# REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: ENTRE AÇÕES COLETIVAS E PRECEDENTES VINCULANTES

ADEQUACY OF REPRESENTATION: BETWEEN CLASS ACTIONS AND BINDING PRECEDENTS

Gustavo Viegas Marcondes[1]


## RESUMO

As ações coletivas, no Brasil, fundamentam-se sobre dois pilares fundamentais: a legitimidade extraordinária (ou autônoma para a condução do processo coletivo), e a coisa julgada *secundum eventum litis.* Tais pilares asseguram lisura ao resultado da demanda coletiva, na medida em que evitam a produção de resultados inidôneos, em detrimento dos interesses da coletividade. Com o microssistema de julgamento de casos repetitivos adotado pelo CPC/2015, cujos resultados produzem provimentos vinculantes, inclusive a processos individuais e coletivos ainda sequer propostos, é necessário estabelecer mecanismos que assegurem o mesmo grau de idoneidade, em favor do grupo. Possivelmente a principal questão que se coloca nesta quadra é que, justamente em razão de sua eficácia vinculante (vertical e horizontal), criou-se um necessário intercâmbio normativo entre o microssistema de tutela coletiva e o microssistema de julgamento de casos repetitivos (precedentes vinculantes), já que o resultado do julgamento de casos repetitivos aplica-se a processos individuais e coletivos, presentes e futuros. Se é possível compreender que os microssistemas de tutela coletiva e de julgamento de casos repetitivos comunicam-se e, mais do que isso, formam um arcabouço legislativo comum, cujos efeitos espraiam-se sobre relações jurídicas transindividuais, há que se compreender também que a tutela adequada dos interesses coletivos *lato sensu*, no contexto de precedentes obrigatórios, impõe a adoção de mecanismos de proteção da coletividade, notadamente quanto à atribuição e controle da representatividade adequada em favor dos ausentes.

**Palavras chave:** ações coletivas; representatividade adequada; precedentes; vinculatividade; casos repetitivos.


## ABSTRACT

Class actions in Brazil are based on two fundamental pillars: extraordinary legitimacy and *res judicata secundum eventum litis*. Such pillars ensure fairness to the result of the class action, insofar as they avoid the production of disreputable results, to the detriment of the interests of


[1] Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (2012) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2020). Atualmente é professor da Faculdade de Direito de Franca e sócio - CABRAL, GONZALEZ MARCONDES SOC. DE ADVOGADOS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito processual civil, tutela jurisdicional coletiva, tutela da evidência, associações e tutela provisória. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2900-8706; Lattes; http://lattes.cnpq.br/9826083640344355; E-mail: gvmarcondes1@gmail.com

the collectivity. With the microsystem for the judgment of repetitive cases adopted by CPC/2015, whose results produce binding provisions, including individual and collective cases not yet proposed, it is necessary to establish mechanisms that ensure the same degree of suitability, in favor of the group. Possibly the main question that arises in this court is that, precisely because of its binding effectiveness (vertical and horizontal), a necessary normative exchange was created between the microsystem of class actions and the microsystem of binding precedents, since the outcome of the judgment of repetitive cases applies to individual and collective processes, present and future. If it is possible to understand that the microsystems of class actions and the judgment of repetitive cases communicate and, more than that, form a common legislative framework, whose effects spread over transindividual legal relationships, it is also necessary to understand that the protection *lato sensu* collective interests, in the context of mandatory precedents, imposes the adoption of collective protection mechanisms, notably with regard to the attribution and control of adequate representation in favor of the absent.
**Key words:** class actions; adequacy of representation; precedentes; binding effect; repeated lawsuits

**INTRODUÇÃO**

Quando se fala em representatividade adequada, fala-se a propósito de qualidades intrínsecas que se reputam presentes em determinados sujeitos processuais, aos quais se confere a responsabilidade pela condução do processo coletivo. Fala-se, também, em qualidades concretamente verificáveis, a partir da tenacidade denotada pela parte na veiculação de interesses cuja representação lhes foi confiada. A representatividade adequada, assim, traduz um predicado da parte que a habilita a figurar como porta voz dos interesses jurídicos de uma dada coletividade perante uma dada instância decisória.

Os processos coletivos, como é sabido, alicerçam-se numa estrutura bivalente que, por um lado, confere legitimidade ativa a uma gama de entes públicos e privados, legalmente reputados representantes adequados dos interesses da coletividade. Por outro lado, assegura que os resultados do processo coletivo serão válidos e vinculativos, inclusive a toda a coletividade, uma vez observados os critérios de formação da coisa julgada *secundum eventum litis.*

Ocorre que os processos coletivos já não se resumem apenas às ações coletivas *stricto sensu,* aí incluídas também as ações de controle abstrato de constitucionalidade. Também passam a integrar esse gênero de tutela jurisdicional os provimentos judiciais dotados de eficácia vinculante, ou seja, os chamados precedentes vinculantes. Isso porque no modelo brasileiro de precedentes, especialmente no contexto do CPC/2015, os provimentos jurisdicionais dotados de tal eficácia se fazem impositivos, para processos atuais e futuros, de natureza individual ou coletiva. Significa, portanto, que em termos práticos, os precedentes

vinculantes também se apresentam como espécie de tutela jurisdicional coletiva, alcançando relações jurídicas metaindividuais.

Daí porque a questão da representatividade adequada volta a se colocar no centro do debate a propósito da tutela jurisdicional coletiva, sendo necessário o aprofundamento das reflexões a respeito da própria legitimidade democrática do conteúdo normativo agregado aos precedentes vinculantes, quando questionável a representatividade adequada dos interesses jurídicos titularizados pela coletividade.

## 1. REPRESENTATIVIDADE, PARTICIPAÇÃO, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A CLÁUSULA *DUE PROCESS OF LAW*

Representatividade e tutela jurisdicional coletiva são categorias indissociáveis. Tratam-se de temas centrais no campo na jurisdição coletiva porque inerentes não apenas à estrutura e desenvolvimento do processo coletivo, mas também porque deles depende a validade dos resultados da demanda coletiva. Basta dizer que a representatividade toca à própria legitimação do processo, enquanto produto da atividade de um Poder estatal.

Ocorre que, sobretudo no contexto atual, quando se fala em tutela coletiva tem-se, como premissa, que não se trata unicamente das ações coletivas *stricto sensu*, mas também (e especialmente) do emprego de paradigmas decisórios dotados de eficácia vinculante – os chamados *precedentes vinculantes* – , aos quais o CPC/2015 conferiu verdadeiro protagonismo. A representatividade, como é natural, haverá de se fazer presente em ambas as modalidades de tutela coletiva.

A representatividade adequada, enquanto requisito de validade à tutela jurisdicional coletiva, não se confunde com a representação inerente ao Direito Privado, como mecanismo de suplementação da capacidade civil. A representação de que se cuida nesta seara refere-se à própria concretização da garantia do *devido processo legal.* Também não há equivalência entre os conceitos de representatividade e legitimidade, sob o prisma da substituição processual, conquanto se possa compreender que a representatividade adequada configure um elemento necessário à legitimidade para o processo coletivo[2].

Representar interesses significa, numa brevíssima síntese, defende-los em uma determinada instância de decisão, o que, obviamente, não se restringe ao campo do direito processual. Sobressai, nesta concepção, a direta relação existente entre representação e

[2] MARCONDES, Gustavo Viegas. Para além da dicotomia entre representação ou substituição processual: análise dos impactos do julgamento do RE 573.232/SC e RE 612.043/PR para o processo coletivo brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, n. 295, p. 331-350, set 2019.

democracia, entendida como instância de exercício do Poder mediante decisões que se alicerçam na expressão da vontade da maioria, conceito que, por sua vez, deve ser compreendido enquanto interesse geral e não enquanto interesse momentaneamente dominante, na precisa observação de José Afonso da Silva[3]. O termo *democracia representativa,* nesse sentido, se mostra autoexplicativo.

Não há sentido em se conceber representação em regimes político-jurídico totalitários (não democráticos), já que nestes o exercício do Poder se faz calcado na centralidade da força (violência)[4] e, consequentemente, em prol dos interesses do próprio governante. Ao contrário, nos regimes democráticos, o exercício do Poder pressupõe a descentralização da força, em benefício dos interesses da maioria. Daí a óbvia importância da efetiva representatividade nas mais diversas instâncias decisórias[5].

Não é por outra razão que a Constituição Federal estabelece, de modo muito claro em seu art. 1.º, parágrafo único, que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A representação, portanto, localiza-se no núcleo da ideia de democracia.

Trata-se de um elemento central no Estado Democrático de Direito, exatamente para que os interesses da maioria possam ser historicamente alcançados e juridicamente institucionalizados. Nesse sentido, o próprio Direito – que obviamente não se confunde com a lei, tampouco com o pensamento particular do julgador – também se vale dessa mesma ideia de democracia, na medida em que traduz a existência de parâmetros decisórios[6] construídos mediante representação (política e judicial), cuja observância se mostra inescapável.

[3] "A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a maioria como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134."

[4] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 105-107.

[5] LEMOS, Arthur Lopes; GAMA, Vitor Rodrigues. Democracia contestatória e representatividade adequada nas ações coletivas. In: Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória, p. 364-377.

[6] "[...] não há nenhum ganho democrático em se possuir constituição e legislação consagradoras de direitos se as questões jurídicas puderem ser solucionadas em parâmetros discricionários que são necessariamente não jurídicos, isto porque são pautados na vontade e na subjetividade do julgador, seja no âmbito administrativo ou judicial." ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 462.

No entanto, a representação enquanto modo de validação (democrática) do Poder denota que existe um certo hiato entre o processo de tomada de decisão e os sujeitos que serão por ela alcançados em seus respectivos interesses jurídicos.

A ideia de representação, nesse sentido, parte da premissa de que representante e participante (enquanto titular do interesse jurídico) não são a mesma pessoa. Ao contrário, por uma imposição lógica, o representante existe justamente em razão da ausência do participante. Ao representante é dada a prerrogativa de participação direta nas instâncias decisórias, ao passo que ao representado, via de regra, é dada, em alguma medida, a garantia de participação indireta.

Quando se fala em tutela jurisdicional individual, a ideia de representação de interesses não se faz necessária (ao menos sob a mesma perspectiva do que ocorre quando se fala em tutela coletiva) porque a estrutura processual atribui ao próprio titular do direito material afirmado em juízo a titularidade também da relação jurídica de direito processual.

Há uma coincidência[7] entre o sujeito que ocupa o polo da relação jurídica processual e a titularidade do interesse jurídico de direito material atribuído a essa posição no processo e, precisamente em razão dessa coincidência é que se compreende que a defesa dos interesses disputados incumbe ao próprio titular[8]. Esta é a síntese do conceito de legitimação ordinária que alicerça a tutela jurisdicional individual.

Representar e participar, em síntese, não são e não podem ser consideradas uma única e mesma coisa. Enquanto a ideia de participação conduz à compreensão de um *agir por si*, a ideia de representação, por outro lado, conduz à compreensão de um *agir por outrem*.

No âmbito da participação, não se mostra necessário um especial cuidado quanto à qualidade desse agir, na medida em que as ações e omissões do participante repercutem na defesa dos interesses do próprio titular do interesse jurídico, ao passo que no âmbito da representação, tal preocupação se mostra inafastável, já que o representante age em nome e por conta desse titular, que não se faz presente, nada obstante suporte os resultados do processo.

[7] MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 250.

[8] "No plano coletivo não é praticamente possível alcançar o desiderato de o titular do direito estar presente em juízo para defendê-lo. Este é um ideal de matriz individualista, que pressupõe ser o titular do direito um indivíduo e não toda uma coletividade. Nesse sentido, os legitimados coletivos são 'representantes' da coletividade, verdadeiros 'substitutos processuais' dessa". ZUFELATO, Camilo. Coisa julgada coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 224.

Significa dizer que o processo decisório construído sob representação se dá na ausência do titular do interesse submetido à decisão, ainda que tais interesses sejam levados em consideração nesse processo[9].

Portanto, os processos representativos configuram um fenômeno processual intrinsecamente ligado às demandas que se constituem sob legitimação extraordinária[10], ou seja, quando referida coincidência (entre a parte demandante e o titular do interesse jurídico cuja tutela se pretende) inexiste.

Apenas excepcionalmente o sistema processual admite que um determinado interesse jurídico seja veiculado em juízo por meio da atuação de um terceiro, que não o seu titular. Não por outra razão a própria definição de legitimação extraordinária consiste na *defesa de interesses alheios, em nome próprio*[11].

Quando se fala em legitimidade extraordinária, entende-se, segundo a majoritária doutrina, que ocorre o fenômeno da substituição processual[12], ou seja, o lugar do titular do interesse jurídico de direito material (substituído) é ocupado por quem a lei atribua a incumbência de defender tais interesses em juízo, mesmo não sendo o seu titular a quem se destinará a eficácia da decisão[13].

Novamente cabe a ressalva. Sob a perspectiva processual, representação e substituição processual são conceitos absolutamente distintos[14] e, quando aqui se fala em representação, se está a referir genericamente ao mecanismo de garantia de concretização da cláusula *due process of law*. É o que destaca Ada Pellegri Grinover em texto publicado em 1986,

[9] GÓES, Maurício de Carvalho; HORTA, Denise de Oliveira. Processo coletivo do trabalho e adequada representação: a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores pelos sindicatos. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n. 216, p. 185-213, mar-abr 2021.

[10] "Quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso contrário, a legitimação diz-se extraordinária. Ali, a regra concreta que se vier a formular na sentença incidirá diretamente sobre a esfera jurídica de outra pessoa, ou de outras pessoas, conquanto possa, por via indireta, atingir a esfera do legitimado, e até seja tal a razão mais comum de reconhecer-se eficácia legitimante à situação subjetiva deste. O legitimado ordinário deve encontrar na sentença a disciplina da sua própria situação; o legitimado extraordinário, a disciplina de situação alheia, talvez suscetível de repercutir na sua." MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: Direito processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58-72.

[11] "O art. 18 do Novo CPC parece ter consagrado o entendimento de que legitimação extraordinária e substituição processual são sinônimos ao conceituar em seu caput a primeira expressão e expressamente prever a segunda em seu parágrafo único". NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 45.

[12] OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. Substituição processual. São Paulo: RT, 1971, p. 130.

[13] ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 16 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 566.

[14] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, p. 187-200, jan 1991, p. 190.

apontando que a representatividade adequada encontra fundamento na Constituição, justamente por assegurar a observância do devido processo legal[15].

A representação foi empregada no âmbito da tutela coletiva como mecanismo alternativo à participação[16], que estava impossibilitada em razão da própria característica do processo coletivo. No caso brasileiro, especialmente em razão de serem os representantes definidos unicamente por uma solução legislativa, sem que integrem o grupo, classe ou categoria de titulares dos interesses transindividuais lesados ou ameaçados. Mesmo no caso das associações, há que se considerar que a legitimação é atribuída à entidade, que não se confunde com seus membros. De modo que, no caso brasileiro, o representante não necessariamente guarda relação de pertencimento em relação aos titulares do interesse jurídico deduzido em juízo.

Ocorre que a participação é elemento que integra a cláusula *due process of law*. Para Nelson Nery Junior, o princípio do devido processo legal constitui a pedra fundamental de todo o sistema processual[17], seja individual ou coletivo, na medida em que dele decorre a ideia segundo a qual todo e qualquer ato de império que se conceba, seja adotado pelo Estado não, pode ser adotado sem que o súdito envolvido (direta ou indiretamente) tenha a oportunidade de se submeter a um processo justo, previsível, estruturado sob bases objetivas e julgado por um juiz imparcial, tendo-lhe sido assegurada a oportunidade de efetivamente influir na decisão (participação).

[15] "[...] a cláusula da 'representatividade adequada' tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria. Por ela, a parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, 'representando' concretamente o grupo titular do interesse, que terá exercido seus direitos processuais, através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao 'representante'. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ultra partes, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, mas configuraria antes um novo conceito de 'representação substancial e processual', adaptado às novas exigências emergentes da sociedade". GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 19-30, jul-set 1986.

[16] "Os titulares do direito são representados no processo e a representação substitui o direito de participação, porque os elementos da garantia do devido processo legal foram forjados para um processo individualista e, assim, não podem ser aplicados literalmente ao instrumento coletivo. Além disso, no processo coletivo não existe 'participação no processo', mas existe 'participação pelo processo'." VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016, p. 114.

[17] "O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa due process of law. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (CF 5º, LIV). Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies". NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na constituição federal. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 79.

O sistema jurídico processual assim se estrutura porque a condição de parte impõe ao sujeito processual diversos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais cujo exercício provocará impactos diretamente em sua própria esfera de interesses jurídicos (materiais e processuais). É natural que um determinado sujeito assuma a defesa vigorosa de seus próprios interesses porque dessa defesa advirão todos os resultados da tutela jurisdicional, dos quais não poderá posteriormente se furtar, o que também inclui a própria vinculação subjetiva à coisa julgada.

Na realidade, quando se cuida de tutela jurisdicional individual, estruturada sob legitimação ordinária (na qual a tutela do direito subjetivo incumbe ao seu próprio titular), representação e participação acabam por se fundirem numa mesma perspectiva, embora não se trate, exatamente, do mesmo conceito. Não é o que ocorre em se tratando de tutela coletiva.

Como visto, toda a tutela jurisdicional coletiva erige-se sobre a ideia de que o interesse coletivo necessita ser veiculado em juízo por meio da atuação de um representante, simplesmente porque não se mostra possível (material e processualmente) que todos os titulares (ou potenciais titulares) participem diretamente do processo.

Não se faz possível tal participação, sob o ponto de vista material, porque a indivisibilidade do interesse jurídico opera no sentido de não admitir a apropriação de um dado direito por um, ou mesmo por alguns de seus potenciais titulares, isoladamente. A indivisibilidade torna individualmente inaproveitável o interesse, de tal sorte que a sua tutela jurisdicional só possa ser eficazmente realizada pela via coletiva.

Daí porque os mecanismos processuais fundados em legitimação ordinária não podem ser singelamente transportados à tutela dos interesses transindividuais, inclusive porque se torna impossível de ser aplicada uma plêiade de instrumentos processuais inerentes ao caráter dispositivo da tutela individual, tais como a possibilidade de desistência da ação, a possibilidade ampla e irrestrita de autocomposição, a possibilidade de renúncia a determinados direitos e posições processuais e a própria eficácia subjetiva da coisa julgada.

A exemplo do que se dá em relação a maior parte dos conceitos lógico-jurídicos processuais, a legitimidade para agir foi concebida a partir da perspectiva do direito processual de índole individual. Por isso, aferição da legitimidade, quando se trata de tutela individual, não depende do comportamento da parte, e sim, configura um atributo do próprio conceito de parte processual.

Trata-se de uma qualidade intrínseca ao *ser* do sujeito processual em uma dada situação conflituosa. Uma vez reputado legítimo, o sujeito processual parcial não perde tal qualidade em razão de suas próprias ações e omissões endoprocessuais, mas apenas em razão das hipóteses de sucessão e substituição processuais previstas em lei[18]. A legitimidade, no entanto, só pode ser aferida diante do caso concreto, justamente por se tratar de uma qualidade imanente à problematização. Não há, portanto, legitimidade *in abstrato,* em se tratando de tutela jurisdicional individual.

Em outras palavras, um determinado sujeito pode ser parte legítima para deduzir uma dada pretensão em face de um dado réu, e não ostentar a mesma legitimidade para se deduzir uma outra pretensão, fundada em outros elementos de fato e de Direito, em face do mesmo demandado. É precisamente por isso que é possível afirmar-se que todo sujeito de direitos possui capacidade de ser parte, embora não seja possível afirmar-se que todo sujeito de direitos possua legitimidade para agir[19]. Não se trata de um conceito absoluto, presente em qualquer hipótese fática, mas sim relacional, ou seja, verificável para um contexto específico.

Por outro lado, considerando que a representação pressupõe a ausência de participação direta, aplicando-se particularmente à tutela coletiva, não é possível afirmar-se – ao menos do mesmo modo – que a legitimidade, em sede de tutela coletiva, também se configure uma qualidade intrínseca ao sujeito, independentemente de seu comportamento endoprocessual.

Especialmente para a tutela coletiva, a representatividade deve ser entendida como um elemento da própria legitimidade, cuja aferição também deve ser efetuada diante do caso concreto, porém, a partir de determinados critérios que denotem o vigor com que a defesa dos interesses jurídicos atribuídos ao *representante* é realizada[20]. Não é possível cogitar-se em representação quando ausente a própria legitimidade. Daí porque agregar-se ao conceito de *representatividade* o qualificativo *adequada.*

[18] No CPC/2015 as hipóteses genéricas de substituição processual estão previstas no art. 18, ao passo que as hipóteses de sucessão processual estão previstas no art. 108 a 110.
[19] MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil moderno. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 198.
[20] "[...] a definição que parece mais acertada é aquela segundo a qual a representatividade adequada é uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial". FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. 2010. 189 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 50.

## 2. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Como já mencionado, legitimidade e representatividade adequada são conceitos distintos, conquanto umbilicalmente relacionados. A doutrina majoritária compreende que a representatividade adequada, em termos de tutela jurisdicional coletiva, integra o próprio conceito de legitimidade *ad causam*, funcionando como verdadeira *condição de existência*, ou seja, ausente a representatividade adequada, ausente também a própria legitimidade[21].

Na realidade, diante das características em que se desenvolvem os processos representativos, sobretudo no que se refere à vinculatividade das decisões também aos ausentes da relação jurídica processual, fica evidente que a representatividade adequada se impõe como verdadeira garantia inerente à cláusula *due process of law*. De modo que não é possível cogitar-se em legitimidade sem que a parte tenha sido considerada um representante adequado dos interesses da coletividade, e isso toca tanto às qualidades intrínsecas do sujeito processual, quanto à sua específica atuação no processo.

Mesmo considerando que, no caso brasileiro, a legitimidade para as ações coletivas é dada em caráter concorrente e disjuntivo[22], o que significa que mais de um ente (público ou privado) estará simultaneamente legitimado a propor e conduzir a ação coletiva, todos devem ser considerados representantes adequados para que possam ostentar tal condição no processo.

Determinar os contornos da representatividade adequada torna-se, portanto, um item central, já que se trata de um requisito (pressuposto processual) de admissibilidade da ação coletiva[23]. Em última análise, só se poderá cogitar em coisa julgada material coletiva quando presente a representatividade adequada.

Essa premissa traz consequências importantes para o atual estado de coisas em termos de tutela jurisdicional coletiva porque, nada obstante os precedentes vinculantes não sejam aptos à formação de coisa julgada coletiva, a teor do que dispõe o art. 103 do CDC, o grau

[21] "Tecnicamente, a representatividade é uma condição da ação coletiva. A representatividade adequada é um atributo da legitimidade. Por esse motivo, a avaliação da representatividade do legitimado coletivo não pode ser realizada dissociada da legitimidade. A decorrência natural do entendimento acima é que, se o juiz entender que o autor coletivo não representará adequadamente a coletividade, o processo deverá ser extinto por falta de uma das condições da ação, que é a legitimidade. Representatividade adequada e legitimidade são faces de uma mesma moeda." FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113.

[22] LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de processo coletivo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 186.

[23] AZEVEDO, Júlio Camargo de. Representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas brasileiras. Revista Eletrônica de Direito Processual. n. 10, p. 258-274, jun-dez 2012.

de vinculatividade a eles atribuído, associado, sobretudo, à rigidez dos mecanismos de superação (overrulling) faz com que, em termos práticos, poucas diferenças sejam efetivamente sentidas entre coisa julgada coletiva e precedentes vinculantes no que diz respeito aos resultados do processo, nada obstante muitas diferenças possam ser apontadas no que diz respeito às garantias fundamentais do processo.

Em outras palavras, considerando que também os precedentes vinculantes são espécie do gênero *tutela jurisdicional coletiva,* resta evidente que também no contexto da formação e superação de precedentes vinculantes se faz necessária a representatividade adequada[24].

No caso brasileiro, como visto, optou-se por um esquema legal de definição da legitimidade para as ações coletivas, dotando-se determinados entes, públicos e privados, da prerrogativa de exercer a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais, independentemente de sua categorização (interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos). Consequentemente, estes entes previamente legitimados são também reputados representantes adequados, por força de uma presunção legal, circunstância que tornaria até mesmo despicienda qualquer iniciativa no sentido de se estabelecerem critérios para o controle *in concreto* da representatividade adequada.

Faz-se, no entanto, importante aprofundar a análise dessa relação existente entre legitimidade e representatividade adequada, tendo em vista que a adoção de mecanismos de atribuição de eficácia geral e vinculante aos precedentes judiciais ampliou o espectro de atuação concreta da jurisdição coletiva, não mais centralizada apenas e tão somente nas ações coletivas típicas e nos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade.

A questão que se coloca é determinar se a representatividade adequada, dentro do contexto normativo da tutela jurisdicional coletiva, deve ser compreendida como uma qualidade intrínseca do *ser* ou do *agir* do representante[25]. Ou seja, e levando-se em consideração especialmente a realidade normativa brasileira, se a representatividade adequada é uma característica intrínseca e inerente à parte ou ao seu comportamento efetivamente adotado no contexto da tutela coletiva, endoprocessualmente e também extraprocessualmente[26]. Além

[24] CHAVES, Guilherme Veiga; TESOLIN, Fabiano da Rosa. A necessidade de controle judicial da representação adequada no IRDR. Revista de Processo, São Paulo, n. 325, p. 263-280, mar 2022.

[25] JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). Revista de Processo, São Paulo, n. 287, p. 307-332, jan 2019.

[26] "Convém perguntar, portanto, qual o efetivo sentido dessa representação. Nessa linha, retorna-se à própria compreensão da natureza da atividade processual. Uma das primeiras características do processo é que se trata de

disso, como esse verdadeiro pressuposto de admissibilidade da ação coletiva dialoga com os provimentos jurisdicionais de eficácia vinculante oriundos de ações individuais.

Com efeito, a ampliação do microssistema de tutela coletiva dada a partir da absorção do microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo CPC/2015, em termos práticos, cuidou de atribuir ao resultado de determinadas demandas (individuais, inclusive) o mesmo efeito geral, abstrato e vinculativo presente na coisa julgada coletiva, com o agravante de não se ter preservado a preocupação de resguardar os interesses da coletividade pelo sistema *secundum eventum litis*[27] que inspira a coisa julgada coletiva brasileira.

Não houve, entretanto, qualquer preocupação por parte do legislador em se conferir o mesmo grau de garantia aos ausentes, notadamente no que diz respeito à representatividade adequada, quando o resultado do processo dotado de eficácia vinculante adviesse não de uma ação coletiva, mas de uma ação individual, julgada sob o regime dos casos repetitivos e apta, portanto, à formação de um precedente vinculante que, por suas características, poderá beneficiar, ou não, os interesses da coletividade.

Mesmo tendo-se previsto a participação do Ministério Público, inclusive na condição de fiscal da ordem jurídica e também tendo-se facultada a participação de *amici curiae*, o fato é que, inclusive por força do princípio da *perpetuatio legitimationis*, a admissão da causa a título de julgamento de casos repetitivos não repercute nos aspectos subjetivos da ação, conquanto seus resultados alcancem, inegavelmente, ausentes da relação jurídica processual.

Isso significa, em síntese, que a relação entre legitimidade e representatividade adequada, conquanto seja bastante presente no sistema das ações coletivas, não se faz igualmente verificável no microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo CPC/2015.

Ou seja, a circunstância de se ter adotado, no Brasil, um esquema legal de determinação da legitimidade para a propositura e condução da ação coletiva não significa que não se acolheu a representatividade adequada como um fundamento da própria tutela coletiva. Ao contrário, indica que o modelo brasileiro de tutela coletiva optou pela definição legal

uma atividade participativa. Nele atuam não só o juiz, mas também as partes, além de terceiros, interessados ou não no resultado da contenda, como serventuários, peritos, testemunhas e intervenientes. Tanto por isso, definiu-se a natureza do processo como um procedimento em contraditório, aspecto que, na linha de Fazzallari, conduz a sua condição de "autêntico instrumento de vida democrática. (...) No processo coletivo, impõe-se questionar de que maneira se pode fortalecer a efetiva possibilidade de que aqueles atingidos pelo alcance de uma decisão judicial tenham respeitado esse direito de participação, mediante a consideração de suas percepções argumentativas quando do julgamento da causa que lhes afeta". SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. Revista de Processo. São Paulo, n. 208, p. 125-146, jun 2012.

[27] CDC, art. 103.

também para que se reputassem representantes adequados, por força de lei, todos aqueles legitimados indicados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP. O mesmo modelo, a propósito, já era utilizado no ordenamento jurídico brasileiro para a definição do rol de legitimados à propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade (CF, art. 103), ou seja, também se elegendo determinados órgãos, de natureza pública e privada, reputados representantes adequados para aquela finalidade jurisdicional específica.

É bem verdade que o microssistema de tutela coletiva brasileiro confere legitimidade a órgãos públicos e privados por força de lei, reputando-os, *prima facie*, representantes adequados. Entretanto, o microssistema de tutela coletiva não mais comporta leitura exclusivamente a partir da interação existente entre a LACP e o CDC, incorporando, também, o próprio CPC/2015 em sua sistemática, notadamente no que diz respeito ao microssistema de julgamento de casos repetitivos.

Daí porque a representatividade adequada não mais se encerra na presunção jurídica segundo a qual aqueles entes elencados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP, e apenas eles, estarão dotados de representatividade adequada para a ação coletiva, e também para os processos representativos originariamente não-coletivos. É indispensável, portanto, que também para os processos aptos à formação de precedentes vinculantes se adotem mecanismos de atribuição e controle, legal ou judicial, da representatividade adequada, sob pena de grave violação ao contraditório e, sem síntese, ao devido processo legal.

Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy e Sofia Orbeg Temer destacam que a coexistência de dois modelos paralelos de tutela coletiva – ações coletivas e precedentes vinculantes – impõe uma nova leitura a respeito da representatividade adequada, porque no tocante aos precedentes vinculantes, a escolha da causa-piloto ou do processo modelo deve estar submetida a efetiva representação dos ausentes, inclusive por meio de mecanismos que facultem o ingresso de terceiros[28].

[28] "Ambas as modalidades revolucionaram o instituto da legitimidade para a causa, de modo que passou a ser adotada nas ações coletivas a substituição processual e nos incidentes a escolha de algum ou alguns processos-piloto capazes, em tese, de desenhar corretamente a controvérsia. Em realidade, ambos os mecanismos criam uma ficção representativa que visa reproduzir em juízo as características de todos os jurisdicionados com os mesmos direitos materiais, devendo criar um fiel modelo da situação litigiosa. Constatou-se, contudo, que apesar desta nova concepção de legitimidade ativa apresentar uma série de benefícios no que se refere à possibilidade de tutelar, em um só procedimento, milhares de demandas, com redução de custos e tempo de tramitação, poderia haver grave violação ao direito fundamental do contraditório e, portanto, do devido processo legal, se a atuação do escolhido não fosse realizada de forma adequada. Elencar simplesmente em lei os entes legitimados para propor ações coletivas, presumindo-se que haveria uma adequada representação, demonstra-se insuficiente. Do mesmo modo, a inexistência de critérios objetivos e concretos para escolha dos processos e recursos representativos da controvérsia evidencia-se temerária, consistindo em verdadeira limitação e ameaça à consagração da tutela coletiva como a via

Independentemente do modelo jurídico adotado, a representatividade adequada exsurge como característica fundamental a ser verificada no contexto da própria tutela dos interesses metaindividuais, isto é, a atuação (ativa e passiva, a título processual e extraprocessual) do *ideal plaintiff* deve, necessariamente, estar de acordo com os interesses de todo o grupo, caso contrário, restará inexistente a representação e, via de consequência, a própria legitimidade do autor coletivo.

Pela mesma ordem de razões, o mesmo regime deve também ser aplicado à atuação das partes quando a demanda (sobretudo quando se tratar de ação individual) passe a ser submetida ao regime de julgamento de casos repetitivos, apto à formação de precedente vinculante.

Isso significa, em outras palavras, que a representatividade adequada deve, sempre, ser compreendida como um pressuposto de admissibilidade para o processo coletivo genericamente considerado, o que significa afirmar que deverá estar presente também naquelas hipóteses em que, por força do microssistema de julgamento de casos repetitivos, uma ação originariamente individual possa ensejar precedentes de força vinculante.

## 3. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ENQUANTO MODELO DE GARANTIA PROCESSUAL

A estruturação dos processos representativos em torno da participação de um sujeito processual parcial, ao qual se atribui poderes de representação de interesses jurídicos titularizados (ou titularizáveis) por ausentes, muito mais do que um critério de aferição de legitimidade, é também um mecanismo indispensável para a higidez do processo, e de seus resultados, inclusive aqueles obtidos por vias consensuais.

Numa síntese, sem que se assegure adequada representação para a defesa dos interesses metaindividuais, qualquer que seja o modelo de tutela jurisdicional coletiva de que se cuide – via ações coletivas ou precedentes vinculantes – , não se pode atribuir a qualquer solução, imposta ou negociada, o necessário e desejável grau de segurança jurídica. Isso porque não é possível garantir que todos os interesses transindividuais foram eficazmente defendidos. A adequada representatividade, portanto, é do interesse não apenas dos ausentes, mas também

principal para defesa dos litígios de massa." LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orbeg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. Revista de Processo. São Paulo, n. 206, p. 167-190, abr 2012.

do próprio demandado, visto que a segurança de seu eventual êxito na demanda coletiva depende da idoneidade da representação obtida no processo[29].

A representatividade adequada impõe que os fatos litigiosos sejam suficientemente trazidos ao cerne da demanda coletiva, pela via adequada e mediante pretensões corretamente deduzidas, e essa imposição significa que o processo coletivo, ao menos em tese, estará apto a produzir resultados concretos e apropriáveis por todos os interessados (ausentes).

A garantia de que se cuida é voltada ao processo, e não propriamente aos interesses de qualquer das partes, justamente porque a representatividade adequada atua no sentido de evitar a sub-representação dos ausentes, o que em termos de tutela coletiva significa que ao menos uma parcela dos interesses metaindividuais não estaria sendo deduzida em juízo, ou estaria sendo deduzida apenas em aspecto formal, sem a necessária tenacidade. Havendo a garantia de representatividade adequada, por outro lado, é possível conferir ao processo o grau de segurança necessário para que seus resultados sejam não apenas efetivos, mas definitivos. Inclusive os resultados obtidos consensualmente.

Por outro lado, embora, num primeiro momento, se possa vislumbrar que a representatividade adequada se faz necessária para fins de preservação apenas dos interesses metaindividuais, já que a parte *individual* (que em geral ocupa o polo passivo da ação) atua mediante participação direta, numa análise mais detida fica evidente que se trata de uma garantia voltada a ambas as partes, e sobretudo, aos ausentes. Isso significa que, especialmente num modelo cooperativo de Processo Civil, incumbe a todos os sujeitos processuais velar pela higidez desse requisito.

Para a parte demandada, o êxito eventualmente obtido no processo não pode advir de uma representação deficiente, porque tal situação exporia permanentemente a própria parte vencedora ao risco de vir a ser novamente demandada pelos mesmos fatos e fundamentos já deduzidos.

A mesma ressalva pode ser colocada para fins de soluções consensuais, na medida em que a ausência de representatividade adequada – inclusive porque tal circunstância também macula a legitimidade da parte – compromete a validade de acordos. Sem que se garanta a representatividade adequada daquele que veicula um interesse metaindividual em

[29] MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. Revista de Processo. São Paulo, n. 227, p. 209-226, jan 2014.

litígio que assume natureza coletiva, não se faz possível a celebração de acordos que envolvam transações e mútuas concessões.

O microssistema de ações coletivas brasileiro dispõe de um modelo legal de determinação da legitimidade ativa para a defesa dos interesses transindividuais, conferindo a entidades públicas e privadas, legalmente reputadas representantes adequados, a legitimidade para as ações coletivas. Por sua vez, o microssistema de precedentes vinculantes não cuida dessa temática, tendo em vista que a formação dos precedentes vinculantes deriva de ações (ou de incidentes processuais) já instauradas, a título individual ou coletivo.

Se, no âmbito das ações coletivas, existe intenso cuidado com a legitimidade do autor coletivo, o que também significa intenso cuidado com sua capacidade de adequadamente representar os interesses da coletividade em juízo, de modo a evitar-se a produção de resultados definitivos em desabono aos interesses de grupo, classe ou categoria, no âmbito dos precedentes vinculantes, tal preocupação se mostra (ao menos por ora) inexistente.

Ainda que se lancem mão de instrumentos que estimulem maior participação com a finalidade de propiciar um incremento ao contraditório, ou mesmo que se empreguem a intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública, impõe-se reconhecer que a normatividade que se pretendeu atribuir ao precedente vinculante faz com que a sua vinculatividade não encontre qualquer limitação[30].

Tome-se, por amostragem, o acórdão proferido no Recurso Especial Nº 1.740.911/DF, cuja decisão transitou em julgado em 13 de setembro de 2019.

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE IRDR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. RESOLUÇÃO IMOTIVADA PELO PROMITENTE COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS. CLÁUSULA CONTRATUAL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO. SENTENÇA CONSTITUTIVA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. TRÂNSITO EM JULGADO.
> 1. Para os fins dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC, fixa-se a seguinte tese: - Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão.
> 2. Recurso especial provido.

[30] "Existe considerável crítica na doutrina a esse modo de formação de precedentes à brasileira. De fato, não há a devida preocupação com os debates e com os fundamentos que estão na base do caso que gerou o precedente; vinculam porque são atos de autoridade; vinculam por uma formalidade e não pelo seu conteúdo. Nisso sobretudo reside a preocupação de cotejar os casos futuros com o precedente. A legitimidade de qualquer decisão, e portanto também de um precedente, está centrada na efetiva participação dos interessados – muito embora só isso não seja suficiente - , na dimensão da qualidade do julgamento. Eis o papel do contraditório nesse contexto. ZUFELATO, Camilo. Contraditório e vedação às decisões surpresa no processo civil brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 245.

> (REsp 1740911/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 22/08/2019)

Nesse caso, a ação originária visava a rescisão de compromisso de compra e venda e devolução de parcelas pagas, acrescida de correção e juros moratórios. A ação foi julgada parcialmente procedente, sobrevindo recursos de apelação interpostos apenas pelas requeridas (fornecedoras). Houve instauração de IRDR, suscitado por uma das rés, cuja decisão foi impugnada por Recurso Especial, manejado por uma das demandadas, sem que o consumidor, que figurou no polo ativo da ação, sequer tivesse apresentado contrarrazões ao recurso.

Admitido como representativo da controvérsia, o Recurso Especial foi afetado ao regime dos recursos repetitivos, ensejando também o ingresso da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) como *amicus curiae*. Consta, ainda, que o julgamento contou com sustentações orais realizadas pela recorrente e pelo *amicus curiae*. O RESP, ao final, foi provido, por maioria de votos.

O fator relevante do julgamento não é propriamente o seu resultado, mas o modo como se chegou a ele, na medida em que é possível verificar que, a partir da fase recursal (desde a instauração de IRDR em fase de apelação) houve um verdadeiro abandono da causa por parte do consumidor, autor da ação originária. Consequentemente, os interesses jurídicos por ele veiculados restaram deixados à própria sorte.

A natureza consumerista da questão jurídica submetida à resolução por meio de precedente vinculante revela que há uma coletividade indeterminada de titulares de pretensões homogêneas que tiveram, ou terão, seus respectivos interesses afetados pelo precedente, sem a possibilidade de exercer qualquer ordem de influência na sua formação.

Por outro lado, o acórdão proferido no Recurso Especial Nº 1.708.104/SP, cuja decisão transitou em julgado em 14 de março de 2019, denota situação bastante distinta, ao menos em termos de participação.

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO OU DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA. ASSISTÊNCIA MÉDICA. MANUTENÇÃO. ARTS. 30 E 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO.
> 1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva

> de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.
> 2. No caso concreto, recurso especial provido.
> (REsp 1708104/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 24/08/2018)

Nesse caso, o acórdão relata que a ação originária tinha por objeto o cumprimento forçado de obrigação de fazer, consistente na manutenção da autora na condição de beneficiária de plano privado de assistência à saúde mantido por sua ex-empregadora. A demanda foi inicialmente julgada improcedente, tendo o TJ/SP reformado a decisão em julgamento de apelação interposta pela consumidora, o que ensejou a interposição de RESP pela operadora. O recurso foi admitido na origem e afetado ao regime de casos repetitivos.

Já em tramitação sob tal regime procedimental, admitiu-se o ingresso, como *amici curiae,* dos seguintes entes e órgãos: Defensoria Pública da União (DPU), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE), Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), Confederação Nacional das Cooperativas Médicas (UNIMED DO BRASIL), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).

Partindo-se da premissa de que a ANS, enquanto reguladora do setor de saúde privada no Brasil, tenha figurado no processo em posição equidistante entre as partes, o cotejo dos interesses institucionais representados por cada um dos *amici curiae* admitidos no processo denota o antagonismo entre o consumidor, ao qual se associaram três *amici curiae* e o fornecedor, ao qual se associaram outros três. As sustentações orais realizadas também apresentaram isonomia entre as partes, tendo recorrente e recorrida se utilizado de tal expediente processual. O RESP foi provido, por unanimidade.

Diferentemente do ocorrido no primeiro exemplo, o acórdão que originou o segundo precedente vinculante foi produzido mediante participação ativa das partes e também de terceiros, além do Ministério Público que atuou, em ambos os casos, como fiscal da ordem jurídica.

Não há, no entanto, absolutamente nenhuma distinção, em termos de eficácia normativa, entre os dois exemplos de precedentes vinculantes, nada obstante se verifique que, na primeira hipótese, o precedente tenha resultado de uma atuação deficiente da parte que *representava* os interesses titularizados pelos consumidores.

Ou seja, conquanto o propósito confesso dos precedentes vinculantes seja criar uma interpretação prévia e uniformizada a propósito do Direito (material ou processual) – ainda

que para interpretar fosse inescapável o confronto com a problematização fática inerente ao caso concreto – os precedentes vinculantes têm sido formados pelo Poder Judiciário sem efetiva participação dos destinatários de tais modalidades normativas.

É bem verdade que o microssistema de precedentes vinculantes, inclusive porque especificamente estruturado para o desempenho de atividades de conotação mais legislativa do que jurisdicional, não admite a celebração de acordos[31], tendo em vista que a composição, mesmo entabulada no bojo do caso do qual deriva o incidente para a formação do precedente vinculante, não obsta o julgamento da tese jurídica, com vistas à formação do precedente[32].

## 4. MECANISMOS DE CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

A tenacidade, ou o vigor da defesa, é o traço determinante para que se repute *adequada* uma dada representação judicial de interesses jurídicos, e também o principal ponto de distinção entre os diferentes sistemas de aferição da própria legitimidade para agir em sede de tutela coletiva[33]. Enquanto, no sistema o brasileiro, presume-se adequada a representação realizada por sujeitos predeterminados, eleitos pela lei a exercerem esse papel na tutela dos interesses transindividuais, outros sistemas (como o anglo-americano) relegam ao juiz, no caso concreto, o exercício do controle dessa adequação[34]. Trata-se, em suma, da definição *ope legis* (realizado em função da lei) ou *ope judicis* (realizado em função do caso concreto) da representatividade adequada.

A representatividade adequada, no âmbito das ações coletivas, não foi pensada enquanto um mecanismo de permanente controle do comportamento processual do representante do grupo, mas como um atributo da legitimidade ativa conferida por lei a determinados órgãos públicos e privados. Tanto assim é que da verificação da representatividade adequada depende a própria validade do processo, e de seus resultados, inclusive aqueles obtidos consensualmente.

[31] CPC, art. 976, § 1º; CPC, art. 998, parágrafo único.
[32] PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Teoria geral dos casos repetitivos. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 211.
[33] "[...] o requisito da representatividade adequada foi formulado pelo direito norte-americano em um contexto muito diferente do que é aplicado nos países de civil law. Naquele país, em primeiro lugar, o representante é, em regra, um dos membros da classe e, por essa razão, será atingido pela decisão, tanto quanto os ausentes. Essa, como se sabe, não é a realidade brasileira, em que o processo é conduzido por entes intermediários. Há, ainda, no direito estadunidense, um forte controle da admissibilidade da ação coletiva (class certification) e da qualidade da representação, inexiste no sistema nacional, eis que a maioria dos autores brasileiros entende que a legitimidade do representante decorre da lei e não de um exame judicial casuístico e, mesmo que os juízes decidissem fazê-lo, ele seria realizado, atualmente, sem parâmetros legais." VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016, p. 116-117.
[34] ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? um estudo de direito comparado. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume IV, n. 4, p. 171-198, jul-dez 2009, p. 179.

No sistema norte-americano, atrelado ao *common law,* a legitimação para a dedução de uma pretensão coletiva não é exclusiva de determinados entes legalmente definidos, de modo que qualquer cidadão assume a potencial condição de um autor coletivo. Para tanto, o sistema processual americano prevê uma fase procedimental destinada especificamente à certificação da ação coletiva, com o objetivo de submeter a escrutínio a atuação do representante, em todos os seus matizes. Verificada a incapacidade para a condução da ação coletiva, a certificação é denegada e o processo coletivo não é levado a cabo.

Por outro lado, confirmada a adequação da representatividade, podem-se extrair do processo todos os efeitos dele esperados, seja no tocante à coisa julgada, seja no tocante à validade dos acordos eventualmente firmados.

No caso brasileiro, a opção do legislador foi a prévia escolha de entes públicos e privados a quem se incumbiu a missão de figurar como representantes adequados das pretensões coletivas. Trata-se, portanto, de uma presunção de representatividade adequada atribuída ao autor coletivo, mesmo porque tal atributo é conferido abstratamente pela lei.

O Brasil fez a opção pela determinação da legitimidade *ad causam* para as ações coletivas a partir de um modelo fundado na presunção de que os entes eleitos pelo ordenamento jurídico a desempenharem esse papel seriam, *per se*, representantes adequados[35]. Como se sabe, o microssistema de tutela coletiva brasileiro prevê um rol taxativo de entes – em sua maioria composto por entes públicos – aos quais se atribui a possibilidade de veicularem ações coletivas.

Ao se conferir à lei a tarefa de reputar adequada a representação de interesses realizada por uma gama de sujeitos judiciais predeterminados, em sua grande maioria composta por entes públicos ou ligados à Administração direta e indireta, cria-se uma verdadeira presunção de adequação da representatividade quando realizada por aqueles sujeitos, independentemente da sindicabilidade de sua atuação judicial no caso concreto.

[35] "Tendo em vista outros ordenamentos jurídicos em que há a aferição da representatividade adequada pelo juiz, há manifestações doutrinárias no sentido de que seria mais eficaz e consentâneo com os objetivos da coletivização do processo prever mecanismos para aferir-se a adequada representatividade, de modo que se incentivaria a tutela conjunta, conferindo-lhe maior aplicabilidade. Contudo, muito embora nosso sistema jurídico vigente de processos coletivos não tenha adotado a representatividade adequada ope iudicis nos termos da class action norte-americana, a existência de requisitos legais para o ajuizamento de demandas coletivas por associações – quais sejam: (i) tempo mínimo de um ano de pré-constituição e (ii) finalidade institucional compatível com o interesse defendido em juízo (pertinência temática) – denotam que nosso sistema jurídico possui, sim, o instrumento da representatividade, mas na forma ope legis, cuja finalidade também é conferir limites à atuação de associações em defesa de direitos metaindividuais." NERY JUNIOR, Nelson. Requisitos legais para associação adquirir legitimidade ativa ad causam para propositura da ação coletiva. In: Soluções práticas de Direito, vol. 5, p. 659-735, set 2014.

A justificativa para que, em sede de tutela coletiva existam mecanismos – ainda que pautados exclusivamente em presunções – de controle da qualidade da representação se deve, fundamentalmente, à circunstância de que no processo coletivo o titular do interesse jurídico veiculado na ação não pode se fazer presente na relação jurídica processual, o que significa que o processo se desenvolve, sempre, na sua ausência. Por outro lado, os resultados do processo devem necessariamente vincular o ausente.

Por isso a necessidade de adequada representação, para que os interesses jurídicos titularizados pelos ausentes se façam submetidos ao Poder Judiciário mediante devido processo.

A adequação da representatividade, no caso brasileiro, exsurge como uma característica inerente ao próprio representante, ao menos no que se refere ao microssistema de ações coletivas, já que, como visto, no microssistema de precedentes vinculantes não se confere igual relevância aos sujeitos processuais do qual se extrairá um precedente[36].

Com a ampliação do microssistema de tutela coletiva, sobretudo a partir da interação com os dispositivos do CPC/2015 que cuidam da atribuição de eficácia vinculante a determinados provimentos jurisdicionais, além de outros diplomas que buscam igual maximização da eficácia (subjetiva e objetiva) das decisões, houve um incremento do próprio microssistema de tutela coletiva quanto ao seu objeto, sem que esse incremento também ecoasse especificamente na representatividade adequada, seja no que tange aos limites do próprio rol de legitimados coletivos, seja no que tange aos mecanismos de controle dessa adequação.

Como resultado, observa-se que no atual quadro normativo, demandas envolvendo sujeitos não enquadráveis, pela lei, como representantes adequados podem dar origem a provimentos de eficácia geral e abstrata, com força vinculante, atingindo demandas

[36] "Constatou-se, contudo, que apesar desta nova concepção de legitimidade ativa apresentar uma série de benefícios no que se refere à possibilidade de tutelar, em um só procedimento, milhares de demandas, com redução de custos e tempo de tramitação, poderia haver grave violação ao direito fundamental do contraditório e, portanto, do devido processo legal, se a atuação do escolhido não fosse realizada de forma adequada. Elencar simplesmente em lei os entes legitimados para propor ações coletivas, presumindo-se que haveria uma adequada representação, demonstra-se insuficiente. Do mesmo modo, a inexistência de critérios objetivos e concretos para escolha dos processos e recursos representativos da controvérsia evidencia-se temerária, consistindo em verdadeira limitação e ameaça à consagração da tutela coletiva como a via principal para defesa dos litígios de massa. Apesar da louvável tendência constitucional e infraconstitucional de adoção da tutela coletiva, verifica-se que não houve, a nosso ver, construção pertinente do sistema no que se refere à questão ora abordada. Dizemos isso porque o legislador adotou diversas técnicas que limitam a abrangência e eficácia das ações coletivas para contornar os prejuízos que poderiam advir de uma má representação, quando poderia, ao contrário, prever a rígida aferição da representatividade como uma forma de incentivar a via coletiva e a promessa da celeridade, efetividade e isonomia, aumentando seu âmbito de aplicação." LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orbeg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. Revista de Processo. São Paulo, n. 206, p. 167-190, abr 2012.

presentes e futuras, individuais e coletivas, e sem qualquer condicionamento quanto ao resultado do processo, tal como como ocorre na coisa julgada *secundum eventum litis* própria da tutela coletiva, a teor do que dispõe o art. 103 do CDC.

Há, portanto, um risco efetivo de sub-representação de ausentes, na medida em que a propagada aproximação entre *common law* e *civil law* que deu azo à adoção de um sistema de precedentes *à brasileira* não cuidou de conferir mecanismos de aferição *in concreto* da representatividade adequada para aqueles casos que, embora não tenham sido propostos sob o regime coletivo, passam a produzir resultados coletivos.

É esse o posicionamento de Marcos de Araújo Cavalcanti, ao frisar a indispensabilidade de se aplicar, também aos precedentes vinculantes, mecanismos de controle *in concreto* de representatividade, sobretudo em favor do interesse dos ausentes[37].

Também se observa que os precedentes têm sido formados a partir de iniciativas do próprio Poder Judiciário, o que, em termos de resultados jurisdicionais, significa indisfarçável agressão a uma impressionante plêiade de princípios e garantias processuais, a começar pela própria inércia da Jurisdição.

Daí porque se faz necessária a revisitação conceitual da representatividade adequada e, mais do que isso, também se mostra necessário o desenvolvimento – e aprimoramento – de mecanismos que possam permitir o seu controle, *in concreto*, especialmente nestas hipóteses, a fim de assegurar, em última análise, a validade dos provimentos de eficácia vinculante oriundos de processos não capitaneados por entes coletivamente legitimados.

Vale lembrar, nesse sentido, que a afirmação segundo a qual o ordenamento brasileiro inadmite o controle *in concreto* da representatividade adequada leva em consideração unicamente o microssistema de ações coletivas, ao qual não se resume o microssistema de tutela

[37] "Destarte, para que a decisão de mérito desfavorável proveniente do IRDR seja aplicada vinculativamente aos processos repetitivos, é preciso que o sistema processual brasileiro assegure o devido processo legal e, por consequência, o princípio do contraditório aos litigantes abrangidos pelo incidente processual coletivo. E a única forma de garantir a observância desses princípios constitucionais é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adoção dessa técnica processual nada mais é do que um método de adaptação do princípio constitucional do contraditório ao devido processo legal social ou coletivo, conforme as lições de Mauro Cappelletti. O NCPC, ao admitir que uma decisão desfavorável tenha eficácia vinculante sobre todos os processos repetitivos, sem qualquer controle acerca da adequação da representatividade, viola o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR" CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 43.

jurisdicional coletiva, a partir de agora também formado pelo microssistema de precedentes vinculantes.

Por outro lado, também é necessário reconhecer que o controle da representatividade adequada, no âmbito das ações coletivas já é admitido em relação à pertinência temática, não apenas em relação às associações, mas também em relação ao próprio Ministério Público e à Defensoria Pública.

Nesse sentido, veja-se que nada obstante tratar-se de entidades inequivocamente dotadas de legitimidade ativa para a condução do processo coletivo, admite-se condicionamentos a essa legitimidade em razão do perfil institucional atribuído a cada uma pela Constituição. Ou seja, embora a lei presuma legitimados os entes elencados no art. 5º da LACP e 82 do CDC, há a necessidade de compatibilização de tal legitimidade com o próprio objeto da pretensão coletiva, a partir do perfil institucional de cada legitimado.

Partindo-se da premissa segundo a qual o microssistema de ações coletivas brasileiro conferiu legitimidade ativa a um rol predeterminado de entidades públicas e privadas para a condução do processo legislativo, presumindo serem representantes adequados para tal mister, impõe-se a determinação da natureza de tal presunção. Nada obstante se trate de um requisito legal de fundo objetivo, tem-se que tal presunção assume conotação relativa, ou seja, admitindo demonstração que a infirme, tendo em vista que o próprio microssistema de ações coletivas emprega mecanismos de *sucessão processual* para os casos de desistência ou abandono da ação coletiva.

Isso significa que a presunção de representatividade adequada decorrente do microssistema de ações coletivas admite prova em contrário[38], de tal modo que para os fins do microssistema de precedentes vinculantes, o mesmo mecanismo há de ser aplicado, sob pena de incorrer-se em sub-representação e, consequentemente, déficit de legitimidade ao próprio precedente.

## CONCLUSÃO

A representatividade de interesses de ausentes encontra-se no cerne da ideia de legitimidade democrática para toda e qualquer instância decisória que, não por acaso, constitui

[38] "Há, todavia, discussão acerca do controle judicial da representação adequada (adequacy of representation) como requisito de admissibilidade da ação coletiva. Predomina o entendimento de que, conquanto a previsão em lei dos requisitos, é possível a aferição ope judicis, na medida em que a presunção da representação adequada é relativa, admitindo, portanto, produção de prova em contrário" NISHI, Luis Fernando. A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Grupo de pesquisa tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf. Acesso em: 15 ago 2020.

também o núcleo do Estado Constitucional sobre o qual o Brasil encontra-se juridicamente assentado. Não é (e não pode ser) diferente no que tange à prestação da tutela jurisdicional.

Esse é o sentido que deve ser atribuído à categoria Estado Democrático de Direito constante no *caput* do art. 1º da CF, e também o sentido que deve ser extraído da formulação segundo a qual *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

O que deve ser reafirmado à guisa de conclusão é a imprescindibilidade de efetiva e concreta participação, inclusive por imposição do princípio do contraditório, como requisito essencial de validade a qualquer decisão à qual se pretenda atribuir juridicidade. Isso significa, em termos de tutela jurisdicional coletiva e precedentes vinculantes, que também no âmbito dos processos modelos ou casos piloto que possuam a aptidão a gerar precedentes vinculantes se deverá observar mecanismos de atribuição e controle da representatividade adequada, sob pena de sub-representação de interesses metaindividuais, em evidente prejuízo aos interesses coletivos.

**REFERÊNCIAS**

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 16 ed. São Paulo: RT, 2013.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. Representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. n. 10, p. 258-274, jun-dez 2012.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). **Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CHAVES, Guilherme Veiga; TESOLIN, Fabiano da Rosa. A necessidade de controle judicial da representação adequada no IRDR. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 325, p. 263-280, mar 2022.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo:** instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos.** 2010. 189 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GÓES, Maurício de Carvalho; HORTA, Denise de Oliveira. Processo coletivo do trabalho e adequada representação: a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores pelos sindicatos. **Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo, n. 216, p. 185-213, mar-abr 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 19-30, jul-set 1986.

GUEDES, Cíntia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 294, p. 297-332, ago 2019.

JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). **Revista de Processo,** São Paulo, n. 287, p. 307-332, jan 2019.

LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orbeg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 206, p. 167-190, abr 2012.

LEMOS, Arthur Lopes; GAMA, Vitor Rodrigues. Democracia contestatória e representatividade adequada nas ações coletivas. *In:* **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, 2017, Vitória, p. 364-377.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 227, p. 209-226, jan 2014.

MARCONDES, Gustavo Viegas. Para além da dicotomia entre representação ou substituição processual: análise dos impactos do julgamento do RE 573.232/SC e RE 612.043/PR para o processo coletivo brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 295, p. 331-350, set 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2018.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *In*: **Direito processual civil:** ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 61, p. 187-200, jan 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. Requisitos legais para associação adquirir legitimidade ativa *ad causam* para propositura da ação coletiva. *In:* **Soluções práticas de Direito**, vol. 5, p. 659-735, set 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal.** 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: Juspodivm, 2016.

NISHI, Luis Fernando. **A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Grupo de pesquisa tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf. Acesso em: 15 ago 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual.** São Paulo: RT, 1971.

OLIVEIRA, Luiz Fernando Silva. **A coletivização das demandas individuais e a atuação dos legitimados para a ação civil pública como *amicus curiae* no julgamento dos recursos repetitivos**. Grupo de pesquisa tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf. Acesso em: 15 ago 2020.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Teoria geral dos casos repetitivos.** Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual.** Volume IV, n. 4, p. 171-198, jul-dez 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 208, p. 125-146, jun 2012.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.

ZUFELATO, Camilo. **Contraditório e vedação às decisões surpresa no processo civil brasileiro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ZUFELATO, Camilo (coord). **Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP**. Ribeirão Preto: E-book, 2019.

Submetido em 26.11.2023 Aceito em 10.04.2026