interesses do grupo, na medida em que não assume a dimensão entendida como social.

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.⁴⁹

2.2.1.1 Atuação como *custos legis*

A Lei da Ação Civil Pública conferiu ao Ministério Público a obrigação de atuar como fiscal da lei, quando esse não for autor desta⁵⁰. Como explicado, parte da doutrina entende que essa função do ente serve também como auxílio ao juiz, formado no direito continental, na aferição da representação adequada do grupo. Contudo, sendo a finalidade institucional do órgão a defesa dos interesses sociais, não se deve objetivar que o Ministério Público atue garantindo a representação adequada dos interesses dos membros ausentes de grupos que extrapolam o seu limite constitucional de atuação.

Ademais, nas ações que o próprio Ministério Público é autor, não há qualquer órgão que promova “fiscalização da lei”, ou, como objetiva-se, da representação adequada, porquanto a própria atuação do órgão precisa ser adequada. “Essa aura de infalibilidade que atribuímos à instituição, uma espécie de ‘fé pública’ na sua

⁴⁸ GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: QuartierLatin, 2005. p.618.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 361, p.3-12, maio/jun. 2002. p.5.

⁵⁰ Lei da Ação Civil Pública, Art. 5º, § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. (BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.)

competência, além de errado no plano dos fatos, é extremamente prejudicial no campo do debate intelectual.”⁵¹

Dessa forma, o Ministério Público, enquanto único instrumento de auxílio ao juiz previsto para a aferição, deixa desamparados os grupos de pessoas vulneráveis, que podem não ser representados na ação – somente há representação quando for adequada – obstando a, muitas vezes, única possibilidade de acesso efetivo à justiça destes.

2.2.2 Entes políticos e órgãos da administração pública

Também são legitimados os entes políticos – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, conforme incisos III e IV do artigo 5º da Lei 7.347/85⁵².

O ente político, normalmente, por ter maior interesse e estar mais próximo aos fatos, estaria em condições privilegiadas para ajuizar a ação cabível.⁵³ Salvo nos casos de pequenas cidades sem estrutura, “no mais cabe à própria urbe, primordialmente, zelar pela higidez e preservação dos bens públicos, aí incluído o seu próprio erário”.⁵⁴

Entretanto, “a atuação governamental na defesa judicial dos interesses coletivos *lato sensu* é pífia”⁵⁵, o que resulta, inclusive, na possibilidade de serem legitimados passivos, “pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes

⁵¹ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.94-95.

⁵² Lei da Ação Civil Pública, Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.)

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, p.11-38, fev. 2002.

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, p.11-38, fev. 2002.

⁵⁵ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.135.

para este concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la, embora obrigados a tanto”⁵⁶.

Com efeito, em face dos entes políticos, pode-se dizer que a ação civil pública apresenta um certo caráter bifronte ou dúplice, nesse sentido de que o seu não-exercício, quando este se afigure de rigor, engendra responsabilidade por omissão, na linha do previsto na Constituição Federal (LGL\1988\3) para as condutas omissivas que concorrem para lesão ao erário (§ 4.º do art. 37), ou ao meio ambiente (art. 225, incisos e parágrafos).⁵⁷

Ocorre que a experiência prática mostra que é o Ministério Público, e não o ente político, que ajuíza as ações coletivas na grande maioria das vezes, o que sinaliza “um descompasso na assunção das responsabilidades pelos demais co-legitimados ativos, especialmente os entes políticos”.⁵⁸ Além de, normalmente, o Ministério Público e os entes públicos terem legitimidade concorrente sobre aquela matéria, tal inércia destes pode ser devida a pressão política a que Cappelletti e Garth referiram⁵⁹, a qual não se aplica ao Ministério Público brasileiro pela sua autonomia funcional.

A crítica feita ao Ministério Público quanto à dissociação dos interesses dos grupos ausentes, também se observa na atuação dos órgãos do Estado. Esses, frequentemente, não estão próximo dos fatos, nem em contato direto e diário com os membros do grupo envolvido – em comparação com a sociedade civil.⁶⁰

Além dos clássicos entes políticos, o Código de Defesa do Consumidor reconhece legitimidade às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou

⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.455-456.

⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, p.11-38, fev. 2002.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, p.11-38, fev. 2002. Tal conclusão foi feita por Mancuso antes da possibilidade da Defensoria Pública ajuizar ação coletiva, mas o autor se refere no artigo essencialmente a hipóteses que a Defensoria Pública em regra não ajuizaria a ação, como improbidade administrativa e danos ao erário.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.51-55.

⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leitura complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p.242.

indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos coletivos⁶¹. Há diversos organismos da administração pública que gerenciam algum tipo de interesse coletivo, tais como o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, as agências reguladoras, os órgãos de fiscalização de atuação de classe, as Secretarias Municipais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, *et cetera*.⁶²

Não se retira a importância da “solução publicista”⁶³ por meio de órgãos públicos especializados⁶⁴ para tutela de interesses específicos dentro da sua área de competência. Contudo, a finalidade desses entes é tutelar especificamente uma área, ou um grupo atingido por violação dentro do seu âmbito de atuação, e não garantir a representação dos interesses das pessoas vulneráveis como grupo em si – apenas se ocorrer de forma reflexa.

2.2.3 Defensoria Pública

A Defensoria Pública foi instituída pela Constituição da República com o objetivo de servir como instrumento de garantia do acesso efetivo à justiça para os

⁶¹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 82 Para os fins do Art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [...] II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. n.p.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. n.p.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977.

necessitados⁶⁵. Quanto à ideia de necessitados, Grinover afirmou que abrange todos que são socialmente vulneráveis. Nesse sentido, deve-se interpretar a “insuficiência de recursos” prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República⁶⁶ abrangendo não só recursos econômicos, mas também organizacionais, culturais, sociais.⁶⁷

Note-se que o conceito de "necessitado" não pode, em pleno século XXI, prender-se à mesma leitura reducionista das priscas eras (Lei 1.060/1950, velha de quase sessenta anos!), texto reportado a uma época, a uma sociedade e a um Brasil muito distantes da realidade contemporânea. [...] Necessitado, por sua vez, não pode mais ser compreendido unicamente como o hipossuficiente econômico. Esta visão míope, obsoleta, é baseada na ordem constitucional anterior e no modelo praticado pela advocacia, absolutamente impróprio para a Defensoria Pública. A natureza das atribuições dos Defensores Públicos conferem-lhes (*sic*) relativo trânsito na comunidade, entidades do terceiro setor e Poder Público. Não por acaso, a instituição é uma ferramenta excelente para exercer o papel de elo entre estes atores, e como tal deve ser utilizada.⁶⁸

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos promulgou a Resolução 2.656 (XLI-O/11) sobre “garantias de acesso à justiça: o papel dos defensores públicos oficiais” em que afirmou a importância das Defensorias Públicas, seguindo as “Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”, para garantir o acesso à justiça, e resolveu:

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do Art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

⁶⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer ADI n. 3.943/DF**. 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p.152-169, out. 2008.

3. Afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade.⁶⁹

Nos moldes previstos no Brasil, com autonomia funcional e administrativa, a Defensoria Pública traz vantagens em relação à atuação da assistência judiciária de iniciativa privada. Há a garantia de profissionais formados e recrutados especialmente para este fim – os quais fogem da lógica de mercado que não permite deslocar bons advogados para fazer assistência judiciária –, bem como a assistência especializada para defesa de interesses coletivos e difusos.⁷⁰

Estas particularidades distinguem a defensoria, dentre as outras instituições do sistema de justiça, como aquela que melhores condições tem de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida. Noutras palavras, cabe aos defensores públicos aplicar no seu cotidiano profissional a sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos dos cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura por justiça e o conhecimento do(s) direito(s) têm sido suprimidos e ativamente reproduzidos como não existentes.⁷¹

A Defensoria Pública, além de ter um papel de atuação judiciária, exerce também uma função social de reconhecer e afirmar os direitos dos ausentes, dos que não conseguem acessar a justiça, por meio de um serviço público de qualidade e próximo dos grupos sociais vulneráveis⁷². Proximidade esta que “permite uma aguçada percepção da realidade e lhe transforma num importante termômetro social, inigualável por qualquer outra instituição”⁷³ –, inclusive reforçando a educação para os direitos:

Noutro diapasão, a educação em direitos consubstancia uma das principais metas de uma autêntica Defensoria Pública. Isso porque, como já

⁶⁹ ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Garantias de acesso à justiça: o papel dos Defensores Públicos Oficiais. **AG/RES. 2656 (XLI-O11)**. El Salvador, 2011. Disponível em: < <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/Documentos/AG05485P05.doc>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p.50-51.

⁷¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p.51.

⁷² SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p.52.

⁷³ SCHWARTZ, Fabio. O novo CPC e os avanços legislativos que contribuem na superação dos obstáculos e na afirmação da vocação institucional da Defensoria Pública para atuação na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. p.187-203. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) p.201.

mencionado, a cidadania é, antes de tudo, o direito a ter direitos, e certamente só se torna possível com a conscientização das pessoas acerca de seus direitos, inclusive os novos direitos (consumidor, ambiente, etc.).⁷⁴

A Defensoria Pública, diferentemente do Ministério Público, tem um escopo de atuação específico e especializado: a defesa judicial e extrajudicial dos interesses individuais e coletivos (direitos individuais homogêneos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos⁷⁵) das pessoas vulneráveis. A criação de órgãos públicos altamente especializados, “que possam tomar, no processo, o lugar de um geral (ou genérico) representante do ‘interesse público’ ou da ‘ordem pública’”⁷⁶ é uma solução – e não deve ser a única⁷⁷ – para tutela dos interesses coletivos, tendo em vista:

Primeiro, que, para uma eficaz tutela dos interesses coletivos, não é suficiente a legitimação do indivíduo direta e pessoalmente prejudicado, agente da tutela de seu próprio interesse individual. Segundo, que, igualmente, é insuficiente declarar a legitimação do representante oficial do interesse público, o Ministério Público e seus equivalentes: o prokurator, nos países socialistas, ou o attorney general nos países de Common Law.⁷⁸

Quanto à tutela coletiva de direitos, Fensterseifer entendeu que a Defensoria Pública, enquanto instituição, promove profundas transformações na história político-institucional brasileira em relação ao tema do acesso à justiça, “notadamente no sentido de permitir que aqueles indivíduos e grupos sociais, que por muito tempo não tiveram condições socioeconômicas e técnicas de acessarem nossas Cortes de Justiça, passassem a fazê-lo”⁷⁹.

⁷⁴ REIS, Gustavo Augusto Soares dos. A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 6, p.36-56, 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/941/998>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁷⁵ GUETTA, Mauricio. Análise acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas ambientais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1084.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977.

⁷⁷ A solução mais eficaz para Cappelletti e Garth é aquela que abrange soluções compostas entre “a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão-somente, indiretamente interessados.” (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977.)

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977.

⁷⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, proteção ambiental e novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.441-456. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p.443.

Cappelletti e Garth reconheceram as vantagens dos litigantes habituais (organizacionais) frente aos eventuais, particularmente nas demandas de interesses de grupo, pois, ou a ação é individualmente antieconômica, ou é ineficiente se cumprida enquanto demanda individual (não consegue dissuadir o infrator a não perpetrar a violação).⁸⁰ Contudo, os autores afirmam ser inadequado confiar apenas na máquina governamental para proteger os interesses dos grupos. Portanto, seria necessário, ainda que difícil, “mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental”⁸¹.

[...] os modelos mais eficazes de intervenção são aqueles que, em vez de confiar inteiramente na iniciativa pública para a tutela dos interesses difusos – e assim, particularmente, na iniciativa do Ministério Público ou de outras governamental agencies procuram incentivar a iniciativa privada: é o que acontece exatamente com as ações de classe, nas quais sujeitos privados se legitimam a agir no interesse social coletivo; e é o que se verifica também com as ações das associações, para as quais se legitimam associações de consumidores, de ambientalistas, associações para a promoção dos direitos civis etc.⁸²

2.2.4 Associações

Cappelletti e Garth trazem como último método⁸³, dentro da segunda onda, o do advogado particular (não governamental) do interesse público, para solução do problema da representação adequada. Normalmente, é a legitimidade dada às associações, tal qual no Brasil.

De um lado, o legislador preocupou-se em não estabelecer um verdadeiro monopólio estatal na defesa dos interesses coletivos. Por outro lado, o legislador não conferiu um acesso de tais direitos através de indivíduos, certamente influenciado pela experiência não muito positiva das ações populares. Frente a este contexto, o legislador optou por uma terceira saída: conferir também legitimidade aos corpos intermediários.⁸⁴

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.25-27.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.28.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

⁸³ Os outros métodos são por meio de ação governamental e procurador-geral privado ou demandante ideológico. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.51-55)

⁸⁴ ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.149.

Entretanto, para os autores, o ajuizamento por meio de grupos privados encontra óbice na falta de organização, especialização e recursos econômicos para representar adequadamente os interesses do grupo ausente. Portanto, apesar de os interesses coletivos serem mais bem representados pelos grupos particulares, é preciso que haja uma solução mista com recursos públicos, permitindo também o auxílio de advogados públicos.⁸⁵

As associações são a forma mais importante de defesa dos direitos coletivos. Isso porque são a própria expressão da sociedade, haja vista serem entes criados espontaneamente por seus cidadãos, para a defesa de direitos que lhes interessam, fazendo-se valer as garantias constitucionais de participação e de organização. Ou seja, são os entes intermediários entre os cidadãos e o Poder Público, criados justamente para que aqueles tenham mais força em suas reivindicações perante esses. Assim, as associações são uma das facetas mais relevantes do Estado Democrático de Direito, por meio das quais os direitos de massa são tutelados pelos organismos constituídos por essa própria massa.⁸⁶

No sistema brasileiro de ações coletivas, as associações são legitimadas, inclusive as profissionais ou sindicais⁸⁷, cumpridos dois requisitos: esteja constituída há pelo menos um ano – o que evitaria ou desestimularia abusos ou excessos⁸⁸⁻⁸⁹; e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção dos direitos elencados na

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.56-67.

⁸⁶ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 189 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.81. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/en.php>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁸⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.70.

⁸⁹ No mesmo sentido em que associações poderiam ser utilizadas de forma abusiva: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. p.55-57.

Lei.⁹⁰ O Código de Defesa do Consumidor explicita a ausência de necessidade de autorização assemblear⁹¹, e em ambos dispositivos legais o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz⁹².

Entretanto, diferentemente dos EUA, onde o titular da ação é o indivíduo, e não a associação⁹³ – tanto que para ter legitimidade para agir deve a associação ser membra do grupo lesado e agir tutelando direito próprio⁹⁴ –, no Brasil a associação não precisa estar agindo em direito próprio. Dessa forma, basta que tenha no seu estatuto social a finalidade de defesa daquele direito violado, ato meramente formal, e esteja constituída há mais de ano, regra excepcionável. Não é necessário nenhum reconhecimento por parte do grupo, ou de qualquer indivíduo do grupo, sobre aquela associação. Não há o requisito de a associação ter representatividade social.

⁹⁰ Lei da Ação Civil Pública, 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; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.)

⁹¹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [...] IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.)

⁹² Código de Defesa do Consumidor, Art. 82, § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.); Lei da Ação Civil Pública, Art. 5º, § 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. (BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.)

⁹³ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.91-92.

⁹⁴ Essa restrição de interesse próprio ou interesse dos seus membros no litígio é criticada por autores estadunidenses. (ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional). p.155)

O Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antonio Gidi prevê no artigo 3.1.5 que, na análise da adequação da representação, o juiz também observaria o grau de representatividade perante o grupo.⁹⁵ “Uma associação representativa dos interesses do grupo potencialmente será uma adequada representante em juízo.”⁹⁶

2.3 REPRESENTATIVIDADE SOCIAL. UMA PROPOSTA.

A análise dos obstáculos atinentes ao acesso à justiça, bem como do conceito amplo de *multivulnerabilidades*, demonstrou que é necessário haver especial tutela nas ações coletivas quando versarem sobre interesse de pessoas vulneráveis. Esse grupo é o que mais encontra dificuldade em conseguir chegar à justiça, seja por não reconhecer que teve seu direito violado, seja por não ter como demandar o judiciário, ou até mesmo por não conseguir se organizar enquanto associação para tanto.

A representatividade não pode ser desconsiderada na análise da representação adequada, de outra forma, deve ser um dos requisitos. O processo coletivo deve assegurar que se traga à ação “a visão e os reais interesses dos membros do grupo”⁹⁷.

A necessidade de buscar garantia de representatividade no processo coletivo se coaduna com a impossibilidade – ainda que transitória e somente para determinados grupos – dos indivíduos participarem diretamente da ação. Assim, surge a questão de garantir a adequada representação processual também por meio de um legitimado com representatividade.

⁹⁵ “Artigo 3. Requisitos da ação coletiva. [...] 3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:[...] 3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.” (GIDI, Antonio. **Código de Processo Civil Coletivo**: Um modelo para países de direito escrito. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18368-18369-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.)

⁹⁶ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.113.

⁹⁷ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002.p.66.

Existem vantagens na atuação de entes da sociedade civil, e não na de órgãos públicos. No entanto, para a solução do problema trazido, além de não ser possível, ou ao menos não ser razoável, incumbir as associações civis da obrigação de atuar em ações coletivas, estas sequer tem, necessariamente, representatividade social.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.213.614 – RJ⁹⁸ decidiu que o magistrado pode, excepcionalmente e de modo fundamentado, exercer, mesmo que de ofício, “o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação *ad causam* de associação”. Esse controle serve para obstar que “associações de gaveta” que não floresceram da sociedade civil litiguem em ações coletivas sem representar o interesse do grupo, mas para buscar “indenizações com somatório milionários”.

Concomitantemente à potencial falta de representatividade, há o já referido problema de como o juiz continental analisará a representação adequada – e a representatividade do grupo ausente. A solução normalmente apresentada seria a de o Ministério Público atuar como *custos legis*.

Entretanto, o Ministério Público não tem como sua finalidade institucional a proteção dos grupos, ou o auxílio enquanto fiscal da lei para todos os grupos cujos interesses sejam demandados coletivamente. Atribuir somente ao Ministério Público a função de auxílio ao juízo é permitir que uma parcela de pessoas seja “não-representada” na ação coletiva.

A Defensoria Pública, de outro modo, é socialmente reconhecida, e seu destaque na atuação coletiva é facilitado por agir diária e diretamente em

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.213.614 - RJ. Recorrente: ABRACON - Associação Brasileira do Consumidor. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1º de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 out. 2015. n. 1844. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001693440&dt_publicacao=26/10/2015>. Acesso em: 24 nov. 2018.

“proximidade com os anseios da sociedade”⁹⁹. A sua função institucional é reconhecer as demandas deste grupo e buscar tutelar elas por todos os meios à sua disposição – sempre no interesse destas.

Ainda que muito recente – v.g., a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina foi criada apenas em 2012¹⁰⁰ –, conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público¹⁰¹, a Defensoria Pública foi considerada a instituição mais importante para a sociedade no país e a segunda mais confiável¹⁰². A instituição obteve colocação acima do Ministério Público nos quatro critérios avaliados na pesquisa: conhecimento, importância, confiança e avaliação. Inclusive, a Defensoria Pública foi mais procurada que o Ministério Público para denúncias de irregularidades¹⁰³, sendo que esta seria uma função primordial deste e não daquela. Apesar da pesquisa não questionar quais áreas de atuação da Defensoria Pública são as mais relevantes, na proteção de crianças e jovens a Defensoria Pública foi considerada relevante para 38,2% dos entrevistados, e o Ministério Público apenas para 23,6%¹⁰⁴.

Logo, tendo em vista a necessidade de maior tutela quanto às pessoas vulneráveis bem como a dificuldade do juiz brasileiro de realizar o controle da representação adequada, a intimação da Defensoria Pública para atuar como terceiro interveniente em todas ações coletivas que tratem de pessoas vulneráveis

⁹⁹ GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães e. Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado. In: ZANETTI JUNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.305-318. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p.314.

¹⁰⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Santa Catarina). **História da Defensoria Pública no Brasil e no Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/institucional>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹⁰¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público - 2017**. Niterói: GMR Inteligência & Pesquisa, 2017. 78 slides, color. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

¹⁰² Perde apenas para as Forças Armadas.

¹⁰³ O Procon foi mais procurado do que as duas instituições.

¹⁰⁴ Os outros três problemas trazidos foram combate à corrupção, combate ao crime e defesa do meio ambiente. Os dois primeiros versam sobre atuação do Ministério Público especificamente. Curioso que no combate ao crime, a Defensoria Pública foi considerada mais relevante que o Ministério Público – 22,2% e 20,0%, respectivamente. Quanto à defesa do meio ambiente, direito muitas vezes coletivo, o Ministério Público foi mais relevante, 29,2%, em face de 23,9% da Defensoria Pública – contudo, nesse aspecto 37,8% das pessoas não souberam responder o que demonstra uma grande falta de acesso à justiça nesse aspecto, especialmente quanto à ausência de conhecimento do direito, o que demanda uma forte educação em direitos.

serviria como instrumento de auxílio do juiz na aferição da representação adequada. A intervenção da Defensoria Pública se daria especificamente para garantir ao máximo voz efetiva aos reais interesses do grupo, também por, diferentemente do Ministério Público, ter maior representatividade social do grupo.

A legislação brasileira já se encaminha para o reconhecimento da atuação da Defensoria Pública para defesa coletiva dos interesses das pessoas vulneráveis. O Código de Processo Civil de 2015 prevê no art. 554, § 1º¹⁰⁵ que se a ação possessória assumir condão coletivo e envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, a Defensoria Pública deve ser chamada a intervir no processo para, além da hipótese de defesa judicial individual dos réus, exercer a função denominada por parte dos Defensores Públicos de *custos vulnerabilis*¹⁰⁶⁻¹⁰⁷, isto é, de guardião dos interesses das pessoas vulneráveis.¹⁰⁸

A Defensoria Pública é a representação instrumental de inclusão democrática dos necessitados no jogo discursivo do direito. Ela não fala por

¹⁰⁵ Código de Processo Civil, art. 554. § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública. (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.)

¹⁰⁶ Podem ser utilizados como sinônimos *custos vulnerabilis*, *custos plebis* e *amicus communis*. (GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.92)

¹⁰⁷ A função de *custos vulnerabilis* não deve ser confundida com a de *amicus curiae*. (ROCHA, Jorge Bheron. **A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada#_ftn12>. Acesso em: 25 nov. 2018.)

¹⁰⁸ Nesse sentido, a magistrada da 24ª Vara Federal de Porto Alegre, no processo n. 5014110-77.2018.4.04.7100/RS, acolheu a intervenção da Defensoria Pública da União na qualidade de *custos vulnerabilis* em ação possessória proposta pela Caixa Econômica Federal: “Ademais, a Defensoria não se posiciona de forma totalmente parcial quanto ao objeto da lide. Se de um lado pretende que as unidades irregularmente ocupadas cumpram o objetivo do Programa Habitacional e tutele as famílias por ela assistidas, de outro lado a entidade também está atenta quanto aos ocupantes, para que não haja excessos no cumprimento do mandado. No caso, os imóveis invadidos são afetados ao Programa de Arrendamento Residencial, e são destinados aos beneficiários que cumpram os requisitos fundamentais para ter acesso, e dentre eles está a hipossuficiência econômica. Nesse contexto, se percebe a presença de vulneráveis passíveis de tutela. Dessa forma, ACOELHO, PORORA, o pedido da Defensoria Pública Federal, permitindo sua atuação na qualidade de *custos vulnerabilis*.” A magistrada entendeu na oportunidade pela incompatibilização superveniente da atuação como *custos vulnerabilis* caso a Defensoria Pública fosse também curadora especial das pessoas no polo passivo. Tal ocorreu, contudo, não impossibilitou a atuação simultânea por Defensores Públicos diferentes, um enquanto *custos vulnerabilis*, outro como representante das partes rés. (BRASIL. Justiça Federal: Seção judiciária do Rio Grande do Sul. Ação de reintegração de posse n. 5014110-77.2018.4.04.7100/RS. Autor: Caixa Econômica Federal. Réu: Alexandra Dhyovana Cardoso Bessler *et al.* Juíza Tais Schilling Ferraz. Porto Alegre, 26 mar. 2018.)

si ou pela sociedade (como *custos societatis*), mas pelos necessitados de inclusão.

Sua proximidade com as bases da sociedade evidenciam o verdadeiro sentido da advocacia em um processo: *ad vocare* – levar a voz a quem tem a dignidade vilipendiada, nada obstante sua atuação vá além da atividade advocatícia.¹⁰⁹

Por fim, a proposta apresentada não obsta a atuação das entidades privadas ou públicas, pois a Defensoria Pública atuaria como uma terceira parte, como fiscal da representação adequada dos interesses das pessoas vulneráveis, servindo à sua finalidade constitucional de garantir o acesso efetivo à justiça destes. Tal função, em conjunto com a educação em direitos promovida pela Defensoria Pública, pode levar a uma participação cada vez maior da sociedade civil nos processos, por encontrar instrumentos que busquem auxiliá-las a acessar a justiça sem impedir a sua organização própria.

¹⁰⁹ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.13.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, pretendeu-se, na primeira parte, desenvolver a ideia de a quem dar voz e como garantir voz efetiva no processo coletivo. Essa preocupação surge, pois não há sempre vinculação entre o legitimado ativo e a garantia da tutela dos interesses do grupo que teve seu direito violado.

Quanto a quem dar voz, o legislador brasileiro optou por conferir legitimidade a um rol taxativo de corpos intermediários, excluindo o indivíduo. Opção diferente da conferida pelo direito estadunidense nas *class actions*, no qual há o requisito da tipicidade – o autor da ação deve necessariamente ser parte do grupo que teve seu direito violado, buscando garantir que haja consistência entre os interesses do grupo e do representante.

Ocorre que pode haver no caso concreto uma distância entre o legitimado e a garantia de voz efetiva aos interesses do grupo. Nas *class actions*, com o intuito de que seja dada vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes, o juiz deve aferir ao longo de todo o processo se há adequada representação do grupo.

No Brasil, não há consenso doutrinário se o magistrado poderia realizar o controle da representação adequada. O cerceamento das atribuições do juiz ainda está vinculado a uma ideia individualista do processo civil, a qual sofreu uma quebra de paradigma, no aspecto tratado no trabalho, com o processo coletivo.

O acesso efetivo à justiça no processo coletivo demanda que este seja associado ao contexto social. Afirmar que uma representação inadequada no caso concreto satisfaz a finalidade da tutela coletiva, pois o legislador teria aferido *in abstracto*, é esvaziar o instituto da defesa coletiva de direitos, em detrimento dos indivíduos que tiveram seu direito violado e não terão sua voz ouvida.

A representação adequada é um imperativo do devido processo legal coletivo por garantir defesa adequada dos interesses das pessoas ausentes. Esta tarefa que deve ser conferida ao juiz da causa, com instrumentos para lhe auxiliar, sendo essa proposição de *lege lata* aplicável ao sistema jurídico brasileiro.

Nas ações coletivas que envolvem direito de pessoas em situação de vulnerabilidade, deve haver uma aferição ainda mais acurada da adequada representação dos interesses do grupo, o qual pode ter na ação coletiva a única possibilidade de tutela do seu direito violado.

A concepção de vulnerabilidade não pode ficar restrita à econômica, permeando os obstáculos sociais e culturais que também dificultam o acesso efetivo à justiça. Especial atenção deve ser dada no âmbito coletivo, pois as barreiras são ainda mais difíceis de transpor quando se demanda direito coletivo.

Sugeriu-se, para realizar a aferição da representação adequada como meio de garantia de voz efetiva aos interesses do grupo de pessoas vulneráveis, que se confira ao juiz instrumentos para realizar essa análise. Partiu-se do rol de legitimados pela Lei da Ação Civil Pública e analisaram-se suas funções e atuações.

Tratou-se do Ministério Público atuando enquanto *custos legis* o qual é citado pela doutrina como um instrumento de auxílio ao juiz. A sua função constitucional é garantir os interesses sociais, e não a tutela dos interesses das pessoas ausentes. Da mesma forma, os entes políticos e órgãos da administração pública também não garantem a representação dos interesses das pessoas vulneráveis como grupo em si.

As associações na forma prevista pela legislação brasileira somente devem cumprir os requisitos formais de tempo e fins estatutários para ingressar com a ação coletiva. Não há, destarte, requisito de reconhecimento por parte do grupo, não se requer representatividade social.

De outro modo, a Defensoria Pública é órgão público especializado que tem como função institucional específica a tutela das pessoas em situação de *multivulnerabilidade*. A instituição é socialmente reconhecida e se destaca na atuação coletiva por agir próxima aos anseios do grupo vulnerável.

Portanto, visto que a Defensoria Pública tem representatividade social, sugere-se que auxilie o juiz a aferir no caso concreto a representação adequada nas ações coletivas que versem sobre interesses de pessoas vulneráveis. Desta forma, não se obsta a atuação das entidades privadas e garante-se que a voz desse grupo já vilipendiado seja ouvida nas Cortes de Justiça nas ações que tutelam interesses coletivos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional).

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Garantias de acesso à justiça: o papel dos Defensores Públicos Oficiais. AG/RES. 2656 (XLI-O11)**. El Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/sp/AG/Documentos/AG05485P05.doc>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. Justiça Federal: Seção judiciária do Rio Grande do Sul. Ação de reintegração de posse n. 5014110-77.2018.4.04.7100/RS. Autor: Caixa Econômica Federal. Réu: Alexandra Dhyovana Cardoso Bessler *et al.* Juíza Tais Schilling Ferraz. Porto Alegre, 26 mar. 2018.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.213.614 - RJ. Recorrente: ABRACON - Associação Brasileira do Consumidor. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1º de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 out. 2015. n. 1844. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001693440&dt_publicacao=26/10/2015>. Acesso em: 24 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 07 de maio de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 ago. 2015. n. 154. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20150805_154.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.111/GO, Tema 471. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Marítima Seguro S/A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 07 de agosto de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 out. 2014. n. 213. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141029_213.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leitura complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p.241-261.

CALDO, Diego Santiago y. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.871-884.

CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional).

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p.128-159, jan./mar. 1977.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p.127-143, jan./mar. 1992.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público - 2017**. Niterói: GMR Inteligência & Pesquisa, 2017. 78 slides, color. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Santa Catarina). **História da Defensoria Pública no Brasil e no Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/institucional>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.95-105.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 4 v.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S.C. Federal Rules of Civil Procedure. **The Committee on the Judiciary House of Representatives**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, proteção ambiental e novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.441-456. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 189 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/en.php>>. Acesso em: 16 set. 2018.

GALLOTTI, Carolina. Pertinência temática nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 142, p.168-184, dez. 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.17-32.

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.

_____. **Código de Processo Civil Coletivo**: Um modelo para países de direito escrito. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18368-18369-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. México D.f: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Instituto de Investigaciones Jurídicas : Serie Doctrina Jurídica; n. 151). Tradução para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p.61-70, out./dez. 2002.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.607-642.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer ADI n. 3.943/DF**. 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 361, p.3-12, maio/jun. 2002.

_____. Rumo a um sistema ibero-americano de tutela de interesses transindividuais. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Org.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**: hacia un código modelo para iberoamérica. México D.f.: Porrúa, 2003. p.41-48. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal).

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.107-139.

GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães e. Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.305-318. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

GUETTA, Mauricio. Análise acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas ambientais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1069-1086.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2017. (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica, ISSN 1516-3296; n. 37). Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. n.p.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, p.11-38, fev. 2002.

_____. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p.152-169, out. 2008.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.297-318.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representação adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1007-1024.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 67, p.124-134, jul./set. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 6, p.36-56, 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/941/998>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

ROCHA, Jorge Bheron. **A Defensoria como *custös vulnerabilis* e a advocacia privada**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada#_ftn12>. Acesso em: 25 nov. 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, p.38-50, mar. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p.121-137, jan./mar. 1985.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Processo coletivo: Do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.989-1006.

SCHWARTZ, Fabio. O novo CPC e os avanços legislativos que contribuem na superação dos obstáculos e na afirmação da vocação institucional da Defensoria Pública para atuação na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. p.187-203. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Processo e ideologia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p.19-36, abr./jun. 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 617, p.250-253, mar. 1987.

XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA (Brasília). **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. 2008. O presente texto foi elaborado, com o apoio do Projecto Eurosocial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, na qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Inter americana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.