



José Rogério Tucci
advogado e professor da USP

pletivas num acórdão que enaltece o TJ-SP

A enorme e inevitável mole de recursos, como é cediço, tem exigido

hercúleo esforço dos magistrados de norte a sul do nosso país, para cumprirem as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça e ainda pelos próprios tribunais, por meio de diretrizes traçadas *interna corporis*.

A carência de recursos humanos, intelectuais, materiais e temporais disponíveis para a desincumbência da tarefa de administrar o serviço judiciário tem sido um obstáculo intransponível para se atingir uma produção de cunho mais científico das decisões judiciais.

Não é difícil compreender que tal fenômeno, de resto, inexorável, tende a diminuir o grau de profundidade que idealmente seria adequado para a análise de determinadas questões, não tanto pelo acerto ou desacerto intrínseco das respectivas decisões, mas, sim, pela oportunidade de sustentar, de forma consistente, determinadas teses, que passarão a constituir precedentes para casos futuros.

Não se pode perder de vista, nessa linha de raciocínio, que, a exemplo da doutrina, a jurisprudência é fonte (ainda que secundária) de expressão do direito e, portanto, quanto melhor for a qualidade do labor pretoriano, mais aperfeiçoado será o ordenamento jurídico. Os precedentes, como é cediço, constituem instrumento essencial para fortalecer a certeza do direito e, simultaneamente, contribuir para a redução dos custos da distribuição da justiça.

Este anseio, contudo, nem sempre é alcançado, dada a aludida exiguidade de tempo que cada magistrado dispõe para imprimir o adequado andamento em sua respectiva atividade de julgar e, assim, dar conta da distribuição de um sem número de processos que diária e semanalmente são submetidos à sua apreciação, situação que se agrava diante dos pleitos de tutela de urgência, que devem ser examinados incontinenti.

É bem provável ter sido por esta razão que o legislador inseriu, no Código de Processo Civil, a regra do § 1º do artigo 489, que foi muito criticada por setores do Poder Judiciário, logo após a sua entrada em vigor.

Não obstante, com alguma frequência, especialmente nos domínios do TJ-SP, deparamo-nos com determinados julgados que são bem trabalhados, demonstrativos do esmero e capricho do respectivo desembargador relator. E isso tem geralmente ocorrido quando a questão objeto de julgamento é polêmica ou inusitada (os denominados *hard cases*), a exigir a fixação de determinada tese.

Dentre estas situações, importa referir a um excelente aresto, proferido recentemente, no julgamento da *Apelação n. 1008272-27.2014.8.26.0405*, pela 2ª Câmara de Direito Privado da Corte de Justiça bandeirante, da relatoria da desembargadora Marcia Dalla Déa Barone.

A questão fulcral da controvérsia versava sobre a representação adequada de uma determinada associação para ajuizar e conduzir ação civil pública em prol de consumidores, que figuravam como promitentes compradores de unidade condominial.

É certo que a substituição processual (ou legitimação extraordinária), nestas hipóteses, baseia-se no reconhecimento de que o substituto efetivamente terá condições concretas de perseguir, em seu nome, o direito material de que são titulares os substituídos, de forma séria e consistente durante todo o *iter* procedimental.

Se a condição jurídica do sujeito que a lei outorga legitimidade para atuar como substituto processual for reputada irregular e precária, é evidente que não ostenta ele mínima condição de prosseguir na defesa do direito alheio em nome próprio.

Assim, impõe-se o controle *in concreto* da existência de representatividade adequada por parte do substituto processual, sob pena de se subverter inteiramente a lógica que governa a legitimação extraordinária.

No campo da tutela coletiva, ainda que estejam preenchidos os requisitos legais para o legitimado agir como substituto processual, é absolutamente assente que tal *status* conferido *ope legis* a determinados sujeitos não exime o julgador de realizar, na hipótese concreta, o exame das reais condições e intenções do substituto se desincumbir do encargo de defender direito alheio em nome próprio.

Em outras palavras, não é porque a legitimidade ativa *ad causam* encontra-se expressamente atribuída por norma legal a uma determinada associação, que o julgador deixará de exercer o controle da representatividade adequada em concreto. Da investidura legal de legitimidade ativa decorre mera “presunção relativa de representatividade adequada”, passível de ser refutada por prova em contrário. Nesse sentido, vale ter presente a enfática anotação de Antonio Gidi, ao asseverar que: “o juiz brasileiro não só pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. (...). O representante inadequado é, portanto, um não-representante. Essa é uma questão extremamente delicada no caso de ações coletivas em que o representante não foi eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados. O representante obtém essa posição por manifestação de sua própria vontade, ao propor a ação em benefício de uma coletividade. O mínimo que esse estranho tipo de representante deve ser é adequado. Essa adequação deve ser submetida a um rigoroso controle judicial” (*A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, Revista de Processo, vol. 108, 2002, pág. 68-70).

Valendo-se, pois, de fundamentos extraídos da experiência jurídica do *commom law*, o referido julgado da 2ª Câmara de Direito Privado, a propósito desta questão, deixou assentado que:

“Não obstante no sistema ‘ope legis’ adotado no Brasil haja presunção absoluta de representatividade adequada, caso tenham sido preenchidos os requisitos legais da pré-constituição e pertinência temática, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em precedente inovador e aproximando-se do modelo norte-americano das ‘class actions’, considerou que tal presunção é apenas relativa, cabendo ao órgão julgador verificar, no caso concreto, a adequada representatividade da associação(...).

Esta nova perspectiva, além de inovadora, tem sido fundamental para coibir abusos praticados por determinadas entidades civis, as quais, não obstante preencham, de forma objetiva, os requisitos do artigo 5º, inciso V, alíneas ‘a’ e ‘b’ da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), valem-se dos benefícios do artigo 18 da referida lei para litigar em demandas de valor da causa de elevada monta, sem a necessidade do adiantamento das custas e despesas processuais, e sem o risco da sucumbência, apenas visando o recebimento de honorários”.

Assim, uma vez reconhecido que é possível ao julgador verificar se o substituto processual ostenta condições adequadas de defender o direito do substituído em nome próprio, a ilustre Desembargadora Marcia Barone, asseverou que, na situação examinada, a associação autora “tem manejado uma série de ações civis públicas perante este TJ-SP visando a discutir a nulidade de cláusulas inseridas em contratos de adesão relativos a empreendimentos no ramo da construção civil e também do turismo. Tem-se constatado, todavia, fortes indícios de atuação fraudulenta na referida associação, com desvirtuamento de suas finalidades, uma vez que se volta a propor demandas coletivas, cujos objetivos imediatos se voltam a beneficiar os advogados que a compõe e não os consumidores propriamente ditos, uma vez que tem se verificado que nos casos em que ela se sagra vitoriosa, são poucos os consumidores que se habilitam...”.

Conclui-se, com efeito, que esse acórdão revela, a um só tempo, de um lado, o preparo dos magistrados – em especial, da relatora – que integraram a turma julgadora; e, de outro, a inafastabilidade do controle judicial atinente à representação adequada do legitimado extraordinário, ainda que estejam presentes os pressupostos objetivos exigidos pela legislação em vigor.

Date Created

02/07/2019