

## Controle judicial e autor coletivo nos anteprojetos do CPC Coletivo

Em relação à legislação brasileira, não se pode negar a existência de um microsistema coletivo, onde se destacam a Lei da Ação Civil Pública, aqui tratada como LACP (Lei 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90), além obrigatoriamente da Constituição Federal de 1988. Todavia, a tutela dos direitos de grupo, na falta de uma regulação codificada, deparou-se ao logo desses 24 anos de criação da LACP, com o florescimento de vários diplomas, com princípios comuns, formam o chamado microsistema coletivo.<sup>[1]</sup>

Contudo, observa-se que o microsistema formado por estas leis especiais não se encontram dispostas em um código específico, que a na justificativa de Gidi (2008, p. 23):

*A simples promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo representaria uma significativa evolução para o direito brasileiro. Ainda que nenhuma inovação significativa seja proposta, pelo menos cinco objetivos importantes poderiam ser facilmente alcançados pelo codificador. (sem grifos no original).*

Continua o autor detalhando os objetivos de uma codificação coletiva:

*O primeiro deles, é a simples reunião material de normas processuais coletivas esparsas em um sistema ordenado [...] O segundo, é o fim de um duplo sistema, em que há margem para dizer que há dois tipos de ações em tutelas de direitos de grupos: uma ‘ação coletiva’ e uma ‘ação civil pública’. Nem mesmo há uma convenção sobre o significado de tais expressões [...] o terceiro objetivo [...] seria acabar com as desnecessárias diferenças entre o procedimento das demandas coletivas em defesa de direitos transindividuais (difusos, coletivos) e individuais homogêneos [...] Tais diferenças existem, não por necessidade prática, mas simplesmente como decorrência de curiosidades históricas da legislação brasileira e americana.[...] O quarto objetivo seria corrigir os erros e discrepâncias jurisprudenciais, esclarecer ambiguidades da lei e contra-atacar os golpes que o governo brasileiro tem desferido contra o processo coletivo, principalmente a limitação territorial da coisa julgada coletiva e a dificuldade artificialmente criada para o cabimento de demanda coletiva contra a Fazenda Nacional. Por fim, poder-se-ia aproveitar a oportunidade codificadora para realizar inovações, pontuais, aprimorando algumas regras [...] lacunas [...] ambiguidades e criando normas necessárias ao aprimoramento do sistema, mas mantendo a estrutura do direito positivo. (sem grifos no original)*

Quatro são os anteprojetos de um Código de Processo Civil Coletivo, publicados no Brasil, e seguindo a construção de Gidi (2008) passamos a listar em ordem cronológica: Código de Processo Civil Coletivo, de autoria do próprio Gidi (1993-2002); Código Modelo de Processos Coletivos, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (2003-2005); Código Brasileiro de Processos Coletivos, da USP – Universidade de São Paulo (2003-2006) e finalmente o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa (2005).

Para a análise do controle judicial da adequação do autor coletivo, se utilizará o Código de autoria de Gidi, chamado de *anteprojeto original*, através do qual elaborar-se-á observações pertinentes.

É óbvio que Gidi (2002) precursor da ideia no Brasil do controle judicial do autor coletivo, ao elaborar o *anteprojeto original* contemplasse o ideário defendido por ele, e assim o fez, no artigo 3º, II, que trata dos requisitos da ação coletiva, combinado com o artigo 18, I:

Artigo 3º — *Requisitos da ação coletiva:*

3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

I — houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;

II — o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I)

III — a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.

3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;

3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo;

3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;

3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;

3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo. (sem grifos no original).

Continua o artigo 18, I, propondo que:

Artigo 18 — A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por:

I — *representação inadequada* dos direitos e interesses do grupo e de seus membros; [...] (sem grifos no original).

O anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no artigo 2º, além de referir-se a representação adequada como requisito da ação coletiva em seu parágrafo 2º, expressa que através do controle judicial, deverá o juiz analisar, credibilidade, capacidade, prestígio, experiência profissional e outros elementos idênticos ao *anteprojeto original*.

Todavia, foi importante e pertinente a crítica realizada por Almeida (2007) ao *anteprojeto original*, demonstrando que uma aferição *a priori* da representação adequada pelo juiz poderia criar um incidente processual desnecessário, que emperraria e burocratizaria o processo coletivo.

Acertada a afirmação de Almeida (2007, p. 114-118) e conforme destacado ao longo deste trabalho, a verificação da adequação do autor coletivo dar-se-á *in concreto* pelo magistrado. O que importa não é saber se o representante é abstratamente adequado, em incidente estabelecido *a priori*, mas se ele está representando adequadamente os direitos do grupo no processo coletivo que propôs. Gidi (2008, p. 103) acatando a contribuição do autor, esclarece que “afinal, de nada adianta passar vários meses ou anos discutindo preliminarmente os critérios de adequação do representante, se o processo está sendo conduzido adequadamente pelo advogado”.

Gidi (2008, p. 106) complementa expressando:

Em vez de exigir que o juiz faça um controle *a priori* da adequação das qualificações do representante, através de critérios abstratos e dissociados com a realidade do processo, uma nova versão do dispositivo deixa claro que é suficiente que o juiz faça um controle *in concreto* da adequação do atuar do representante. Vale dizer, o representante adequado é aquele que litiga adequadamente, não aquele que pode litigar adequadamente.

Nessa lógica, para que o representante esteja autorizado a transacionar com o réu, ele precisa ser previamente certificado como “adequado”, o que é um indício favorável de que o acordo que ele realizará também será apropriado.

Gidi (2008, p. 108) atualizou o artigo 3º do *anteprojeto original* com uma redação condizente com a pertinente contribuição acima destacada. Propondo além de uma nova redação para o artigo supramencionado, o acréscimo de um parágrafo único, conforme abaixo em destaque:

Art. 3.1 — Na avaliação da representação adequada, o juiz analisará, em relação ao representante e aos advogados, sua a conduta e participação no processo coletivo [...]

*Parágrafo único.* O juiz também poderá levar em consideração outros fatores relevantes à determinação da adequação do representante, inclusive:

3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;

3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo;

3.1.3 a conduta e participação em outros processos anteriores;

3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;

3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo [...] (sem grifo no original).

A inclusão feita pelo autor do parágrafo único do artigo 3.1, já modificado, baseou-se na preocupação em não expor o magistrado a situações em que diante da constatação, por exemplo, do histórico condenável do autor coletivo ou do conhecimento de suas relações amistosas com a parte contrária, ou ainda, na falta de capacidade financeira para conduzir uma ação complexa e custosa contra um réu poderoso, estivesse o juiz obrigado a reconhecê-lo como adequado.

Completa Gidi (2008, p. 109):

Sem dúvida, o juiz não poderá ignorar tais informações relevantes, sob pena de estar permitindo um legitimado reconhecidamente inadequado representar os interesses de pessoas ausentes ou não dar a devida deferência a entidades que já demonstraram o seu comprometimento com a causa do grupo [...]

*As vantagens de uma norma mais pormenorizada é que se beneficia décadas de experiência prática com processos coletivos nos Estados Unidos para servir de guia para atuação das partes e do juizes brasileiros.* (sem grifos no original).

Observa-se, contudo, que o Código Modelo Ibero-Americano, o anteprojeto UERJ/Unesa e o anteprojeto da USP, não modificaram seus anteprojetos na mesma direção e continuam se utilizando do texto do *anteprojeto original*, sem a atualização.

O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, da USP – Universidade de São Paulo, não é diferente no que toca aos requisitos a serem preenchidos pelo autor coletivo, somente diferindo do *anteprojeto original* nas palavras empregadas. No artigo 20, ao tratar da legitimidade, expressa em seu inciso I, que estaria legitimado “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade”<sup>[2]</sup>, elencando os mesmos elementos do *anteprojeto original*. Contudo, observa-se que esse anteprojeto na intenção de parecer diferente do *anteprojeto original* desvirtuou-se completamente do objetivo, tornando-se um emaranhado de preceitos distorcidos, confusos e ambíguos.

A primeira distorção encontrada no anteprojeto da USP centra-se na limitação do controle da representação adequada apenas aos indivíduos, ou seja, o órgão ministerial, as associações e os demais legitimados coletivos, podem ser incompetentes, desidiosos, e criminosos e não poderão sofrer qualquer espécie de controle pelo juiz. É injustificável a admitir o controle apenas para o indivíduo, se há necessidade de prever meios para assegurar uma adequada representação dos interesses do grupo e se essa é uma exigência do *devido processo legal*, ela há de ser realizada em todos os casos, em todos os processos.

A segunda distorção do anteprojeto da USP é incoerente com o propósito de um Código de Processo Coletivo eficaz, tendo em vista não se conceber como o indivíduo, membro do grupo, possivelmente violado em seu direito, obrigatoriamente deva ter “credibilidade”, “experiência”, “histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses difusos e coletivos”. O artigo 20 desse anteprojeto é naturalmente excludente, haja vista tais requisitos afastarem os indivíduos leigos, que não sejam os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, e das associações ou dos órgãos públicos especializados para a condução da ação coletiva.

A terceira distorção do anteprojeto da USP e que está presente também no Código Modelo Ibero-Americano e no anteprojeto UERJ/Unesa é o de omitir que a sentença coletiva em um processo conduzido por um representante inadequado não vincularia o grupo e seus membros, não fazendo coisa julgada. Os anteprojetos supracitados expressam que o magistrado deverá fazer tal controle em qualquer tempo e grau de jurisdição, mas omitem-se quanto à regra após o trânsito em julgado da sentença dada em um processo com representante inadequado.

Gidi (2008, p. 99) alerta que:

Na pior das hipóteses, o objetivo dessa omissão é proibir tal controle após o trânsito em julgado da sentença coletiva, prevendo que ela vinculará o grupo e todos os seus membros, ainda no caso de processo conduzido inadequadamente, desde que o juiz da causa não perceba a inadequação durante o decorrer do processo. Segundo pensamos, uma sentença dada em um processo inadequado não vincula o grupo nem seus membros. Seria uma violação da garantia constitucional do devido processo legal e a lei infraconstitucional não poderia disciplinar diferentemente. Não se trata aqui de uma questão meramente

---

processual, mas constitucional, fora do alcance das “leis ordinárias”.

Não obstante a isso, não seria nem mesmo necessária uma previsão expressa, haja vista a representação adequada ser um requisito da tutela coletiva, a sua ausência viciaria todo o processo de forma insanável. Contudo, a omissão revelada nos anteprojetos descritos é inaceitável.

Finalmente, em relação aos requisitos específicos da ação coletiva, no anteprojeto Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa, que com o devido respeito, através do uso da tautologia[3], descreve os mesmos requisitos do *anteprojeto original*, ainda sem a atualização referente ao controle *in concreto* da adequação do autor coletivo, transcreve o mesmo texto do *anteprojeto original* em seu artigo 8º, *in verbis*:

São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I — adequada representatividade do legitimado” e continua em no parágrafo 1º do referido artigo, asseverando que “na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado.

Comenta Gidi (2007, p.77) em sua obra “Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo”, que os anteprojetos acima citados, não contemplam importante aspecto relacionado à representação adequada, ao controle dessa adequação e a coisa julgada coletiva:

A norma prescreve que o grupo e seus membros não serão atingidos pela coisa julgada, caso o processo coletivo não tenha sido conduzido adequadamente, ainda que tenha havido sentença de mérito transitada em julgado. Isso autoriza o juiz de uma causa subsequente a processar e julgar um processo coletivo idêntico ou um processo individual correspondente. Não há necessidade de se promover uma ação rescisória para desconstituir a sentença coletiva, pois ela simplesmente não faz coisa julgada, em caso de inadequação da representação. É o princípio insculpido no artigo 18 do Anteprojeto Original. [...] nenhum dos anteprojetos derivados contém norma semelhante de forma expressa.

Observamos que a única diferença entre *anteprojeto original* e os derivados, está na capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva, tornando-se elemento exclusivo do *anteprojeto original*. Requisito importante, pois a prática forense demonstra casos em que o caminho processual poderá impor a necessidade de capacidade financeira na defesa dos direitos perquiridos[4]. Afirma Gidi (2008, p. 100) que:

Um critério de aferição da representação adequada bastante criticado foi a capacidade financeira do representante. Muitos se insurgiram contra o que parecia ser uma discriminação injusta e desnecessária contra associações ou legitimados pobres. [...] Na verdade, o dispositivo não foi bem compreendido pelos críticos, por faltar uma visão mais objetiva do funcionamento prático da norma. Dinheiro é essencial para qualquer empreitada judicial, particularmente uma demanda coletiva envolvendo questões complexas de fato e de direito contra réu poderoso e bem financiado que tem muito a perder. Se o elemento financeiro não fosse importante, a lei brasileira não teria alterado o princípio tradicional da sucumbência nem previsto que os autores da demanda coletiva não adiantariam custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. [conforme os arts. 17 e 18 da LACP e 87 do CDC e do anteprojeto original art. 21, anteprojeto USP art. 17, §4º, UERJ/Unesa art. 13]. A realidade é que, se o

---

legitimado não tiver capacidade financeira para custear as despesas e honorários do perito, certamente o processo coletivo ficará paralisado.

Continua Gidi (2007, p.103):

O resultado é que processos coletivos que dependam de prova técnica, na sua maioria na área ambiental, ficam parados nos cartórios “sem resultados”, portanto, o juiz deverá exigir que o autor demonstre higidez financeira para custeá-lo. O requisito tem uma razão prática óbvia: se o juiz permitir que o processo prossiga, apesar da incapacidade financeira do autor, em algum momento ele terá que interrompê-lo por representação inadequada ou proferir sentença contra os interesses do grupo. Isso pode dar margem a entidades oportunistas proponham ações que sabem não ter condições financeiras para prosseguir, somente para chantagear o réu ou prejudicar os interesses do grupo.

Todavia, se o processo coletivo não exigir investimento financeiro significativo, como é o caso de processos coletivos envolvendo questões fáticas simples, o juiz não precisará nem poderá avaliar a capacidade financeira do representante. Não obstante o fato de que o autor poderá dispor de apoio do Estado ou de outras fontes de financiamento. O juiz nesse caso, só deverá estar atento para a fonte de tal financiamento, que poderá ser oriunda do próprio réu ou entidades a ele ligadas, o que demonstrará conluio entre as partes ou conflito de interesses.

O *anteprojeto original* resolve o problema da capacidade financeira e do custo da prova de duas maneiras. O artigo 12 preconiza que “quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a produção à parte contrária, que terá direito a ser ressarcida das suas despesas”. Já o artigo 24.1, expressa que o Fundo dos Direitos de Grupo poderá financiar demandas coletivas.

De tudo quanto até agora logramos expor, cumpre reter essencialmente, que o *anteprojeto original* contém além normatização principal acerca do controle judicial da adequação do autor coletivo, contribui de forma inédita no caso de improcedência da ação por inadequação do autor coletivo não formando coisa julgada.

Dessa maneira, destaca Gidi (2007, p. 77) “o controle da representação adequada é uma garantia importante não somente durante o processo, mas também, e talvez principalmente, depois da sentença transitada em julgado”.

Como visto, todos os anteprojetos visando uma codificação coletiva estabelecem requisitos a serem fiscalizados *in concreto* pelo magistrado. É, contudo, premente observar, que tal positivação não elimina a tarefa do juiz de avaliar diante do caso concreto, com o direito constitucional posto, a representação adequada.

É indiscutível que foram as grandes transformações ocorridas no sistema jurídico nacional que possibilitaram o início da grande discussão acerca da codificação do direito processual civil coletivo no Brasil. Impende observar, que a iniciativa é extremamente positiva para a tutela dos direitos de grupo e essencial para o aprimoramento da prestação jurisdicional eficiente e eficaz.

Todavia, deve-se atentar que a oportunidade da codificação deverá ter perpassado por um amplo debate nacional, objetivando a elaboração de um texto factível, moderno e eficiente. A promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo ou de uma nova lei da Ação Civil Pública já seria um grande avanço para o direito brasileiro, ainda que nada fosse inovado, a reunião em um só diploma legal, acabaria com o “diálogo das fontes”, que nos foi imposto historicamente com a promulgação de leis a partir da década de 80, intensificado na década de 90. Teríamos um único corpo jurídico que poderia ser um Código de Processo Civil Coletivo ou mesmo uma nova lei da Ação Civil Pública, pouco importando o nome.

Esse código ou uma nova lei disciplinaria de forma conjunta todos os aspectos da tutela coletiva, acabando com a aberração de um sistema onde não se tem nem mesmo concordância sobre as ações produzidas.

A doutrina se debate na tentativa de nomear as ações produzidas sob o manto da tutela dos direitos de grupo. Alguns autores nacionais afirmam que as ações que versam sobre direitos coletivos seriam ações coletivas somente quando baseadas no direito do consumidor e todas as demais seriam ações civis públicas. Outros autores defendem que se a ação fosse proposta pelo Ministério Público seria Ação Civil Pública, contudo, se fosse proposta por uma associação, seria ação coletiva.

Porém, não é só essa a controvérsia encontrada na doutrina nacional, existem autores que defendem ainda, que Ação Civil Pública seria aquela proposta em tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e que a ação coletiva seria aquela proposta em tutela de direitos individuais homogêneos.

Portanto, diante de um único “corpo” teríamos apenas um único nome, acabando com essa ambiguidade, onde cada autor imputa um significado diferente.

O simples fato de existir um código ou uma única lei para tutelar os direitos de grupo, reunindo e unificando os procedimentos, já seria de grande avanço para o direito brasileiro. Todavia, poder-se-ia inovar para além de simplesmente reunir e unificar o que já está posto, criando um sistema modificador, utilizando as últimas pesquisas do direito processual civil coletivo brasileiro e estrangeiro, criando um novo modelo para o processo civil coletivo brasileiro que privilegiasse não só a eficiência e a eficácia da tutela jurisdicional de grupo, como também a base principiológica da Constituição Federal.

Sobre a codificação Almeida (2007, p. 82) preconiza que:

A codificação tem como principal vantagem a ordenação e a uniformização do sistema a ser codificado. Com isso, a codificação torna mais claro e evidente o objeto formal da respectiva área do Direito a ser codificada, de sorte a simplificar o sistema jurídico e a permitir a sua melhor compreensão. Ela facilita também a ordenação dos princípios e das regras de interpretação e de aplicação do Direito no contexto da incidência da respectiva área codificada.

Nery Jr (2006, p. 23) contribui de forma brilhante asseverando que:

A ideia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha sua própria principiológica regulada de forma

---

normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para as diretrizes constitucionais.

Todavia, não obstante aos avanços trazidos por uma nova e única legislação para a tutela dos direitos de grupo, o Projeto de Lei 5.139/2009, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, chamado de a “Nova Lei da Ação Civil Pública”, em diversos aspectos perde a oportunidade de inovar e pior, não contempla os avanços doutrinários e jurisprudenciais importantes na busca de uma prestação jurisdicional condizente com a base principiológica constitucional.

O texto original do Projeto de Lei 5.139/2009 contém em seu artigo 9º a previsão da substituição do autor, apenas quando o magistrado constatar no caso da ação ser julgada procedente, que a parte é ilegítima, abrindo a possibilidade de substituição do autor ilegítimo por um que tenha legitimidade ativa, abaixo *in verbis*:

Art. 9º — Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, *inclusive com a substituição do autor coletivo*, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz. (sem grifo no original).

Observa-se a princípio, que o artigo supradescrito suscita dúvidas quanto à substituição do autor coletivo, trata-se de substituição do autor coletivo por falta de legitimidade ativa, uma das condições da ação ou será substituição do autor coletivo diante da falta de adequação, ou ambas as possibilidades?

O certo é que essas dúvidas terão que ser sanadas por uma modificação no texto original, sob pena de se trazer ao ordenamento jurídico mais dúvidas e incertezas que propriamente avanços e conquistas. As mudanças devem significar passos seguros que representem avanços e não riscos. A última tramitação do Projeto citado, demonstra a coerência da CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania) na aprovação do requerimento de realização de audiência pública com representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, e de entidades e instituições, com o objetivo de debater o referido Projeto.

Conforme preconizado alhures, o processo de elaboração de um conjunto normativo dessa magnitude, deverá oportunizar um amplo debate visando a construção de um novo modelo, não um modelo pior do já temos.

O Ministério Público de São Paulo (2009) em relatório de 100 páginas, contendo 59 propostas de modificação do texto original, demonstrou a preocupação com vários dispositivos, entre eles a modificação da sistemática da coisa julgada. Pela lei hoje em vigor, após proposta uma ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, as pessoas diretamente interessadas que tenham proposto ação individual na Justiça para proteger esse mesmo direito podem optar por manter a ação individual ou por requerer a suspensão do processo e se beneficiar de eventual sucesso da ação coletiva. Além disso, no sistema atual uma ação coletiva julgada improcedente não prejudica o interesse do indivíduo, que

---

poderá propor ação individual para a defesa de seu direito.

Pelo texto do Projeto de Lei 5.139/2009, no artigo 37, uma ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos provocará a suspensão imediata e obrigatória das ações individuais em andamento, situação dificilmente contornável juridicamente.

É premente destacar, que o Projeto de Lei corrige algumas distorções como o artigo 16 da LACP, considerado uma verdadeira excrescência jurídica[5]. O artigo 32 do texto original da nova lei expressa que “a sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”.

Outro destaque do Projeto de Lei é a abrangência da Ação Civil Pública que reuniu os objetos de diversos instrumentos esparsos, agregando-os sob um único instrumento. A nova Ação Civil Pública poderá ser destinada a proteção:

I — do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos; II — do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência; III — da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário; IV — dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e V — de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Apesar dos destaques do Projeto de Lei 5.139/2009, não se pode olvidar da observação de que esse projeto perde grande oportunidade de expressar o controle judicial da adequada representação, e também, a possibilidade de introduzir expressamente na legislação infraconstitucional o controle judicial da representação adequada. Muito embora se defenda que tal controle é corolário dos princípios de *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, e, portanto, um princípio constitucional, que deveria ser aplicado independentemente de previsão infraconstitucional. Entretanto, essa seria uma oportunidade para acabar com a resistência de parte da doutrina nacional, em admitir o controle judicial da adequada representação.

Finalmente não se pode deixar de observar a ligação entre a efetividade do processo e a eficácia do provimento jurisdicional, por conta disso, negar o controle judicial da representação adequada é admitir que um processo seja conduzido por um representante inadequado e sua decisão judicial no mínimo injusta.

Mouta (2006, p. 19) define de forma brilhante o acima esposado:

[...] O resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa a efetividade e a própria validade da prestação jurisdicional [supremacia da constituição], ou como já afirmou Chiovenda ‘il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch ègli diritto conseguire’. Assim, a efetividade do processo está ligada a própria apresentação do processo, relacionado a eficácia do provimento jurisdicional. A grande preocupação é justamente alcançar essa eficácia de maneira satisfatória, não apenas no campo teórico mas principalmente no prático.

---

Assim também, afirma Cappelletti e Garth (2002, p. 8) atrelando o princípio de *acesso à justiça* a ordem jurídica justa na busca de suas pretensões em juízo:

[...] A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve *produzir resultados que sejam individual e socialmente justos*. (sem grifo no original).

Neste contexto, justifica-se a necessidade do controle judicial da adequação do autor coletivo, como sendo não só instrumento de justiça, obrigatório no Estado Democrático de Direito, mas também um instrumento de liberdade que através da efetividade processual, enquanto corolário do *acesso à justiça* e do *devido processo legal* em sua concepção pós-positivista, cancelam sem a necessidade de mudanças legislativas o controle judicial.

Defende-se que ser contra o controle judicial da representação adequada significa ser a favor da possibilidade de uma representação inadequada dos direitos de grupo em demandas coletivas, o que é inaceitável e colide frontalmente com os princípios constitucionais.

Finalmente, destaca-se que existem quatro anteprojetos, postos em discussão na sociedade, porém, observou-se que o *anteprojeto original*, de autoria de Gidi, serviu de inspiração para elaboração dos outros três.

A conclusão é a que todos os anteprojetos que visam uma codificação coletiva estabeleceram requisitos a serem fiscalizados *in concreto* pelo magistrado. Todavia, infelizmente até o presente momento o PL 5.139/2009 que modifica os dispositivos que regem o processamento da Ação Civil Pública, perde a grande oportunidade de incluir em seus dispositivos os avanços doutrinários e jurisprudenciais debatidos e proposto pela balizada e importante doutrina nacional.

Então, enquanto a positivação não se transforma em lei, não se exime o juiz de avaliar diante do caso concreto, com o direito constitucional posto, a adequação do autor coletivo.

## REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. 405 p.
- ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 364 p.
- ALEXANDER, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p.
- \_\_\_\_\_. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 173 p.
- ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira. O Voto e a Internet. *Portal do Senado Federal.*, Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 12 jan. 2009.

- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 191 p.
- \_\_\_\_\_. Ação civil pública: Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 222 p.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. v.24. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 15 p.
- \_\_\_\_\_. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de direito processual civil*. 3. se. São Paulo: Saraiva, 1984a. 211 p.
- \_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos: a legitimação para agir. In: *Temas de direito processual civil*. 3. se. São Paulo: Saraiva, 1984b. 211 p.
- \_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 354 p.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 176 p.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. 1995. Disponível em : < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 out. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial nº 805.277 – RS (2005/0210529-7), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 3 de agosto de 2004. Disponível em . Acesso em 20 out. 2008.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 5139 de 29 de abril de 2009. Disponível em . Acesso em 20 mai. 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 112 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 2002. 165 p.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2008. 124 p.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 240 p.
- CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2008. 80 p.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e processo: Introdução ao direito processual constitucional*. v.1. Curitiba: Juruá, 2003. 512 p.
- DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1984. 900 p.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v.4. 3.ed. rev. ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. 501 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 400 p.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

- 
- FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. 146 p.
- GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Social Science Research Network*, artigo 11, 2002. Disponível em: 564684>. Acesso em: 30 jul. 2008.
- \_\_\_\_\_. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 525 p.
- \_\_\_\_\_. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 486 p.
- GODINHO, Robson Renault. O ministério público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 524 p.
- \_\_\_\_\_. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 1.072 p.
- \_\_\_\_\_. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 1.217 p.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. 224 p.
- LENGRUBER DA SILVA, Sandra. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004. 198 p.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 476 p.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 343 p.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2007. 1.620 p.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. 225 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 574 p.
- \_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 216 p.
- MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 600 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816 p.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Grupo de trabalho PL 5139/2009. Relatório de final com as propostas aprovadas. São Paulo, 2009. 100 p.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008. 239 p.
- MOUTA, José Henrique. *Mandado de segurança: questões controvertidas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. 186 p.
-

- 
- \_\_\_\_\_. *Acesso à justiça & efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos?*. Curitiba: Juruá, 2006. 168 p.
- \_\_\_\_\_. O cumprimento das decisões proferidas na ação civil pública ambiental após a Lei 11.232/05. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. 424 p.
- NERY JR, Nelson. Código de processo civil coletivo? *Boletim MPMG Jurídico* 3 ed, 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2009. 63 p.
- \_\_\_\_\_. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 1.217 p.
- NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1823 p.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor: interpretado, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Cláudio; MELO, Pedro; FERREIRA, Rafael. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo a efetivação dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 225 p.
- SANTOS, Christianine Chaves. *Ações coletivas & coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2008. 236 p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 926 p.
- SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba, Juruá: 2006. 208 p.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. 263 p.
- TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. In: *Duke journal of comparative & international law*, North Carolina, USA, v. 11, 2001. Disponível em: . Acesso em: 24 abr. 2009. 451 p.
- VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 502 p.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2005. 113 p.
- WATANABE, Kasuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 1.217 p.
- ZANETI JR, Hermes. *Processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2006. 119 p.
- \_\_\_\_\_. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. 292 p.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 319 p.

[1] Considera-se o microssistema coletivo como sendo formado pela LACP, CDC, Estatuto da criança e do adolescente, Estatuto do idoso, Estatuto do índio, Lei de improbidade administrativa, Mandado de Segurança coletivo, Ação Popular, Mandado de injunção, Ação direta interventiva, Ação de impugnação de mandato eletivo e possivelmente outros. Porém, deve-se destacar a LACP e o CDC como os instrumentos mais utilizados na *praxis* forense. Almeida (2003, p. 584) chegou a chamá-las de “normas de superdireito processual coletivo comum”.

[2] Não adequado para entendimento aqui defendido confundir-se “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. Segundo Gidi (2008, p. 112) “a expressão ‘representatividade’ tem um teor mais sociológico ou político e refere-se ao caráter representativo da associação perante o grupo. Trata-se de um vício antigo, vindo do Projeto Bierrenbach, que se utilizava da expressão “representatividade adequada”.

[3] Tautologia é segundo os dicionários, a repetição da mesma idéia com outras palavras.

[4] É perfeitamente identificável na prática forense, principalmente em relação em casos de ACP ambientais a necessidade de laudos periciais de diversas áreas, dada a complexidade dos fatos.

[5] O art. 16 da LACP expressa que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

#### **Date Created**

04/08/2009