



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
FACULDADE DE DIREITO

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

PROCESSO COLETIVO PASSIVO
Um estudo sobre a admissibilidade das ações coletivas passivas

Dissertação de Mestrado

BRASÍLIA - DF

2015

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

PROCESSO COLETIVO PASSIVO

Um estudo sobre a admissibilidade das ações coletivas passivas

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FDUNB, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes

**BRASÍLIA - DF
2015**

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

PROCESSO COLETIVO PASSIVO

Um estudo sobre a admissibilidade das ações coletivas passivas

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FDUNB, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Jorge Amaury Nunes Maia
(Orientador) (UNB)

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes
(UNB) Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos
Membro da Banca Examinadora

Brasília-DF, 08 de abril de 2015.

Dedico esse trabalho à Diana, minha princesa.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria sido realizado sem a importante contribuição de algumas pessoas e instituições. Por isso, passo a render justas homenagens.

À Advocacia-Geral da União, na pessoa do colega e amigo, José Roberto da Cunha Peixoto, pela concordância com o meu afastamento temporário para a confecção desta dissertação.

Às bibliotecas do Superior Tribunal de Justiça e da Advocacia-Geral da União, sem as quais não teria conseguido cumprir a minha missão.

A Fredie Didier Jr., pela sugestão do tema e, principalmente, pela referência que representa na minha formação acadêmica.

A Antonio Gidi, expoente maior do estudo do processo coletivo. As conversas e lições compartilhadas me guiaram durante toda a pesquisa.

A Diogo Campos Medina Maia, desbravador dos diversos temas que compõem este trabalho, por ter me recebido para uma agradável e valiosa conversa sobre os mistérios das ações coletivas passivas.

Ao meu querido orientador, Jorge Amaury Nunes Maia, por ter honrado o seu compromisso até o fim.

Ao amigo Francisco Brum, pelos interessantes debates sobre justificação de decisões judiciais.

À minha querida mãe, Rita, pela generosa revisão do texto final.

E à Diana, fonte de incentivo e paciência, sem limites.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo estudar as particularidades do processo coletivo passivo e analisar o cabimento das ações coletivas passivas no Brasil. A partir do viés passivo da tutela coletiva, reexaminados marcos históricos das ações coletivas. Com atenção às situações coletivas passivas, identificou-se os fundamentos e as características da coletividade-ré. Sem desprezar a abordagem *de lege ferenda* do tema, analisou-se casos variados em que a jurisprudência brasileira já admite o processamento de ações coletivas passivas. Demonstrou-se que, em que pese a ausência de previsão legal específica do instituto e a divergência doutrinária sobre a matéria, o Judiciário brasileiro está autorizado a apreciar demandas coletivas passivas. Seja em razão do princípio da inafastabilidade, seja pela garantia do devido processo legal, há respaldo na Constituição Federal para que grupos, assim considerados, sejam processados. A admissibilidade do processo coletivo passivo depende da estruturação de aspectos procedimentais que permitam o correto processamento das ações coletivas passivas. A legitimidade coletiva passiva deverá ser aferida a partir do controle judicial da representatividade adequada. A coisa julgada coletiva passiva deve ser simples e ampla, abrangendo todos os membros da coletividade, inclusive os que não participaram do processo.

Palavras-Chave: Processo coletivo passivo. Ações coletivas passivas. Legitimidade coletiva passiva. Representatividade adequada. Coisa julgada coletiva passiva.

ABSTRACT

This work aimed to study the particularities of defendant class litigation and analyze the admissibility of the defendant class actions in Brazil. From the defendant class point of view, re-examines the historical landmarks of class actions. With attention to defendant class situations, we identified the reasons and the characteristics of the defendant group. Without neglecting the *lege ferend a* approach of the theme, analyzed various cases where the Brazilian jurisprudence already allows the processing of defendant class actions. It was demonstrated that, despite the absence of specific legal provisions of the institute and the doctrinal disagreement on the matter, the Brazilian Judicial Power is authorized to assess defendant class demands. Either because of the principle of access to justice, or because of the due process of law, there is support in the Constitution for groups, considered as such, be sued. The admissibility of defendant class litigation depends on the structuring of procedural aspects to enable the correct processing of defendant class actions. The defendant class representative must be chosen through judicial control of adequacy of representation. The binding effect of the defendant class action must be simple and extensive, covering all members of the group, including the absent parties.

KEY-WORDS: Defendant class litigation. Defendant class actions. Defendant class representative. Adequacy of representation. Binding effect.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ORIGENS E FUNDAMENTOS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	13
2.1	As <i>actionis popularis</i> romanas	14
2.2	O período medieval europeu e o <i>bill of peace</i> inglês	17
2.3	O século XX e a proteção de direitos coletivos	23
2.4	A experiência das <i>class actions</i> nos EUA	26
2.4.1	O desenvolvimento histórico das <i>class actions</i>	26
2.4.2	As <i>defendant class actions</i> e a assimetria do ordenamento jurídico norte-americano	32
2.5	Fundamentos teóricos das ações coletivas passivas	36
2.5.1	Fundamentos clássicos: acesso à justiça, economia processual e efetividade do direito material	36
2.5.2	Situações coletivas passivas e aspectos gerais do processo coletivo passivo	41
2.6	Classificação	45
2.7	Principiologia aplicada às ações coletivas passivas: uma tensão permanente entre os princípios da inafastabilidade e do devido processo legal	46
2.8	Colisão entre princípios e justificação de decisões judiciais	53
3	AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL	57
3.1	Ações coletivas passivas: uma discussão de <i>lege lata</i> ou de <i>lege ferenda</i> ?	57
3.2	Posições desfavoráveis à admissibilidade de <i>lege lata</i> das ações coletivas passivas e principais obstáculos apontados	70
3.3	Posições favoráveis à admissibilidade de <i>lege lata</i> das ações coletivas passivas	73
3.4	A admissibilidade de <i>lege lata</i> das ações coletivas passivas	76
4	PRINCIPAIS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	85
4.1	A legitimidade coletiva passiva	85
4.1.1	Legitimidade e vinculação das decisões judiciais	85
4.1.2	Natureza jurídica da legitimidade coletiva passiva	88

4.1.3	Legitimidade coletiva passiva e o controle judicial da representação adequada	93
4.1.4	Características da coletividade-ré.....	101
4.1.5	Os representantes da coletividade-ré	103
4.1.5.1	<i>Entidades privadas de representação de interesses</i>	103
4.1.5.2	<i>Membros do grupo</i>	105
4.1.5.3	<i>Autores de ações coletivas ativas originárias</i>	106
4.1.6	Propostas dos anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos	107
4.2	A coisa julgada coletiva passiva	109
4.2.1	Premissas do regime jurídico da coisa julgada coletiva ativa	109
4.2.2	Premissas do regime jurídico da coisa julgada coletiva passiva.....	110
4.2.3	A impertinência da inversão do sistema da coisa julgada coletiva ativa	112
4.2.4	Uma proposta de <i>lege lata</i> para um regime da coisa julgada coletiva passiva... ..	116
4.2.5	Liquidação, execução e rediscussão da coisa julgada	121
4.2.6	Propostas dos Códigos de Processos Coletivos para a coisa julgada coletiva passiva	125
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
	REFERÊNCIAS.....	133

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa sobre temas pouco abordados pela comunidade jurídica revela-se um desafio peculiar. Escrever sobre fenômenos da ciência jurídica que não recebem a devida atenção, sem dúvida, é resultado de uma escolha difícil. O presente trabalho, ao se propor a estudar o processo coletivo passivo, envereda por esse tortuoso caminho.

A tutela coletiva brasileira é objeto de estudos e debates há muitas décadas. A produção acadêmica sobre as nuances da proteção de direitos coletivos é extremamente farta. Não é por acaso que nosso ordenamento jurídico se tornou referência mundial de excelência no tratamento legislativo do processo coletivo.

No entanto, em que pese o primor do desenvolvimento dogmático da tutela coletiva nacional, constata-se que o tema das ações coletivas passivas acabou negligenciado. Isso se deu, especialmente, em razão da estruturação de um modelo processual voltado à proteção das coletividades e de seus respectivos membros. A responsabilização coletiva de grupos, objeto inerente do estudo completo do processo coletivo, recebeu pouca ou nenhuma atenção dos especialistas.

Fatores como o viés humanista da reconstrução dos ordenamentos jurídicos pós-Segunda Guerra Mundial, e o ambiente de redemocratização vivido pelo Brasil a partir da década de 80, contribuíram para que o estudo da tutela coletiva desprezasse a visão, segundo a qual a coletividade também pode ser titular de deveres.

O reexame acurado da história demonstra que, independentemente da criação de categorias jurídicas destinadas ao processamento de demandas coletivas passivas, a jurisdição é sempre instada a oferecer respostas aos ilícitos praticados por grupos.

O problema central da presente pesquisa é justamente o exame desse fenômeno pouco cuidado pelo estudo da tutela coletiva. Como tratar, processualmente, situações em que a coletividade figura como ré em uma relação jurídica judicializada? A ausência de previsão legal específica das ações coletivas passivas inviabiliza a admissibilidade desse tipo de demanda no ordenamento jurídico brasileiro? Essas e outras perguntas afins fazem parte do objeto desta investigação.

Diferentemente de alguns estudos que se concentraram na análise de soluções *de lege ferenda* para o tema, preferimos trilhar outro caminho. O foco deste trabalho é a estruturação de ferramentas teóricas capazes de conferir maior segurança e efetividade à operacionalização atual do processo coletivo passivo.

Nesse sentido, almejamos contribuir para a sedimentação de pilares procedimentais compatíveis com a essência das ações coletivas passivas, qual seja, a expectativa processualmente legítima de causar prejuízos a uma coletividade.

Para cumprir essa tarefa, por meio de uma metodologia amparada na análise crítica de posições doutrinárias e jurisprudenciais, o trabalho é dividido em cinco capítulos, sendo um deles a presente introdução. O desenvolvimento das seções obedece uma disposição baseada no desenvolvimento lógico do estudo sobre a (in)admissibilidade, *de lege lata*, das ações coletivas passivas no Brasil.

O segundo capítulo abre o trabalho com uma releitura histórica da tutela coletiva no mundo, com especial ênfase às experiências de responsabilização judicial de grupos. O ordenamento jurídico norte-americano recebe atenção diferenciada devido à previsão das *defendant class actions*.

Analisa-se, tanto os fundamentos clássicos das ações coletivas passivas, como o seu peculiar fator preponderante: o reconhecimento das *situações coletivas passivas*. Em seguida, identificamos o embate principiológico que acompanha toda a organização do processo coletivo passivo, destacando a importância da justificação ostensiva das escolhas judiciais.

O terceiro capítulo está focado no exame das ações coletivas passivas no Brasil. Primeiramente, situamos a discussão entre a necessidade de tratamento legislativo (*de lege ferenda*), e a sistematização do que já é praticado em diversos casos pela jurisprudência brasileira (*de lege lata*). Após relacionar as posições doutrinárias contrárias e favoráveis à admissibilidade das ações coletivas passivas, apresentamos nossa posição sobre esse problema.

O quarto capítulo tem como missão apresentar sustentação teórica para o procedimento, *de lege lata*, das ações coletivas passivas. Uma vez reconhecida a admissibilidade do instituto, enfrentamos o impasse relacionado ao desenvolvimento dos seus principais aspectos procedimentais.

A legitimidade coletiva passiva é examinada a partir da constatação da ausência de previsão legal da representação passiva de grupos. Analisa-se a relação existente entre o controle judicial da representatividade adequada e a presença efetiva da coletividade em juízo. Logo após, abordamos a natureza jurídica da legitimidade coletiva passiva, alguns exemplos de representantes passivos e as principais propostas legislativas para a legitimação coletiva passiva.

Ainda no terceiro capítulo, outro aspecto procedimental importante é abordado: a coisa julgada coletiva passiva. Através de uma ampla análise das premissas e características do sistema de coisa julgada coletiva adotado pelo legislador brasileiro, procura-se identificar uma proposta coerente de vinculação dos membros do grupo-réu. Examina-se a viabilidade de inversão das regras tradicionais do processo coletivo ativo como solução para as ações coletivas passivas. Em continuidade, apresentamos a nossa proposta para um regime atual de coisa julgada coletiva passiva.

Ao final, tratamos de alguns aspectos atinentes à liquidação, execução e rediscussão da coisa julgada nos processos coletivos passivos, além das principais propostas legislativas para a disciplina da coisa julgada em ações coletivas passivas.

É importante destacar que este estudo procura sair da zona de conforto da tradicional abordagem da tutela coletiva. Respeitando a experiência construída ao longo de anos no manejo de processos coletivos, propomos algumas reflexões para contribuir com o avanço contínuo e equilibrado do Direito Processual Coletivo brasileiro.

2 ORIGENS E FUNDAMENTOS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

O fenômeno das ações coletivas não é recente. Ao longo de mais de oito séculos, com diferente intensidade, é possível observar a judicialização de conflitos envolvendo interesses de grupos.

A partir da noção de que o Direito é um fenômeno cultural marcado pela contextualização histórica das relações sociais vigentes¹, consideramos adequado começar a presente pesquisa com o estudo das origens históricas das ações coletivas passivas.

Não seria prudente separar o desenvolvimento histórico das ações coletivas passivas da evolução geral do fenômeno da tutela coletiva. Considerando que o objeto do presente estudo insere-se na teoria geral do direito processual coletivo, o mencionado recorte correria riscos de comprometer o entendimento do instituto.

Salientamos, no entanto, que o presente capítulo não se destina à revisão exaustiva da linha evolutiva das ações coletivas². Em busca de elementos teóricos importantes para a compreensão das ações coletivas passivas, analisaremos, sob uma abordagem pontual, os principais marcos históricos tradicionalmente conhecidos.

Dentre os mais relevantes, parte significativa dos estudos especializados destacam os seguintes: i) a prática das *actionis popularis* romanas; ii) o surgimento das ações coletivas na Europa medieval e o *bill of peace* inglês; iii) o século XX; iv) e as *class actions* norte-americanas.

¹ Nesse sentido J. J. Calmon de Passos destaca que “Se nada é para sempre, impossível pensar o Direito sem referi-lo ao momento histórico em que é pensado e ao modo de institucionalização do poder político nesse mesmo tempo. Enfim, se nenhum saber tem legitimidade caso não seja útil para os homens, inadmissível pensar o Direito sem procurarmos identificar sua adequação quando aplicado à realidade social que procurar ordenar.” (PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo, reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: JusPodivm, 2013, p.37).

² Alguns autores fazem esse abrangente esforço com competência: GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; LEAL, Marcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998; MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Saraiva, 2002; YAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987.

As próximas páginas abordarão as origens das ações coletivas passivas a partir da cronologia acima mencionada.

2.1 As *actionis popularis* romanas

O direito praticado na Roma antiga é a referência mais remota que se tem das ações coletivas³. Muito embora parte da doutrina especializada despreze a experiência romana das *actionis popularis*⁴, é no Direito Romano que se observa os primeiros registros históricos sobre o tema. No que tange às ações coletivas passivas, essa experiência tem significativa importância.

A defesa de direitos comunitários pertencentes a toda sociedade podia ser exercida, individualmente, por cidadãos romanos⁵. Por meio das chamadas *actionis popularis*, o cidadão romano podia pleitear em juízo a defesa de direitos cuja titularidade pertencia à toda comunidade. Um dos principais fatores que contribuíram para o desenvolvimento natural da defesa de bens públicos por cidadãos romanos foi a inexistência, à época, da noção de Estado autônomo.⁶

Carlos Fadda⁷ destaca que existiam diversos tipos de ações populares em Roma, algumas, inclusive, com natureza penal. Diferentemente do que conhecemos

³ “Não há como falar sobre a origem remota do direito processual coletivo partindo-se da mesma concepção em que esse ramo do direito processual neste trabalho. O que se observa é que já existia, desde o Direito Romano, a ação popular para tutelar interesses comunitários, ou até mesmo direito exclusivamente privado próprio ou de terceiro.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38). No mesmo sentido, NERY JR. Nelson. **A ação civil pública no processo do trabalho**. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 557-558.

⁴ André Vasconcelos Roque afirma que “A existência das *actionis popularis* é praticamente ignorada pela doutrina americana, tendo desaparecido até mesmo dos manuais de direito romano.” (ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions, ações coletivas nos Estados Unidos**: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 26-27). Aloísio Gonçalves de Castro Mendes não menciona o Direito Romano como um marco histórico importante para o desenvolvimento do Direito Processual Coletivo, (MENDES, *op. cit.*, 2002, p. 41).

⁵ No entanto, vale frisar que o conceito de cidadão em Roma era consideravelmente limitado, já que mulheres, escravos e menores não eram incluídos no rol de cidadãos (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.45).

⁶ “O surgimento das *actionis popularis* em um sistema essencialmente individualista pode ser facilmente explicado pelo fato de a noção de Estado ainda não estar bem definida naquele momento histórico. Não se havia concebido até então o Estado como uma entidade autônoma, de sorte que os bens públicos pertenciam a cada um dos cidadãos romanos em uma espécie de comunhão indivisível. Estado e povo são conceitos equivalentes, pelo menos até a fase do Império Romano (por volta do século I a.c.)” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, pp. 27-28).

⁷ No início de seu livro sobre as ações populares romanas, o professor italiano destaca que “A *porre una base sicura per una trattazione relativa alle azioni popolari romane mi sembra oportuno premettere un’enumerazione delle varie azioni spettanti a qualunque cittadino, fatta naturalmente astrazione dall’acusa criminale popolare. Le classificazioni potrebbero essere diverse, potendosi prenderle mosse o dalla norma giuridica, su cui l’azione si fonda (azioni legali-azioni pretorie), o*

como ação popular no Brasil, o instituto romano configurava-se não como um procedimento especial, mas sim como um conjunto de interditos capazes de tutelar variados tipos de direitos materiais coletivos⁸. A título de exemplo, o Digesto Justiniano 47, 23, 1 previa ações para tutelar, dentre outras situações, a de quem atirasse objetos de sua casa em via pública (ação de *effusis et deiectis*) ou mesmo para evitar que animais perigosos fossem levados a lugares de uso comum (ação de *bestiis*).⁹

Em que pese as *actionis popularis* romanas se caracterizassem pela defesa ativa da coletividade através da propositura de ações pelo cidadão, como dito no início, o instituto tem importância para o estudo das ações coletivas passivas.

A coisa julgada formada nesse tipo de ação vinculava todo o grupo de cidadãos romanos, e não apenas o autor da demanda. Outro autor não poderia propor nova ação para discutir o mesmo objeto já definido previamente. Carlo Fadda ressalta que havendo decisão condenatória ou absolutória, não seria possível repropor a mesma ação contra a mesma pessoa em razão do mesmo fato¹⁰. Havia, por assim dizer, uma semente¹¹ do que hoje se entende como coisa julgada coletiva para todos, independentemente do resultado da demanda (*erga omnes e pro et contra*).

Nesse sentido, Antonio Gidi, comentando a crescente aceitação da coisa julgada pró e contra entre os estudiosos do Direito Processual Coletivo, destaca que “[...]essa evolução também representa um retorno ao passado, pois a regra da coisa julgada *pro et contra* era utilizada nas ações populares do direito romano”.¹²

Outro ponto importante a ser destacado, se refere ao interessante fato de que quando dois cidadãos propunham diferentes ações para tutelar a mesma situação coletiva, a preferência para a apreciação do litígio era verificada a partir das particularidades de cada autor. Era verificado, no caso concreto, quem tinha melhores

dalla diversa natura del mezzo giuridico fatto valere (azioni-interdetti), o dal soggetto cui e intestata la condanna, o dalla appartenenza dela somma portata dalla condanna stessa.” (FADDA, Carlo. **L'azione popolare**. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972, p. 1).

⁸ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 27.

⁹ Para analisar esses e outros exemplos ver ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 28.

¹⁰ FADDA, *op. cit.*, 1972, p. 117. Também identificando a ampla vinculação da coisa julgada das ações populares romanas, SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil Romano: ejercicio y defensa de los derechos**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954, pp. 478-479.

¹¹ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 30.

¹² GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2008, p. 294.

condições morais de conduzir o processo, assim como o interesse pessoal no julgamento da demanda. André Vasconcelos Roque, comentando essa prática romana, afirma que “[...] em termos bastante rudimentares, havia no direito romano uma norma relacionada com a representatividade adequada”.¹³

É bem verdade que a queda do Império Romano acarretou quase no desaparecimento das *actionis popularis*, fato este que comprometeu a continuidade evolutiva do instituto.¹⁴

Para fins da presente pesquisa, é necessário frisar que, mesmo de forma rudimentar, dois dos elementos teóricos mais importantes para a viabilização das ações coletivas passivas, quais sejam, a coisa julgada para todos e o controle judicial da representatividade adequada, foram originalmente praticados em um sistema jurídico de *civil law*.

Com isso, pode-se dizer que, historicamente, não há incompatibilidade ontológica entre os referidos mecanismos processuais e a essência de sistemas jurídicos derivados do Direito Romano¹⁵. Como se verá, essa noção preliminar é importante para a compreensão das nuances relacionadas às ações coletivas passivas.

Entretanto, no período ora abordado, não se observa a existência de ações coletivas passivas. Como já dito, o cidadão romano defendia, ativamente, os direitos da comunidade.

¹³ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 29. Essa circunstância foi percebida anteriormente por Antonio Gidi (GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 90-91), que faz referência as antigas lições de Vittorio Scialoja (SCIALOJA, *op. cit.*, 1954, p. 479).

¹⁴ A maioria da doutrina sustenta que as *actionis popularis* não resistiram à idade média. Rodolfo de Camargo Mancuso aponta o fato de inexistir em Roma a ideia de Estado bem delimitada e a ausência do Direito Processual como ciência autônoma, como fatores preponderantes para a falência evolutiva das ações populares romanas (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular – proteção ao erário, do patrimônio público da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp.47-49). No entanto, André Vasconcelos Roque pondera que muito embora as *actionis popularis* tenham entrado em declínio, não desapareceram completamente: “Sem embargo, ao contrário do que sustentam alguns autores, não é correta a afirmação de que não teriam existido ações coletivas na Idade Média. As ações populares romanas realmente entraram em declínio. Nada obstante, a tutela coletiva também pode ser encontrada durante este período histórico, ainda que de forma não dogmatizada, nem institucionalizada. A desintegração da escravidão romana e o advento do feudalismo, um modo de produção baseado nas relações entre servos e senhores de terras que somente se consolidaria no século IX, criaram as condições para o desenvolvimento das ações coletivas na Idade Média, sobretudo a partir do século XII.” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, pp.30-31).

¹⁵ GIDI, *op. cit.*, 2008, pp. 90-91.

Os primeiros registros de ações coletivas passivas que se tem notícia se referem ao período medieval europeu, notadamente na Inglaterra.

2.2 O período medieval europeu e o *bill of peace* inglês

Principalmente a partir do século XII, após o declínio do Império Romano e das *actionis popularis*, houve um deslocamento do protagonismo das ações coletivas para a Inglaterra. A ascensão do feudalismo e a organização da sociedade europeia em pequenas coletividades marcaram o desenvolvimento das ações coletivas a partir do período medievo.¹⁶

A partir da origem remota das ações coletivas (Direito Romano), há certa divergência acerca de quais seriam as primeiras experiências históricas de tutela coletiva efetivamente relevantes. Enquanto alguns autores identificam as ações medievais observadas a partir do século XII como berço das modernas ações coletivas¹⁷, outros apontam as práticas derivadas do *bill of peace* (século XVII) como principal antecedente histórico.¹⁸

Levando-se em conta um ou outro marco histórico, veremos a seguir, que o surgimento das ações coletivas passivas se confunde com o próprio desenvolvimento das ações coletivas na Inglaterra.

Stephen Yazell, autor do livro *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, referência bibliográfica na pesquisa da evolução das ações coletivas, cita como primeiro registro histórico desse fenômeno o ano de 1199¹⁹ (período medieval).

¹⁶ André Vasconcelos Roque destaca que “Na idade Média, todavia, encontra-se uma sociedade organizada em torno de pequenas coletividades. Na Inglaterra do século XII, pouco após a conquista normanda, a maioria das pessoas estava trabalhando na agricultura. Os vilarejos (*villages*) eram predominantemente compostos de servos vinculados entre si por um conjunto de obrigações e privilégios com os senhores feudais. [...] Nesse contexto, podem ser facilmente compreendidas as primeiras ações coletivas que se tem notícia da Inglaterra medieval.” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, pp. 31-34).

¹⁷ YAZELL, *op. cit.*, 1987. Antonio Gidi reforça que “[...] é historicamente impreciso traçar as raízes das modernas *class actions* apenas às *bill of peace* das *court of chancery* da *equity*, como faz a maioria dos autores. Uma forma primitiva de ações de grupo já existia muitos séculos antes, podendo ser encontradas na Inglaterra medieval do século XII, onde alguns grupos sociais litigavam em juízo representados pelos seus líderes.” (GIDI, *op. cit.*, 2007, p. 42).

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. “**Class Action**” e Mandado de Segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

¹⁹ YAZELL, *op. cit.*, 1987, p. 39.

Um conflito na Corte Eclesiástica de Canteburry, na Inglaterra Medieval, envolvendo o Pároco Martin, de Barkway, em face dos paroquianos de Nuthampstead, é o registro comumente identificado como a origem das ações coletivas²⁰. A demanda envolvia a discussão do pretense direito do autor a algumas oferendas religiosas, e a necessidade de se garantir serviços religiosos diários à população local.²¹

Outro exemplo destacado por Yeazell remonta ao século XIII, quando três aldeões propuseram uma ação em nome de toda a comunidade de Helpingham em face dos povoados de Donnington e Bykere, representados por apenas alguns moradores. A demanda tratava da obrigação dos povoados demandados de prover a reparação dos diques locais.

Por fim, vale citar o caso de ação proposta por Emery Gegge e Robert Wawayn em seu benefício e dos demais “pobres burgueses de Scarborough” contra Roger atte Cross, John Hugh’s son, Warin Draper e os “demais burgueses ricos da cidade”, por volta do século XIV.²²

Como é possível constatar nos primeiros exemplos de ações coletivas, no polo passivo das demandas, está presente uma coletividade. Seja no caso da ação proposta contra os “paroquianos de Nuthampstead”, ou contra “os povoados de Donnington e Bykere” ou contra “os burgueses ricos de Scarborough”, uma coletividade, representada por alguns, era instada a adimplir uma determinada obrigação²³. Assim, desde o nascedouro das ações coletivas, a tentativa de

²⁰ Edward Peters, revisando a obra clássica de Stephen Yazell, identifica outra demanda como sendo o registro mais remoto de ação coletiva medieval. Vinte anos antes do litígio entre o Pároco Martin e os paroquianos de Nuthampstead, os aldeões da vila de Rosnysous-Bois reivindicavam aos seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, o fim da condição de servos (PETERS, Edward, *The American Journal of legal history*. V. XXXIV, 1990/429, *Apud*, LEAL, *op. cit.*, 1998, pp. 21-22). André Vasconcelos Roque pondera que “[...] a organização da sociedade medieval em pequenos grupos mais ou menos coesos não aconteceu exclusivamente na Inglaterra. O fenômeno também ocorreu na Europa continental, de sorte que seria equivocado afirmar que os casos narrados por Steaphen C. Yazzel foram as primeiras ações coletivas típicas da Idade Média.” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, nota de rodapé, p. 34). Antonio Gidi, destacando que as ações coletivas existem muito antes do período medieval, cita exemplos datados do século IX de procedimentos eclesiásticos de natureza criminal contra grupos de insetos, roedores e outros animais (GIDI, *op. cit.*, 2007, p. 43).

²¹ YAZELL, *op. cit.*, 1987, p. 38.

²² Todos esses exemplos também são citados por Aluísio Mendes (MENDES, *op. cit.*, 2002, p. 44) e por André Vasconcelos Roque (ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 34).

²³ Nesse sentido: “Em alguns casos, as ações coletivas nada mais representavam que um instrumento através do qual as obrigações eram impostas à coletividade. O litígio ocorrido entre o pároco Martin e os paroquianos de Nuthamstead em 1199 constitui um excelente exemplo disso. Ao contrário do que se observa nos dias atuais, as ações coletivas passivas (ou seja, ações propostas contra um grupo) eram relativamente comuns naquele tempo.” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 35).

responsabilizar coletividades dividia espaço com a necessidade de proteção ativa de direitos coletivos.

As ações medievais se inseriam em um contexto social marcado pela homogeneidade da sociedade. Os grupos eram formados por uma concepção homogênea e estratificada da população. A noção de indivíduo independente da comunidade era desconhecida²⁴. A pessoa se confundia com o próprio estrato social do qual fazia parte²⁵. O direito de um era o direito de todos.

Além disso, o direito costumeiro inglês²⁶ e a separação feudal dos núcleos sociais tornavam o ambiente ainda mais propício para a natural defesa de direitos coletivos por representantes do segmento social.

As consequências desse contexto refletiam diretamente sobre as ações coletivas propostas à época. Como a representação da coletividade se dava sem questionamentos, de forma natural, as discussões recaiam essencialmente sobre o mérito do litígio²⁷. Não se discutia sobre se determinado indivíduo podia (ou não) representar a coletividade que integrava. A própria extensão da coisa julgada aos membros ausentes do grupo não era questionada nos processos coletivos.²⁸

Destarte, tendo em vista que os dois principais aspectos teóricos das ações coletivas (legitimidade coletiva e coisa julgada) não eram problematizados no período medieval, essa época acabou por se tornar um ambiente fértil para o desenvolvimento prático desse tipo de demanda. Todavia, como se verá mais a frente, o

²⁴ Essa noção só vai se desenvolver, com maior consistência, a partir das revoluções individualistas do período moderno (século XV).

²⁵ Essa circunstância é percebida por Márcio Flávio Mafra Leal: “Na ação coletiva medieval, não se questionava a representação de direitos alheios, vez que o direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma coletividade.” (LEAL, *op. cit.*, 1998, pp. 24-25).

²⁶ “Registre-se, ainda, que o papel do costume do direito inglês, no período medieval, era ainda mais acentuado e fundamental para o sistema jurídico. Portanto, a possibilidade de um povoado ter os seus interesses defendidos por três ou quatro pessoas, independentemente da existência de procurações ou autorizações específicas para tanto era vista como permitida pelo direito e costumes para da época, na medida em que passou a representar uma prática constante e reiterada.” (MENDES, *op. cit.*, 2002, p.45).

²⁷ LEAL, *op. cit.*, 1998, p. 27.

²⁸ “[...] não se encontra, até o século XV, qualquer debate em torno da legitimação de alguns para defender o direito das coletividades envolvidas, dos efeitos da coisa julgada ou de outras questões processuais.” (MENDES, *op. cit.*, 2002, p.44).

reconhecimento do período medieval como marco inicial das ações coletivas não é unânime.

Após mudanças sociais profundas ocorridas a partir dos séculos XV e XVI, a conformação da sociedade europeia foi alterando-se progressivamente. Dentre outros fatores de mudança, destacam-se os seguintes: decadência do modelo econômico feudal; fortalecimento das relações comerciais; ascensão do capitalismo; revolução francesa; surgimento dos ideais iluministas; revolução industrial²⁹; deslocamento significativo da população para os centros urbanos.

Na Inglaterra, especificamente, as mudanças também se fizeram presentes. O fortalecimento do Estado inglês, a reforma Anglicana e, principalmente, a revolução industrial, deram ensejo à formação e à consolidação de uma sociedade cada vez mais individualista.³⁰

A valorização do ser humano como indivíduo autônomo em relação à sua comunidade representou uma mudança de paradigma em relação à homogeneidade social característica do período medieval. A emancipação do indivíduo idealizada por ideais iluministas passou a se contrapor ao consenso natural então vigente de representação da coletividade por um ou mais membros. Nesse contexto, “[...] os litígios de grupo passaram a ser considerados exceção. A sociedade não estava mais coletivamente organizada em pequenos grupos coesos”.³¹

O século XVIII foi marcado pela mudança entre a representação coletiva “naturalmente aceita”, para a condição de exceção submetida à necessária justificação³². Havia uma nítida vontade de limitar a litigância promovida por grupos.

²⁹ Diogo Campos Medina Maia faz uma interessante análise do ressurgimento das ações coletivas após as mudanças individualistas do século XV, sobretudo após a revolução industrial. O autor frisa a importância do surgimento da classe trabalhadora para o desenvolvimento das ações coletivas (ativas e passivas) e da consequente consciência subjetiva dos fatores que uniam os trabalhadores (MAIA, *op. cit.*, 2009, pp. 18-20).

³⁰ ROQUE, *op. cit.*, 2013, pp. 36-40. O autor faz um histórico minucioso sobre as transformações sociais ocorridas na Inglaterra a partir do século XV.

³¹ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 37. Acrescenta o autor: “Quando os litígios de grupo começaram a ser apreciados pela corte de Chancelaria no século XVII, esse tipo de conflito já não era mais encarado de forma natural, até porque havia desaparecido o denominador comum da fase medieval, que era a existência de uma pequena coletividade coesa. Na Idade Moderna, o desenvolvimento do comércio e, posteriormente, da indústria, daria origem a novos grupos, muito menos coesos e organizados. Surgem, assim, as primeiras objeções aos litígios coletivos induzindo alguns autores a sustentar que ações dessa natureza teriam aparecido no cenário jurídico apenas no século XVII”. (Ibidem, p. 38).

³² Um aspecto importante a ser destacado sobre a época em comento, se refere à restrição da legitimação para ser parte às pessoas físicas e corporações que gradativamente foram sendo

Houve uma transformação entre homogeneidade medieval para a representação de interesses de grupos em torno de circunstâncias comuns (fáticas ou jurídicas).³³

Nesse passo, a própria construção da ciência processual se deu sob o viés individualista que protagonizava o século então vigente³⁴. O direito de ação passou a se identificar com um direito individual de acessar as cortes judiciais, com rigidez similar a um verdadeiro direito de propriedade.

Foi assim, com o desenvolvimento individualista da sociedade inglesa dos séculos XVII e XVIII, em meio ao arrefecimento das ações coletivas e de questionamentos acerca da possibilidade de representação de direitos coletivos, que o período moderno foi marcado por objeções aos litígios de grupo.

Com efeito, mesmo em meio a um ambiente “desconfiado” em relação à tutela coletiva, eis que surge um instrumento processual considerado como a verdadeira semente das ações coletivas atuais: o *bill of peace*.

O instituto, em breve síntese, configurava-se como uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual que tivesse potencial de gerar um litisconsórcio numeroso, permitindo-se que a decisão da corte atingisse todos que estivessem envolvidos no litígio³⁵. Tal procedimento evitava a multiplicação de processos e garantia uniformidade às decisões.

Os tribunais de equidade na Inglaterra (*courts of equity ou courts of chancery*³⁶), com o intuito de evitar inconvenientes práticos relacionados à necessidade de intervenção de todos os interessados no julgamento de uma lide que discutisse direitos “coletivos”, criaram o *bill of peace*, passando a aceitar as ações

consideradas as únicas entidades capazes de representar em juízo. Ao mesmo tempo, criou-se uma verdadeira teoria das corporações voltada à disciplina das relações entre os membros de um grupo determinado de pessoas. Para mais detalhes, ver LEAL, *op. cit.*, 1998, pp. 27-33.

³³ Ibidem, p. 31.

³⁴ “Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método. Essa postura autonomista transpareceu, ainda a partir do século passado, nas investigações em torno do conceito da ação, permitindo chegar até a afirmação de seu caráter abstrato, o que constituiu o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 19-20).

³⁵ LEAL, *op. cit.*, 1998, pp. 22-23.

³⁶ A Jurisdição inglesa até 1873, era dividida entre jurisdição de direito (*law jurisdiction*) e jurisdição de equidade (*equity jurisdiction*).

representativas³⁷. Tal criação revelou-se como uma solução pragmática para problemas práticos atinentes à condução de ações com grande número de pessoas interessadas.

O instituto inglês, diferentemente das ações medievais, gozava de um maior requinte na teorização de seus principais requisitos de processamento. Para que a ação representativa fosse cabível, era necessário: que o grupo representado fosse numeroso; a existência de interesses comuns; e que houvesse atuação adequada do representante dos membros ausentes³⁸. Presentes esses requisitos, todo o grupo ficaria vinculado à coisa julgada.

Independentemente do marco histórico considerado, seja nas ações medievais ou nas demandas derivadas do *bill of peace*, a tentativa de responsabilização de grupos sempre fez parte da concepção das demandas coletivas.

A título de exemplo, assim como no período medieval, um dos primeiros casos conhecidos de demanda derivada do *bill of peace* tratava de uma ação coletiva tipicamente passiva. O litígio *Brown v. Vermuden* tinha como objeto a afirmação do direito ao dízimo sobre a exploração de minas em face de uma coletividade.³⁹

Mesmo considerando a homogeneidade social vigente no período medievo e o caráter pragmático, quase acidental, do *bill of peace*, é possível concluir que a representação de interesses de grupos no polo passivo de demandas e a extensão dos efeitos da coisa julgada a quem não participou do processo, são fenômenos inerentes às ações coletivas. Não derivam de artificialismos teóricos.

Dessa forma, desde já, temos que, em sua essência, as ações coletivas passivas não se apresentam como uma invenção ardilosa destinada ao controle das massas. Ao invés, representam, desde sua origem, um fenômeno natural de viabilização prática do gozo de direitos lesionados por grupos.

³⁷ Antonio Gidi explica de forma minuciosa o processo de criação do *bill of peace*, sendo pertinente transcrever passagem em que o autor identifica o caráter quase acidental do instituto: “Segundo a maioria dos doutrinadores, o desenvolvimento do *bill of peace* inglês gerou as modernas *class actions*. Assim, de uma maneira inteiramente fortuita, apenas para contornar uma tecnicidade processual, que aliás já não mais existe, os tribunais criaram um poderoso instrumento para a tutela coletiva dos direitos. É por esse motivo que se diz que as ações coletivas são uma criação da equidade.” (GIDI, *op. cit.*, 2007, pp. 40-42).

³⁸ *Ibidem*, p. 42.

³⁹ YAZELL, *op. cit.*, 1987, p. 133.

2.3 O século XX e a proteção de direitos coletivos

O século XX representa um período histórico fundamental para a formação das balizas ideológicas do Direito contemporâneo. Em relação às ações coletivas passivas, esse marco fornece algumas justificativas para o escasso desenvolvimento do instituto quando comparado à tutela ativa dos direitos coletivos.

O panorama histórico do séc. XX é marcado pelas atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial. O mundo nunca mais foi o mesmo após a violência decorrente do nacionalismo radical. Ao fim dos conflitos, a sociedade precisava de uma ordem jurídica que garantisse um arcabouço mínimo e intransponível de direitos.

Foi então que a Europa Ocidental⁴⁰ desencadeou alterações normativas marcantes que logo se expandiram para outras regiões do mundo. Tais mudanças são comumente identificadas com o redimensionamento teórico denominado por neoconstitucionalismo⁴¹. Em apertada síntese, esse “novo” paradigma teórico, de acordo com Daniel Sarmiento⁴², envolve os seguintes fenômenos:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

⁴⁰ Notadamente a Alemanha (Lei Fundamental de Bonn de 1949), Itália (Constituição de 1947), Portugal (Constituição de 1976) e Espanha (Constituição de 1978).

⁴¹ Lenio Streck critica a denominação “neoconstitucionalismo”, preferindo fazer referência a esse redimensionamento teórico como “Constitucionalismo Contemporâneo”. A crítica se dá, dentre outras razões, por não representar, propriamente, um constitucionalismo novo: “Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleojuspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência de Valores.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36).

⁴² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://minhateca.com.br/mirnamartins9/Pen+Drive/Daniel+Sarmiento/O+Neoconstitucionalismo+no+Brasil+riscos+e+possibilidades,74982727.pdf>>. Acesso em: 31. dez. 14, p. 1.

De uma forma geral, amparado em referenciais teóricos por vezes contraditórios⁴³, o denominado neoconstitucionalismo é definido por uma essencial preocupação essencial em proteger e efetivar direitos. Seja através do reconhecimento da força normativa da constituição, seja mediante uma postura hermenêutica garantista em relação aos direitos tidos como fundamentais⁴⁴, o neoconstitucionalismo representa um momento “protetivo” do Direito Constitucional.

Através de uma releitura valorativa dos institutos do Direito, as constituições elaboradas em grande parte do mundo após a década de 40 representaram o reconhecimento de “[...] um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajada moderna dogmática constitucional”.⁴⁵

As críticas são muitas ao neoconstitucionalismo. A falta de consistência teórica e a questionável coerência de suas premissas são objetos de intensos debates. O fato é que, para a presente pesquisa, é suficiente frisar que o ambiente inaugurado por esse momento do Direito, determinou o tom da dogmática jurídica contemporânea: a *proteção e efetivação de direitos*.

Durante a segunda metade do sec. XX, os ordenamentos jurídicos nacionais passaram por uma ressignificação de seus conteúdos, absorvendo as principais diretrizes normativas emanadas da Europa Ocidental. Exemplos marcantes dessa influência são a expansão da *Jurisprudência de Valores* alemã, a propagação das técnicas de ponderação de princípios desenvolvidas por Robert Alexy; e a crescente postura ativista do Poder Judiciário (ativismo judicial).

O reconhecimento de “novos direitos” de titularidade coletiva e dimensão difusa também é resultado, em parte, dessa tendência constitucional protetiva. Nesse

⁴³ Lenio Streck aponta uma dessas contradições: “[...] é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós-Auschwitz’ ou ‘pós-bélico’, como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência)”. (STRECK, *op. cit.*, 2011, p.36).

⁴⁴ Um marco de reconhecimento de direitos do séc. XX foi a adoção, pelas Nações Unidas – ONU, da Declaração Universal de Direitos Humanos, diploma este que se tornou referência global de proteção de direitos mínimos.

⁴⁵ SARMENTO, *op. cit.*, p. 12.

aspecto, do próprio Direito Processual, passou a ser exigido uma nova atitude capaz de oferecer soluções aos problemas de uma sociedade de massas.

É assim que o Direito Processual Coletivo, alinhado com o panorama constitucional da época, desenvolve-se mais com a missão de “proteger os novos direitos”, do que para oferecer uma dogmática completa para a tutela coletiva⁴⁶. A preocupação com a responsabilização das coletividades, objeto inerente do estudo do fenômeno das demandas coletivas, acaba sendo “esquecida”.

No Brasil, as influências geradas por esse contexto manifestavam-se através do ressurgimento do Direito Constitucional que “[...] se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988”⁴⁷. Derivado de comando da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor é exemplo de marco legislativo da proteção de direitos coletivos.

O constitucionalismo brasileiro que influenciou a elaboração da Constituição de 1988, definido por Carlos Roberto de Siqueira Castro⁴⁸ como um “constitucionalismo comunitário”, resultou, nas palavras de Gisele Cittadino⁴⁹, na promulgação de uma carta contendo “[...] um complexo e exaustivo sistema de direitos, prevendo também os instrumentos processuais elaborados para garantir a sua efetividade”.

⁴⁶ Sobre o desequilíbrio entre a evolução da ação coletiva passiva em relação a ação coletiva ativa, Diogo Campos Medina Maia assim arremata: “A ação coletiva passiva, como era de se esperar, não se desenvolveu com a mesma intensidade do processo coletivo geral. A ótica prevalente era a proteção dos direitos metaindividuais. A visão da coletividade como vítima arrefeceu qualquer tentativa de desenvolver a ação contra a classe, de forma que o estudo do processo sob o vértice da lesão ou ameaça a interesses e direitos das coletividades levou ao natural posicionamento do grupo no polo ativo da demanda. Essa é a explicação histórica da inércia do desenvolvimento da ação contra a coletividade organizada no sistema processual romano-germânico.” (MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 29).

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 31 dez. 2014.

⁴⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.

⁴⁹ A autora destaca que “O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores. [...] Desta forma, e na linha do constitucionalismo ‘comunitário’, o cumprimento dos princípios fundamentais equivale a uma realização de valores. [...] Se analisarmos o sistema de direitos fundamentais à luz desta dimensão axiológica dos princípios fundamentais, evidencia-se a intenção dos nossos constituintes.” (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo. Direito e Justiça distributiva, elementos de filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 44).

Dito tudo isso, fica mais fácil observar porque que o século XX foi determinante para o pouco desenvolvimento do instituto das ações coletivas passivas. O ambiente jurídico desse período estava voltado a uma releitura do Direito Constitucional com a lente da garantia de direitos. A responsabilização de coletividades por meio de ações judiciais não se encaixava, propriamente, nesse escopo.

Ressalte-se, entretanto, que a boa e profícua evolução da tutela coletiva é resultado direto dessa consolidação humanista. Certamente o estudo do Direito Processual Coletivo não estaria no patamar avançado em que se encontra, se os ordenamentos jurídicos não tivessem se voltado à proteção dos direitos coletivos.

2.4 A experiência das *class actions* nos EUA

A experiência das *class actions* norte-americanas, muito embora pudesse ser abordada no item anterior, merece um tratamento especial e individualizado. O desenvolvimento profícuo do instituto, a influência marcante gerada em outros ordenamentos jurídicos e, sobretudo, a referência das *defendant class actions*, justificam o tratamento diferenciado.

2.4.1 O desenvolvimento histórico das *class actions*

O ordenamento jurídico dos EUA sofreu, por razões históricas, grande influência do seu colonizador. Assim como a Inglaterra, a justiça norte-americana ergueu-se sob uma divisão entre sistemas baseados no Direito e na Equidade.⁵⁰

Os estudos de Joseph Story, membro da Suprema Corte Americana entre 1811 e 1845, destacam-se entre as primeiras pesquisas sobre demandas de massa. O célebre caso *West vs. Randall*⁵¹ marcou época em razão da preocupação inédita

⁵⁰ Antonio Gidi esclarece que “Como a fonte histórica do direito americano é o direito inglês, esse duplo sistema (*law v. equity*) foi adotado nos Estados Unidos durante o período colonial. Todavia, em vez de serem estabelecidos dois tribunais diversos, um de direito e um de equidade, como acontecia na então metrópole, os Estados Unidos optaram manter a dualidade de sistemas, mas por delegar ambas as jurisdições a um mesmo tribunal, reduzindo, assim, ainda mais, as diferenças entre ambos os sistemas. Essa duplicidade de sistemas continuou após a independência em 1776 e sobreviveu à criação do sistema judiciário federal em 1789” (GIDI, *op. cit.*, 2007, pp. 44-45). Vale destacar que as ações coletivas nos EUA, até o advento da *Rule 23* em 1938, eram usadas predominantemente em processos baseados na equidade (*equity*).

⁵¹ A demanda em si não representava uma ação coletiva. Um morador de Massachussets ajuizou uma ação alegando que o patrimônio que herdou de seu pai teria sido dilapidado pelo réu, na qualidade de *trustee* (uma espécie de curador). A ação tramitou na justiça federal e acabou sendo extinta em razão da improcedência manifesta do pedido.

demonstrada por Story com litígios que envolviam um grande número de pessoas interessadas.

As considerações feitas pelo jurista no julgamento voltaram-se, principalmente, à eventual dificuldade de processamento da demanda caso todos os interessados tivessem que integrar a lide. Para o magistrado, a partir do exame de precedentes ingleses, mesmo havendo interesse de muitas pessoas em determinada demanda, não haveria necessidade, obrigatória, da formação de litisconsórcio.⁵²

É interessante destacar que na segunda edição do livro *Commentaries of Equity*, Story concentrou suas atenções aos problemas das partes ausentes nas ações coletivas. Defendeu, ainda, a não vinculação dos efeitos das decisões proferidas em litígio coletivo aos membros ausentes do grupo⁵³. A ideia predominante era de que o direito individual não poderia ser atingido por uma decisão judicial sem a respectiva participação no processo.⁵⁴

Em 1842, a Suprema Corte Americana aprovou, dentre outras regras processuais fundadas na *Equity Law*, a regra que passou a ser a primeira norma escrita relacionada às *class actions* nos Estados Unidos: a *Equity Rule 48*.⁵⁵

Duas considerações importantes devem ser feitas sobre a *Equity Rule 48*. A primeira se refere ao fato de que a regra contemplou a ação coletiva em ambos os polos da demanda (*Where the parties on either side are very numerous*). A segunda se refere ao conservadorismo da norma, que influenciada pelos estudos individualistas de Joseh Story, ressalvava a impossibilidade da decisão judicial causar

⁵² ROQUE, *op. cit.*, 2013, pp.45-46.

⁵³ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁴ Stephen Yazeel, criticando a postura individualista de Story, pondera que em vez do jurista buscar circunstâncias em que os membros ausentes pudessem ser vinculados pela decisão judicial, preferiu seguir o caminho em que eles não seriam vinculados ou afetados pelo processo coletivo: “*Story, the child of individualism, instead of looking for circumstances in which the absentees would be bound, sought ways to proceed without binding or indeed affecting them all.*” (YAZELL, *op. cit.*, 1987, p. 219).

⁵⁵ Esse é o texto da norma: “*Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.*” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, Anexo I).

prejuízo às partes ausentes (*the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties*).⁵⁶

Percebe-se, pois, que, originariamente, o sistema das *class actions* foi pensado com preocupação similar à que reinava no sistema da tutela coletiva brasileira na década de 80: não prejudicar direitos de quem não participou do processo coletivo.

Após dez anos de aplicação da *Equity Rule 48*, a Suprema Corte julgou o caso *Smith v. Swormstedt*⁵⁷(1853). O julgamento foi importante, pois concluiu, à revelia da ressalva contida na *Equity Rule 48*, que todos membros ausentes ficariam vinculados ao resultado final do processo.⁵⁸

Em 1912 a *Equity Rule 48* foi substituída e revogada⁵⁹ pela *Equity Rule 38*⁶⁰. A principal mudança trazida pela regra foi o acolhimento da jurisprudência firmada no sentido da necessária vinculação dos membros ausentes do grupo. A ressalva antes contida na *Equity Rule 48* foi retirada. A *Equity Rule 38* trouxe ainda a ideia de “interesse comum” (*common or general interest*) como fator integrante da ação coletiva. Superou ainda, em importante medida, o pensamento da necessária vinculação do tratamento do litisconsórcio com as ações coletivas.⁶¹

⁵⁶ De acordo com Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “[...] a regra da *Supreme Court* agasalhou o entendimento daquele que ainda compunha o tribunal, Joseph Story, no sentido de não permitir que os efeitos da coisa julgada atingissem os interessados ausentes do processo, representando, assim, a própria denegação do caráter coletivo do processo, tendo em vista que apenas os presentes estariam vinculados ao *decisum*, não significando assim, mudança substancial em relação ao resultado obtido com institutos processuais tradicionais como o litisconsórcio.” (MENDES, *op. cit.*, 2002, pp. 66-67). No mesmo sentido, ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 49.

⁵⁷ No caso, pregadores itinerantes da Igreja Metodista formaram uma associação para a qual contribuíram com uma parcela dos lucros com vendas de produtos religiosos. O produto das vendas serviria para o pagamento de pensão de pregadores idosos e seus dependentes. Com a tensão gerada pela Guerra de Secessão, os administradores se negaram a remeter quantias aos pregadores do Sul. Visando obter os valores devidos, os pregadores do Sul ajuizaram uma ação contra os administradores e os pregadores do Norte. É possível observar que na demanda em questão, o embate se deu entre duas coletividades.

⁵⁸ Outro caso importante a ser mencionado é o *American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers’ & Die Makers’ Unions* julgado em 1898 em Ohio. A companhia ajuizou ação contra grevistas, indicando líderes do movimento, tendo em vista conduta abusiva no sentido de impedir o padre, e empregado da empresa, Paulowski, a “furar a greve”. Nesse processo, como acontece frequentemente com ações relacionadas ao exercício do direito de greve, a coletividade figura no polo passivo da ação.

⁵⁹ Entretanto, a *Equity Rule 48* continuou a ser aplicada para os casos de equidade.

⁶⁰ Eis o texto da norma: “*Where the questions is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before court, one or more may sue or defend forthe whole.*” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, Anexo I). É relevante destacar que, pela primeira vez, a palavra “*class*” foi utilizada pela legislação americana sobre ações coletivas.

⁶¹ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 52.

Em 1938, surgem as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) em substituição às *Equity Rules* de 1842 e 1912. As normas passam a condensar regras de processo civil na jurisdição federal.⁶² Essas regras passam a ser previstas na *Rule 23*, que por sua vez, fora substancialmente influenciada pelos estudos de James Moore.

A redação da *Rule 23*, embora tenha previsto de forma simplória a possibilidade de uma classe ser “processada”⁶³, ficou marcada pela complexidade do seu texto⁶⁴ e pela tentativa de diminuir a influência da discricionariedade dos juízes na certificação de ações de classe. O “classificacionismo” gerado pelo referido regulamento reproduziu as categorias idealizadas por James Moore. A aplicação da regra pela jurisprudência consagrou a existência de três tipos de *class actions*: *true* (puras), *hybrid* (híbridas) e *spurious* (espúrias). A classificação tinha como fundamento a natureza jurídica dos direitos tutelados.⁶⁵

As ações “puras” pressupunham uma unidade absoluta de interesses entre os membros do grupo. As “híbridas” admitiam interesses diversos sobre o mesmo bem jurídico. Já as ações “espúrias”, decorriam de direitos diversos originados de uma questão comum de fato ou de direito. O correto enquadramento da demanda em uma das espécies de ação coletiva tinha grande importância, notadamente quanto à extensão da coisa julgada.

⁶² As *Federal Rule of Civil Procedure* acabam por acarretar a união dos sistemas de *common law* e *equity law* no âmbito da Justiça Federal. John G Harkins Jr. destaca a importância do fim da fusão entre os sistemas *equity* e *law* para ações coletivas. Isto porque, considerando que as ações coletivas eram trabalhadas, principalmente, no sistema da *equity*, a fusão dos sistemas representou uma ampliação significativa do debate sobre a utilização e função do instituto: “*The 1938 Rules abolished the distinction between actions at law and those in equity, creating instead a single form of civil action. The class action device had previously been exclusively the province of equity, which may have influenced its development in subtle ways. From 1938 forward, any such mystique was lost and the scope of debate about the proper use and function of the class device was, it would seem, widened.*” (HARKINS Jr., John G. **Federal Rule 23 – the early years**. *Arizona Law Review*, v. 39, p.706). Outro aspecto importante a ser destacado, se refere a abertura das *class actions* para as pretensões indenizatórias (*class actions for damages*) advinda da promulgação da *Rule 23*.

⁶³ A ausência de regulamentação adequada das *defendant class actions* na redação original da Regra 23 é criticada em KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. **The contemporary function of the class suit**. *University of Chicago Law Review Journal*, v. 26, 1941, nota de rodapé, pp. 696-697.

⁶⁴ Antoni Gidi frisa que “[...] com a promulgação da *Rule 23*, em sua redação original, a teoria das *class actions* experienciaria uma complexidade desnecessária que prejudicaria o seu desenvolvimento prático e teórico durante as três décadas da sua vigência.”. O autor vai além ao afirmar que “[...] pode-se dizer que a importância da promulgação das *Federal Rules of Civil Procedure* para o desenvolvimento das *class actions* está menos no texto da *Rule 23* do que na união definitiva dos procedimentos da *equity* e da *law*.” (GIDI, *op. cit.*, 2007, pp. 46-47).

⁶⁵ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 55.

A comparação com a classificação brasileira dos direitos coletivos é inevitável. Muito embora não tenham exatamente os mesmos parâmetros, a divisão entre direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, assim como a classificação de James Moore, categorizou os direitos a partir da relação entre os membros do grupo e o bem jurídico tutelado.

Além disso, o sistema brasileiro, assim como o norte-americano, vinculou o “tipo de direito coletivo” aos efeitos da coisa julgada produzidos na demanda.⁶⁶

O texto da *Rule 23* não tratou expressamente dos efeitos da decisão judicial em relação aos membros ausentes. Além disso, a aplicação das classificações previstas na regra revelou-se, com o tempo, imprecisa e confusa.⁶⁷

Em 1966, em razão dos problemas na aplicação da *Rule 23*, a norma foi consideravelmente alterada. A classificação de James Morre foi superada e substituída por uma sistemática mais simples e pragmática. As *class actions* passaram a ter a configuração prática que prevalece até os dias e hoje. As mudanças promovidas tiveram como escopo principal dar mais efetividade às ações coletivas no campo de políticas públicas de discriminação racial (*civil rights*).

Dentre as principais mudanças, destacam-se: o prestígio ao controle judicial da atuação do representante do grupo (*adequacy of representation*); a reafirmação da coisa julgada vinculante para todos os membros da classe; criação de instrumentos capazes de proteger os membros do grupo contra os efeitos vinculantes da coisa

⁶⁶ Na classificação pensada por James Moore, havia vinculação das partes nas ações “puras” e nas “híbridas” (no que se referisse a direitos relacionados à propriedade ou afins). Nas ações espúrias, a vinculação só se daria em relação aos membros do grupo que tivessem ingressado na ação: “*The decree in the spurious type of class action is not binding as in the true class action, upon the entire class; it binds only those actually before the court. If the parties voluntarily cm in as interveners under the plaintiff’s petition or under the defenses of the defendant, they would be bound by the simplest notions of res judicata. But if the parties refuse or neglect to enter the suit, preferring to institute their separate suits, the decree cannot be held to bind them.*” (MOORE, James W. COHN, Marcus. **Federal Class actions – jurisdiction and effect of judgments.** Illinois Law Review, v. 32, 1938, p.560).

⁶⁷ Stephen Yazell destaca o fracasso representado pela classificação trazida pela *Rule 23*, sobretudo pela dificuldade em identificar adequadamente as categorias: “*Like, Chafee they appear to have realized the importance of defining the groups that would be permitted to sue as classes. Unlike him, they hazarded a definition of those groups, bet the attempt was a failure. The rule divided class suits into three groups, based on what amounted to property-law relationships among the members; how one might discern those relationships was a question that no one eve answered with any certainty.*” (YAZELL, *op. cit.*, 1987, p. 238). No mesmo sentido, GIDI, *op. cit.*, 2007, pp. 55-56.

julgada (p. ex. *right to opt out*⁶⁸); simplificação do cabimento das *class actions* que passaram a ter como parâmetro, critérios de interesse comum dos membros do grupo.

A análise do histórico das ações coletivas nos Estados Unidos nos permite perceber que a evolução do instituto se deu a partir de um processo lento de amadurecimento doutrinário e jurisprudencial⁶⁹. Da preocupação em não prejudicar os direitos dos membros ausentes, as *class actions* evoluíram, paulatinamente, até a aceitação da coisa julgada vinculante para todos.

Desde o início dos estudos das *class actions*, em grande parte pela influência do sistema inglês de ações coletivas, não se questionava a possibilidade de coletividades figurarem no polo passivo de demandas. No entanto, a extensão da coisa julgada àqueles que não fizeram parte do processo oscilou durante o tempo.

Somente por meio da superação de posturas conservadoras e céticas quanto aos efeitos das decisões proferidas em *class actions*, que se percebeu, pouco a pouco, que a essência das demandas coletivas (ativas ou passivas) pressupõe a extensão da coisa julgada a quem não participou do processo.

Assim, constata-se que, nos EUA, a evolução do entendimento sobre as *class actions* não resultou, puramente, de uma opção ideológica. Ao contrário. A postura pragmática do sistema norte-americano parece ser resultado de uma gradativa e inevitável percepção de que a tutela do direito da classe é mais importante do que o direito individual.⁷⁰

⁶⁸ Para ver críticas a ausência de previsão legal da necessidade de notificação dos membros ausentes em *defendants class actions*, ver BRANDT, Elizabeth Barker. ***Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23***, 1990 BYU L. Rev. 909 (1990). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1990/iss3/17>>. Acesso em: 05. mar. 15.

⁶⁹ Após a década de 60, as *class actions* norte-americanas sofreram algumas alterações normativas, notadamente em 1998, 2003, 2005 e 2009. Muito embora essas mudanças não terem representado grandes transformações no sistema fixado em 1966, há de se destacar que, de uma forma geral, as reformas tiveram como objetivo principal a tentativa de coibir abusos na certificação indevida de ações coletivas.

⁷⁰ Antonio Gidi comenta o poder das *class actions* descoberto, gradativamente, com a utilização do instrumento: “A ação coletiva é um instrumento extremamente poderoso contra o poder institucionalizado, seja ele político, social ou econômico. Assim como aconteceu com a sua introdução no Brasil, parece que o legislador americano não tinha uma ideia precisa do que estava fazendo quando reformulou a *Rule 23* na década de 60. À medida que a ação coletiva foi sendo utilizada na prática e a sua força sendo revelada, começou-se uma campanha para restringir sua atuação.” (GIDI, *op. cit.*, 2007, p. 65).

Com isso, parâmetros processuais como o controle da atuação do representante da classe e a coisa julgada vinculante para todos, vieram como consequência da efetividade crescente das *class actions*. Após tentativas, acertos, erros e amadurecimento, o sistema norte-americano acabou por se tornar a principal referência mundial em matéria de tutela coletiva.

2.4.2 As *defendant class actions* e a assimetria do ordenamento jurídico norte-americano

Como já foi dito no item anterior, a possibilidade de se colocar uma coletividade no polo passivo de uma *class action* é expressamente prevista na redação da *Rule 23*. A regra fala que “um ou mais membros da classe podem processar ou ser processados”. Na verdade, essa possibilidade está respaldada desde a redação original de 1938.

Certamente, por influência do ordenamento inglês que conviveu com a representação coletiva passiva de grupos com considerável naturalidade, o sistema norte-americano sempre deixou aberta a possibilidade do processamento de ações coletivas passivas.

Nos EUA, as ações coletivas em que o grupo figura no polo passivo da demanda, em contrapartida às ações representativas no polo ativo denominadas de *plaintiff class actions*, receberam o nome de *defendant class actions*.⁷¹

As *defendant class actions* são utilizadas em situações em que um determinado grupo de pessoas age de forma ilegal, por meio de uma conduta homogênea. A partir da identificação de condutas ilegais padronizadas, a *defendant class action* pode revelar-se como um instrumento processual adequado de restauração da ordem e de reparação de prejuízos.⁷²

⁷¹ No Brasil, Antonio Gidi, Rodolfo de Camargo Mancuso e Pedro Dinamarco foram os primeiros a mencionar o instituto.

⁷² Antonio Gidi cita os seguintes exemplos de *defendant class actions*: “A vantagem de uma *defendant class action* é manifesta nos casos em que há um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus semelhantes situados como, por exemplo, várias escolas, penitenciárias, lojas, municípios, cartórios, planos de saúde, franqueados, infratores de uma patente etc.” (GIDI, *op. cit.*, 2007, p. 391).

Em vez de o autor buscar individualmente a reparação dos prejuízos advindos de um sem número de condutas ilegais, por meio de uma *defendant class action*, de uma só vez, pode alcançar todos os infratores.

Desde a previsão original da *Rule 23*, o cenário jurídico norte-americano chegou a certo consenso de que as *defendant class actions* poderiam servir de maneira eficiente aos anseios de uma parcela de litigantes⁷³. Debra Gross, pesquisadora do tema, resume as vantagens e a essência do instituto pelos benefícios advindos da amplificação dos efeitos vinculantes decorrentes das respectivas das decisões judiciais.⁷⁴

Com efeito, a utilização desse tipo de instrumento é consideravelmente inferior ao ajuizamento das *plaintiff class actions*. Aquelas são consideradas relativamente raras na jurisprudência norte americana.⁷⁵

Um exemplo de situação jurídica em que se observa com alguma frequência a utilização das *defendant class actions* se refere à violação de patentes (*patent infringement*).

⁷³ “The 1966 revision to Federal Rule 23 spurred many commentators to examine and evaluate of defendant class actions in a particular situations. These reflections have resulted in the prevailing notion that defendant classes can serve a valuable purpose by providing complete relief to aggrieved plaintiff in an efficient manner.” (GROSS, Debra J. **Mandatory notice and defendant class actions: resolving the paradox of identify between plaintiff and defendants**, Emory Law Journal, v. 40, 1991, p. 611).

⁷⁴ “Defendant class actions are clearly beneficial in some cases and perhaps even necessary in a limited few. [...] The main impetus behind defendant class certification is the extremelly attractive notion of expanded preclusion, which is magnified in these cases.” (Ibidem, pp. 611-619). A autora lista diversos benefícios advindos da vinculação dos efeitos das decisões judiciais proferidas em uma *defendant class action*, sobretudo benefícios relacionados à economia processual e à uniformização dos julgamentos.

⁷⁵ Antonio Gidi afirma que: “Em face das complexidades do direito substantivo americano, há certa cautela, quase receio por parte dos juízes em certificar uma *defendant class action*.” (GIDI, *op. cit.*, 2007, p.393). Thomas E. Willging destaca que embora as *defendant class actions* tenham sido historicamente reconhecidas como um procedimento válido, a certificação de tipo de ação é rara: “The core questions are ‘How common are defendant classes?’ and ‘Are there identifiable but narrow settings in which they are most likely?’ 172 Case law and commentary give us more information than the empirical data in the study, which simply confirm that use of defendant classes is rare. Defendant class actions have long been recognized as a valid procedural device ‘whereby an entire class of defendants can be bound to a judgment although some individual members did not participate in the litigation but were represented by named class representatives.’ Certification of defendant classes, however, is presumed to be uncommon. [...] Our data support the assertion that defendant classes are uncommon” (WILLGING, Thomas E.; HOPPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. **An empirical analysis of Rule 23 to address the rulemaking challenges**. New York University Law Review, v. 71, 1996, pp. 119-120).

Com o objetivo de obter uma decisão que vincule todos os pretensos violadores de uma determinada patente, em vez de perseguir individualmente a responsabilização de cada empresa, o ofendido aciona toda a coletividade através de uma única ação.⁷⁶

As razões que justificam a pouca utilização das *defendant class actions* nos EUA são variadas. Para John C. Coffee Jr., as ações coletivas passivas são raras pois os demandados não querem, como regra geral, arriscar ver seus direitos serem defendidos por um representante⁷⁷. Segundo Antonio Gidi, essa circunstância se dá sobretudo em razão de uma opção legislativa voltada ao prestígio das *plaintiff class actions*.⁷⁸

André Vasconcelos Roque lista outras razões para o declínio das *defendant class actions* em relação ao período medieval inglês: superação da organização feudal da sociedade moderna; surgimento de novos direitos após a Segunda Guerra Mundial; e a consolidação do papel do Judiciário como garantidor de direitos e liberdades individuais.⁷⁹

Pensamos que todas as razões acima citadas explicam, em alguma medida, o ofuscamento das *defendant class actions* em relação às ações coletivas ativas. Destacamos, mais uma vez, o fato do século XX ter sido marcado por uma reformulação de todo o sistema jurídico mundial, diante da preocupação em garantir às coletividades direitos até então desprovidos de proteção.

Dito isso, devemos salientar uma circunstância importante para o desenvolvimento do presente estudo. Um dos maiores desafios enfrentados pela admissibilidade das ações coletivas passivas no Brasil é a ausência de expressa previsão legislativa acerca da admissibilidade desse tipo de ação.

⁷⁶ “*Defendant classes have also been employed in patent infringement cases in which a common question of patent validity is litigated against a defendant class of alleged infringers.*” (WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Loral L.; NIEMIC, Robert J. *op. cit.*, 1996, p. 119). Alguns casos de *defendant class actions* que tiveram como objeto a violação de patentes são relacionados na referida obra.

⁷⁷ “*Defendant class actions are as rare as unicorns, generally because defendants do not wish to risk having their rights resolved by a representative.*” (COFFEE JR., John C. **Class action accountability: reconciling exist, voice and loyalty in representative litigation.** Columbia Law Review, v. 100, 1999, p. 388).

⁷⁸ GIDI, *op. cit.*, 2007, p. 393.

⁷⁹ ROQUE, *op. cit.*, 2013, pp. 473-474.

Em que pese não ser este o momento adequado para aprofundar o estudo da admissibilidade das ações coletivas passivas no Brasil, revela-se oportuno analisarmos o impacto prático da viabilização genérica das *defendant class actions* no tratamento legislativo oferecido pela *Rule 23*.

Embora a referida regra preveja, expressamente, a possibilidade de uma coletividade figurar no polo passivo de uma ação coletiva (aparentemente no mesmo patamar das *plaintiff class actions*), do ponto de vista legislativo, está longe de representar tratamento simétrico em relação à ótica ativa das *class actions*.

Além dos motivos já relatados acerca da incipiente utilização das *defendant class actions*, há de se frisar que a simples previsão da possibilidade de “membros da classe serem processados”, por si só, não torna o sistema das *class actions* um sistema propício à utilização do processo coletivo passivo.

Toda a *Rule 23* foi estruturada a partir do ponto de vista das *plaintiff class actions*⁸⁰. Todos os requisitos e hipótese de cabimento partem da representação da classe no polo ativo. Consequentemente, também a doutrina e a jurisprudência acabaram por prestigiar o enfoque ativo das *class actions*⁸¹. A viabilização prática de uma *defendant class action* depende menos da previsão genérica de sua admissibilidade e mais de um contorcionismo interpretativo digno de nota. Para que um magistrado norte-americano possa certificar uma ação coletiva passiva, tem que adaptar toda a sistemática prevista na *Rule 23* para as situações coletivas passivas.

Isso quer dizer que nos EUA, a utilização das *defendant class actions* deriva em maior parte da necessidade e dos benefícios advindos do procedimento do que da simples previsão genérica contida na *Rule 23*. Se a porta é aberta pela legislação, os passos são dados apesar da ausência de dispositivos legais pertinentes⁸². Essa

⁸⁰ GIDI, *op. cit.*, 2007, 393.

⁸¹ *Ibidem*, p. 393.

⁸² Debra Gross destaca o equívoco que é achar que é dispensável diferenciar o procedimento das *defendant class actions* pelo simples fato da Regra 23 não o fazer: “*It is clear that Rule 23 both contemplates and permits defendant class actions. Unfortunately, the rule does not differentiate between plaintiff and defendant classes in terms of application or treatment, leading to the erroneous conclusion that no such differential treatment is necessary.*” (GROSS, *op. cit.*, 1991, p. 615). Além disso, chega a afirmar que se regra não for revisada, as *defendant class actions* podem significar uma ameaça séria a garantias relacionadas ao devido processo legal (*Ibidem*, p. 612).

constatação será importante quando do exame da admissibilidade *de lege lata* das ações coletivas passivas no Brasil.

Diogo Campos Mediana Maia exagera ao considerar que as “[...] ações contra a classe se desenvolveram no sistema norte-americano em razão da homogeneidade de tratamento dispensada ao autor e ao réu[...]”⁸³. Como já foi dito, consideramos que o desenvolvimento das *class actions* se deu apesar do parco tratamento legislativo conferido à matéria. André Vasconcelos Roque conclui nesse mesmo sentido:

[...]a Regra 23 reflete uma opção legislativa em favor das *plaintiff class actions*. Não existe na norma nenhuma disposição específica referente aos requisitos, categorias e aspectos procedimentais. [...] Com a devida vênia, revela-se equivocada, portanto, a afirmação encontrada em algumas obras doutrinária de que a Regra 23 estaria estruturada de forma simétrica para o grupo e a parte contrária.⁸⁴

Mais adiante, estudaremos as implicações da ausência de previsão legislativa das ações coletivas no Brasil. Entretanto, desde já, concluímos que o ordenamento norte-americano das *class actions* pode ser considerado como um parâmetro de superação prática da ausência de tratamento legislativo adequado do processo coletivo passivo.

2.5 Fundamentos teóricos das ações coletivas passivas

Após visitar os principais marcos históricos das ações coletivas passivas, passamos a abordar os fundamentos teóricos do instituto. Serão examinados alguns aspectos políticos e sociológicos que dão ensejo à admissibilidade das ações coletivas passivas. Os fundamentos normativos que possibilitam a utilização do instituto no Brasil serão estudados no próximo capítulo.

2.5.1 Fundamentos clássicos: acesso à justiça, economia processual e efetividade do direito material

Os fundamentos e justificativas clássicas das ações coletivas estão relacionadas com questões políticas e sociológicas. Antonio Gidi identifica três grandes objetivos das ações coletivas os quais também se aplicam, especificamente,

⁸³ MAIA, Diogo Campos Medina. **A ação coletiva passiva**: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 334.

⁸⁴ ROQUE, *op. cit.*, 2013, p. 477.

às ações coletivas passivas: *economia processual; acesso à justiça; e efetivação do direito material*.⁸⁵

Assim como toda a teoria geral das ações coletivas, os fundamentos (objetivos) costumam ser estudados, essencialmente, sob o olhar da proteção dos direitos coletivos. Muito pouco se fala sobre os fundamentos das ações coletivas passivas.

A *economia processual* proporcionada pelas ações coletivas, aspecto relacionado à política judiciária, é destacada no estudo do processo coletivo. A possibilidade de resolver, por meio de um único processo, situações jurídicas de muitas pessoas, representa um importante fundamento ensejador das ações coletivas. A substituição de milhares ou milhões de potenciais ações individuais faz com que a economia gerada recaia tanto sobre o custo do processo, como sobre o tempo necessário à resolução do litígio.⁸⁶

No caso das ações coletivas passivas, basta dizer que o instituto também gera o mesmo tipo de economia processual, mas em menor escala. Muito embora se possa inferir que os grupos nas ações coletivas passivas sejam menores do que em ações coletivas ativas, não há como negar a economia processual alcançada. A viabilização de uma decisão que vincule todos os membros da coletividade evita o ajuizamento de diversas ações individuais para discutir as mesmas violações do direito do autor (perpetradas por sujeitos diferentes). Além disso, o direito é tutelado com muito mais celeridade do que seria através de processos individuais.

No que tange ao *acesso à justiça*, as ações coletivas foram originalmente justificadas pelos estudos de Mauro Cappelletti. O professor italiano, sistematizando as denominadas “ondas de acesso à justiça”, cuidou de alertar a comunidade jurídica

⁸⁵ GIDI, *op. cit.*, 2007, p. 25. Debra Gross, em outro sentido, analisando as *defendant class actions*, posiciona-se no sentido de que os benefícios são marcadamente diferentes das vantagens advindas das *plaintiff class actions*. A autora destaca como principal vantagem das *defendant class actions*, a amplificação e benefícios advindos da extensão da coisa julgada aos membros do grupo ausentes. Todavia, acaba afirmando que um importante benefício de uma *defendant class action* se refere à economia e a eficiência gerada com o processo (GROSS, *op. cit.*, 1991, pp. 616-621).

⁸⁶ Há de se ressaltar, porém, que a militância em ações coletivas que tratam de direitos individuais homogêneos no Brasil, nos permite afirmar que as fases de liquidação e execução acabam por neutralizar significativamente a celeridade da solução do litígio de massa. Ao que parece, o processo coletivo brasileiro, com suas sentenças genéricas com fundamentação deficiente, empurra para a execução todos os problemas da fase de conhecimento.

para a necessidade de se garantir a proteção dos direitos transindividuais que, àquela época, não gozavam de proteção adequada.⁸⁷

A concepção pensada por Mauro Cappelletti na década de 70 influenciou gerações de processualistas quanto à necessidade de proteção dos direitos coletivos. No entanto, pouco contribuiu para o desenvolvimento específico das ações coletivas passivas.

É sabido que as ações coletivas possibilitaram que direitos não protegidos pudessem ser reivindicados perante o Judiciário. Seja em razão do baixo valor individual do bem da vida almejado, seja pela inviabilidade de se garantir a presença de todos os interessados em um único processo, as ações coletivas colocaram luz na proteção de direitos metaindividuais.

Nas ações coletivas passivas, a noção de acesso à justiça ganha contornos ainda mais dramáticos quando comparados às ações coletivas ativas.

Sociologicamente, se as ações coletivas ativas prestigiaram o acesso à proteção de direitos de massa de uma sociedade cada vez mais urbana e coletivizada, as ações coletivas passivas representam um instrumento jurídico importante de controle de comportamentos coletivos ilegais. A organização crescente da sociedade em organismos de representação e a correspondente adoção de comportamentos homogeneamente lesivos a direitos individuais e/ou coletivos, dão ensejo à necessidade de desenvolvimento de instrumentos processuais tal qual a ação coletiva passiva.⁸⁸

Conforme já vimos na evolução histórica da tutela coletiva, sempre se observou a existência de situações coletivas passivas⁸⁹. O fenômeno referente à necessidade de se controlar ou coibir coletividades é, antes de tudo, um fenômeno social. Independentemente da existência de uma dogmática jurídica que confira

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁸⁸ Diogo Campos Medina Maia aprofunda o fenômeno social da necessidade de controle das coletividades em MAIA, *op. cit.*, 2009, pp. 40-45.

⁸⁹ Termo utilizado por Fredie Didier Jr. em **Situações jurídicas coletivas passivas**. Processos Coletivos. Porto Alegre. vol. 1, n. 1, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-0-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>>. Acesso em: 01 jan. 2015.

racionalidade às ações coletivas passivas, sempre se viu situações ensejadoras de um controle da atuação de grupos.

Nas ações coletivas passivas, é dado ao autor (inclusive um autor individual), em um único processo, a condição de defender direitos que estão sendo homogeneamente violados por uma coletividade. Considerando que o grupo-réu é numeroso, a ausência de um procedimento que garanta uma decisão que abranja “todos os membros do grupo que estejam violando determinado direito” implica uma verdadeira negativa ao acesso à justiça.

Muito embora o autor possa buscar a reparação de seu direito contra cada membro da coletividade, na prática, considerando a numerosidade do grupo e indeterminação inicial de seus integrantes, essa possibilidade, única e exclusiva, aproxima-se da própria negativa de proteção do direito violado. As dificuldades impostas à persecução individual do direito inviabilizam a própria proteção da posição jurídica, sobretudo porque o direito continuará a ser desrespeitado até que se consiga submeter todos os membros do grupo à tutela jurisdicional.

A simples possibilidade teórica de persecução individual do direito não se coaduna com a moderna visão de acesso à justiça. A garantia da prestação jurisdicional adequada propugnada pelo inciso XXXV da Constituição Federal é entendida como o acesso a uma jurisdição eficiente e adequada aos anseios da sociedade⁹⁰. Nesse passo, a ação coletiva passiva garante esse acesso adequado, pois oferece uma solução capaz de sanar de forma completa um conjunto padronizado de condutas ilegais.

Imagine-se uma situação em que um ente público busca um provimento jurisdicional injuntivo que impeça o exercício abusivo do direito de greve de uma determinada categoria de servidores. Em um sistema que não aceita o ajuizamento de ações coletivas passivas, a solução possível para evitar o exercício abusivo do direito de greve seria o ajuizamento de ações individuais contra cada membro da

⁹⁰ Sobre o moderno conceito de acesso à justiça ver MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20jul.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 1 jan. 2015.

categoria visando à evitar o movimento paredista. Sendo esta a medida adotada, estaria o direito defendido pela administração pública adequadamente protegido?⁹¹

O que se constata é que se na tutela coletiva ativa o acesso à justiça é marcado pelo incentivo à judicialização de direitos antes sem proteção adequada, nas ações coletivas passivas, a abertura da jurisdição possibilita, na prática, a única forma efetiva de tutelar adequadamente o direito desrespeitado. Além disso, amplia-se o acesso à justiça quando se permite o processamento de uma demanda duplamente coletiva, na qual litiguem, em pé de igualdade, duas coletividades.

Outro objetivo essencial das ações coletivas é o de ampliar a *efetivação do direito material* afirmado em juízo. A tutela proporcionada pelas as ações coletivas é muito mais ampla do que a tutela individual, oferecendo soluções mais rápidas e efetivas ao problema levado a juízo.

A correção coletiva de ilícitos desestimula a adoção de comportamentos abusivos no futuro. Além disso, a efetivação de políticas públicas por meio de processo coletivo revela-se como um importante instrumento complementar à atuação insuficiente do Estado.

É através das ações coletivas que a moderna sociedade de massa, com problemas “moleculares”, encontra maiores chances de se contrapor às violações aos seus direitos. A efetividade de direitos fundamentais clama por instrumentos capazes de viabilizar a proteção jurídica de interesses antes relegados ao anonimato.

Sob o prisma das ações coletivas passivas, a efetividade do direito material é consequência direta da própria pertinência do instituto. Não sendo o acesso à justiça um fim em si mesmo, mas sim um meio para a concretização de direitos, em alguns casos, a efetivação desses interesses só pode ser completamente verificada através das ações coletivas passivas. Como já foi dito, para que um direito violado por uma coletividade seja efetivamente protegido, demandará uma solução igualmente “molecular”.

O direito de uma dada comunidade, por exemplo, de impedir a degradação em massa de um ecossistema, para ser adequadamente tutelado, precisa ser protegido

⁹¹ O exemplo será analisado mais detidamente no próximo capítulo.

de forma a coibir toda a coletividade de poluidores. Nesse caso, a ação coletiva passiva releva-se como um instrumento interessante de efetivação do direito fundamental desrespeitado.

Assim, de uma forma geral, com um olhar mais acurado, é possível identificar os fundamentos teóricos das ações coletivas passivas através dos mesmos objetivos apresentados ao processo coletivo ativo. Isso reforça o fato de que a teoria geral das ações coletivas, muito embora tenha se desenvolvido a partir da noção caolha da proteção de “novos direitos”, abrange, em seu conceito, a tutela de comportamentos coletivamente abusivos.

Com efeito, nenhum dos fundamentos apontados, mesmo que considerados globalmente, são suficientes para justificar a existência das ações coletivas, sejam elas passivas ou ativas. Não há como sustentar a representação de direitos ou a extensão subjetiva da coisa julgada somente com argumentos de ordem sociológica ou de política judiciária.⁹²

É necessário desenvolver uma estrutura teórico-procedimental que confira parâmetros suficientemente seguros para justificar a existência das ações coletivas passivas, e para conferir racionalidade ao seu processamento.

2.5.2 Situações coletivas passivas e aspectos gerais do processo coletivo passivo

Do ponto de vista teórico, a ação coletiva passiva faz parte da teoria geral da tutela coletiva, constituindo-se como uma das formas de se levar ao Judiciário uma situação jurídica coletiva.

Como já ventilado ao longo do presente trabalho, a ação coletiva passiva está relacionada com o ajuizamento de uma demanda contra uma coletividade, grupo ou classe⁹³. Nesse tipo de ação, o autor, individual ou coletivo, atribui uma conduta ilícita a um determinado grupo. Esse grupo, diga-se, não precisa, necessariamente, ser

⁹² No mesmo sentido Márcio Flávio Mafra Leal (LEAL, *op. cit.*, 1998, p.19), e Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil 4, Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 36).

⁹³ Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. falam que “Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *op. cit.*, 2013, p. 435).

formado por um agrupamento humano. Poderá, igualmente, ser composto por um agrupamento de pessoas jurídicas indeterminadas.

Perceba-se que o réu deve ser considerado coletivamente, ou seja, é a própria coletividade que figura no processo, como por exemplo: “proprietários de casas que estejam poluindo um rio”; “escolas particulares de uma cidade”; “lojistas situados em uma avenida”. A circunstância é diferente do que ocorre no litisconsórcio passivo em que figuram como réus, individualmente, todos os sujeitos jurídicos apontados pelo autor.

A representação adequada da coletividade é essencial para que a ação coletiva passiva seja viável. Tendo em vista não se tratar de litisconsórcio passivo em que cada réu é responsável pela sua própria defesa, a coletividade só poderá figurar no polo passivo de uma demanda se estiver representada adequadamente.

Outro aspecto fundamental da ação coletiva passiva é a necessária vinculação dos membros do grupo às decisões proferidas no processo. Independentemente do tipo de ação coletiva (ativa ou passiva), essa espécie de tutela só se justifica quando, em regra, os efeitos das decisões judiciais alcançarem todos os interessados na demanda. Se assim não fosse, não seria necessário criar um instituto diverso do litisconsórcio. Em que pese a limitação seletiva dessa vinculação observada nas ações coletivas brasileiras, não é possível pensar as ações coletivas passivas sem que os membros do grupo se submetam aos efeitos das decisões judiciais (inclusive aqueles que não tenham participado do processo).

Diogo Campos Medina Maia destaca aspecto que considera ser o mais importante para a definição das ações coletivas passivas. Para ele, o que caracterizaria o instituto não seria a natureza transindividual do direito defendido. Ao contrário das ações coletivas ativas, tanto faz se o direito veiculado é coletivo ou individual. O que marcaria o processo coletivo passivo seria o seu “[...] espectro um pouco mais abrangente, prestando-se a defender também os mencionados direitos individuais lesionados de forma objetiva [...]”.⁹⁴

⁹⁴ MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 51. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.: “Haverá uma ação coletiva passiva, portanto, em toda demanda onde estiver em jogo uma situação coletiva passiva. Seja como correlata a um direito individual, seja como correlata a um direito coletivo.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes, *op. cit.*, 2013, p. 436).

A observação é importante, pois assim como acontece na proteção fictícia dos direitos individuais homogêneos, a ação coletiva passiva acaba por ampliar a tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais⁹⁵. O instituto abre a possibilidade de proteção coletiva do direito individual do autor lesionado coletivamente.⁹⁶

Estabelecido esse cenário, não seria prudente prosseguir o estudo com a tradicional abordagem do processo coletivo centrada na natureza do direito levado a juízo. Isso porque, se nas ações coletivas ativas o que importa é a judicialização de direitos coletivos antes sem proteção, nas ações coletivas passivas a natureza do direito defendida é secundária. A violação coletiva e padronizada desse direito (situação jurídica coletiva passiva) é o que caracteriza, de fato, a ação coletiva passiva.

Nessa direção, a visão defendida por alguns doutrinadores segundo a qual o processo coletivo serve à “litigação de interesse público” (*public law litigation*) não é pertinente para as ações coletivas passivas. Essa posição sustenta, dentre outros aspectos, que na tutela jurisdicional de direitos coletivos, o processo se eleva à condição de processo de interesse social.⁹⁷

Sem embargo disso, na ação coletiva passiva o processo só pode ser considerado eminentemente “social”, nos moldes da “litigação de interesse público”,

⁹⁵ Nesse ponto, identifica-se, em razão da preocupação com a melhor tutela possível do direito individual, uma semelhança da situação com o quanto defendido pela teoria da tutela coletiva de direitos de Teori Zavascki (ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo - tutela e direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

⁹⁶ Por isso, não há sentido em limitar o cabimento das ações coletivas passivas para proteger bens jurídicos transindividuais. Essa limitação consta nos anteprojetos de Código de Processos Coletivos para Ibero-América, USP/IBDP e UERJ/UNESA. Antonio Gidi é firme em sua posição contrária à restrição do cabimento do processo coletivo passivo: “Portanto, ao contrário do que preveem os anteprojetos derivados, o processo coletivo é cabível para tutelar quaisquer direitos, sejam eles puros, individuais homogêneos, coletivos ou difusos. [...] O cabimento de um processo coletivo passivo depende, portanto, apenas da presença do requisito fundamental para toda a demanda coletiva: a existência de uma questão comum de fato ou de direito, a possibilitar a decisão uniforme da controvérsia.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 365).

⁹⁷ No Brasil, essa visão é defendida dentre outros doutrinadores, por Carlos Alberto de Salles (SALLES, Carlos Alberto. **Processo civil de interesse público**. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003). Os principais anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, à exceção do projeto elaborado por Antonio Gidi, seguem a linha do *public law litigation*. Tanto o anteprojeto USP/IBDP (art. 19) como o anteprojeto UERJ/UNESA (art. 8º), se referem ao “interesse social” e a “relevância social”, respectivamente, como elementos da ação coletiva (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, 2013, Anexos III e IV, pp. 517 e 538). Antonio Gidi critica veementemente a previsão desses requisitos, mormente em razão da ambiguidade das expressões (GIDI, *op. cit.*, 2008, pp. 174-181).

quando veicular litígio entre duas coletividades (ação duplamente coletiva). Caso a ação coletiva passiva tenha como objeto um direito individual lesionado por um grupo, representará, ao menos em um primeiro plano, um “processo de interesse privado”.

O núcleo das ações coletivas passivas não está na natureza ou na ampliação dos tipos de direito levados a juízo. Está, sobretudo, na existência de uma situação jurídica titularizada por uma coletividade no polo passivo de uma demanda⁹⁸. Essa nova percepção relacionada ao fato de que os grupos não são apenas titulares de direitos, mas também de deveres, é o que define a existência desse peculiar tipo de demanda.

A importância do reconhecimento da categoria das situações jurídicas coletivas passivas já foi destacada por Fredie Didier Jr⁹⁹. O autor pontua que, no Brasil, ante a ausência de previsão dessa categoria, é necessário extrair do conceito dado aos direitos coletivos, em sentido inverso, as seguintes definições: “deveres e estado de sujeição indivisíveis” e “deveres e estados de sujeição individuais homogêneos”.

Inegavelmente, o reconhecimento dogmático das situações coletivas passivas é necessário para embasar as ações coletivas passivas. O desenvolvimento dessa categoria, invertendo-se os conceitos brasileiros de direitos coletivos, tenta conferir ao tema a mesma racionalidade pensada para a ação coletiva ativa. Ocorre que, a transmutação da definição de direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos para as respectivas definições de estados de sujeição, não nos parece necessária ou mesmo pertinente.

A sujeição de uma dada coletividade está relacionada com o comportamento comum dos membros do grupo. Nesse sentido, saber previamente se esse comportamento implica uma sujeição indivisível ou individual homogênea em nada contribui para a racionalização das ações coletivas passivas.

Do reconhecimento da existência das situações jurídicas coletivas passivas e da premissa de que os membros do grupo deverão ser vinculados pela coisa julgada,

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR, Hermes. *op. cit.*, 2013, p. 436.

⁹⁹ “Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas). É preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das situações jurídicas coletivas passivas: deveres e estado de sujeição coletivos.” (DIDIER Jr., Fredie. *op. cit.*, 2014).

concluímos que a atenção do julgador deverá estar voltada, principalmente, para a verificação do comportamento da coletividade: se marcado pela violação padronizada do direito do autor, ou não.

A lei ou a doutrina não precisam se preocupar em definir ou classificar as situações coletivas passivas. A classificação tripartite dos direitos coletivos consagrada pela doutrina brasileira, marcada pelo viés da proteção ativa de direitos coletivos, em nada assiste à estruturação dogmática do processo coletivo passivo¹⁰⁰. Ao contrário, acaba por tornar o tema desnecessariamente complexo e confuso.

Em linhas gerais: estaremos diante de uma ação coletiva passiva quando uma demanda for proposta em face de uma coletividade, devidamente representada, havendo a afirmação em juízo de uma situação jurídica passiva titularizada por um grupo.

Por último, destacamos que a afirmação em juízo de uma situação coletiva passiva pode assumir a forma de qualquer procedimento. O processo coletivo passivo pode ser desencadeado a partir de ações possessórias, ações para discutir direito de greve, ações injuntivas, dentre outros. O que importa são as características da relação jurídica controvertida.

2.6 Classificação

Muito embora enxerguemos com reservas a criação indiscriminada de classificações jurídicas que muitas vezes se revelam inúteis, ante a incipiência do estudo das ações coletivas passivas e com o intuito consolidar o seu arcabouço teórico, abordaremos uma classificação mínima já existente sobre o objeto deste estudo.

Quando duas ou mais coletividades litigarem entre si em um processo coletivo, observar-se-á uma *ação duplamente coletiva*. Nos casos em que o grupo figurar

¹⁰⁰ Nesse sentido, a título de exemplo, outros países com tradição de *civil law* que têm previsão expressa da ação coletiva passiva (Israel e Noruega), não se preocupam em definir em categorias o objeto do processo coletivo passivo. Isso vale também para os países de *civil law* em que a ação não é prevista, mas é admitida pela doutrina e pela jurisprudência (Colômbia, Paraguai, Venezuela, Chile e Argentina) (GRINOVER, Ada e outros. **Os processos coletivos nos países de civil e Common Law, uma análise de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 236-237).

apenas no polo passivo da ação, fala-se em *ação coletiva passiva comum ou simples*.¹⁰¹

Havendo duas coletividades litigando em pé de igualdade, como p. ex., uma associação de consumidores de um lado e uma associação de lojistas do outro, poderemos estar diante de uma ação duplamente coletiva. De outra banda, figurando uma coletividade no polo passivo da ação e um ou mais indivíduos como autores, haverá uma ação coletiva passiva simples.

Outra divisão pertinente tem como critério a origem da ação coletiva passiva. A ação coletiva passiva será *originária*¹⁰², quando inaugurar um processo coletivo a partir de uma situação jurídica ainda não judicializada. Será, ao invés, *derivada*, quando advir de um processo coletivo ativo já existente.¹⁰³

A identificação de um ou outro tipo é importante, haja vista que nas ações coletivas passivas derivadas a indicação do representante da coletividade é mais fácil. Será, pois, o legitimado que propôs a ação coletiva ativa¹⁰⁴. O ajuizamento de ação rescisória ou de reconvenção em processos coletivos ativos são exemplos de ações coletivas passivas derivadas.

2.7 Principiologia aplicada às ações coletivas passivas: uma tensão permanente entre os princípios da inafastabilidade e do devido processo legal

O estudo do Direito Processual Coletivo abrange o reconhecimento da existência de normas principiológicas próprias da relação processual coletiva. No Brasil, a regulamentação oferecida pelo microsistema da tutela coletiva também abarca princípios fundamentais próprios da tutela coletiva.¹⁰⁵

¹⁰¹ Diogo Campos Medina Maia classifica as ações em *duplamente coletivas* e ações coletivas passivas *comuns ou ordinárias* (MAIA, *op. cit.*, 2009, pp. 53-54).

¹⁰² Expressão também utilizada por Gisele Mazzoni Welsch, (WELSCH, Gisele Mazzoni. **Ação coletiva passiva (originária)**. In: ASSIS, Araken de (Org.) [*et alii*]. *Processo coletivo e outros temas de Direito Processual, Homenagem - 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 221-236).

¹⁰³ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti se referem à ação coletiva passiva originária como *original* (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, 2013, p. 437). Diogo Campos Medina Maia fala em ações coletivas passivas *independentes* (MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 54).

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *op. cit.*, 2013, p. 438.

¹⁰⁵ "Vinte anos de experiência de aplicação da ACP, quinze de CDC, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo

O Título II da Constituição Federal reservado aos “Direitos e Garantias Fundamentais” tem como escopo de incidência, além dos direitos e deveres individuais, os direitos e deveres coletivos. A Carta Magna, ao prever princípios que regem o Direito Processual Civil individual alcançou o processo coletivo (ativo e passivo).

Os diversos princípios processuais previstos no art. 5º da Constituição Federal devem ser entendidos de acordo com o tipo de relação processual levada à Juízo. O devido processo legal e a duração razoável do processo, por exemplo, são princípios cuja densificação vai variar de acordo com a natureza da demanda. Já a ampla defesa e o contraditório, em processos coletivos, não se desenvolvem nos mesmos moldes que o fazem em uma ação individual.

Há de se destacar que os princípios processuais coletivos assumem uma importância ainda maior na operacionalização das ações coletivas passivas. Isso porque, em ordenamentos jurídicos desprovidos de previsão legal do tema, serão estes mesmos princípios as referências imediatas do sistema jurídico.¹⁰⁶

Na verdade, não se conhece ordenamentos jurídicos que prevejam um procedimento completo e específico para o processamento de ações coletivas passivas. O sistema norte-americano e o modelo das *defendant class actions*, dispõem apenas sobre a possibilidade de o grupo “ser processado”. Em sistemas de *civil law* que possuem alguma previsão legal acerca do processo coletivo passivo, não existem regras que disciplinem exaustivamente o seu rito.¹⁰⁷

ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, pp.302-303).

¹⁰⁶ Diogo Campos Medina Maia destaca que “A importância da análise das garantias fundamentais processuais no caso da ação coletiva passiva é notória, pois, na ausência de previsão legislativa, os princípios de direito processual incidirão diretamente no caso concreto, projetando a abrangência e demarcando os limites de atuação desta modalidade especial de ação coletiva.” (MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 77).

¹⁰⁷ Ver nota de rodapé nº 100.

Podemos dizer então, que os princípios do processo civil coletivo, sejam em sistemas legais de *common law* ou de *civil law*, acabam por desempenhar um papel fundamental na regulamentação das ações coletivas passivas.¹⁰⁸

Feitas essas breves considerações preliminares, destacamos que o objetivo do presente tópico não é abordar a teoria geral dos princípios da tutela coletiva ou mesmo repetir lições conhecidas acerca da relação existente entre princípios e regras. Por ora, tentaremos situar a permanente tensão entre alguns princípios da tutela coletiva, quando estamos diante da análise da admissibilidade de uma ação coletiva passiva.

O ajuizamento de uma ação coletiva passiva está profundamente amparado na ampliação do acesso à justiça. Através da judicialização de uma situação coletiva passiva, é conferido ao autor, individual ou coletivo, um importante instrumento para alcançar uma solução completa para um dado conflito.

O princípio da inafastabilidade, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal¹⁰⁹, é modernamente considerado como o direito ao acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, capaz de realizar o direito material reconhecido em juízo. Luiz Guilherme Marinoni amplia essa concepção ao dizer que o “[...] direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial[...]”.¹¹⁰

Esse princípio está diretamente relacionado com a existência de mecanismos processuais tais quais a ação coletiva passiva. Não havendo regras efetivas que disciplinem a responsabilização de grupos, há de se prestigiar instrumentos que sejam capazes de dar uma resposta adequada aos anseios da parte lesada.

Não seria suficiente imaginar que a ação coletiva passiva é admissível simplesmente porque “pode ser ajuizada”. A existência de situações coletivas passivas demanda uma prestação jurisdicional que seja capaz de tutelar de forma efetiva o direito levado a juízo.

¹⁰⁸ Há que se salientar, entretanto, que nos países de tradição anglo-saxônica, a incidência direta de princípios e a ausência de regulamentação suficiente são potencializadas e, amenizadas, respectivamente, através do sistema de precedentes ainda em desenvolvimento em países onde predominam as regras escritas, como é o caso do Brasil.

¹⁰⁹ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹¹⁰ No mesmo sentido, Marcelo Lima Guerra. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 99-105.

Ao assumir o monopólio da jurisdição, o Estado assume um compromisso de entregar à sociedade uma tutela jurisdicional capaz de justificar a proibição da autotutela. Para tanto, o processo deve se adequar aos conclames do direito material protegido. As regras processuais, ante sua natureza eminentemente instrumental, devem viabilizar essa atividade estatal. Para sintetizar essa máxima, transcrevemos as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Para resumir, basta evidenciar que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando houver necessidade, preventiva. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material.¹¹¹

No caso das ações coletivas passivas, a sua própria existência deriva da necessidade de ampliação do acesso a uma jurisdição efetiva. Como não há no Brasil a previsão legal do cabimento nem do procedimento do processo coletivo passivo, é o princípio da inafastabilidade que inicialmente enseja a admissibilidade do instituto. Essa nuance é destacada por Diogo Campos Medina Maia:

A incidência direta dos princípios, no caso da ação coletiva passiva, dá-se por força do conteúdo da garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Nestes termos, se a garantia constitucional assegura que o Poder Judiciário não poderá ser excluído da análise de ameaça ou de lesão a direito, ainda que não haja regra específica regulamentando o procedimento judicial a ser seguido para um determinado tipo de lesão, a garantia deve ser assegurada por força da aplicabilidade direta inerente aos direitos e garantias fundamentais.¹¹²

Portanto, sob o prisma dos princípios gerais da tutela coletiva, a inafastabilidade da jurisdição (efetiva) é um fundamento importante que se encontra em uma das pontas da equação relativa à admissibilidade das ações coletivas passivas. Não havendo norma infraconstitucional específica prevendo o cabimento do processo coletivo passivo, a viabilidade desse tipo de procedimento está amparada, principalmente, na incidência direta da indigitada previsão constitucional.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20jul.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 1 jan. 2015, p. 2.

¹¹² MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 78.

Eventuais lacunas procedimentais não podem representar óbices intransponíveis para que os intérpretes do Direito cumpram a sua missão de realizar comandos constitucionais de natureza maior.¹¹³

No entanto, nenhum direito fundamental é absoluto. Não há como sustentar de forma simplista que as ações coletivas passivas são sempre cabíveis, independentemente de previsão legal específica, haja vista a incidência indiscriminada do princípio da inafastabilidade.

Existe outro aspecto, igualmente importante, a ser enfrentado. O exercício da jurisdição configura-se como o exercício de um poder. É o poder do Estado de decidir e resolver definitivamente conflitos sociais. Assim sendo, para que esse poder seja legitimamente exercido, deve ser controlado e limitado por garantias que protejam o jurisdicionado do exercício arbitrário da jurisdição. Esse contrapeso, essa salvaguarda da sociedade, é materializado pelo *princípio do devido processo legal*.¹¹⁴

Nelson Nery Jr. comenta que o princípio constitucional do devido processo legal, incidente sobre todo o processo civil, “[...] é a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam [...]”. Afirma ainda que “[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais[...]”.¹¹⁵

Encarando-se o princípio em questão como um postulado de conteúdo complexo donde derivam outras garantias fundamentais (ampla defesa, contraditório, duração razoável do processo, juiz natural), ou decompondo-o em subprincípios,

¹¹³ Nesse passo, para Diogo Campos Medina Maia, cabe ao Judiciário construir um procedimento que contemple a um só tempo a efetividade da jurisdição e o devido processo legal: “Assim, aplicando-se diretamente os princípios que consagram os direitos e garantias fundamentais de natureza processual, o Poder Judiciário pode construir um modelo de procedimento apto a conjugar os valores estabelecidos pela garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal.” (Ibidem, p. 79).

¹¹⁴ Destacamos que nos limitaremos a analisar os aspectos do devido processo legal apenas em sua seara cível, sem adentrar nas implicações dessa garantia no processo legislativo, administrativo ou penal.

¹¹⁵ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79. Marcelo Lima Guerra faz referência ao fato de que, modernamente, se fala não apenas em devido processo legal, mas em direito a um processo devido. Tal circunstância representa a reafirmação da força normativa e aplicabilidade imediata dessa garantia (GUERRA, *op. cit.*, 2003, p. 99).

como faz a Constituição Federal, é essa norma a referência primária de limitação do exercício abusivo da jurisdição.¹¹⁶

Quando estamos diante da análise da viabilidade do instituto das ações coletivas passivas em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, a colisão entre a universalização da jurisdição pretendida e a limitação advinda do devido processo legal assume viés ainda mais relevante.

Se de um lado não se pode, *a priori*, impedir genericamente a judicialização de uma ação coletiva passiva em razão da falta de autorização normativa expressa, sob pena de ferir de morte o princípio da inafastabilidade, não se pode, na mesma medida, invadir indiscriminadamente a esfera privada dos membros de uma coletividade que não tenham participado diretamente da formação da decisão judicial.¹¹⁷

Saliente-se que quando tratamos de limitação da universalização do acesso à justiça, também nos deparamos com a ausência de normas procedimentais específicas e, portanto, com a incidência direta de princípios. Como não há regras específicas para a limitação do processo coletivo passivo, a mera posituação do princípio do devido processo legal revela-se suficiente para impor limites ao exercício do poder estatal.¹¹⁸

A ação coletiva passiva pressupõe, dentre outras circunstâncias, a de que alguém irá exercer o direito de defesa em nome de toda a coletividade. Através de um ou mais representantes, o devido processo legal e seus consectários imediatos (ampla

¹¹⁶ É pertinente a análise de Antonio do Passo Cabral acerca do papel do contraditório na construção das estabilidades processuais: “Nesse contexto, os atos são produto de condicionamentos que não são ‘escolhidos’ unilateralmente por ninguém, mas conjuntamente por todos. Se os atos processuais voluntários são atos de responsabilidade, em consideração do outro e imersos em ambiente plural e intersubjetivo, as estabilidades processuais, também relacionadas a estas interações, podem ser vistas como produto das condutas de todos os sujeitos do processo. [...] não é um contrato ou um pacto que firma a estabilidade, mas o contraditório, desdobrado em seus direitos e deveres.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 317-318).

¹¹⁷ Eis o quadro delineado por Diogo Campos Medina Maia: “No caso da ação contra a coletividade, reflete-se na maximização da garantia da universalização da tutela jurisdicional em restrição ao direito fundamental de estar presente e defender-se pessoalmente no processo judicial – em outras palavras, até onde o devido processo legal pode ser restringido pela pretensão de ampla tutela jurisdicional.” MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 80.

¹¹⁸ “Embora não descreva quais comportamentos devem ser adotados, a mera instituição de um princípio, portanto, já impõe a adoção daquelas condutas adequadas e indispensáveis à sua promoção. [...] O dever de adoção de comportamentos adequados decorre, portanto, da própria posituação de um princípio.” (AVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n° 163, p. 51).

defesa e contraditório) serão exercidos de forma peculiar em relação ao processo individual. A defesa da posição jurídica não se dará pessoalmente. A vigilância sobre o respeito ao devido processo legal deverá ser feita por um representante.

Veja-se que no processo coletivo ativo, a participação na demanda também não se dá por cada titular do direito. Acontece, de outra forma, por meio de um legitimado previsto em lei. Ocorre que, no Brasil, duas circunstâncias ensejam uma maior dificuldade na demonstração, no processo coletivo passivo, do respeito à cláusula do devido processo legal: i) a ausência de previsão legal de um procedimento específico; ii) a ideia incrustada no microssistema da tutela coletiva de que o processo coletivo não pode prejudicar a esfera individual dos substituídos.

Imaginar que uma decisão judicial seja capaz de prejudicar um indivíduo, membro de um determinado grupo que não tenha participado pessoalmente da demanda coletiva passiva, sem nem mesmo haver procedimento previsto em lei para tanto, gera receios.

Por isso, o equilíbrio entre a abertura da jurisdição proporcionada pela ação coletiva passiva e o devido processo legal está no epicentro do estudo e da própria viabilidade do instituto objeto da presente pesquisa.

Diogo Campos Maia Medina assim arremata:

Em suma, para que se possa colocar em prática a ação coletiva passiva mister se faz adequar todas as possibilidades de promoção da inafastabilidade do controle jurisdicional, não permitindo que conflitos materiais sejam afastados da apreciação pelo Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, é necessário equilibrar as restrições ao devido processo legal, que refletirão, como corolário, no direito de ampla defesa, no contraditório e no princípio do acesso à justiça em seu mais amplo grau de jurisdição. [...] o devido processo legal será a ferramenta que contrabalanceará a necessidade de jurisdicionalizar o conflito não previsto na lei processual, não permitindo seja dado alcance tal a ação coletiva passiva a ponto de gerar intromissão inadequada, desnecessária ou desproporcional na esfera particular das coletividades.¹¹⁹

Posto isso, a admissibilidade e a sobrevivência das ações coletivas passivas sempre conviverão com uma tensão permanente entre os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal. Essa tensão demanda o

¹¹⁹ MAIA, *op. cit.*, 2009, pp.83 e 91.

estudo e a identificação de elementos teóricos que possam dar sustentação ao manejo do processo coletivo passivo. Esse esforço é realizado no terceiro capítulo.

2.8 Colisão entre princípios e justificação de decisões judiciais

A colisão entre princípios e a ponderação de direitos fundamentais é resultado da proteção constitucional simultânea de diversos valores, por vezes, colidentes entre si. Para se tentar resolver o conflito permanente entre o acesso à jurisdição efetiva e a garantia do devido processo legal, Diogo Campos Medina Maia¹²⁰ afirma que “[...] é importante que haja limitações, é preciso que se imponham restrições e sacrifícios de todos os lados”.

Diante do conflito entre a admissibilidade do processo coletivo passivo e a proteção à esfera privada dos que não tenham participado pessoalmente de um processo com aptidão para lhes causar prejuízos, algum ou alguns valores fundamentais deverão ser relativizados.

Essa relativização pode ser racionalizada de variadas formas. Uma delas está calcada nas lições amplamente difundidas de Robert Alexy¹²¹ acerca da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Para Alexy, a proporcionalidade serviria ao sopesamento de normas e direitos fundamentais colidentes, de acordo com as possibilidades jurídicas do caso concreto.¹²²

No caso das ações coletivas passivas, deveria o intérprete sopesar, ante a lacuna normativa infraconstitucional, a proporcionalidade dos sacrifícios necessários ao processamento da demanda, verificando: se ação coletiva passiva tem aptidão para atingir os objetivos pretendidos (adequação); se é o meio menos restritivo aos direitos discutidos (necessidade); e se há proporcionalidade entre o procedimento escolhido e os fins almejados (proporcionalidade em sentido estrito).

¹²⁰ Ibidem, p. 80.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116 e ss. Ressalte-se que o aprofundamento da racionalização teórica de Robert Alexy foge aos objetivos desta pesquisa.

¹²² ALEXY, *op.cit.*, 2011, p. 117.

Nesse ponto, frisamos que o sopesamento não é simples. Dificilmente ferramentas teóricas, por mais estruturadas que possam parecer, conseguem oferecer repostas objetivas e universais a situações jurídicas limítrofes.

É por isso que se torna fundamental destacar a importância da justificação das escolhas adotadas na condução de uma ação coletiva passiva. Para que a ação coletiva passiva seja seriamente cogitada, independentemente do marco teórico escolhido para viabilizar o instituto, deve o magistrado demonstrar as razões que justificam a admissibilidade da demanda coletiva.

A importância da justificação das decisões judiciais já foi amplamente debatida por vários autores. Neil MacCormick¹²³ diz que “[...] subjacente ao objetivo prático da persuasão, existe, ao que [...] parece, uma função de justificação, ou pelo menos de uma justificação ostensiva”.

Não se desconhece que os estudos de MacCormick tiveram como objeto as escolhas do magistrado quanto às soluções previstas no direito material aplicado para os “casos difíceis” e para os “casos fáceis”. No entanto, nada impede que utilizemos

¹²³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 17-18. No Brasil, Luiz Guilherme Marinoni frisa que “A ampliação do poder do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da sua atividade seja feito a partir da compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, das regras do meio idôneo e da menor restrição mediante o seu indispensável complemento, a justificação judicial. Em outros termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela jurisdicional, exige-se dele, por consequência, a adequada justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 121-122). A justificação judicial também foi objeto de preocupação do Novo Código de Processo Civil. Eis o texto enviado a sanção presidencial do §1º do art. 489: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

essa mesma matiz racional para o estudo de um embate predominantemente processual.¹²⁴

Para MacCormick¹²⁵, em linhas gerais, a justificação ou problematização das decisões judiciais deve obedecer aos critérios da consistência, coerência e consequência jurídica. Deve o intérprete preocupar-se com a universalidade de suas decisões (partindo do ordenamento jurídico posto), com a coerência valorativa dos argumentos que ensejaram a adoção de uma determinada escolha, e com as consequências jurídicas da opção adotada.

Esses parâmetros servem para controlar todo o processo de formação da decisão judicial e não apenas o resultado da atividade jurisdicional. Dessa forma, tem-se que “[...]o julgador não pode ser mais convincente em sua conclusão do que em suas premissas”.¹²⁶

Assim, com base nas lições de MacCormick, diante da análise da admissibilidade de uma ação coletiva passiva, deve o magistrado demonstrar, ostensivamente: i) após um exercício de universalização da situação específica em relação a outras situações análogas, que a admissibilidade do processo coletivo passivo, no caso concreto, revela-se consistente quando examinada a partir do ordenamento jurídico posto; ii) a coerência dos argumentos em relação aos fins e valores que fundamentam o sistema, os quais ensejariam, de forma justificada, a adoção de um procedimento não previsto em lei; por fim, iii) as consequências jurídicas do processamento da ação coletiva passiva, tanto para o autor, como para a coletividade-ré.

É de se reconhecer que investigar e demonstrar a presença dos critérios acima mencionados demanda muito mais trabalho do intérprete do que simplesmente aceitar ou rejeitar o processamento de uma ação coletiva.

¹²⁴ As linhas ventiladas na presente pesquisa acerca da teoria de sindicabilidade de decisões judiciais de Neil MacCormick não pretendem enfrentar, profundamente, um tema que é dos mais complexos. Pretendemos apenas chamar atenção para a necessidade de se prestigiar a justificação ostensiva das escolhas adotadas pelos magistrados quando estiverem diante da análise do cabimento de uma ação coletiva passiva.

¹²⁵ Para um maior aprofundamento dos critérios citados, ver MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes; Cláudio Michelon e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

¹²⁶ BRUM, Francisco Valle. **A teoria da decisão judicial entre complexidade, justificação e controle**. Dissertação de mestrado. Centro de Ensino Unificado de Brasília: Brasília, 2014.

Com efeito, independentemente da posição adotada, seja pela admissibilidade ou não das ações coletivas passivas, o exercício da justificação criteriosa e ostensiva dessa análise, de um lado, ameniza a obscuridade das convicções do magistrado, e de outro, permite o controle social das razões que ensejaram a adoção de um ou outro caminho.

3 AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL

3.1 Ações coletivas passivas: uma discussão de *lege lata* ou de *lege ferenda*?

Conforme mencionamos ao longo do presente estudo, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê, expressamente, o cabimento das ações coletivas passivas¹²⁷. O microsistema da tutela coletiva não disciplina a possibilidade de uma coletividade organizada figurar no polo passivo de demandas. O processo coletivo brasileiro foi todo pensado e estruturado em razão da representação ativa de direitos coletivos.

Essa verdadeira lacuna legislativa é bem identificada por Antonio Gidi¹²⁸, quando diz que o “[...] direito brasileiro não prevê nem proíbe expressamente as demandas coletivas passivas”. Nesse passo, o problema que nos propomos a enfrentar é justamente investigar “[...] se, diante do silêncio absoluto da lei, as demandas coletivas passivas são permitidas ou não em nosso ordenamento”.¹²⁹

Antes de adentrarmos no problema central da pesquisa, consideramos necessário, de antemão, situar o cenário que conforma a discussão acerca da admissibilidade das ações coletivas passivas no Brasil.

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que quando falamos em admissibilidade das ações coletivas passivas, nos referimos à admissibilidade do processo coletivo passivo como um todo. Examinar a ação coletiva passiva, implica, a nosso ver, a

¹²⁷ No âmbito do processo do trabalho, existem as seguintes previsões relacionadas às ações coletivas passivas: art. 1º da Lei n. 8.984/1995: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador.”; enunciado nº 406 da súmula de jurisprudência do TST: “AÇÃO RESCISÓRIA. LITISCONSÓRCIO. NECESSÁRIO NO PÓLO PASSIVO E FACULTATIVO NO ATIVO. INEXISTENTE QUANTO AOS SUBSTITUÍDOS PELO SINDICATO (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 82 e 110 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005 I - O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao pólo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao pólo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide. (ex-OJ nº 82 da SBDI-2 - inserida em 13.03.2002) **II - O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário. (ex-OJ nº 110 da SBDI-2 - DJ 29.04.2003)**” (grifo nosso)

¹²⁸ GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 340.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 340-341.

necessidade de analisar a condução dos principais atos processuais que formam o processo coletivo passivo.¹³⁰

Dito isso, destacamos que essa discussão tangencia, sem dúvidas, o campo das reformas legislativas, ou seja, configura-se como uma discussão *de lege ferenda*. Constatada a ausência de tratamento legislativo sobre o tema, é compreensível que o cabimento do processo coletivo passivo seja encarado sob a demanda de uma regulamentação normativa adequada. Desconhecemos posições desfavoráveis à necessidade de tratamento legislativo do tema.¹³¹

Essa abordagem é vista nos diversos projetos de Código de Processos Coletivos apresentados por especialistas ao longo do tempo. Nas principais propostas de regulamentação da tutela coletiva brasileira consta um espaço especialmente dedicado ao processo coletivo passivo.¹³²

Diante dessa crescente expectativa de regulamentação da matéria, foi que a doutrina especializada abordou o assunto, principalmente, sob o viés da necessidade de regulamentação normativa.

Entre os estudiosos, destacamos a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso¹³³ que afirma que “[...] não é de se descartar a positivação *de lege ferenda*, de uma ação coletiva movida em face do ente exponencial afirmadamente representativo de um dado segmento social [...]”.

¹³⁰ Nos parece que essa foi a mesma percepção de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ao nomear um dos capítulos de livro sobre processo coletivo de “Processo Coletivo Passivo” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2013, pp. 435-450).

¹³¹ Salientamos, porém, a ressalva de Márcio Flávio Mafrá Leal acerca da positivação prematura do instituto poder se revelar contraproducente (LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – aspectos políticos, econômicos e jurídicos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual civil coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75).

¹³² O projeto desenvolvido por Antonio Gidi reserva o “Título V” às ações coletivas passivas (GIDI, *op. cit.*, Apêndice, p. 458); o anteprojeto para Ibero-América dispõe sobre o assunto no “Capítulo VI” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, 2013, Anexo II, p. 500); o anteprojeto USP/IBDP regula a matéria no “Capítulo III” (Ibidem, Anexo III, p. 517); o anteprojeto UERJ/UNESA usa a “Parte III” para as ações coletivas passivas (Ibidem, Anexo IV, p. 538).

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.470.

Mesmo os que se limitam a olhar o processo coletivo passivo sob o viés prospectivo, não conseguem driblar o fato de que o tema está na ordem do dia dos operadores do Direito brasileiro.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso¹³⁴ pondera que no contexto social contemporâneo, “[...] registra-se certas ocorrências relevantes [...] a reclamar um elastério no âmbito e na finalidade das ações coletivas, de modo a nelas incluir a modalidade passiva”. Hugo Nigro Mazzilli lembra que a “[...] jurisprudência, contudo, tem feito concessões, admitindo intimação de órgão de classe em lugar de cada um de seus milhares de associados [...], desde que o grupo esteja substituído de forma adequada”.¹³⁵

A jurisprudência brasileira trabalha, com alguma frequência, e há algum tempo, com ações coletivas passivas. Mesmo diante da ausência de previsão legal do processo coletivo passivo e da significativa falta de conhecimento sobre o instituto, não é rara a propositura de ações com o intuito de submeter coletividades inteiras a um único comando judicial.¹³⁶

Na seara de movimentos grevistas no serviço público, o Estado vem combatendo abusos na deflagração de paralisações por meio de ações coletivas passivas. Demandas com o objetivo de controlar esses movimentos são ajuizadas contra categorias de servidores públicos, devidamente representadas por entidades de classe.

Nesses casos, vale ressaltar que nem o Estado, nem os representantes de classe, nem mesmo o juízo processante, parecem se dar conta de estarem diante de uma típica ação coletiva passiva.

Quando do ajuizamento da ação, não há menção expressa ao instituto ou às particularidades do processamento da ação coletiva passiva. O ente estatal direciona a ação contra as entidades de representação profissional, presumindo que isso seja adequado para vincular todos os integrantes da categoria. Os respectivos

¹³⁴ MANCUSO, *op.cit.*, 2007, p. 471.

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

¹³⁶ ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 18, n° 69, 2010, p. 206.

representantes de classe não questionam a (in) existência de previsão legal da possibilidade de representarem passivamente seus substituídos. Conseqüentemente, o juízo competente conduz o processo sem problematizar os principais aspectos do litígio, quais sejam: a legitimidade das entidades de classe para representar, passivamente, a categoria de servidores; e a extensão da coisa julgada coletiva passiva, que na maioria das vezes, é prejudicial aos membros da categoria.

O Superior Tribunal de Justiça, após o deferimento do Mandado de Injunção nº 708-DF pelo Supremo Tribunal Federal, em algumas situações, passou a ser a corte competente para julgar dissídios de greve no âmbito do serviço público.¹³⁷

Em uma demanda específica, o STJ recebeu pleito da União para impedir ou suspender a deflagração de greve e movimentos denominados de “operação-padrão” de Auditores Fiscais da Receita Federal¹³⁸. O ente público federal alegou que com a proximidade da Copa do Mundo de Futebol de 2014, o movimento grevista poderia causar graves prejuízos ao andamento do evento, dentre outras razões, pela alta circulação de turistas estrangeiros em aeroportos.

O tribunal, sem discutir a legitimidade coletiva passiva do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - SINDIFISCO para representar seus substituídos, deferiu a medida liminar pleiteada para determinar:

[...] à entidade requerida que se abstenha de deflagrar o movimento grevista - inclusive na forma de "operação-padrão", "operação-meta-vermelha" ou qualquer outra ação organizada - que, direta ou indiretamente, venha a interferir nas rotinas, condutas e protocolos estabelecidos e normalmente adotados, no âmbito interno e no tratamento ao público, sob pena de multa de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) por dia de descumprimento, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil.

¹³⁷ O STF, ante a inércia do Legislativo em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, deferiu o Mandado de Injunção nº 708/DF. Neste precedente, fixou diversos parâmetros para o exercício do direito de greve no serviço público. Em síntese, determinou a aplicação analógica das Leis nº 7.701/88 e 7.783/89 enquanto o Congresso Nacional não elaborasse legislação específica sobre o tema. No que tange aos parâmetros relacionados à competência constitucional para julgar esses tipos de ações, o tribunal assim se manifestou: “Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. **Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988).** [...]” (grifo nosso) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708-DF. Relator: Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 25/10/2007).

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição nº 10.533 - DF (2014/0136897-4). Relator: Og Fernandes. Órgão Julgador: Primeira Seção. Decisão Monocrática: 09/06/2014.

Algumas inconsistências podem ser observadas na condução da indigitada ação.

A demanda deveria ter sido direcionada a “toda categoria de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil”, e não a uma entidade de classe¹³⁹. Além do fato de a situação coletiva ser titularizada pela coletividade de servidores, e não pelo sindicato, a medida abre a porta para que se questione, indevidamente, se os servidores não filiados estariam abrangidos pela decisão.

Para que a demanda fosse corretamente ajuizada e processada, dever-se-ia colocar o SINDIFISCO, não como réu, mas como representante adequado de toda a categoria de Auditores Fiscais. O pedido, por sua vez, deveria englobar toda a categoria de servidores.

Outro ponto importante a ser destacado é que nenhum dos atores processuais problematizou as circunstâncias acima elencadas. Na prática, mesmo sem os questionamentos pertinentes, a decisão do STJ alcançou todos os servidores potencialmente grevistas.

Em outra ação, também no contexto da iminência da Copa do Mundo de 2014, a União, com vistas a preservar o sistema de segurança do país, pediu ao STJ que impedisse ou suspendesse deflagração de movimentos paredistas de Agentes, Papiloscopistas e Escrivães da Polícia Federal.¹⁴⁰

A demanda foi ajuizada contra entidades sindicais de todo o país¹⁴¹. Claramente, com isso, tentou-se legitimar o alcance nacional da decisão a ser

¹³⁹ O pedido da ação ora direcionava o comando judicial ao réu (entidade sindical), ora aos “Auditores da Receita Federal do Brasil”, genericamente.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição nº 10.484 - DF (2014/0108388-0). Relatora: Assusete Magalhães. Órgão Julgador: Primeira Seção. Decisão Monocrática: 15/05/2014.

¹⁴¹ FENAPEF, Sindicato dos Policiais Federais do Acre – SINPOFAC, Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Alagoas – SINPOFAL, Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Amapá – SINPOFAP, Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Amazonas – SINPEF/AM, Sindicato dos Policiais Federais no Estado da Bahia – SINDIPOL/BA, Sindicato dos Policiais Federais do Ceará – SINPOF/CE, Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, Sindicato dos Policiais Federais no Espírito Santo – SINPEF/ES, Sindicato dos Policiais Federais em Goiás – SINPEFGO, Sindicato dos Servidores da Polícia Federal no Estado do Maranhão, Sindicato dos Policiais Federais em Mato Grosso, Sindicato dos Policiais Federais em Mato Grosso do Sul, Sindicato dos Policiais Federais em Minas Gerais, Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Pará – SINPEF/PA, Sindicato dos Policiais Federais no Estado da Paraíba, Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná, Sindicato dos Policiais Federais de Pernambuco – SINPEF/PE, Sindicato dos Servidores do Departamento de Polícia Federal do Estado do Piauí, Sindicato dos Servidores do Departamento de Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro – SSDPF/RJ, Sindicato dos Servidores do

proferida pelo STJ. O pedido, mais uma vez, foi direcionado às entidades de classe, e não à “categoria de servidores da Polícia Federal”. A decisão liminar, acompanhando o referido direcionamento, determinou que as entidades réas se abstivessem de:

[...] deflagrar o movimento paredista, inclusive na forma de "operação-padrão" ou outra ação organizada que, direta ou indiretamente, venha a interferir nas rotinas, condutas e protocolos estabelecidos e normalmente adotados, no âmbito interno e no tratamento ao público, sob pena de multa de R\$ 200.000,00 por dia de descumprimento, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.

Há de se refletir, novamente, sobre o seguinte ponto: em que pese o esforço da União para listar um número exaustivo de entidades de representação no polo passivo da ação, estariam os servidores não filiados submetidos a decisão inibitória do STJ? Observe-se que essa reflexão é necessária, sobretudo porque a decisão que limita o exercício do direito de greve afeta, negativamente, a esfera individual dos servidores substituídos. Assim, produz efeitos, em tese, incompatíveis com a sistemática de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* que prevalece no microsistema da tutela coletiva brasileira.

Parece-nos que a listagem “exaustiva” de categorias no polo passivo além de desnecessária, poderia trazer prejuízos para a eficiência da demanda. Desnecessária, porque o processamento correto de uma ação coletiva passiva não necessita da relação exaustiva de entidades representativas do grupo. Precisa, na verdade, de representantes adequados.

A preocupação deveria voltar-se à representação adequada dos servidores da Polícia Federal, e não para a quantidade de entidades de classe. Ademais, a lista extensa de representantes dá margem à ponderação de que, se faltou alguma entidade, não estariam seus respectivos substituídos submetidos à decisão judicial.

Departamento de Polícia Federal do Rio Grande do Norte – SINPEFRN, Sindicato dos Policiais Federais do Rio Grande do Sul – SINPEFRS, Sindicato dos Policiais Federais do Estado de Rondônia, Sindicato dos Policiais Federais de Roraima, Sindicato dos Servidores Públicos Cíveis do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo – SINDPOLF/SP, Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Santa Catarina – SINPOFESC, Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Sergipe – SINPEF/SE e Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Tocantins.

Além disso, um verdadeiro tumulto processual poderia ser causado pela manifestação de todas as entidades representativas ao longo do processo, com a apresentação de contestação, juntada de documentos e interposição de recursos.

Por fim, ainda no âmbito do STJ, vale fazer referência a Petição nº 9409 – DF (2012/0172028-3) ajuizada pela União para limitar o exercício do direito de greve de policiais federais e policiais rodoviários federais. Na demanda, coloca-se apenas duas entidades representativas dos servidores federais, fato esse que indica a ausência de critérios precisos na construção de ações dessa natureza.¹⁴²

Outros tribunais brasileiros também processam ações coletivas passivas, inclusive em outras áreas que não a discussão do direito de greve de servidores públicos.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, fez mais do que admitir o processamento de uma ação coletiva passiva. Enfrentou, efetivamente, o tema da legitimidade coletiva passiva de grupos. Pela qualidade dos argumentos, transcrevemos quase a integralidade da extensa ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (*DEFENDANT CLASS ACTION*). ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA TRIMESTRALIDADE (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA.

1. A classe tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda coletiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada, mesmo que não exista previsão normativa explícita. O ativismo judicial permite seja a admissibilidade inferida das garantias constitucionais do acesso à justiça, da vedação do *non liquet*, do *due process of law* e outras, pois não se deve excluir a priori, de lege lata, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em lei [...] (ADA PELLEGRINI GRINOVER, O Processo, São Paulo: Perfil, 2005, pp. 219-221). 2. A procedência da demanda coletiva passiva (*defendant class action*) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em polos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na

¹⁴² Outras ações discutindo o direito de greve de servidores públicos apresentadas junto ao STJ, as quais possuem problemas semelhantes aos que foram comentados: Petição nº 10.532 - DF (2014/0136041-3) – Greve dos servidores da Fundação Nacional das Artes – FUNARTE e da Fundação Biblioteca Nacional – FBN; Medida Cautelar nº 19.770 – DF (2012/0165306-8) – Greve dos Fiscais Federais Agropecuários; Petição nº 9.267 - DF (2012/0132392-8) – Greve dos servidores da justiça eleitoral; Medida Cautelar nº 19.748 - DF (2012/0161543-3) - Greve dos servidores da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; Petição nº 7.939 - DF (2010/0088406-8) – Greve dos servidores da justiça federal em exercício na justiça do trabalho.

demanda geradora do ato objurgado.³ A inexigibilidade da obrigação, por ineficácia do título judicial (sentença ou acórdão) fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição da República, pode ser reconhecida quando a declaração ocorreu [...] em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado) [...] (REsp 803099/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJ 6.3.2006, p. 253). [...] 5. O art. 6º da Lei Estadual nº 3.935/87 é inconstitucional, pois vincula o reajuste de vencimento dos servidores estaduais ao IPC, índice federal de correção monetária. Precedentes do STF (RE 166.581/ES e RE 204.882/ES), inclusive em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI-MC 437/SC, ADI 303/RS, ADI 1064/MS e ADI 464/GO), que têm efeito vinculante, nos termos do art. 28, p.u., da Lei nº 9.868/99 e do § 2º do art. 102 da Constituição da República, com a redação dada pela EC 45/2004. [...] 7. A indicação específica da lei declarada inconstitucional é mero *obiter dictum*, pois quando suprimida não altera o resultado do julgamento. O STF já reconheceu ser cabível reclamação para preservar o efeito vinculante de suas decisões, mesmo quando a norma declarada inconstitucional for diversa (*obiter dictum*), desde que é óbvio as razões da decisão (isto é, a *ratio decidendi*) sejam idênticas (Rcl 4906/PA, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA).⁸ Demanda procedente.¹⁴³

A demanda configurava-se em uma ação declaratória de nulidade que pretendia desconstituir o denominado “precatório da trimestralidade” inscrito em favor dos Procuradores do Estado do Espírito Santo. Esse precatório deriva de previsão contida na Lei Estadual nº 3.935/87 (Lei da Trimestralidade)¹⁴⁴, a qual previa aumento salarial automático de três em três meses aos servidores do Estado do Espírito Santo.

Na ação, os Procuradores do Estado, como classe, foram representados passivamente pela Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo. Como é possível ver na ementa, a questão da legitimidade passiva foi enfrentada de forma profunda, restando consignado, inclusive, que a demanda coletiva passiva “[...] afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório”.¹⁴⁵

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 100070019698. Relator: Samuel Meira Brasil Júnior. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 12/06/2008.

¹⁴⁴ O STF reconheceu, posteriormente, a inconstitucionalidade da vinculação de reajustes promovida pela referida lei.

¹⁴⁵ Em outra ação, agora envolvendo a demarcação de terras, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em *obiter dictum*, manifestou-se no sentido de que a legitimidade passiva para fins possessórios seria do representante dos ocupantes do terreno, e não de dos indivíduos apontados na ação. Eis a ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 030080046078 EMBARGANTE: IVO BORTOLOTTI EMBARGADO: EDNA FERREIRA LEITE E OUTRO RELATOR: DES. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON ACÓRDÃO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO. AÇÃO DE DEMARCAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC RECONHECIDOS, TAIS COMO: AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE A CONVERSÃO DA DEMARCATÓRIA EM POSSESSÓRIA E AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE A ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS APELADOS. VÍCIOS SANADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Eventual questão possessória, no presente,

No entanto, há de se ressaltar que a decisão do tribunal faz referência apenas aos associados da entidade representativa da classe. Isso significa dizer que, a princípio, não estariam alcançados pela decisão os Procuradores do Estado que não tivessem ligação com a instituição de classe.

O mesmo TJ/ES, corte aparentemente familiarizada com o processo coletivo passivo, em outro litígio, procedendo ao controle judicial da atuação do representante do grupo, extinguiu uma ação coletiva passiva por não reconhecer representatividade da instituição indicada pelo autor. Essa é a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 0009223-52.2013.8.08.0024
 AGRAVANTE: ASSOCIAÇÃO DE UROLOGIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO LTDA AGRAVADO: SMS ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA RELATOR: DES. WILLIAN SILVA. ACÓRDÃO EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CLASS ACTION. REPRESENTIVIDADE ADEQUADA. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. AGRAVO PROVIDO. 1) Trata-se, em tese, de ação coletiva passiva, eis que a agravada deseja colocar no polo passivo da demanda a classe de urologistas. 2) Por essa razão, é imperioso que haja um maior cuidado por parte do julgador no momento de realizar a identificação de quem detém a representatividade adequada para assumir o pólo passivo da demanda. Quer dizer, tal tarefa consiste em verificar se o representante posto no pólo passivo possui condições de defender adequadamente os interesses dos membros daquela classe. 3) A instituição carece de representatividade adequada, pois em momento algum o contrato social faz menção à defesa dos interesses da classe de urologistas. Trata-se, em verdade, de associação para a prestação de serviços médicos, não havendo, portanto, qualquer legitimidade para representar os urologistas em juízo. 3) Agravo provido. VISTOS, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas. ACORDA a Egrégia Terceira Câmara

foge aos limites da lide impostos pelo próprio autor, sendo vedado ao Judiciário julgar a lide fora dos limites dos pedidos, ao menos nesta fase, já que isso configuraria um julgamento *extra petita*. 2. Ad *argumentandum tantum*, a posse dos autores, em momento algum, foi devidamente comprovada, já que a instrução levou à conclusão de que a comunidade utilizava o local de forma coletiva, não havendo um possuidor específico, a gerar o direito possessório exclusivo para este. 3. **Sobre a ilegitimidade passiva dos réus, esta é uma questão relevante somente para fins possessórios, já que, nos termos expostos, como a coletividade exerce posse sobre o local, em razão de ser uma área de uso comum, e, por isso, o ocupante ideal do pólo passivo seria o representante de todas as pessoas ali residentes (como a Associação de Moradores, por exemplo) e não somente os requeridos, ora apelados.** 4. Não sendo os autores titulares da posse do local, isso levaria à improcedência da demanda possessória, entretanto, como a emenda da inicial antes ventilada não ocorreu, não há como fugir do fato que esta ação permaneceu apenas com o pedido demarcatório, o qual foi feito por parte ilegítima ativa - já que, no caso, ausente a prova da propriedade, essencial em ações que tais - nos termos expostos no voto condutor do acórdão, o qual está mantido, em seus legítimos termos, nesta fase. 5. Recurso conhecido e provido. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer do presente recurso para dar-lhe provimento, nos termos do voto proferido pelo E. Relator. Mantidos os demais termos do acórdão atacado (grifo nosso) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Embargos de Declaração na Apelação nº 30080046078, Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Órgão julgador: Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/09/2012).

Cível, à unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Relator.¹⁴⁶

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu o processamento de uma ação rescisória ajuizada pela AES-SUL Distribuidora Gaúcha de Energia S.A. contra o Ministério Público estadual. A demanda constitui-se como típica ação coletiva passiva derivada, haja vista ter como objetivo a desconstituição de julgado formado em uma ação coletiva ativa.¹⁴⁷

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a legitimidade de entidade sindical para figurar no polo passivo de ação rescisória. A ação foi ajuizada para desconstituir acórdão consolidado em demanda na qual o sindicato atuou no polo ativo de processo coletivo, na qualidade de substituto processual. O tribunal assim se manifestou acerca dessa legitimidade:

1. Consoante já se decidiu, quando se atribui à entidade sindical a tutela dos direitos e interesses de determinada categoria profissional ou econômica, passíveis de tutela por meio de ação coletiva, sua posição jurídica é, sempre, de substituto processual (CPC, art. 6º). Sendo assim, a entidade é parte no processo, tanto no pólo ativo (direito de ação), quanto no pólo passivo (na defesa da categoria). 2. Em sede de ação rescisória, devem figurar como partes as mesmas que integraram a ação originária, invertidos os pólos da relação processual. 3. Se o SINICON atuou na ação originária como substituto processual, é ele quem deve figurar no pólo passivo da ação rescisória e não as empresas que ele representa.¹⁴⁸

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 24139005359. Relator: Wllian Silva. Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Data de Julgamento: 22/10/2013.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Rescisória nº 70013292040, Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. Órgão julgador: Primeiro Grupo Cível. Data de Julgamento: 04/08/2006.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Rescisória, 0078760-95.2000.4.01.0000. Relator: NÉVITON GUEDES. Órgão julgador: Terceira seção. Data de Julgamento: 10/12/2014. Em outro caso de ação rescisória derivada de demanda coletiva ativa, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento a demanda ajuizada pela União que pedia a desconstituição de acórdão proferido em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo e pelo Ministério Público Federal. O litígio discutia, em síntese, a devolução de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório incidente sobre aquisição de automóveis. No polo passivo, atuaram como réus, na defesa da decisão rescindenda, os respectivos autores da ação civil pública (MP/ES e MPF). BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Ação Rescisória nº 0002937-44.2007.4.02.0000. Relatora: Lana Regueira. Órgão julgador: Segunda Seção Especializada. Data de Julgamento: 15/12/2011. Em sentido diametralmente oposto, o STJ, ao contrário do que faz nas ações de dissídio de greve, rejeitou o processamento de uma ação coletiva passiva derivada, consignando que o sindicato réu não teria legitimidade passiva para representar os interesses de seus substituídos. Tratava-se de uma ação declaratória incidental ajuizada pela Fundação Sistel de Seguridade Social contra o Sindicato de Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações – SINTEL. A demanda adveio de uma ação condenatória promovida pela entidade de classe contra à referida fundação. Na oportunidade, o STJ desenvolveu uma interessante discussão sobre o instituto das ações coletivas passivas. A conclusão, da qual discordamos, foi a de que o estado atual da legislação brasileira, sobretudo quanto ao sistema de coisa julgada coletiva, não permite a apresentação de ação coletiva passiva incidental. Essa é a ementa do julgado: PROCESSO CIVIL.

Por fim, é pertinente mencionar decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível nº 2010.50.01.004796-8¹⁴⁹. O caso é interessante, tendo em vista as nuances enfrentadas pelo TRF da 2ª Região.

Na ocasião, o tribunal apreciou uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Sindicato da Indústria de Rochas Ornamentais Cal e Calcários do Estado do Espírito Santo – SINDIROCHAS. A ação tinha como pedido medida para que o sindicato se abstinhasse “[...] de promover a saída de mercadoria e de veículos de carga de seus estabelecimentos comerciais, ou de estabelecimentos de terceiros contratados a qualquer título, com excesso de peso[...]”.

A corte não aceitou o processamento da ação, pois concluiu que a legitimidade coletiva passiva, ante a ausência de previsão legal expressa, só poderia ser aceita em casos excepcionais, tais como nas ações coletivas passivas derivadas e nas ações de dissídio de greve.

Entretanto, é de se destacar uma passagem do voto vencedor que critica abertamente o fato de a petição inicial direcionar o pedido ao representante das empresas, sem fazer nenhuma referência à coletividade substituída pelo legitimado passivo:

Ademais, o pedido formulado na petição inicial é totalmente equivocado e não tem a repercussão desejada. [...] Em vez de formular pedido em face do Sindicato, para atingir os substituídos processualmente, para que estes não

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL. APRESENTAÇÃO, PELO RÉU, DE PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL, EM FACE DO SINDICATO-AUTOR. OBJETIVO DE ATRIBUIR EFICÁCIA DE COISA JULGADA À DECISÃO QUANTO À EXTENSÃO DOS EFEITOS DE CLÁUSULA DE QUITAÇÃO CONTIDA EM TRANSAÇÃO ASSINADA COM OS TRABALHADORES. INADMISSIBILIDADE DA MEDIDA, EM AÇÕES COLETIVAS. - Nas ações coletivas, a lei atribui a algumas entidades poderes para representar ativamente um grupo definido ou indefinido de pessoas, na tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A disciplina quanto à coisa julgada, em cada uma dessas hipóteses, modifica-se. - A atribuição de legitimidade ativa não implica, automaticamente, legitimidade passiva dessas entidades para figurarem, como rés, em ações coletivas, salvo hipóteses excepcionais. - Todos os projetos de Códigos de Processo Civil Coletivo regulam hipóteses de ações coletivas passivas, conferindo legitimidade a associações para representação da coletividade, como rés. Nas hipóteses de direitos individuais homogêneos, contudo, não há consenso. - Pelo panorama legislativo atual, a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é incompatível com o pedido de declaração incidental formulado pelo réu, em face do sindicato-autor. A pretensão a que se declare a extensão dos efeitos de cláusula contratual, com eficácia de coisa julgada, implicaria, por via transversa, burlar a norma do art. 103, III, do CDC. Recurso improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051302/DF. Relatora: NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de Julgamento: 23/03/2010).

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 2010.50.01.004796-8. Relator: Reis Friede. Órgão Julgador: Sétima Turma Especializada. Data de julgamento: 30/03/2011.

promovam as condutas reprováveis, postulou diretamente contra o réu (SINDIROCHA) para que este não promovesse “a saída de mercadoria e de veículos de carga de seus estabelecimentos comerciais, ou de estabelecimentos de terceiros contratados a qualquer título”, como se os estabelecimentos fossem do próprio sindicato ou de terceiros que contratassem com este, assumindo, na verdade, uma legitimação passiva individual e desconexa com a causa de pedir, referente a irregularidades que envolveriam integrantes da categoria.

Destaca-se a nebulosidade da expressão “formular pedido em face do Sindicato, para atingir os substituídos processualmente” utilizada pelo magistrado. Percebe-se um verdadeiro contorcionismo interpretativo para tentar justificar os efeitos *erga omnes* de eventual decisão judicial.

Observamos uma verdadeira confusão na propositura da referida ação. Como já se disse, a coletividade é a verdadeira titular da situação jurídica passiva, devendo o pedido ser feito em razão de alguma conduta relacionada ao comportamento do grupo. Inconsistências como esta, sem dúvidas, dificultam a aceitação do processo coletivo passivo pelo Judiciário.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Vale ressaltar que o voto do relator era no sentido da admissibilidade da ação coletiva passiva. O Desembargador Federal Reis Friede articulou diversos argumentos que dão respaldo ao processo coletivo passivo: “Parte da doutrina brasileira afirma que o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor apenas autoriza a legitimação ativa dos entes ali listados, o que não poderiam figurar como réus em ação coletiva. Os argumentos levantados são basicamente três. Primeiro, falta de previsão legal. Segundo, o problema da identificação do representante adequado, uma vez que não há identificação legislativa expressa neste sentido. Terceiro, o regramento da coisa julgada coletiva, que não poderia prejudicar os direitos individuais, tendo em vista o regime da extensão *in utilibus* da coisa julgada. Por outro lado, os que entendem pela possibilidade, vão afirmar que a inexistência de texto legal expresso que confira a legitimação coletiva passiva não parece ser um obstáculo intransponível, pois a legitimação extraordinária não precisa vir expressa no texto legal, bastando que se retire do sistema jurídico. A partir do momento em que não se proíbe, por exemplo, o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu de ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva. Ademais, o cerne da argumentação contrária está na compreensão da palavra “defesa”, que se encontra no art. 82, do CDC, que supostamente indicaria apenas o pólo ativo das demandas judiciais; não há qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que “defesa” significa “defesa no pólo ativo”, excluindo-se “defesa no pólo passivo”. [...] Por outro lado, também não haveria problema em relação à identificação do legitimado coletivo passivo. A solução da questão passa, sobretudo, pela resposta que se dê ao tema controle judicial da legitimação coletiva. Como se defende a juridicidade de tal controle, não há problema na identificação do legitimado coletivo: a princípio, qualquer um dos colegitimados previstos na lei pode atuar no pólo passivo, cabendo ao magistrado, no caso concreto, a verificação do “representante adequada”. Nos casos de demanda coletivas passivas incidentes a outras ações coletivas (ação cautelar, embargos à execução etc), a identificação do legitimado passivo torna-se mais fácil: será a entidade que promoveu a demanda originária. Já em relação ao problema da coisa julgada, quando se tratar de bens jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos e coletivos, o regime da coisa julgada é *erga omnes*, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no pólo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no pólo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias para afastar

Como é possível perceber, não há como ignorar a circunstância de que o processo coletivo passivo é ferramenta utilizada pelas cortes brasileiras. Seja na justiça estadual, seja na justiça federal, em várias instâncias, são muitos os casos de ações coletivas passivas analisadas.¹⁵¹

Isso mostra que o tema demanda um estudo também *de lege lata*. Muito embora seja necessária uma regulamentação legislativa sobre o instituto, o processo coletivo passivo revela-se como uma realidade na jurisprudência pátria.

a eficácia da sentença em sua esfera individual. *Mutatis Mutandis* é o mesmo tratamento da coisa julgada *secundum eventum litis* para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no pólo ativo. Ademais, pelo estatuto social da Parte Ré – art.3º, b (fl.277) – está entre os seus objetivos ‘DEFENDER OS DIREITOS DAS EMPRESAS ASSOCIADAS OU NÃO, EM QUALQUER ESFERA DO PODER PÚBLICO’, o que demonstra perfeitamente a sua legitimidade.”. No entanto, o que acabou prevalecendo foi o posicionamento consignado na ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO EM FACE DO SINDICATO DA CATEGORIA. LEGITIMAÇÃO PASSIVA COLETIVA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO DISCIPLINADORA. GENERALIZAÇÃO INDEVIDA. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. 1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do SINDIROCHA, na qualidade de substituto processual das empresas associadas, para que este se abstenha (obrigação de não-fazer) de promover a saída de mercadoria e de veículos de carga de seus estabelecimentos comerciais, ou de estabelecimentos de terceiros contratados a qualquer título, com excesso de peso, em desacordo com a legislação de trânsito e as especificações do veículo. 2. A ação coletiva passiva (*defendant class action*), com legitimação passiva de igual natureza, não tem previsão expressa em nosso direito, a despeito de ter defensores de sua aplicabilidade imediata. 4. Nos Estados Unidos da América, onde existe legislação na qual há referência sobre sua admissibilidade (*Rule 23*), não têm sido usual a certificação judicial (sua admissibilidade pelo juiz) de uma ação com legitimação passiva coletiva, como aponta a doutrina, em face da cautela judicial em aceitar demanda na qual a classe não se encontra adequadamente representada. 5. Inexiste na legislação uma delimitação quanto às exigências para se aceitar a representação adequada do grupo social tutelado no pólo passivo, com o risco de causar uma violação a direito amparado constitucionalmente, do devido processo legal e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). 6. Apenas em situações excepcionais admitir-se-ia tal legitimação, em função da ação ter vínculo de acessoriedade com outra demanda coletiva (p.ex., embargos à execução, de terceiros ou rescisória) ou em virtude da participação do ente coletivo no ato impugnado, sendo exemplo aceito na jurisprudência a ação em face de sindicato decorrente de movimento grevista (cf. AgRg na Pet 7933 / DF, 1ª Seção, rel. Min. CASTRO MEIRA, Dje 16/08/2010). 7. Não parece possível, todavia, generalizar a legitimação sem delimitação legislativa sobre os poderes judiciais de aferição da representatividade adequada do ente coletivo, sob pena de se violar o direito de defesa individual. 8. É matéria de ordem pública, passível de cognição *ex officio* e inserida na profundidade do efeito devolutivo do apelo. 9. Apelação parcialmente provida.

¹⁵¹ Outros tantos exemplos de ações coletivas passivas processadas são citados em ZUFELATO, *op. cit.*, 2010, pp. 204-206.

Após uma pesquisa entre os doutrinadores que tratam do assunto¹⁵², constatamos que pouco se enfrenta, sob a perspectiva aqui demonstrada, o problema atinente à admissibilidade *de lege lata* das ações coletivas passivas no Brasil.¹⁵³

A título de reflexão, pensamos que nada adianta afirmar que a ação coletiva passiva só é admissível *de lege ferenda*, e reconhecer, a um só tempo, que a jurisprudência brasileira já vem atuando nesse tipo de demanda¹⁵⁴. Não conseguimos enxergar outra moldura para essa discussão, que não a seguinte: ou as ações coletivas passivas são admitidas pelo ordenamento jurídico posto, ou a complacência da jurisprudência com esse procedimento revela-se ilegal.

Destarte, a análise que se seguirá, abordará, essencialmente, o estudo da legalidade e dos limites na condução atual das ações coletivas passivas pelos tribunais.

Consideramos que, no Brasil, a discussão sobre as ações coletivas passivas deve se desenvolver *de lege ferenda* e *de lege lata*.¹⁵⁵

3.2 Posições desfavoráveis à admissibilidade de *lege lata* das ações coletivas passivas e principais obstáculos apontados

Nesse item, consolidaremos as principais posições doutrinárias contrárias ao processamento das ações coletivas passivas no Brasil.

Marcelo Abelha¹⁵⁶ defende ser impossível “[...] inferir que o sistema processual coletivo pretendeu outorgar a legitimidade concorrente dos entes também para a representação adequada sob o ponto de vista passivo da demanda”.

¹⁵² “O processo coletivo passivo é um dos temas menos versados nos estudos sobre a tutela jurisdicional. Os ensaios e livros publicados costumam restringir a abordagem à análise da legitimidade e da coisa julgada, alvos eternos dos estudiosos do direito processual coletivo. Pouco se fala sobre outros aspectos do processo coletivo, como a competência e a liquidação, assim como nada se diz sobre os aspectos substanciais da tutela jurisdicional coletiva passiva.” (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *op. cit.*, 2013, p. 435).

¹⁵³ Uma notável exceção é a pesquisa desenvolvida por Diogo Campos Medina Maia.

¹⁵⁴ Nesse sentido, Pedro Dinamarco, Hugo Nigro Mazzili e Rodolfo de Camargo Mancuso.

¹⁵⁵ Ricardo de Barros Leonel destaca que “[...] o debate a respeito desse tema ganhou corpo, e a tese do cabimento vem recebendo o apoio de boa parte da doutrina. Esta vem sustentando a viabilidade de ajuizamento das denominadas ações coletivas passivas (*defendant class actions*) com argumentos ponderáveis, aduzindo, inclusive, que são fenômenos já existentes, independentemente de expressa previsão legal.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205).

¹⁵⁶ ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 76.

O autor afirma que a legitimidade prevista no art. 103 do CDC existe em razão da coisa julgada e que essa mesma coisa julgada é limitada pela lei ao “pedido formulado” na ação. Assim, crê o professor que a “[...] posição legitimante seja apenas para ocupar o polo ativo da demanda”.¹⁵⁷

Hugo Nigro Mazzili¹⁵⁸ sustenta que “[...] no que diz respeito ao polo passivo da relação processual, ainda hoje a lei não autoriza, em regra, a substituição processual dos indivíduos transindividualmente considerados”. Para o autor, a regra geral é a de que as ações coletivas passivas não são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

O motivo dessa inadmissibilidade seria porque a “[...] substituição processual é matéria de direito escrito, e a lei só lhes (entes estatais e associações) conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo”¹⁵⁹. Como direito escrito, o autor faz referência ao quanto disposto no art. 6º do CPC que dispõe que ninguém “[...] poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.¹⁶⁰

Com efeito, em que pese o especialista se apresentar contrário à admissibilidade, *de lege lata*, do processo coletivo passivo, curiosamente, faz referência a tantas exceções, que sua posição deixa pouco espaço para as situações que se encaixariam na regra geral.¹⁶¹

¹⁵⁷ Ibidem, p. 76.

¹⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 403.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 401.

¹⁶⁰ MAZZILLI, *op.cit.*, 2013, p. 401.

¹⁶¹ O autor, muito embora pontue que essa “[...]proibição sistêmica decorre do estágio atual de nosso Direito, que não admite a substituição do grupo lesado no polo passivo, salvo raras situações processuais[...]” e que a impossibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental pelo réu em processo coletivo se encaixa nessa proibição, descreve, extensivamente, situações as quais considera exceções à inadmissibilidade *de lege lata* das ações coletivas passivas: “Por exceção, nos embargos do executado, nos embargos de terceiros, na ação rescisória ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta, será possível que os colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC ocupem o polo passivo nessas ações. [...] Embora a regra seja, pois, a de que os colegitimados à ação civil pública ou coletiva só podem substituir processualmente a coletividade lesada no polo ativo, a verdade é que, por exceção, em algumas hipóteses o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, os órgãos da administração indireta, as associações civis etc. podem acabar no polo passivo da relação processual enquanto defendem o grupo lesado. Assim, tomemos, p. ex. uma execução de compromisso de ajustamento de conduta: se o executado apresentar embargos à execução, o exequente passará a figurar como embargado, ou seja, estaria no polo passivo da ação de embargos, por meio da qual o executado quer desconstituir o título executivo. Um outro exemplo: quem não foi parte no processo coletivo pode sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (penhora, arresto, sequestro etc.); nesse caso, poderá ajuizar embargos de terceiro, e as partes no processo principal (de

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶² pontua que no “[...] direito posto não há como se excogitar, por analogia ou uma outra interpretação extensiva, de legitimação passiva das entidades e órgãos que hoje têm o poder de agir (e não de resistir) [...]”. Isto porque, a legitimação extraordinária “[...] é excepcional, e portanto, não pode ser presumida, devendo constar às expressas numa norma de regência, conforme exige o art. 6º do CPC”.

Pedro Dinamarco¹⁶³ em estudo sobre as ações coletivas passivas no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América reafirma sua posição contrária à admissibilidade, *de lege lata*, das ações coletivas passivas.

Os motivos consignados por Dinamarco são a incompatibilidade desse tipo de demanda com a sistemática brasileira da coisa julgada *in utilibus* e, principalmente, a falta de autorização legal específica para que haja defesa de direito alheio em nome próprio.¹⁶⁴

conhecimento ou de execução) serão réus na ação de embargos. Outra hipótese: o empregador pode propor ação coletiva contra os grevistas para discutir a procedência de suas reivindicações. Mais um último exemplo. Suponhamos tenha advindo coisa julgada *erga omnes* em ação civil pública. Nada impede que, dentro do prazo da lei, o réu proponha ação rescisória, visando a desconstituir a coisa julgada; a coletividade, então, será substituída processualmente no polo passivo da ação rescisória, pelo mesmo substituto processual que o acionara na ação anterior, ou pelo Ministério Público, parte pro populo, na falta daquele.” O processualista ainda lembra que “[...] o sistema processual vigente já admite, ocasionalmente, que se forme título executivo *erga omnes* contra a coletividade, abstratamente considerada como na própria ação civil pública ou na ação popular julgadas improcedentes por qualquer motivo que não a mera falta de provas, bem como na ação de usucapião de bens imóveis ou na ação de anulação de título ao portador, julgadas procedentes, nas quais o Ministério Público é citado ou comparece como parte *pro pupolo*; em outros exemplos, prevê-se a citação de pessoas incertas ou desconhecidas. Também há a possibilidade de serem citados por edital centenas ou até milhares de beneficiários de atos impugnados em ações civis públicas. Mas a rigor, em todas essas hipóteses, ainda que tenhamos possíveis interessados incertos, não teríamos propriamente réus incertos no polo passivo” (MAZZILLI, *op. cit.*, 2013, pp. 405-406). Diogo Campos Medina Maia também identifica essa aparente contradição (MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 70).

¹⁶² MANCUSO, *op. cit.*, 2007, p. 470.

¹⁶³ “Específicamente em lo que atañe a las acciones colectivas pasivas, el derecho brasileño no contiene ninguna norma que autorice el enjuiciamiento de acciones colectivas pasivas. Al contrario. A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia no hayan llegado a una conclusión segura, sostuve su inadmisibilidad por ausencia de previsión legal y principalmente a partir de una interpretación sistemática, en la medida que sería incompatible con el régimen vigente de la cosa juzgada *in utilibus*.” (DINAMARCO, Pedro. **Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica**. In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Mexico: Porrúa, 2003, p. 132).

¹⁶⁴ Além dos autores citados, destacamos a posição de Arruda Alvim: “A expressão defesa, neste dispositivo e em todo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tem predominantemente – senão de forma absoluta – o significado de agir ativamente e não, como poderia parecer, o de ser o consumidor (ou, os que estão por ele legitimados) réus da ação. Há de se descartar, portanto, que a expressão ‘defesa’ possa ser utilizada para designar os que se encontrem passivamente no processo. [...] É quase inimaginável – no sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Por fim, cumpre destacar a posição de Antonio Gidi¹⁶⁵ quando pontua que o “[...] ideal, portanto, seria uma reforma legislativa que não somente autorizasse a demanda coletiva passiva, como delimitasse os seus contornos e o seu procedimento”. Gidi destaca que o principal obstáculo para a aceitação das ações coletivas passivas, não é a ausência de previsão legal, mas sim a falta de um procedimento compatível com as necessidades das demandas coletivas passivas.¹⁶⁶

De uma forma geral, percebemos que os principais argumentos apresentados no sentido da inadmissibilidade das ações coletivas passivas são os seguintes: i) ausência de previsão legal da legitimidade coletiva passiva; ii) incompatibilidade com o procedimento brasileiro da tutela coletiva (sobretudo o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis/in utilibus* e o sistema *ope legis* de aferição da legitimidade coletiva); iii) conflito com a disciplina restritiva de substituição processual prevista no art. 6º do CPC.

Esses e outros argumentos serão enfrentados mais adiante.

3.3 Posições favoráveis à admissibilidade de *lege lata* das ações coletivas passivas

Nesse ponto, seguindo a sistemática do item anterior, condensaremos as principais posições doutrinárias favoráveis à admissibilidade, *de lege lata*, das ações coletivas passivas.

No Brasil, Diogo Campos Medina Maia realizou o estudo mais completo sobre as ações coletivas passivas. O autor enfrenta, efetivamente, a difícil questão relacionada à admissibilidade desse tipo de demanda pelo ordenamento jurídico

– que os consumidores, enquanto componentes de um grupo, categoria, ou classe, e, mais acentuadamente ainda, enquanto coletividade, possam ser diretamente acionados como réu. [...] O que nos parece é que é inviável interpretar a expressão ‘defesa’, tal como utilizada no art. 81, *caput*, e, bem assim, no parágrafo único desse mesmo art. 81, como ensejadora da possibilidade de que, os representantes referidos no art. 82, possam, em tendo proposto ação coletiva, via a ser réus de ação viesse a ser promovida por aquele ou aqueles que são réus da ação coletiva” (ALVIM, Arruda [et alii]. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp.345–347).

¹⁶⁵ GIDI, *op.cit.*, 2008, p. 346.

¹⁶⁶ O autor, revisitando sua posição eminentemente contrária à admissibilidade do instituto exposta no livro “Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas”, aprofunda a sua análise para reconhecer a possibilidade das demandas coletivas passivas caso haja “[...] um intenso esforço criativo da doutrina e da jurisprudência, para adaptar o sistema processual coletivo vigente às suas necessidade e particularidades”. (Ibidem, p. 345).

brasileiro. Sua posição centra-se na busca dos “[...] elementos que viabilizam o procedimento da ação contra a coletividade”.¹⁶⁷

Diogo Maia parte do que chama de “questão minimalista” para justificar a legitimidade das ações coletivas passivas, qual seja, a preservação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Afirma que sempre que:

[...] a tutela de um direito ficar completamente excluída do controle jurisdicional e a única alternativa para o acesso eficaz ao Poder Judiciário seja a inclusão do grupo, como ente autônomo, no polo passivo da relação jurídica processual, deve-lhe ser conferida legitimidade para defender os interesses e direitos da coletividade que representa em juízo.¹⁶⁸

No que tange à legitimidade passiva dos grupos, após um esforço de “ponderação normativa”, rejeita a aceitação, *de lege lata*, do controle da representatividade adequada como instrumento de legitimação das ações coletivas passivas¹⁶⁹. Evitando o reconhecimento genérico e indiscriminado dessa legitimidade, opta por elencar hipóteses concretas em que os grupos podem figurar no polo passivo de ações coletivas (representação sindical; ações coletivas passivas incidentes; associações legalmente constituídas; associações de fato). Tais hipóteses são denominadas de *situações legitimantes*.

Ademais, com relação à máxima de que a substituição processual depende de expressa previsão legal, restrição prevista na parte final do art. 6º do CPC, posiciona-se da seguinte forma:

[...] conferir ao dispositivo legal interpretação restritiva limitando as hipóteses de substituição processual à disposição *expressa* de lei resultará, em determinadas hipóteses, em impedimento de acesso ao Poder Judiciário. Tal restrição de acesso à Jurisdição viola o núcleo essencial do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), devendo-se evitar qualquer interpretação nesse sentido.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MAIA, *op.cit.*, 2009, p. 107.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 117. O autor afirma ainda que esta “[...] é a essência justificadora das hipóteses não previstas expressamente na lei, devendo a ser conjugada com as circunstâncias do caso concreto, para permitir a legitimação de entes não previamente legitimados para responder como réus, no lugar de seus membros, no processo coletivo”.

¹⁶⁹ O autor utiliza as técnicas de ponderação inspiradas no estudo de Alexy para chegar à conclusão de que “[...] pode-se observar que a representatividade adequada, *per se*, impõe sacrifícios desproporcionais aos benefícios oferecidos, razão pela qual, não defendemos sua aplicabilidade, senão *de lege ferenda*, acompanhada de garantias que proporcionem o equilíbrio necessário ao sistema processual.” (MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 116).

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.73. Sobre a interpretação do art. 6º do CPC, José Carlos Barbosa Moreira considera que a exceção legal mencionada no referido dispositivo não precisa ser expressa, sendo possível inferir-se do sistema legal. Em suas palavras, fica clara a influência exercida pelo sistema italiano na formação do processo civil brasileiro: “O direito brasileiro, à semelhança do italiano, consagra o

Ada Pellegrini Grinover¹⁷¹ defende que “[...] parece ser incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas passivas permite, *de lege lata*, que a classe figure no polo passivo da ação”. A professora busca no microsistema da tutela coletiva o arcabouço legal necessário à aceitação das ações coletivas passivas. Parte de uma análise abrangente de alguns dispositivos legais para concluir que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o pedido intentado contra a classe.

A previsão contida no §2º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública que permite ao Poder Público e a outras associações legitimadas “[...] habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”, pelo fato de ensejar a intervenção em ambos polos da demanda, implicitamente, autorizaria o ajuizamento da ação “[...] pela classe ou contra ela”¹⁷². Ada Grinover cita, ainda, o art. 107 do CDC que prevê a possibilidade de celebração de “convenção coletiva de consumo” entre entidades de consumidores e fornecedores. A processualista ressalta que caso a convenção firmada não seja devidamente cumprida, originar-se-á uma demanda duplamente coletiva com vistas a fazer valer os termos do ajuste.¹⁷³

Por fim, ressalta que o art. 83 do CDC assegura que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. As ações coletivas passivas estariam incluídas na noção abrangente do dispositivo.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. afirmam que a “[...] a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça”. Ponderam que não “[...] admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito”. Consideram que negar “[...] a

princípio da coincidência entre a legitimação para a causa e a afirmada titularidade da relação jurídica material discutida no processo. Tal é a regra que enuncia o art. 6º do Código de Processo Civil de 1973, em termos correspondentes à tradução quase literal do art. 81 do *Código di Procedura Civile* peninsular: ‘Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam expressas, podendo, no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111).

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, ano 98, volume 361, maio/jun., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8.

¹⁷² GRINOVER, *op. cit.*, maio/jun., 2002, p.7.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 8.

possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade”, pois na “sociedade de massas, há conflitos de massa e conflitos entre massas”.¹⁷⁴

Os professores consideram que a ausência de previsão legal expressa não se configura como um obstáculo intransponível para as ações coletivas passivas, pois é possível retirar do sistema jurídico os fundamentos necessários da legitimação extraordinária.

Vale destacar, por fim, a posição de Camilo Zufelato¹⁷⁵, que é categórico ao dizer que por diversas razões, “[...] somadas ao fato de que existem inúmeras ações coletivas passivas ajuizadas no país, parece incontestável que o sistema coletivo nacional permite, *de lege lata*, que a classe figure no polo passivo da demanda”.

O autor, além de reproduzir o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, destaca como embasamento jurídico para as ações coletivas passivas no Brasil, o fato de já existirem diversas demandas ajuizadas.¹⁷⁶

3.4 A admissibilidade *de lege lata* das ações coletivas passivas

O problema da admissibilidade do processo coletivo passivo no Brasil envolve questões que vão muito além da simples previsão legal das ações coletivas passivas. Infelizmente, a discussão sobre esse delicado tema, sempre esteve ancorada na expectativa de uma iminente regulamentação normativa.

Tendo no horizonte projetos de codificação da tutela coletiva e propostas de alteração do microssistema em vigor¹⁷⁷, o estudo das ações coletivas passivas foi conduzido por um viés excessivamente prospectivo.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes, *op.cit.*, 2013, p. 449.

¹⁷⁵ ZUFELATO, *op. cit.*, 2010, p. 206.

¹⁷⁶ Outros autores favoráveis à admissibilidade, *de lege lata*, das ações coletivas passivas: VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva, fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 93-101; Ricardo de Barros Leonel, alterando posicionamento anterior (LEONEL, *op. cit.*, 2011, p. 207); VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Defendant class action Brasileira: limites propostos para o “Código de processos coletivos”**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 309 – 320; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover [*et alii.*]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 846 – 851.

¹⁷⁷ Destacam-se os seguintes projetos de lei que não tratam, diga-se, do processo coletivo passivo: Projeto de Lei n° 5.139/2009 (que altera a Lei de Ação Civil Pública) e o Projeto de Lei do Senado Federal de n° 212 de 2012 (que altera o Código de Defesa do Consumidor).

Pensamos que essa latente promessa legislativa ensejou uma sensação de que o estudo deveria voltar-se ao que estava “por vir”, encarando-se o que acontecia na prática forense como exceção. Tal fato impediu um maior aprofundamento do tema, deixando-se de avançar na construção de balizas mais seguras para a condução do processo coletivo passivo.

O Direito é um fenômeno voltado à regulação das relações sociais e, por isso, desenvolve-se a partir da demanda da sociedade por direitos ou por limitações de comportamentos. Nesse prisma, o exame de institutos jurídicos que são manejados pela jurisprudência à mingua de previsão legal, necessita, notadamente, de uma sistematização mínima.

A proposição de soluções legislativas futuras não é suficiente para conferir legitimidade ao processamento atual das ações coletivas passivas. Além disso, por si só, tampouco contribui para o combate à eventual ilegalidade da postura jurisprudencial diante do assunto.

Acreditamos que a lente da discussão deve ser trocada. Independentemente de regulamentação futura, as ações coletivas passivas são uma realidade na prática forense brasileira e, por isso, devem ser estudadas sob a perspectiva de uma sistematização atual.¹⁷⁸

Não é de hoje que o papel criativo da jurisprudência vem ganhando corpo no Brasil. Cada vez mais, juízes se deparam com a necessidade de adaptar o ordenamento jurídico vigente às demandas levadas ao Judiciário¹⁷⁹. Seja no campo do direito material ou do direito processual, a adaptação é ferramenta corriqueira na condução de demandas.

A “existência jurisprudencial” das ações coletivas passivas não se dá em razão da criatividade pura e simples dos magistrados. Ao contrário, como já afirmamos, mesmo quando se está diante de um processo coletivo passivo, nem sempre este é

¹⁷⁸ Assim como já destacou Jordão Violin: “A praxe forense, ignorando a ausência de regramento expresso acerca das ações coletivas passivas, tem aceitado esse tipo de demanda, de modo a não inviabilizar o acesso à justiça [...] muito mais do que digressão teórica acerca do direito de ação, a ação coletiva passiva é uma necessidade atual que requer o devido estudo e sistematização.” (VIOLIN, *op. cit.*, 2008, p. 93).

¹⁷⁹ O desenvolvimento do ativismo judicial e suas “sentenças criativas” é exemplo dessa crescente postura proativa do Judiciário brasileiro.

assim identificado. No Brasil, nos parece que as ações coletivas passivas, assim como aconteceu no período medieval¹⁸⁰, brotaram de uma natural necessidade de se conferir uma resposta jurisdicional adequada a conflitos atribuídos a uma coletividade.

Nesse campo, não há como defender a ilegalidade do processamento de ações coletivas passivas em razão da ausência de previsão legal, pois isso significa rejeitar um fato jurídico, inerente à vida em sociedade, amparado pela Constituição Federal.¹⁸¹

Portanto, as ações coletivas passivas se inserem na tutela coletiva brasileira, em primeiro lugar, pelo simples fato de serem resultado de um anseio social, senão expressamente autorizado, não vedado pelo ordenamento jurídico.

É por isso que pensamos que as ações coletivas passivas brasileiras não advêm da influência das *defendant class actions*. O estudo e a regulamentação do tema sim, sofrem e sofrerão influência de um sistema mais amadurecido como é o caso do sistema das *class actions*; mas a judicialização, em si mesma considerada, nada tem a ver com o direito estrangeiro.

Consideramos que construção jurídica segundo a qual o sistema normativo brasileiro não abarca o processo coletivo passivo não produz eco na inevitável realidade de que os conflitos provocados por grupos existem e sempre existirão. A tutela jurisdicional configura-se como mera consequência desse movimento.

Entretanto, se o argumento de que a ausência de previsão legal da legitimidade coletiva passiva prejudicaria o próprio processo coletivo passivo revela-se frágil, também o é a busca por uma autorização nos dispositivos do microsistema da tutela coletiva brasileira.

Ada Pellegrini Grinover, e outros que a acompanham, com vistas a respaldar a admissibilidade das ações coletivas passivas, fazem uma interpretação elástica de alguns artigos do direito coletivo nacional.

Ante a ausência de previsão legal específica, defende-se que a admissibilidade do litisconsórcio ulterior em ambos os polos da demanda e a cláusula geral permitindo a utilização de todas as espécies de ações para a defesa de direitos coletivos,

¹⁸⁰ Ver item. 1.2.

¹⁸¹ Jordão Violin qualifica a ausência de norma como um “falso problema” (VIOLIN, *op. cit.* 2008, p. 99-101).

representariam arcabouço legal suficientemente forte para ensejar a admissibilidade das ações coletivas passivas.

No entanto, consideramos o argumento tão instável quanto a posição restritiva anteriormente analisada. Muito embora contrárias, as posições partem da mesma premissa de que as leis que compõem o microssistema da tutela coletiva, no que tange ao processo coletivo passivo, deveriam oferecer porto seguro a esse intrincado problema.

A possibilidade de formação de litisconsórcio passivo ulterior em demandas coletivas dificilmente daria ensejo a que esses mesmos legitimados figurassem em ações coletivas, desde o início, como réus. A previsão legal é menor do que a legitimidade coletiva passiva. Esse litisconsórcio é permitido simplesmente para que o grupo possa se contrapor à impertinência fática ou jurídica de uma ação coletiva já proposta. Vale transcrever o esclarecimento de Antonio Gidi:

Quando a lei diz que os legitimados coletivos poderão intervir no processo coletivo tanto a favor como contra os interesses do grupo, não quer dizer nada além do que a sua letra diz: muitas vezes, a demanda coletiva proposta não é do interesse do grupo e ele poderá alinhar sua posição aos interesses do réu. Essa é uma norma saudável, em face da complexidade das relações jurídicas em uma controvérsia coletiva.¹⁸²

Da mesma forma, a previsão genérica de que “todas as espécies de ação” serviriam para proteger os interesses e direitos coletivos, não oferece respaldo consistente ao processo coletivo passivo.

Todo o processo coletivo brasileiro foi estruturado sob o ponto de vista da representação ativa de interesses de grupos. Com esse ponto de partida, não nos parece razoável imaginar que a previsão específica contida no art. 103 do CDC possa ser elástica para abarcar a possibilidade de se colocar coletividades no polo passivo de demandas.

Além disso, o socorro oferecido por ambos dispositivos citados leva à discussão terminológica pouco profícua acerca de qual seria o real significado e a verdadeira abrangência das expressões “habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes”

¹⁸² GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 341.

e “todas as ações capazes de propiciar”¹⁸³. Essa discussão nos parece reduzir o impasse, indevidamente, a um debate essencialmente terminológico.

Em que pese a posição ora defendida ser favorável à admissibilidade, *de lege lata*, do processo coletivo passivo, reconhecemos que o cabimento das ações coletivas passivas encontra pouca ancoragem no direito infraconstitucional.

Não obstante, mesmo considerando a dificuldade de se encontrar respaldo no sistema processual vigente, concordamos com o argumento de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., que com base no silêncio da lei, concluem que:

A partir do momento em que não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu de ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva.¹⁸⁴

Mutatis mutandis, ao considerar que o silêncio da lei sobre as ações coletivas passivas seria “eloquente”, estar-se-ia dizendo que as ações coletivas passivas derivadas, como é o caso de uma ação rescisória ajuizada por réu de ação coletiva ativa seriam inadmissíveis.

A maior parte da concepção do processo civil coletivo brasileiro nasceu da pesquisa acadêmica de brilhantes processualistas influenciados pela doutrina italiana. Diferentemente do sistema norte-americano, muito pouco se construiu a partir de experiências jurisprudenciais.

Os estudos italianos sobre as *class actions* serviram como base para o desenvolvimento da produção acadêmica brasileira sobre o processo coletivo. Com efeito, o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a doutrina italiana, não ofereciam boas práticas no campo da tutela coletiva. Isso se constata, em razão do fato de que a Itália não possuía experiência prática no processamento de ações coletivas nas décadas de 70 e 80, vindo a regulamentar a matéria apenas em 2008.

¹⁸³ Encontramos outro exemplo desse debate pouco produtivo, na posição de Arruda Alvim que, analisando a admissibilidade das ações coletivas passivas no Brasil, lastreou seu posicionamento na discussão sobre o que realmente significaria a expressão “defesa dos direitos coletivos” (ARRUDA ALVIM, *op. cit.*, 1995 p. 345-347). Nos parece que o autor acabou por restringir a discussão à letra da lei (e seus possíveis significados), não abordando as implicações práticas da inadmissibilidade do processo coletivo passivo, além de deixar de lado questões constitucionais relacionadas ao tema.

¹⁸⁴ DIDIER Jr., ZANETI Jr., *op. cit.*, 2013, p.449.

A doutrina italiana configurava-se, na verdade, como uma observadora da tutela coletiva norte-americana¹⁸⁵. No que tange à legitimidade passiva de grupos para figurar em juízo, a posição de Vincenzo Vigoriti era a de que a legitimidade coletiva passiva dependia de autorização expressa da lei¹⁸⁶. Todavia, sem aprofundar o tema, o próprio autor reconhece que o problema apresentado é grave, permitindo-se, tão somente, colocar a questão.¹⁸⁷

Somando esse perfil italiano pouco interessado no processo coletivo passivo com o momento em que vivia a ciência processual brasileira nas décadas de 70, 80 e 90 (marcado pela maximização da proteção de direitos), concluímos que a ausência de previsão legal das ações coletivas passivas não pode ser encarada como sinônimo de uma vedação sistêmica a esse instrumento processual.

O sistema brasileiro, um tanto prejudicado por suas influências, simplesmente não tratou do assunto. A construção do microsistema da tutela coletiva, embora voltado à proteção de direitos coletivos, não impede, por si só, de se cogitar a viabilidade do processo coletivo passivo.

¹⁸⁵ “A legislação e a doutrina brasileiras foram baseadas inteiramente na doutrina italiana que (esta sim) estudou as *class actions* norte-americanas. [...] A LACP foi discutida e promulgada na primeira metade da década de 80, com base na doutrina italiana publicada nos anos 70, principalmente de Michele Taruffo, Mauro Capeleti, Vincenzo Vigoriti, Proto Pisani, Nicolo Trocker e outros. Acontece que a doutrina italiana utilizou-se da experiência norte-americana dos primeiros anos da *Rule 23* reformada em 1966. O direito processual coletivo norte-americano já havia evoluído consideravelmente quando finalmente adotamos as demandas coletivas no Brasil em 1985. Mas as fontes do legislador, bem como da doutrina brasileira que interpretava o direito positivo, continuavam as mesmas: os artigos italianos da década de 70 que estudavam as *class actions* da década anterior. [...] Nas décadas de 80 e 90, os juristas brasileiros estudaram o instituto norte-americano, através da lente distorcida dos juristas italianos, para criar nossas leis (LACP e CDC).” (GIDI, *op. cit.*, 2008, pp. 30-38).

¹⁸⁶ “*In questi casi l'alternativa che si pone è quella di sapere se l'azione debba essere proposta contemporaneamente contro tutti i contitolari di interessi correlati, oppure possa essere proposta contro alcuni soltanto dei contitolari dell'interesse superindividuale, ma avere comunque effetto nei confronti di tutti i cointeressati, pur rimasti estranei al giudizio. La prima soluzione è praticamente irrealizzabile. La seconda può essere attuata solo quando esistano esplicitamente norme che attribuiscano a determinati soggetti (persone fisiche o enti) il compito di farsi portatori di tali interessi in giudizio (63). In assenza di una normativa siffata non si vede come l'attore potrebbe pretendere di agire contro alcuni e non contro altri, scegliendo magari fra i titolari degli interessi organizzati i convenuti a lui più graditi.*” (VIGORITI, Vincenzo. **Interesse collettivi e processo. La legittimazione ad agire.** Milão: Giuffrè, 1979, p. 100). Essa mesma passagem é transcrita e criticada por GIDI, 2008, pp. 341 – 342.

¹⁸⁷ “*Questi brevi rilievi intendono comunque solo evindenziare la gravità del problema dei legittimati a resistere nelle azioni promosse non a favore, ma contro l'interesse collettivo: sia qui consentito limitarsi a porre la questione.*” (Ibidem, p. 100).

Não é possível considerar que esse contexto, originariamente “viciado”, representa um obstáculo intransponível à admissibilidade das ações coletivas passivas.

Hoje, após trinta anos de estudo e vivência da tutela coletiva, temos que olhar para a admissibilidade do processo coletivo passivo como um processo de amadurecimento da nossa experiência na condução de demandas coletivas.¹⁸⁸

Esse movimento, advindo dos anseios da sociedade e da correspondente reposta do Judiciário, representa nada mais do que o desenvolvimento pleno da tutela coletiva.

A fonte e o respaldo do processamento atual das ações coletivas passivas, se não está claramente na lei, está na própria Constituição.

Os litígios entre “indivíduos x grupos” e de “grupos x grupos” são circunstâncias naturais da vida, independentemente de regulamentação jurídica. Negar acesso a uma tutela jurisdicional efetiva que ponha fim a esses tipos de conflito representa a negação do próprio direito fundamental ao acesso à justiça.

Quando a Constituição dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, respalda, automaticamente, a admissibilidade de procedimentos não previstos em lei capazes de operacionalizar essa apreciação.

Caso haja uma situação que reclame pelo processo coletivo passivo, situação esta caracterizada pela homogeneidade da conduta ilegal da coletividade, que por sua vez, esteja devidamente representada, deverá ser admitida a ação coletiva passiva, sob pena de ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Achamos que a exigência de previsão legal contida no art. 6º do CPC, no que se refere especificamente ao processo coletivo passivo, é incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade. Sucumbe frente à necessidade de se universalizar a jurisdição efetiva. O silêncio da lei, nesse caso, não é compensado pelo referido artigo, mas sim pelo comando constitucional.

¹⁸⁸ O sistema norte-americano, por exemplo, demorou décadas para superar o entendimento de que a coisa julgada formada em uma *class action* não poderia atingir o indivíduo que não participou do processo coletivo (ver item 1.4.1).

Não é possível prestigiar uma norma restritiva como a que resulta da aplicação do CPC, em detrimento do *princípio da primazia da tutela coletiva*¹⁸⁹. A necessidade de previsão legal da substituição processual não se coaduna com essa específica lacuna do microsistema da tutela coletiva, pois esta pode ser suprida por um instrumento em maior sintonia com o indigitado princípio.¹⁹⁰

Seja pelo desenvolvimento jurisprudencial inevitável do processo coletivo passivo; pela necessidade de relativização do contexto que levou ao não tratamento legislativo das ações coletivas passivas; ou mesmo pela incidência direta dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade em detrimento do viés individualista do CPC, reconhecemos a admissibilidade teórica, *de lege lata*, do processo coletivo passivo.

Há de se frisar que a universalização do acesso à justiça pretendida pela ação coletiva passiva não oferece ferramentas práticas para a condução do processo coletivo passivo. Se a ação coletiva passiva é admitida teoricamente pelo ordenamento brasileiro, como viabilizar o seu processamento em meio a um sistema voltado à proteção da coletividade? Não são poucos os problemas prático-procedimentais que se apresentam.

Mais uma vez, nos socorremos das lições de Antonio Gidi¹⁹¹ para demonstrar que a real dificuldade enfrentada pelo processo coletivo passivo brasileiro não está na sua previsão legal, mas sim na sua viabilização procedimental:

Portanto, o motivo pelo qual os processos coletivos passivos não são admissíveis no Brasil não é a falta de expressa permissão legal, autorizando a propositura de processos coletivos contra grupos de pessoas. O nosso direito já é demasiadamente sofisticado para superar tais posições legalistas de uma forma elegante. O verdadeiro motivo é que não há um sistema

¹⁸⁹ “Trata-se de princípio que visa a aperfeiçoar, a estender a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional. [...] Por isso, a via coletiva de resolução de conflitos deve ser incentivada e priorizada, mediante a conscientização social e o desenvolvimento de técnicas de tutela capazes dar melhor proteção aos direitos de grupo.” (VIOLIN, *op. cit.*, 2008, pp. 112 e 116).

¹⁹⁰ Destacamos as pertinentes ponderações de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sobre a perda do protagonismo do CPC em relação à Constituição: “Revela-se, desta forma, que o Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contêm o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as antinomias, os conflitos entre leis especiais não são mais resolvidos por prevalência direta dos Códigos. O caminho percorrido sempre converge para a Constituição, que em si mesma não porta antinomias, dada a sua unidade narrativa. [...] Nesta conformação de ideias, temos o CPC como mero diploma residual, seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, 2013, pp. 55-56).

¹⁹¹ GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 345.

processual adequado para processá-la. Se o sistema processual existente fosse adequado (ou se a jurisprudência criasse um sistema adequado), os processos coletivos passivos seriam admissíveis em nosso ordenamento.”

Estabelecida a nossa conclusão favorável à admissibilidade teórica, *de lege lata*, das ações coletivas passivas no Brasil, precisamos enfrentar a dificuldade exposta acima. É necessário investigar como é possível viabilizar procedimentalmente o processo coletivo passivo, haja vista que o sistema processual legislado não é adequado ao processamento desse tipo de demanda.

4 PRINCIPAIS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Uma vez examinados os fundamentos que sustentam a admissibilidade, *de lege lata*, das ações coletivas passivas no Brasil, passamos a enfrentar as principais questões procedimentais do processo coletivo passivo.

A análise será pautada pelas premissas construídas até o presente momento, inclusive a constatação de que a jurisprudência brasileira já trabalha com demandas em que o polo passivo é composto por grupos.

Tentaremos manter, enquanto possível, coerência com a experiência acumulada pela tutela coletiva brasileira tradicional¹⁹². No entanto, não deixaremos de avançar, até mesmo rompendo com algumas máximas do processo coletivo ativo, quando a racionalização das ações coletivas passivas assim o exigir.

Nesse esforço, o estudo se concentrará nas duas principais preocupações procedimentais do processo coletivo: a *legitimidade coletiva passiva* e a *coisa julgada coletiva passiva*. Além disso, abordaremos algumas nuances relativas à liquidação e a execução do processo coletivo passivo.

Com fundamento no que já foi fixado, percorreremos o caminho da viabilização prática das ações coletivas passivas, identificando os elementos teóricos necessários à estruturação dessa peculiar prática processual.

4.1 A legitimidade coletiva passiva

4.1.1 Legitimidade e vinculação das decisões judiciais

A importância do estudo da legitimidade processual, seja no processo individual, ou coletivo, se dá, dentre outras razões, pelo fato de que a decisão judicial deverá produzir efeitos sobre aqueles que figuraram na relação processual.

Do ponto de vista da legitimidade para agir (ativa), na medida em que se afirma perante o Judiciário a existência de uma relação jurídica substancial, o comando do

¹⁹² Com a expressão “tutela coletiva tradicional”, nos referimos à experiência legislativa, doutrinária e jurisprudencial brasileiras com o processo coletivo tradicional.

Estado-Juiz oriundo desse processo vinculará diretamente tanto aquele que provocou a jurisdição como o chamado a integrar o processo.

A legitimidade passiva, no processo individual, está relacionada com a inserção do réu “[...] no polo passivo da relação jurídica controvertida no processo, ou quando titular de uma situação a ela reportada por exposição expressa de lei, no caso da legitimidade passiva extraordinária”.¹⁹³

De uma forma geral, tendo em vista a vinculação inerente às decisões judiciais, é importante verificar, antes mesmo de adentrar no mérito do litígio, se os sujeitos que compõem a relação jurídica de direito material afirmada têm legitimidade para conduzir o processo.¹⁹⁴

No processo individual, o CPC prestigiou a legitimidade ordinária, ou seja, privilegiou o reconhecimento da legitimidade de quem afirma ser o próprio titular do direito levado a juízo, vedando-se que se pleiteie “[...] em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.¹⁹⁵

¹⁹³ ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp. 101-102. Interessante a ponderação de Donald Armelin acerca da marginalização do estudo da legitimidade passiva, mesmo no processo civil individual: “O problema da legitimidade do réu tem sido relegado a um plano inferior no estudo dessa condição de admissibilidade da ação. [...] Explica-se, porém, essa tendência, uma vez que a legitimidade, integrando-se na categoria das condições de admissibilidade da ação, passou a ser enfocada em função desta e, pois, sob a angulação do pólo ativo da relação jurídica processual.” Ibidem, p. 101.

¹⁹⁴ Diogo Campos Medina Maia destaca que “Para figurar em um processo judicial como parte é necessário que a pessoa seja dotada de legitimidade e capacidade processual. Tais qualificações processuais existem por uma razão simples: normalmente as partes estão sujeitas (ou sujeitam os substituídos ou ‘representados’) ao provimento jurisdicional. [...] Por conta deste poder de vinculação, característico dos provimentos jurisdicionais, a regra da legitimidade passa a representar um papel deveras importante no direito processual.” (MAIA, *op.cit.*, 2009, pp. 107-108).

¹⁹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 6º. O art. 18 do Novo Código de Processo Civil, flexibiliza a redação do art. 6º do CPC, permitindo que a autorização para a substituição processual seja retirada não apenas da lei, mas de todo o ordenamento jurídico: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, *salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*.” (grifo nosso). Fredie Didier menciona as influências doutrinárias que inspiraram a alteração legislativa: “O NCPC adotou a lição de Arruda Alvim, Barbosa Moreira e Hermes Zaneti Jr. segundo os quais seria possível a atribuição de legitimação extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que seja possível identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema. A inspiração legislativa é clara.” (DIDIER JR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 232, 2014, pp. 70-72).

A participação na demanda dos próprios sujeitos da relação de direito material judicializada é a regra geral que legitima a imperatividade dos efeitos produzidos pela tutela jurisdicional.

No processo coletivo, como o direito pertence à própria comunidade, e a respectiva participação direta do grupo no processo inviabiliza o desenvolvimento da demanda, a análise da legitimidade recai, principalmente, sobre quem pode representar em juízo esses interesses. Essa constatação se aplica tanto para o processo coletivo ativo quanto para o processo coletivo passivo, haja vista que, em ambos os casos, o grupo é representado por um legitimado.¹⁹⁶

Dessa forma, a lógica da legitimidade coletiva demonstra-se diversa da legitimidade clássica do processo civil individual. Se nesta, o que prevalece é a participação direta dos titulares do direito controvertido (legitimidade por participação), no processo coletivo, legitima-se a vinculação dos efeitos das decisões judiciais através da representação dos interesses da coletividade (legitimidade por representação).

Dizer quem será legitimado para representar os interesses de grupos, ativa ou passivamente é, sobremaneira, uma questão de política legislativa. No caso das ações coletivas passivas, o legislador pátrio não exerceu o seu poder de escolher quem deve receber a prerrogativa de representar as coletividades.

Mesmo diante dessa lacuna, o fato é que as situações coletivas passivas demandam uma tutela jurisdicional que possa oferecer uma solução completa a um problema protagonizado por grupos. Essa solução, invariavelmente, afetará a esfera jurídica dos membros da coletividade-ré, sob pena de não servir aos seus objetivos.

Nesse aspecto, com vistas a manter uma harmonia entre a participação do agrupamento réu e a utilidade do processo coletivo passivo, a legitimação nas ações

¹⁹⁶ Cumpre esclarecer que utilizamos o termo “representação” e “representante” no mesmo sentido considerado por Antonio Gidi, ou seja, como uma espécie de “interlocutor de interesses”: “Quando se fala de ‘representação’, não se refere ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo.” (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 108, 2003, pp. 61-62).

coletivas passivas¹⁹⁷ sempre deverá estar preocupada com o devido processo legal e com a segurança jurídica.¹⁹⁸

É assim, pois, que a legitimidade coletiva passiva relaciona-se, essencialmente, com o resultado gerado pelo processo coletivo passivo, qual seja, a *coisa julgada coletiva passiva*.¹⁹⁹

4.1.2 Natureza jurídica da legitimidade coletiva passiva

A discussão sobre a natureza jurídica da legitimidade coletiva é um dos assuntos mais debatidos do Direito Processual Civil Coletivo. Destaque-se que aqui nos referimos à discussão da legitimidade coletiva ativa.

Devido à excepcionalidade da defesa, em nome próprio, de direito alheio, a doutrina sempre se preocupou em enquadrar em alguma das categorias do Direito Processual Civil, a natureza jurídica da legitimidade *ad causam* para defender direitos transindividuais.

A discussão mencionada já foi exaustivamente debatida, restando em sua maior parte, após a previsão no microssistema da tutela coletiva do rol de legitimados coletivos ativos, superada.²⁰⁰

A origem desse debate remonta aos tempos anteriores à edição da Lei nº 7.347/1985. Antes da previsão do rol de legitimados coletivos, muito se discutia tanto sobre quem poderia defender em juízo os direitos metaindividuais, “[...]como também, e principalmente, se havia algum legitimado, afetando, em última análise, a própria

¹⁹⁷ José Marcelo Vigliar defende que a representação adequada de uma coletividade no polo passivo de uma demanda é “[...] na realidade, um ‘elemento’ vinculativo das situações daqueles que são representados”. (VIGLIAR, José Marcelo. **Defendant class action Brasileira**: limites propostos para o “Código de processos coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317).

¹⁹⁸ DIDIER JR., ZANETI, JR. *op.cit.*, 2013, p. 211.

¹⁹⁹ Antonio Gidi situa a relação existente entre legitimidade e coisa julgada: “A questão da legitimidade para agir nas ações coletivas é um problema cronologicamente anterior à coisa julgada. Entretanto, trata-se de um problema logicamente posterior. Isto porque, em última análise, procura-se regular a legitimidade para que os interessados tenham os seus interesses adequadamente representados em juízo, uma vez que devem ser, de alguma forma, afetados pela imutabilidade do comando da sentença coletiva sem que tenham sido parte no processo coletivo ou sequer ouvidos.” (GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 33-34).

²⁰⁰ José Carlos Barbosa Moreira flexibiliza a importância prática em saber a que título o direito coletivo está sendo protegido, desde que se esteja, efetivamente, protegendo o interesse metaindividual. (MOREIRA, *op. cit.*, 1977, pp.113-114).

possibilidade de tutela jurisdicional”²⁰¹. Através da busca pela democratização da tutela coletiva, o debate tinha como mote a ampliação do acesso à justiça.

No entanto, a partir da vigência da LACP e, posteriormente, do CDC, a discussão sobre a real natureza da legitimação coletiva (ativa) passou a não fazer mais sentido, a não ser pela curiosidade acadêmica.

Levando-se em conta a autorização expressa para que entes substituam a coletividade e promovam a defesa de direitos transindividuais, aderimos à posição majoritária²⁰² a qual considera a legitimidade coletiva (ativa) uma hipótese de *legitimidade extraordinária*.

Existindo presunção legal de quem pode defender a coletividade em juízo, e não havendo coincidência entre as partes do processo coletivo e os sujeitos da relação jurídica material controvertida, é de se perceber a ocorrência do fenômeno da substituição processual.²⁰³

²⁰¹ GIDI, *op. cit.*, 1995, p. 39. No mesmo sentido, LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 180. Embora houvesse outras normas que autorizassem a defesa de direitos transindividuais (Lei nº 4.717/1965 – Lei de ação popular; Lei nº 6.938/81 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, dentre outras) foi mesmo a Lei da Ação Civil Pública que democratizou a legitimidade coletiva.

²⁰² Trazemos julgado do Supremo Tribunal Federal que representa a posição mencionada: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 210029, Relator: Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12/06/2006. Na doutrina, respaldam esse entendimento, dentre outros: GRINOVER, Ada. **Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência**. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 24-25; ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo - tutela e direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 63-64.

²⁰³ Cumpre ressaltar que além do entendimento majoritário, há quem defenda que, pelo fato dos entes legitimados representarem, no processo coletivo, interesses institucionais próprios, trata-se, na verdade, de hipótese de legitimidade ordinária (WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos**: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, pp. 85-97); outra posição difundida é a capitaneada por Nelson Nery Jr., a qual enquadra a legitimidade coletiva como uma *legitimidade autônoma para condução do processo*. Essa terceira via é justificada, em breves linhas, pela fato do legitimado não ir a juízo na defesa de interesses próprios nem de interesses alheios (NERY JR., Nelson. **NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.1443).

Ao trazer esse panorama para o contexto do processo coletivo passivo, percebemos que a discussão mencionada reconquista seu espaço. Assim como acontecia nas décadas de 70 e 80, tempos de preocupação com a ampliação da proteção de direitos metaindividuais, hoje nos deparamos com a ausência de tratamento legislativo para tutelar as situações coletivas passivas.

A investigação da natureza jurídica da legitimação coletiva passiva é bem-vinda, a uma porque dá respaldo teórico a uma maior ampliação da tutela coletiva e, por consequência, do próprio acesso à justiça; a duas, porque auxilia o desenvolvimento dos aspectos procedimentais do processo coletivo passivo.

Qual seria então a natureza jurídica da legitimidade coletiva passiva?

Em brevíssimas linhas, vale rememorar, que o aspecto central que diferencia a legitimidade ordinária da extraordinária, é o fato de que naquela, há coincidência entre as partes do processo e os sujeitos da relação jurídica material afirmada. É dada a legitimidade a um ente para defender em juízo seus próprios direitos. Na legitimidade extraordinária, um terceiro defende, em nome próprio, posição jurídica alheia²⁰⁴.

A titularidade da situação jurídica coletiva passiva é da coletividade/grupo/classe apontada como ré na ação. No processo coletivo passivo, um indivíduo ou grupo afirma existir uma relação jurídica cuja a titularidade passiva é atribuída a um agrupamento humano ou a um agrupamento de pessoas jurídicas.

Considerando, a um só tempo, a inexistência de autorização legal específica para que haja a substituição da coletividade infratora e a necessidade de se garantir a universalização do acesso à justiça, pensamos que a natureza da legitimidade em questão é ordinária.

²⁰⁴ São pertinentes as clássicas palavras de Piero Calamandrei sobre a diferença entre representação (no sentido técnico-processual da palavra) e substituição processual: “[...]mientras el representante hace valer em juicio um derecho ajeno em nombre ajeno (es decir, um derecho del representado a nombre del representado), el sustituto hace valer em juicio um derecho ajeno em nombre propio (es decir, um derecho del sustituido, em nombre del sustituto); lo cual es el representado y no el representante, em la sustitución es parte em causa el sustituto, no el sustituido.” (CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de la primeira edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1986, p. 382)

A posição da coletividade no processo coletivo passivo é de verdadeira titular dos interesses controvertidos. O grupo não é substituído processualmente por um ente designado por lei.

Essa constatação se dá a partir da visão de que havendo aferição em concreto da legitimidade coletiva passiva por meio do controle judicial da representação adequada, a coletividade estará presente no processo. Como afirma Digo Maia, o representante adequado da coletividade “[...] equipara-se ao próprio titular do direito material, pois se reconhece que seus interesses e direitos serão defendidos em igual potencial”²⁰⁵. O grupo não será substituído, mas sim, representado.²⁰⁶

A situação das coletividades em ações de grupo já foi analisada em lição antiga de Girolamo Monteleone. A partir do ordenamento jurídico das *class actions*, identificando a pertinência da adaptação do instituto da representação às necessidades modernas da sociedade, o autor afirma que a coletividade, quando adequadamente representada em juízo, na verdade, se submete a coisa julgada *inter partes* (e não *ultra partes*)²⁰⁷. Isso se daria em razão da força dessa espécie de representação. A análise evidencia o fato de que os “terceiros”, membros da coletividade, não seriam propriamente terceiros.

Tanto Ada Grinover²⁰⁸ como Antonio Gidi²⁰⁹ destacam que o pensamento de Monteleone tem como referência o contexto da experiência norte-americana. No entanto, como se verá mais à frente, boa parte desse contexto, acima de tudo a imprescindibilidade do controle judicial da atuação do representante do grupo, é inevitável para a viabilização, *de lege lata*, das ações coletivas passivas.

O controle judicial da representação adequada estreita os laços entre a coletividade e o processo coletivo, de tal forma, que a participação do grupo na

²⁰⁵ MAIA, *op. cit.*, 2009, p.110.

²⁰⁶ Mais uma vez, tomando-se como base a noção do representante da coletividade como “porta-voz dos interesses do grupo” (ver nota de rodapé nº 195), e não no sentido técnico da noção de representação processual.

²⁰⁷ “Al contrario la class action è consapevolmente adeguata al fine, che com essa si persegue; ciò che di nuovo e caratteristico essa presenta non attiene tanto alla regola sui limiti del giudicato, quanto al concetto presso di noi acquisito della rappresentanza sostanziale e peocessuale: l’azione costituisce um caso estremamente interessante di adattamento dell’istituto della rappresentanza a nuove esigenze emergenti in seno alla società ed ai suoi moduli organizzativi.” (MONTELEONE, Girolamo. **I limiti soggettivi del giudicato civile**. Padova: CEDAM, 1978, pp. 177-178).

²⁰⁸ GRINOVER, Ada. O novo processo do consumidor. **Revista de Processo** nº62, abril-junho, 1991, p. 146.

²⁰⁹ GIDI, *op. cit.*, 1995, pp. 61-62.

demanda deixa de ser meramente indireta. Dessa forma, no que tange à legitimidade coletiva passiva, considerando a presença virtual do grupo na ação, não procede a exigência de autorização para que a coletividade seja representada.²¹⁰

Vale trazer à baila a situação peculiar da legitimidade das comunidades indígenas para defender seus direitos em juízo. O art. 37 da Lei nº 6.000/1973 (Estatuto do Índio) garante aos grupos tribais e comunidades indígenas a legitimidade processual para defender seus interesses. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. identificam essa legitimidade como caso raro de “legitimação coletiva ordinária, pois o titular da situação jurídica coletiva é, também, o legitimado a defendê-la em juízo”²¹¹. Nas ações coletivas passivas, também haverá essa coincidência. Não em razão de autorização legal específica, mas por causa da verificação em concreto da legitimidade passiva do agrupamento apontado como réu.

Temos que ressaltar que diferentemente do que se afirmava antes da vigência da Lei da Ação Civil Pública, as pessoas jurídicas que eventualmente representarem a posição jurídica da coletividade, não o farão, ordinariamente, em razão da “defesa de interesses institucionais”²¹². Essa atuação se dará na condição de porta-voz da coletividade representada.

Diante de tudo o que foi exposto, pensamos que a legitimidade coletiva passiva, seja pela ausência de indicação legislativa de substituto processual, seja pelo contexto que permeia a viabilização do processo coletivo passivo, é hipótese de legitimação ordinária.

²¹⁰ É sabido que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser necessária a apresentação de autorização individual, para que associações promovam a defesa dos interesses da coletividade substituída em demandas coletivas (ativas). Essa é a ementa do julgado: REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 573.232/SC. Relator: Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 14/05/2014). Contudo, essa lógica só se sustenta no sistema de substituição processual adotado pelo legislador brasileiro para o processo coletivo tradicional. No processo coletivo passivo, partindo-se do pressuposto de que a legitimidade é aferida mediante o controle judicial da representação do grupo, e não por presunção legal, não faz sentido exigir autorização dos membros da coletividade.

²¹¹ DIDIER JR., ZANETI JR., *op. cit.*, p.442-443.

²¹² Como afirmavam os autores que defendiam o enquadramento da legitimidade coletiva ativa como ordinária, antes da edição da Lei da Ação Civil Pública.

De lege ferenda, essa problemática também tende a se esvaír, pois a maioria dos projetos de Código de Processos Coletivos prevêem, expressamente, a legitimidade ordinária da coletividade para figurar no polo passivo de ações coletivas.²¹³

4.1.3 Legitimidade coletiva passiva e o controle judicial da representação adequada

Como não há previsão legal de quem pode ser o representante passivo das coletividades, tal como existe na sistemática do processo coletivo ativo, essa representatividade deverá ser aferida de outra maneira.

Primeiramente, para que possamos avançar, temos que examinar quais são os principais sistemas de aferição da legitimidade coletiva, e em quais desses sistemas o ordenamento jurídico brasileiro se enquadra.

Em linhas gerais, dois grandes sistemas de aferição da legitimidade coletiva são conhecidos. No denominado sistema *ope legis*, a legitimação coletiva decorre do sistema legal. Este estabelece, previamente, o rol de legitimados autorizados a representar o grupo. Diogo Campos Medina Maia fala que no sistema *ope legis* há “[...] um juízo prévio e presumido de valor da legitimidade[...] pois a legitimidade para figurar no processo coletivo[...] independe da avaliação subjetiva da real capacitação da pretensa parte”.²¹⁴

O sistema *ope iudicis* é caracterizado pela aferição da legitimidade coletiva através do controle judicial da atuação do representante da coletividade (*adequacy of representation*). Nesse sistema, verifica-se, judicialmente, a existência de legitimidade, levando-se em conta aspectos subjetivos do representante da classe. A legitimidade é *rea*²¹⁵, investigada a partir do que se apresenta em cada processo.

Tradicionalmente, identifica-se o sistema brasileiro como *ope legis*, tendo em vista que o microssistema da tutela coletiva prevê, expressamente, quais são os legitimados para defender direitos transindividuais.²¹⁶

²¹³ Analisaremos as diversas propostas no item 4.1.6.

²¹⁴ MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 109.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 109.

²¹⁶ Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, (NERY JR.; NERY, *op. cit.*, 2010, p. 1444); ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 93-94.

De outro lado, o sistema norte-americano das *class actions*, pelo fato de exigir que o juiz “[...] esteja convencido, entre outras coisas, de que o representante possa representar adequadamente os interesses do grupo em juízo”²¹⁷, é apontado como principal exemplo de sistema *ope iudicis*.²¹⁸

Muito embora a opção do legislador brasileiro tenha sido pela seleção prévia dos legitimados coletivos para a defesa de interesses metaindividuais (sistema *ope legis*), não é possível dizer que o controle judicial da adequada representação não pode ser (e não é) feito na condução dos processos coletivos brasileiros.

Há algum tempo, defende-se que o sistema de aferição da legitimidade coletiva brasileira não é incompatível com o controle judicial da representatividade adequada. Antonio Gidi destaca que pela necessidade de se observar a garantia do devido processo legal, o controle da boa atuação do representante do grupo, independentemente de autorização legal, não é apenas um *poder*, mas um *dever* do magistrado:

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. [...] o Código do Consumidor e a Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição brasileira e o devido processo legal. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional.²¹⁹

Mesmo não havendo previsão genérica da possibilidade de atuação do magistrado no controle *in concreto* da legitimidade coletiva, é difícil pensar que diante da constatação de conduta incompatível com a correta condução dos interesses da

²¹⁷ GIDI, *op. cit.*, 2003, p. 66.

²¹⁸ Esse é o texto da *Rule 23* que prevê a representação adequada como requisito para a admissibilidade das *class actions*: “(4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*” (ROQUE, *op. cit.*, 2013, Anexo II). Além do sistema norte-americano, outros sistemas de origem anglo-saxã (Canadá e Austrália) também são identificados com *ope iudicis*. Antonio Gidi contesta a afirmação de que no sistema das *class actions* os critérios seriam determinados exclusivamente pelo juiz do caso. O professor ressalta que o conceito de *adequacy of representation* é aberto e, portanto, a ser preenchido pela atividade jurisprudencial: “Parece-nos, entretanto, que em ambos os casos os critérios de aferição da legitimidade já estão previamente explicitados nos respectivos textos legais. A única diferença reside no fato de que a *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, aberto, portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado pelo juiz e pelo sistema vinculante de precedentes, enquanto os requisitos exigidos pelo nosso direito positivo são de caráter bem mais objetivo” (GIDI, *op. cit.*, 1995, p. 47).

²¹⁹ GIDI, Antonio. *op. cit.*, 2003, p. 69. Com a mesma visão, concluindo que o sistema brasileiro de aferição presumida da legitimidade coletiva não está em total consonância com o princípio do devido processo legal, mesmo considerando as salvaguardas destinadas a preservar os direitos individuais dos membros do grupo: ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: 2013, p. 218-219.

coletividade, o juiz, respaldado no direito fundamental a um processo devido, não possa exercitar esse controle.

Além da possibilidade de dispensa do prazo mínimo de constituição de associação quando comprovado “manifesto interesse social”²²⁰ (hipótese legal de controle da representação do grupo), podemos verificar na jurisprudência brasileira diversas situações em que esse controle já é realizado.

As discussões sobre as seguintes questões são exemplos desse controle “à margem da lei”: legitimidade do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos²²¹; legitimidade coletiva da Defensoria Pública antes da vigência da Lei

²²⁰ § 4º do art. 5º da LACP e §1º do art. 82 do CDC.

²²¹ Após muito debate, definiu-se que o papel institucional do Ministério Público engloba a legitimidade para defender direitos individuais homogêneos com relevância social ou marcados por interesse social qualificado a ser verificado no caso concreto: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III). 2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. 3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeat, quid debeat e quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeat* e o *quantum debeat*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios. 4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da

nº 11.448/2007²²²; abrangência da legitimidade da Defensoria Pública para defender direitos coletivos²²³; necessidade de pertinência temática entre as funções institucionais do legitimado coletivo e o direito levado a juízo²²⁴; dentre outras.

Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º) [...]. (grifos nossos) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631111, Relator: Teori Zavascki. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 07/08/2014).

²²² Antes da vigência dessa norma que alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/1985, se discutia se a Defensoria Pública tinha legitimidade para ajuizar ações coletivas na defesa de direitos transindividuais.

²²³ Trazemos julgado do STJ reconhecendo, expressamente, a realização de controle judicial da representatividade da Defensoria Pública em ação civil pública: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO. 1. [...] 2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito. 3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art.5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental. 4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - "a defesa dos necessitados" (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro. 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. [...] (grifo nosso) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1192577/RS. Relator: Luís Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data de julgamento: 15/05/2014).

²²⁴ Trazemos dois julgados oriundos do STJ os quais analisaram, sob perspectivas diferentes, a questão da pertinência temática na propositura de ações coletivas: AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. PRESERVAÇÃO ARQUITETÔNICA DO PARQUE LAGE (RJ). ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA CARACTERIZADA. CONCEITO LEGAL DE "MEIO AMBIENTE" QUE ABRANGE IDEIAS DE ESTÉTICA E PAISAGISMO (ARTS. 225, CAPUT, DA CR/88 E 3º, INC. III, ALÍNEAS "A" E "D" DA LEI N. 6.938/81). 1. O estatuto da associação recorrente prevê, em seu art. 4º (1), que um de seus objetivos é "[z]elar pela manutenção e melhoria da qualidade de vida do bairro, buscando manter sua

Percebe-se, assim, que se o legislador brasileiro optou por estabelecer um sistema *ope legis* de aferição da legitimidade coletiva, o manejo dos processos coletivos ao longo do tempo demonstrou uma necessidade intrínseca de se lapidar a presunção legislativa.

Independentemente de previsão normativa dos legitimados coletivos, o devido processo legal, cláusula magna do processo civil, garante ao magistrado o poder de controle da atuação do legitimado coletivo²²⁵. Destarte, não é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro, após décadas de experiência na condução de ações coletivas, configura-se como um sistema puramente *ope legis*.

Tudo o que foi exposto até então ganha importância ainda maior quando tratamos da legitimidade coletiva passiva. Nesse ambiente, a atuação do representante do grupo consistirá no exercício de importantes garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal.²²⁶

ocupação e seu desenvolvimento em ritmo e grau compatíveis com suas características de zona residencial". 2. Desta cláusula, é perfeitamente possível extrair sua legitimidade para ação civil pública em que se pretende o seqüestro do conjunto arquitetônico "Mansão dos Lage", a cessação imediata de toda atividade predadora e poluidora no conjunto arquitetônico e a proibição de construção de anexos e de obras internas e externas no referido conjunto arquitetônico. Dois são os motivos que levam a tal compreensão. [...] 5. Neste sentido, importante citar o que dispõe o art. 3º, inc. III, alíneas "a" e "d", da Lei n. 6.938/81, que considera como poluição qualquer degradação ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde e o bem-estar da população e afetem condições estéticas do meio ambiente. 6. Assim sendo, não há como sustentar, à luz da legislação vigente, que inexistente pertinência temática entre o objeto social da parte recorrente e a pretensão desenvolvida na presente demanda, na forma do art. 5º, inc. V, alínea "b", da Lei n. 7.347/85. 7. Recurso especial provido. (grifos nossos) (BRASIL. Recurso Especial nº 876.931/RJ. Relator: Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 10/08/2010); PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO SECCIONAL. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO URBANÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO. LIMITAÇÃO POR PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INCABÍVEL. LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 54, XIV, COM O ART. 44, I, DA LEI 8.906/94. DEFESA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ESTADO DE DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL. [...] 3. A legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 - para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos. Recurso especial provido. (grifos nossos) (BRASIL. Recurso Especial nº 1351760/PE. Relator: Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 26/11/2013).

²²⁵ Em sentido contrário, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, 2010, p. 1444); e Gregório Assagra de Almeida (ALMEIDA, *op. cit.*, 2007, pp. 93-94).

²²⁶ É o que observa José Marcelo Menezes Vigliar (VIGLIAR, *op. cit.*, 2007, p. 318).

Em processos coletivos passivos, como garantir, a um só tempo, a viabilidade da demanda e a representação adequada dos interesses da coletividade? A resposta não é outra: a legitimação coletiva passiva deverá ser aferida e controlada judicialmente.

Observe-se que, se o controle da atuação do representante coletivo é necessário mesmo quando a lei presume a legitimidade coletiva, no caso do processo coletivo passivo, ante a lacuna normativa, é a única forma de viabilizar a adequada representação do grupo. É assim que pensa Ada Grinover:

[...] é indispensável ter em mente que a construção favorável ao reconhecimento da categoria da *defendant class action* parte do pressuposto de que caberá necessariamente ao juiz aferir se a classe contra a qual se move a ação é adequadamente representada, como portadora em juízo dos interesses de todos os membros da categoria. Caso contrário, a ação ajuizada contra a classe será inadmissível.²²⁷

Como guardião do correto andamento do processo, deverá o magistrado verificar se a coletividade está bem representada pelo legitimado indicado pelo autor da ação coletiva passiva.

Ao que parece, dos que defendem a admissibilidade *de lege lata* das ações coletivas passivas, apenas Diogo Campos Medina Maia não se alinha à ideia de que o controle judicial da representatividade adequada é fundamental para a condução do processo coletivo passivo.

O autor fundamenta sua posição a partir da conclusão de que “[...] a implementação *de lege lata* não seria possível (do controle da representatividade adequada), pois haveria desproporção entre o esforço despendido para sua efetivação e o benefício gerado pela sua adoção”²²⁸. Essa desproporção se referiria ao fato de que a mudança no sistema de aferição de legitimidade coletiva tradicionalmente desenvolvido no Brasil acarretaria a necessária alteração do regime da coisa julgada coletiva.

Temos que discordar da conclusão.

²²⁷ GRINOVER, Ada. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimidade e a coisa julgada. **Revista Forense**, ano 98, volume 361, maio/jun., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.

²²⁸ MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 113.

Não divergimos da percepção de que a legitimação coletiva está diretamente ligada à forma pela qual as partes serão vinculadas à decisão judicial proferida em processos coletivos. No entanto, duas ponderações devem ser feitas.

A primeira se refere ao fato de que o esforço que Diogo Maia menciona está mais relacionado a um apego teórico do que propriamente a uma incompatibilidade sistêmica. Isso porque, como já demonstramos, o exercício do controle judicial da representatividade adequada, além de derivar do devido processo legal, já é uma realidade na jurisprudência brasileira.

Esse zelo na condução do processo já vem sendo desenvolvido em diversas situações. Tal fato demonstra que a técnica não é estranha ao processo coletivo tradicional.

A segunda é que não devemos tomar como base o sistema da coisa julgada coletiva ativa para as ações coletivas passivas, pois isso ameaçaria a própria viabilidade do processo coletivo passivo. Nesse ponto, não há que se falar em “alteração do sistema da coisa julgada”, já que o sistema tradicional não foi concebido para contemplar situações coletivas passivas e não serve a esse propósito.

O reconhecimento da possibilidade do controle judicial da representatividade adequada não acarretará a alteração do sistema da coisa julgada coletiva ativa. Evidenciará, apenas, a necessidade de se operacionalizar um regime compatível com a realização desse controle.²²⁹

Ao constatarmos que “[...] quanto maior, mais adequada, ou mais efetiva for a legitimidade daquela parte que figura em juízo, maior será a chance de haver vinculação ao provimento jurisdicional decorrente do processo”²³⁰, não podemos ficar presos ao regime *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva ativa. Sendo a legitimidade coletiva passiva, a coisa julgada se formará, naturalmente, de maneira mais abrangente do que no processo coletivo tradicional.

A solução das situações legitimantes proposta por Diogo Maia, a nosso ver, não consegue driblar o fato de que mesmo nessas hipóteses ensejadoras da

²²⁹ As razões pelas quais o regime jurídico da coisa julgada coletiva ativa não serve para o processo coletivo passivo serão aprofundadas no item 3.2.3.

²³⁰ MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 108.

legitimidade coletiva passiva, caberá ao juiz, em respeito ao devido processo legal, verificar a adequada atuação do representante do grupo.

Outro ponto importante a ser abordado, se refere à pretensa necessidade de “padrões objetivos”²³¹ para a realização do controle da representatividade adequada. A existência de parâmetros legais para a identificação do representante adequado, sem dúvidas, seria bem-vinda em um sistema legalista como o nosso.

Por isso, os projetos de Códigos de Processos Coletivos preveem critérios para o controle da representatividade adequada²³². Todavia, a ausência de parâmetros não inviabiliza a realização do controle.

A representatividade adequada é conceito aberto que nunca poderá ser exaurido pelo texto da lei. Aferir o que representa uma atuação adequada na defesa dos interesses da classe sempre dependerá da percepção autêntica do juiz do caso. A existência ou não de indicativos legais não é pressuposto para a atividade de controle do magistrado, mas somente um elemento facilitador.²³³

²³¹ *Ibidem*, 114.

²³² O anteprojeto desenvolvido por Antonio Gidi prevê em seu art. 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 extra-judicial 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.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, Apêndice, p. 448). O anteprojeto para a Ibero-América assim dispõe: “Art. 2º [...] Par. 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *op. cit.*, 2013, Anexo II, pp. 493-494). O anteprojeto USP/IBDP e o anteprojeto UERJ/UNESA, em seus arts. 20 e 8º, respectivamente, praticamente repetem os critérios do projeto para Ibero-América.

²³³ É por isso que José Marcelo Vigliar considera que “A representação adequada é condição que se conquista. Essa conquista surge de atividade diuturna. Essa qualidade não pode decorrer do que está escrito num ‘contrato’ de formação de uma pessoa jurídica de direito privado. Concordo que essas exigências devam ser mantidas. Mas devem ser as mínimas. Mais que esses requisitos, deve-se conceder ao juiz do caso concreto a análise do efetivo compromisso que guarda com a causa[...]” (VIGLIAR, *op. cit.*, 2007, 319). Além disso, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. lembram que para atingir os objetivos da tutela coletiva, cabe à jurisprudência a “[...] depuração dos conceitos de representação adequada, procurando uma identificação entre a busca dessa representação adequada e a finalidade da tutela coletiva, principalmente como meio de coibir ofensas contra interesse público primário.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, 2013, p. 2013, p. 219).

Posto isso, considerando que a possibilidade de realização de controle judicial da representatividade adequada está amparada na Constituição Federal, a ausência de parâmetros objetivos não tem o condão de impedir a realização de um direito fundamental. Já vimos, inclusive, que a jurisprudência brasileira evoluiu ao longo do tempo, passando a estabelecer seus próprios critérios para esse controle.

O esforço criativo atinente ao controle da adequada representação do grupo demandado pode ser feito a partir do que já se tem no microsistema da tutela coletiva. Mesmo pela lente do procedimento coletivo tradicional, podemos identificar algumas ferramentas que contribuem para a verificação judicial da adequada representação: i) quando for indicado ente com personalidade jurídica para representar a coletividade, o magistrado deverá verificar a pertinência temática entre sua atuação cotidiana e a situação coletiva passiva controvertida; ii) o Ministério Público deverá ser notificado para atuar no processo coletivo passivo para auxiliar a verificação da representação adequada do grupo; iii) outros potenciais legitimados coletivos e membros do grupo-réu deverão ser informados da propositura da ação coletiva passiva, sendo-lhes garantida a participação no processo.

Desde o juízo de admissibilidade, o juiz deverá verificar se o representante passivo do grupo tem condições de atuar adequadamente na defesa dos interesses da coletividade. Deverá verificar, sobretudo, aspectos que demonstrem o compromisso do representante com a causa daqueles que representa.

A constatação da ausência de representação adequada deverá implicar na inadmissibilidade da ação coletiva passiva e a extinção do processo sem resolução do mérito. Porém, antes de se extinguir o processo, o magistrado deve buscar a identificação de outro(s) legitimado(s) que possa(m) representar adequadamente o grupo.²³⁴

4.1.4 Características da coletividade-ré

No processo coletivo passivo, já vimos que a verificação em concreto da legitimidade coletiva é o caminho para se chegar a uma representação adequada do grupo. No entanto, independentemente dessa verificação, nem todo grupo poderá

²³⁴ Nos moldes previstos no art. 9º da Lei nº 4.417/1965 e no art. 5º, §3º da Lei nº 7.347/1985.

figurar como réu em uma demanda. Nem toda coletividade tem condições de ter os seus interesses defendidos coletivamente.

Nas ações coletivas passivas, além da existência de uma situação jurídica coletiva, é necessário que a coletividade apontada como ré tenha características que permitam que sua posição jurídica seja defendida. Tais características deverão ser aferidas pelo juiz quando da análise do cabimento da ação.

Um grupo de vândalos, por exemplo, ao qual se atribui a danificação de um prédio público, dificilmente poderá ser responsabilizado, civilmente, através de uma ação coletiva passiva. Embora a conduta ilegal possa ser genericamente atribuída ao agrupamento humano, a instabilidade da formação coletiva, a heterogeneidade dos desígnios dos indivíduos e a dificuldade de identificação dos componentes do grupo, dificultam a instauração do processo coletivo passivo.

Um dos principais aspectos que dá ensejo à tutela coletiva passiva é a prevalência de questões comuns de fato ou de direito que caracterizem a conduta do grupo. O comportamento da coletividade deverá ser homogêneo, de tal forma, que seja possível, objetivamente, verificar um propósito comum que prevaleça em relação aos desígnios individuais.

O despejo sistemático de dejetos poluentes em um lago, por um elevado número de empresas, poderá ensejar a provocação da tutela coletiva passiva, caso as circunstâncias demonstrem homogeneidade na conduta coletiva. Através de um único processo, sem que seja necessária a citação de cada uma das empresas, poder-se-á corrigir o comportamento coletivo ilegal.

A partir de uma interessante ideia de “associação de fato”, Diogo Maia apresenta alguns aspectos de ordem organizacional e finalística os quais justificariam a colocação de um grupo, desprovido de personalidade jurídica, no polo passivo de uma ação:

A nosso ver, nem toda associação de pessoas pode configurar uma associação de fato. A identificação de uma associação sem personalidade jurídica, que possa figurar em processo coletivo como ré, em substituição aos seus membros, repousa sobre dois aspectos: um organizacional e um finalístico. Em primeiro lugar, para que uma associação de fato possa ser caracterizada como tal, deve haver uma organização coletiva – uma união coesa de pessoas coordenadas. Não se pode admitir uma massa difusa como uma associação, deve ser possível a caracterização de um grupo específico

e identificável. Não que haja necessidade de identificação imediata de cada membro da associação, mas a associação, em si, deve ser passível de delimitação. O segundo aspecto é o finalístico, pois a organização não deve ser aleatória ou casuística. Deve haver a identificação da coletividade não apenas pela sua organização, mas pela sua finalidade, homogeneidade dos objetivos propostos com a reunião de pessoas.²³⁵

Dessa forma, podemos identificar algumas características gerais da coletividade-ré, as quais podem servir de base para a análise judicial da composição de uma ação coletiva passiva: *homogeneidade no comportamento do grupo*, objetivamente verificável, em que questões comuns de fato e/ou de direito prevaleçam em relação a questões individuais; *organização*, de modo que seja possível identificar uma coordenação nas ações que compõem o comportamento tido como ilegal; *possibilidade de identificação dos membros do grupo*, sob pena de inviabilização da execução futura do provimento jurisdicional.²³⁶

4.1.5 Os representantes da coletividade-ré

Figurando a coletividade no polo passivo de uma ação, há de se investigar quem pode representar adequadamente o grupo. Como não há presunção legal para auxiliar, abordaremos algumas hipóteses concretas cuja a adequação da representatividade pode ser presumida.

4.1.5.1 Entidades privadas de representação de interesses

A existência de pessoas jurídicas de direito privado que tenham como missão institucional a representação de interesses de um determinado grupo de pessoas, facilita a composição do processo coletivo passivo.

Sindicatos²³⁷, associações²³⁸ e cooperativas²³⁹, são exemplos de instituições que, presumidamente, servem ao propósito de defender a coletividade acionada. Aqui,

²³⁵ MAIA, *op. cit.*, 2009, pp. 136-137.

²³⁶ Essa identificação não precisa ser demonstrada quando do ajuizamento da ação, mas há de ser possível a identificação futura dos integrantes do grupo, assim como acontece com os direitos coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

²³⁷ Sob o respaldo do art. 8º, inciso III da Constituição Federal que garante que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”.

²³⁸ Em consonância com seus respectivos estatutos.

²³⁹ Com amparo na disciplina conferida pela Lei nº 5.761/1971, destacando-se a previsão do art. 13:” A responsabilidade do associado para com terceiros, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa.”. É sabido que essa previsão não se refere à responsabilização coletiva dos cooperativados. No entanto, pode servir para auxiliar na

defendemos um tratamento coerente com o papel do movimento associativo no Brasil. Se essas entidades podem pleitear judicialmente os interesses de seus integrantes, logicamente, não podem se esquivar da defesa judicial desses mesmos interesses.²⁴⁰

Com efeito, nem sempre a identificação desses organismos garantirá uma defesa coletiva adequada, vide o que foi dito acerca do controle judicial da representação adequada. Tendo em vista essa premissa, fica mais fácil compreender que a personificação jurídica da coletividade-ré, muito embora facilite a defesa do grupo, não é requisito essencial para a instauração do processo coletivo passivo.

Ademais, vale ressaltar que a representatividade dessas entidades, no polo passivo de demandas coletivas, não está adstrita à esfera de seus associados/filiados. Em razão da aferição e do controle judicial da representação do grupo, medidas que equivalem à própria presença da coletividade em juízo, entende-se que a defesa coletiva adequada abrange todos os interessados na demanda.²⁴¹

Consequentemente, como veremos a seguir, até membros da coletividade poderão ser identificados como representantes do grupo-réu.

Uma última observação tem de ser feita sobre o processamento de ações coletivas passivas em que a representação da coletividade é feita por entidades privadas de representação.

O fato de essas entidades serem comumente apontadas como rés em ações coletivas passivas, quando na verdade a ré é a própria coletividade, não tem o condão de tornar individual, processo essencialmente coletivo. Como já foi visto, o que caracteriza a ação coletiva passiva é a judicialização de uma situação jurídica

fundamentação da legitimidade coletiva passiva da cooperativa para figurar em uma ação coletiva passiva.

²⁴⁰ Nesse prisma, Antonio Gidi ressaltava a importância de se tratar a ação coletiva passiva com a mesma abrangência interpretativa que se confere às ações coletivas ativas: “Se as demandas coletivas (ativas) são interpretadas de forma tão abrangente, com recursos a analogia, princípios constitucionais e outros instrumentos hermenêuticos, de forma a dar a maior amplitude possível à demanda coletiva (ativa), não há como negar a mesma atitude em face das demandas coletivas passivas.” (GIDI, *op. cit.*, 2008 p. 342).

²⁴¹ Essa é a concepção ampla de representação contida no anteprojeto de Antonio Gidi: “28.1. A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, Apêndice, p. 458).

titularizada por um grupo. Por isso, tecnicamente, é esse mesmo grupo que deve figurar como demandado no processo.²⁴²

Caso uma greve abusiva no serviço público seja objeto de uma ação de um ente federativo, é a coletividade de servidores potencialmente grevistas que deverá ser identificada como ré na ação, e não as entidades de classe que farão a defesa coletiva²⁴³. Da mesma forma, qualquer outra demanda que pretenda atingir um grupo de pessoas representado por uma associação, por exemplo, deve ser direcionada à coletividade, e não à pessoa jurídica que a congrega.

Essa questão é importante, porque costuma-se conduzir ações coletivas passivas como verdadeiras ações individuais. Sem justificar adequadamente o porquê da extensão da coisa julgada, o Judiciário presume que a presença de entidades de representação no polo passivo das ações é suficiente para tanto. Isso acarreta a prolação de decisões contraditórias e vacilantes que ora fazem referência à coletividade, ora aos representantes do grupo.²⁴⁴

Por uma questão de apuro técnico, ou se coloca como ré da ação coletiva passiva, a coletividade, medida mais correta, ou ao menos indique-se que os legitimados coletivos passivos apontados como réus, assim o foram, na condição de representantes coletivos.

4.1.5.2 *Membros do grupo*

A ausência de previsão legal do sistema de legitimação coletiva passiva é circunstância que, embora indesejada, permite uma maior flexibilidade em relação ao rol previsto para os legitimados ativos, na identificação do representante do grupo.

Judicializada uma situação coletiva passiva e não havendo entidade apta a representar a coletividade, o juiz poderá indicar membros do grupo para servirem de representantes adequados. A verificação de quais membros exercerão esse *munus*

²⁴² Antonio Gidi identifica essa circunstância: “A demanda coletiva somente será passiva, se ela for proposta contra o grupo, representado pela associação que o congrega. Para isso é preciso que haja pedido contra o grupo.” (Ibidem, p. 347).

²⁴³ É bem verdade que o processamento na justiça comum de ações de dissídio de greve como resultado do julgamento do Mandado de Injunção nº 708-DF, aproveita, muito, a experiência da justiça do trabalho. Em sendo assim, considerando a sistemática de julgamento de dissídios de ações de greve consagrada pela Lei nº 7.783/1989, costuma-se apontar as entidades de classe como.

²⁴⁴ Para ver exemplos de decisões judiciais, ver o item 2.1.

dependerá de uma criteriosa análise judicial das condições de representação dos interesses da coletividade.²⁴⁵

Em ações possessórias decorrentes de invasão coletiva de terra, essa sistemática já é contemplada pelo Judiciário, que costuma indicar, como representantes da coletividade, os líderes do agrupamento humano colocado no polo passivo da ação:

EMENTA: INTERDITO PROIBITÓRIO - NULIDADE DA CITAÇÃO - LEGITIMIDADE ATIVA - REQUISITOS - ÔNUS DA PROVA

Por se tratar de causa especialíssima, que envolve o Movimento Social de Luta pela Terra, cuja totalidade dos integrantes é impossível de ser conhecida e qualificada, é certo que se um dos coordenadores ou líderes tomar ciência da ação, não há prejuízo para os interesses dos demais envolvidos. Em face da sobreposição do interesse do Estado em relação ao interesse exclusivo e antijurídico de ver protelada a satisfação de um litígio, é de se declarar o aproveitamento de todos os atos realizados nesse processo. Nos termos do art. 927, do CPC, na ação de reintegração de posse, cumpre ao autor provar a posse do bem, a sua perda e o esbulho praticado pelo réu.²⁴⁶

A ausência de personalidade jurídica da coletividade não pode ser motivo, por si só, para a não aceitação do processamento de uma ação coletiva passiva. Constatada essa situação, deve-se verificar se o grupo pode ser representado adequadamente por um ou mais de seus integrantes.²⁴⁷

4.1.5.3 *Autores de ações coletivas ativas originárias*

As ações coletivas passivas derivadas originam-se do processamento de uma ação coletiva ativa. A partir de um processo coletivo instaurado, surge uma situação coletiva passiva que vem a ser objeto de uma nova demanda. Ações rescisórias, ações incidentes em geral, reconvenção e embargos à execução, quando oriundas de uma ação coletiva ativa, enquadram-se nessas situações.

²⁴⁵ Perceba-se que em algumas situações, o próprio ordenamento jurídico (art. 12 incisos III, IV, V, VII e IX do CPC e art. 82, inciso III do CDC) conferiu capacidade processual a entes sem personalidade jurídica, indicando, expressamente, a quem incumbe a respectiva representação judicial.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.10.187577-1/003. Relatora: Evangelina Castilho Duarte. Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível. Data de julgamento: 10/04/2014.

²⁴⁷ Pensamos que a representação do grupo por alguns integrantes acabará incentivando, por questões financeiras e operacionais, a formação de uma associação especialmente voltada defesa dos interesses da coletividade. O projeto de Código de Antonio Gidi prevê a possibilidade de criação de associação com a finalidade específica de defender a coletividade em juízo:” 28.2. Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representa-los em juízo na ação coletiva passiva.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, Apêndice, p. 458).

Nesses casos, fica fácil identificar o representante passivo do grupo: o *autor da ação coletiva ativa*. Não há outra possibilidade razoável. Figurando no processo, o legitimado ativo, como substituto processual dos interesses do grupo, não haveria sentido substituí-lo na condução de demanda diretamente relacionada com a ação originária.

Não há como negar ao réu de uma ação coletiva ativa a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória ou de embargos à execução, sob pena de tolhimento do exercício pleno da ampla defesa. Só por isso, as ações coletivas passivas, ao menos na forma derivada, não podem deixar de ser admitidas.

Ainda quando o Ministério Público for o autor da ação coletiva, este terá legitimidade para figurar no polo passivo da demanda derivada. A legitimidade do *parquet*, nessas situações específicas, em nada difere da legitimidade de outros legitimados coletivos.

Não é pelo fato de o Ministério Público ser reconhecido, constitucionalmente, como defensor de interesses difusos e coletivos, que não será possível reconhecer a legitimidade da instituição em uma ação coletiva passiva derivada. Isso independe do fato de o *parquet* não possuir personalidade jurídica, sendo representado em juízo pelo ente federativo ao qual é vinculado (União, Estados ou Distrito Federal).

A princípio, os interesses e aspectos discutidos no processo coletivo originário serão melhor defendidos pelo membro do Ministério Público que participou da relação processual primária²⁴⁸, do que por qualquer outro representante. Aqui, a questão principal não é a discussão sobre a capacidade processual de órgãos sem personalidade jurídica. O que prevalece é preocupação com quem tem melhores condições de defender os interesses da coletividade.

4.1.6 Propostas dos anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos

²⁴⁸ É o que pensam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.: “Em uma ação coletiva passiva derivada de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público, o réu será esse mesmo Ministério Público. A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção de situações coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle *in concreto* da adequação da representação.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.* 2013, p. 438).

Eis as principais propostas de regulamentação da legitimidade passiva coletiva previstas nos anteprojetos de Código de Processos Coletivos.

O art. 32 do anteprojeto de Código para a Ibero-América dispõe que “Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado[...]”²⁴⁹. A previsão é repetida, *ipsis litteris*, pelo art. 42 do anteprojeto elaborado pela UERJ/UNESA.²⁵⁰

A regra, embora reconheça a coletividade como a verdadeira legitimada coletiva passiva para figurar na ação, dispensando, implicitamente, a personalização jurídica para tanto, peca por apontar a representação adequada como alternativa à organização da coletividade. Na verdade, o grupo tem que ser minimamente organizado e, necessariamente, representado adequadamente. Trata-se de requisitos cumulativos e não alternativos.

Essa inconsistência é resolvida pelo anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - USP/IBDP que em seu art. 38 exige que a coletividade seja “[...]organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada”.²⁵¹

Outro ponto positivo do projeto é a vedação expressa para que o Ministério Público e órgãos públicos figurem como legitimados coletivos em ações coletivas passivas originárias (não nas derivadas). Os entes públicos não podem ser encarados como legitimados passivos precípuos das coletividades. Esse papel legítimo cabe aos próprios representantes do grupo.

O projeto desenvolvido por Antonio Gidi prevê no art. 28 que “A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue”.²⁵²

O autor preferiu indicar a associação como representante primordial da coletividade. Em que pese o projeto deixar aberta a possibilidade de membros do

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.* 2013, Anexo II, p. 500.

²⁵⁰ *Ibidem*, Anexo IV, p. 538.

²⁵¹ *Ibidem*, Anexo III, p. 517.

²⁵² GIDI, *op. cit.*, 2008, Apêndice, p. 458.

grupo funcionarem como representantes adequados²⁵³, pensamos ser desnecessária a menção preferencial ao tipo de entidade de organização.

4.2 A coisa julgada coletiva passiva

É chegado o momento de abordar um dos pontos mais relevantes da presente pesquisa. A investigação do regime jurídico da coisa julgada coletiva passiva representa a análise do que há de mais polêmico e, ao mesmo tempo, mais importante no estudo do processo coletivo passivo.

Não há como imaginar a pertinência de uma ação coletiva passiva sem perquirir em que dimensão os efeitos produzidos pela jurisdição afetarão os membros do grupo que não participaram diretamente da relação processual (*absent parties*).

Sendo assim, a partir de todo o arcabouço teórico construído até aqui, propomo-nos a identificar um regime jurídico viável, *de lege lata*, para o processo coletivo passivo.

4.2.1 Premissas do regime jurídico da coisa julgada coletiva ativa

A construção das bases da tutela coletiva brasileira teve como preocupação central ampliar o acesso a direitos antes desprovidos de proteção adequada. Todo o contexto político-social vivido pelo Brasil no final da década de 70 e durante os anos 80 e 90, deu margem para que a tutela coletiva nacional fosse estruturada a partir da “proteção de direitos coletivos”.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva consagrado pelo legislador brasileiro é mais um dos reflexos da preocupação mencionada. Com o advento da regulamentação implementada pelo CDC, positivou-se a vontade do legislador de não afetar, negativamente, a esfera privada dos membros da coletividade representada em juízo²⁵⁴, bem como a de dificultar a consolidação de prejuízos aos direitos coletivos.

²⁵³ “28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo” (vide art. 2.2.)” (Ibidem, p. 458).

²⁵⁴ Essa regulamentação é marcadamente influenciada por uma concepção individualista do direito de ação, em que o indivíduo é “proprietário” exclusivo do direito de defender seus direitos em juízo.

Destarte, pelo fato de o processo coletivo não prejudicar os interesses individuais dos integrantes de uma coletividade, diz-se que a coisa julgada coletiva no Brasil é *secundum eventum litis*. Apenas as ações coletivas ativas julgadas procedentes têm seus efeitos estendidos aos membros da coletividade autora (*in utilibus*).

No plano coletivo, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou outra forma de proteção da coletividade. É a coisa julgada *secundum eventum probationis*, para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, na qual o processo coletivo não fará coisa julgada nos casos de improcedência por insuficiência de provas. Para direitos individuais homogêneos, a proteção é ainda maior, não havendo formação de coisa julgada contrária aos interesses da coletividade.

Há de se ressaltar a explicação de Antonio Gidi acerca da real natureza (*pro et contra*) do regime da coisa julgada coletiva no Brasil. Isso porque, a “[...]sentença coletiva desfavorável ao grupo faz coisa julgada [...], vinculando o grupo titular da pretensão deduzida em juízo”²⁵⁵. Segundo Gidi, o que seria segundo o resultado da lide “[...] não é a formação da coisa julgada, mas sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva [...]”²⁵⁶. De fato, se no plano coletivo a ação coletiva não pode, em regra, ser proposta novamente, não é correto afirmar que a coisa julgada “depende do resultado da demanda”.

Em resumo, o regime jurídico da coisa julgada consagrado pelo microssistema da tutela coletiva brasileira, seja no plano coletivo (*secundum eventum probationis*), seja quanto a extensão da coisa julgada (*secundum eventum litis/in utilibus*), caracteriza-se pela proteção de direitos.

4.2.2 Premissas do regime jurídico da coisa julgada coletiva passiva

É importante abrir o presente ponto com a seguinte afirmação: as premissas que norteiam o regime de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* consagrado para o processo coletivo ativo não servem às ações coletivas passivas.

²⁵⁵ GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 289.

²⁵⁶ *Idem*, *op. cit.*, 1995, p. 73.

Essa constatação se dá, principalmente, pelo fato das bases teóricas do processo coletivo passivo serem diferentes das premissas consagradas para as ações coletivas tradicionais.

Nos países de tradição anglo-saxônica, a tutela coletiva, desde os seus primeiros passos, se desenvolveu de modo a permitir a judicialização tanto de situações coletivas ativas como passivas²⁵⁷. No sistema das *class actions*, muito embora a legislação seja quase omissa quanto ao procedimento das *defendant class actions*, as situações coletivas passivas sempre foram apreciadas pelo Judiciário.

No Brasil, optou-se por outro caminho. Abraçou-se a ideia do acesso à justiça apenas sob o aspecto da proteção de direitos coletivos, deixando-se de lado o tratamento da tutela coletiva passiva.

Enquanto o sistema norte-americano concebeu a sua tutela coletiva de forma completa (ativa e passiva), a experiência brasileira preferiu desenvolver um sistema exclusivamente voltado à proteção de direitos.

Assim, observa-se que o regime desequilibrado da coisa julgada coletiva é consequência do caminho enviesado adotado na origem do desenvolvimento da tutela coletiva. Além disso, o receio quanto ao uso das ações coletivas deu ensejo à preservação da esfera individual dos membros da coletividade.

Diferentemente da disciplina pensada para as ações coletivas ativas no Brasil, o processo coletivo passivo pressupõe a legítima perspectiva processual de causar prejuízos aos membros da coletividade. A ação coletiva passiva tem como premissa maior, considerando a afirmação de uma ilegalidade coletiva, a intenção de subjugar os integrantes do grupo aos interesses do autor. Esse pressuposto não é estranho ao processo civil. Toda vez que se ingressa em juízo, pretende-se impor ao réu uma vontade que, em última análise, lhe causará prejuízos.

Essa convicção é fundamental para que o problema da formação da coisa julgada coletiva passiva possa ser enfrentado de forma sincera e coerente com o verdadeiro propósito do instituto. Não podemos reconhecer, a um só tempo, a

²⁵⁷ Ver item 1.2.

admissibilidade desse tipo de ação e a manutenção do viés protetivo do processo coletivo ativo.

Não se pode encarar a ação coletiva passiva, simplesmente, como uma ação coletiva ativa invertida. Essa não é a melhor abordagem para o tema. As ações coletivas ativas pretendem defender direitos coletivos ou direitos individuais coletivamente considerados. A ação coletiva passiva visa a proteger direito, individual ou coletivo, em virtude de um comportamento ilegal atribuído a uma coletividade.

Na maioria dos processos coletivos passivos, não é a coletividade que terá o seu direito protegido. Ao contrário, confere-se proteção processual a um direito individual coletivamente violado.

4.2.3 A impertinência da inversão do sistema da coisa julgada coletiva ativa

Estabelecidas as diferenças conceituais entre o processo coletivo ativo, marcado pela proteção da coletividade e de seus membros, e do processo coletivo passivo, caracterizado pela sujeição que pretende impor aos integrantes do grupo, passamos a examinar a viabilidade da inversão das regras que disciplinam a coisa julgada coletiva ativa.

Entre os doutrinadores que se propõem a enfrentar, *de lege lata*, a difícil tarefa de se conceber um regime viável para a coisa julgada coletiva passiva, costuma-se apresentar a proposta de inversão do regime jurídico da coisa julgada coletiva vigente.

Essa proposta tem como traço característico, a preocupação em manter alguma coerência com o sistema previsto no art. 103 do CDC. Ada Grinover encabeça o entendimento abaixo transcrito:

Ora bem, em se tratando de ação movida contra a classe, a proteção especial conferida a esta lei deve ser mantida bastando inverter, para tanto, os termos da questão. Assim em caso de ação individual movida contra a classe ré, em se tratando de interesses difusos e coletivos, bastará inverter a previsão legal do art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor (e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública) de modo que a sentença de procedência contra a classe em que o juiz reconheça a insuficiência da defesa coletiva, não faça coisa julgada [...] Por sua vez, na ação individual movida contra a classe ré, em que o litígio envolva direitos individuais homogêneos, bastaria ao juiz inverter o disposto no art. 103, III e §2º, de modo que a sentença

favorável (e não a desfavorável) não impedisse o ajuizamento de ações individuais, por qualquer membro da classe[...].²⁵⁸

Como se vê, como solução para a coisa julgada coletiva passiva, a professora propõe a inversão completa do sistema da coisa julgada ativa. A ação produzirá efeitos *erga omnes e ultra partes*, desde que a procedência se dê com “suficiência de defesa coletiva”. Quando a demanda coletiva passiva tratar de “direitos individuais homogêneos”, mesmo no caso de procedência, não impedirá a rediscussão do litígio, individualmente, pelos membros da coletividade.

Diogo Maia, também ancorado na inversão do sistema da coisa julgada coletiva ativa, adere parcialmente à proposta de Ada Grinover, corrigindo, no entanto, a ineficácia gerada pela não vinculação do grupo nos casos relacionados à inversão das regras previstas para direitos individuais homogêneos:

Ao versar sobre a coisa julgada coletiva na hipótese dos direitos individuais homogêneos e ação coletiva passiva, temos que nos amparar em outros fundamentos, [...] a adoção da postura inversa para este caso, conforme proposto, resultaria na impossibilidade de formação de coisa julgada em desfavor dos grupos organizados, o que implicaria o afastamento integral da efetividade da ação coletiva passiva e da própria eficácia do controle jurisdicional.²⁵⁹

Antes de comentarmos o mérito das propostas elencadas, precisamos apontar uma questão preliminar importante para a estruturação da coisa julgada coletiva passiva.

Admitindo-se ou não a inversão das regras que disciplinam o processo coletivo ativo, é necessário deixar claro que as ações coletivas passivas, em regra, não terão como objeto direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. O objeto precípua do processo coletivo, como já se disse, são *situações coletivas passivas*. Pretensões de sujeição de uma coletividade a interesses individuais.

O direito que a ação coletiva passiva simples visa a tutelar é um direito individual do autor da demanda. Apenas quando se tratar de ações duplamente coletivas é que se pode falar em proteção de direitos transindividuais. No entanto,

²⁵⁸ GRINOVER, *op. cit.*, 2002, p. 24.

²⁵⁹ MAIA, *op. cit.*, 2009, pp. 143-144. Jordão Violin também parte do raciocínio de Ada Pellegrini para traçar um regime da coisa julgada coletiva passiva (VIOLIN, *op.cit.*, 2008, pp. 140-146).

mesmo nessas situações, o regime da coisa julgada coletiva passiva não estará relacionado com “direitos coletivos”, mas sim com a sujeição da coletividade.

Essa observação é importante, primeiro por uma questão terminológica, já que o objetivo maior do processo coletivo passivo não é tutelar direitos coletivos. Segundo porque ajuda a destacar a diferença essencial entre as pretensões dos tipos de tutela coletiva (ativa e passiva).

Admitindo-se a inversão do sistema da tutela coletiva ativa, tem de se deixar claro que a correspondência passiva da classificação dos direitos coletivos são as *situações coletivas passivas difusas, coletivas em sentido estrito e situações passivas individuais homogêneas*.²⁶⁰

Segundo, após refletir sobre a possibilidade de inversão, concluímos que a solução não se revela adequada.

O legislador brasileiro optou por tipificar os direitos transindividuais²⁶¹. Através de classificação auspiciosa, a lei categorizou os diferentes tipos de direitos aptos a serem protegidos pela tutela coletiva.

Na origem, pretendia-se evitar que “[...] dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam [pudessem] impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos[...]”.²⁶²

A classificação não se deu precipuamente pela necessidade ontológica de se diferenciar os diversos “tipos” de direitos coletivos. Ante o risco sopesado da tutela

²⁶⁰ Essa atenção é originalmente exigida por Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas. **Processos Coletivos**. Porto Alegre. vol. 1, n. 1, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/doutrina/18-volume-1-nu-mero-1-trimestre-01-0-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>>. Acesso em: 12 mar. 2015).

²⁶¹ A inspiração, mais uma vez, veio da Itália.: “Os estudos dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, [...] Mais pragmático, o direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. pp. 17-19).

²⁶² WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover [et alii.]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 819.

coletiva se perder em meio a embates doutrinários e jurisprudenciais sobre o que viria a ser um direito coletivo, o remédio foi pragmático.²⁶³

Uma das consequências da diferenciação dos direitos coletivos foi a necessidade de se adequar todo o regime da coisa julgada coletiva aos diferentes “tipos” de interesse coletivo tutelado. A sistemática se altera à medida que a ação coletiva tem como objeto direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

Outro reflexo importante da incipiência do manejo da tutela coletiva no Brasil, foi a previsão de salvaguardas ao interesse coletivo, tais quais a não formação da coisa julgada quando constatada insuficiência de provas, e a possibilidade de rediscussão do litígio através de ações individuais.²⁶⁴

Ocorre que, todo esse esforço teórico de diferenciação desenvolvido para o processo coletivo ativo não precisa ser feito para as ações coletivas passivas. Após décadas de experiência no processamento de demandas coletivas, é possível afirmar que o receio que deu origem um complexo regime de coisa julgada coletiva não faz mais sentido. As incertezas que permeavam a estruturação do microsistema da tutela coletiva brasileira sucumbiram, em grande parte, frente ao profícuo desenvolvimento das ações coletivas.

Com a ausência de previsão legal pertinente e, por outro lado, das amarras previstas para o processo coletivo ativo, não há porque complicar o regime da coisa

²⁶³ Nesse ponto, trazemos os esclarecimentos de Antonio Gidi: “Não há como negar que a estabilização de tais definições legais pelo CDC foi útil ao desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, pois simplificou sobremaneira a compreensão do tema e o cabimento da tutela coletiva. [...] A ideia de proteger direitos de grupo nos tribunais ainda estava se estabelecendo no Brasil e as definições existentes eram conflitantes. A ausência de uma definição clara dos direitos de grupo em uma lei escrita poderia gerar perplexidade e inconsistência nos tribunais. [...] Foi, portanto, necessário naquela época, arriscar os efeitos limitadores de uma definição legal, em favor da certeza e uniformidade na aplicação da nova lei.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 204).

²⁶⁴ Ada Pellegrini Grinover justifica a adoção dessas salvaguardas, basicamente, a partir da necessidade de se observar o devido processo legal e de se compensar a ausência de previsão legal do controle judicial da representatividade adequada: “A solução da lei leva em conta todas as circunstâncias apontadas, visando a harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV da CF), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a representatividade adequada e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover [*et alii.*]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 930-931).

julgada coletiva passiva com uma teorização desnecessária. No processo coletivo passivo, o fator “questão comum”, próprio da tutela coletiva como um todo, não precisa ser tipificado.

Além dessa desnecessidade, outro aspecto fecha as portas para a inversão do regime da coisa julgada ativa. Essa sistemática, calcada na proteção de direitos coletivos e na preservação da esfera individual dos membros de uma coletividade, inviabiliza o pleno processamento das ações coletivas passivas.²⁶⁵

Ao inverter a previsão do art. 103 do CDC, a coisa julgada coletiva passiva esbarra na proteção legislativa conferida aos membros da coletividade na judicialização de direitos individuais homogêneos. Como a coisa julgada nessas hipóteses impede a consolidação de eventuais prejuízos aos membros do grupo, acabaria por retirar a utilidade das ações coletivas passivas.²⁶⁶

Com a correção pontual dessa incompatibilidade, o resultado alcançado acaba sendo semelhante ao obtido por um regime simplificado de ampla vinculação dos membros da coletividade. Tal fato ratifica que a preocupação é muito mais teórica do que prática.

Ademais, a tentativa de preservar salvaguardas referentes à necessidade de “suficiência de provas” ou de “suficiência de defesa coletiva” para vinculação do grupo, demonstra-se despicienda. Isso em razão do fato de a representação coletiva se submeter, necessariamente, ao controle judicial da atuação do legitimado coletivo passivo.

4.2.4 Uma proposta de *lege lata* para um regime da coisa julgada coletiva passiva

Admitindo-se as ações coletivas passivas e sendo indispensável para tanto, a aceitação da aferição judicial da representatividade adequada da coletividade-ré, a

²⁶⁵ GIDI, *op. cit.*, 2008, p.292.

²⁶⁶ No mesmo sentido, José Marcelo Vigliar, (VIGILAR, *op. cit.*, 2007, pp. 319-320); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processos Coletivos UERJ/UNESA**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 436; Antonio Gidi (GIDI, *op. cit.*, 2008, pp. 359-363); e Jordão Violin (VIOLIN, *op. cit.*, 2008, pp. 142-145).

coisa julgada produzida na ação deve vincular, amplamente, todos os membros do grupo.

Essa conclusão é coerente com todo o estudo desenvolvido até aqui.

Consideramos que as ações coletivas passivas, em que pese a omissão legislativa, são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sobretudo em razão da observância dos princípios da inafastabilidade e do devido processo legal.

Concluimos que a aferição da legitimidade coletiva passiva deverá ser feita mediante a verificação judicial em concreto da representação do grupo. Essa aferição, diferentemente do sistema adotado pelo microssistema da tutela coletiva, implica na percepção de que a própria coletividade defenderá em juízo os seus interesses.

Por fim, concluimos que a premissa maior das ações coletivas passivas, qual seja, a pretensão processual de causar prejuízos aos membros da coletividade, é incompatível com as regras previstas para a coisa julgada coletiva ativa. Esse sistema está permeado de classificações e salvaguardas inconvenientes aos propósitos do processo coletivo passivo.

Mantendo-se a coerência com o raciocínio até aqui trabalhado, constatamos que os limites subjetivos da coisa julgada coletiva passiva devem alcançar todos os membros do grupo, independentemente do resultado da demanda.

Uma situação coletiva passiva só pode ser adequadamente tutelada caso a solução encontrada seja capaz de submeter os integrantes do grupo à imposição jurisdicional. Não há como fugir à essa máxima e ainda sustentar a utilidade plena do processo coletivo passivo.

A inversão do sistema da coisa julgada, como já vimos, ou acarretará a ineficácia parcial do processo coletivo passivo, protegendo demasiadamente a coletividade ou, com a correção pontual de rumo, acabará por se aproximar de um regime de ampla vinculação desnecessariamente complexo.

A proposta de manutenção de critérios de classificação dos direitos coletivos para fins de racionalização da coisa julgada coletiva passiva, embora ofereça algum conforto com a ideia de “adaptação” do regime vigente, prejudica a operacionalização da ação coletiva passiva. Esta sempre estará sob à sombra da concepção

ultrapassada de que a coisa julgada prejudicial aos membros da coletividade deve ser exceção e não a regra.²⁶⁷

É importante que se tenha em mente que, em última análise, o que prevalece na identificação das ações coletivas passivas é a existência de uma questão comum apta a ser tutelada coletivamente²⁶⁸. Essa questão comum deve ser resolvida para todos os que tiverem seus interesses adequadamente representados em juízo.

Quando analisamos a pertinência do estudo da legitimidade coletiva passiva, destacamos a relação existente entre a legitimidade e a vinculação das decisões judiciais. Havendo participação no processo, estarão as partes vinculadas ao comando do juiz.

No caso do processo coletivo passivo, como a representação adequada é aferida concretamente, é de se considerar que a própria coletividade, por meio do seu representante, participa da ação. Ante a verificação da atuação do representante do grupo, este é alçado à condição de interlocutor direto dos interesses da coletividade. Por esse aspecto é que Girolamo Monteleone considera que a ideia de extensão da coisa julgada coletiva a “terceiros” é fruto de uma ilusão de ótica. O processualista italiano afirma que a coisa julgada formada nas *class actions* volta-se à toda a coletividade e não apenas às duas partes processuais²⁶⁹. O raciocínio se aplica à sistemática proposta para as ações coletivas passivas. Estando a coletividade

²⁶⁷ Assim pensa Antonio Gidi: “A lei não deve impor nenhuma limitação artificial, teórica ou acadêmica ao cabimento de uma demanda coletiva. Somente as peculiaridades fáticas da situação concreta poderá dizer se, em um determinado conflito, cabe ou não a tutela coletiva na forma passiva. Já defendemos, em várias oportunidades, que a própria classificação teórica feita pela lei brasileira entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é fútil e contraproducente. Essa inadequação, como se percebe, é particularmente aguda nos casos de processos coletivos passivos.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, p.364). A afirmação de José Marcelo Menezes Vigliar sobre o futuro das ações coletivas passivas é contundente: “[...] a efetividade das futuras ‘ações coletivas passivas’ está intimamente relacionada com a extensão desse julgado a todos os integrantes da coletividade considerada, representada pelo, é óbvio, representante adequado. Caso, venhamos a pretender que essas ações promovam a ‘molecularização dos conflitos’ (expressão cunhada pelo professor Kazuo Watanabe, como é de conhecimento de todos), temos que admitir que o resultado do conflito se estenda a todos os integrantes da coletividade representada. Não poderemos mais no ater a critérios de exceção.” (VIGLIAR, *op. cit.*, 2007, p. 319).

²⁶⁸ Esse viés representa uma visão influenciada pela sistemática mais simples e pragmática das *class actions*, que adota o critério das questões comuns como elemento central da tutela coletiva.

²⁶⁹ “*Per tali ragioni riteniamo che l'estensione del giudicato oltre le parti sia in questo caso frutto di illusione ottica, [...] La sentenza pronunciata sulla class action non è una sentenza emessa nei confronti di due sole parti, che, travaliando dai suoi confini, vada a colpire la posizione giuridica di altri soggetti assolutamente estranei al giudizio, ma viceversa è emessa nei riguardi dell'intera categoria di persone, tutte rappresentate innanzi al giudice da coloro i quali hanno assunto l'iniziativa dell'azione.*” (MONTELEONE, *op. cit.*, 1978, p. 178).

devidamente representada em juízo, a coisa julgada não seria propriamente *ultra partes*, mas sim *inter partes*.²⁷⁰

É razoável que a coisa julgada vincule a todos que compõem o grupo-réu, independentemente do resultado da demanda. Diferentemente do processo coletivo tradicional em que a legitimidade é, *a priori*, presumida, nas ações coletivas passivas, a proteção dos interesses individuais vai de encontro à forma pela qual o processo coletivo passivo é composto.

A não formação da coisa julgada em caso de “insuficiência de defesa coletiva” como propõe Ada Grinover, ou em caso de “procedência baseada em distribuição do ônus da prova”, sugerida por Diogo Maia, não fazem sentido em um sistema como o ora descrito. Como o juiz deve verificar, durante toda a condução do processo, a atuação do representante do grupo, as salvaguardas mencionadas deverão fazer parte dessa ampla análise²⁷¹. Caso não se verifique uma defesa coletiva suficiente, não haverá a formação de coisa julgada, pois não houve representação adequada da coletividade-ré.

Acrescente-se que, tendo em vista que o controle judicial da atuação do representante coletivo já é razoavelmente realizado pelo Judiciário brasileiro, é crível imaginar não haver maiores dificuldades na sua intensificação em ações coletivas passivas.²⁷²

²⁷⁰ Ada Pellegrini Grinover, fazendo referência às lições de Girolamo Monteleone, destaca que é: “[...] certo que a extensão da coisa julgada a quem não foi pessoalmente parte no processo, mas nele foi, na fórmula norte-americana, adequadamente representado pelo portador em juízo dos interesses metaindividuais ou dos direitos subjetivos coletivamente tratados, não seria em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes*. Já se observou que é justamente na ótica da adequada representação do conjunto de interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da coisa julgada, porquanto os adequadamente representados não são propriamente terceiros.” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, 2007, pp. 924/925).

²⁷¹ Jordão Violin acrescenta, oportunamente, a constatação de que não é possível transplantar a noção de coisa julgada *secundum envetum probationis* para o processo coletivo passivo: “Quando a classe assume o pólo passivo da ação, no entanto, esse sistema se torna inaplicável. Se a improcedência pode ser ligada à carga probatória produzida, o mesmo não acontece com a procedência. Esta deverá ser sempre fundada em provas robustas. Não há que se falar em ‘procedência por falta de provas’, razão pela qual a formação da coisa julgada dependerá não da atividade probatória do autor, mas da adequada representação da classe pelo legitimado. [...] A inversão dos incisos I e II do artigo 103 do CDC, portanto, não é perfeita. Se aplicada literalmente, essa inversão resultaria numa distinção entre ‘procedência com provas suficientes’ e ‘procedência por insuficiência de provas’, o que é evidentemente descabido.” (VIOLIN, *op. cit.*, 2008, p. 141-142).

²⁷² Sobre a fácil aceitação na doutrina do controle judicial da representatividade adequada, Marília Zanella Prates assim se posiciona: “Assim, um dos requisitos para que aplique no Brasil a extensão da coisa julgada coletiva para todos, independentemente do resultado da demanda, é de fácil

Adotado e reconhecido um regime homogêneo e simplificado de formação da coisa julgada coletiva passiva, não há necessidade de diferenciar a sistemática de demandas duplamente coletivas. Se estarão vinculados todos os membros da coletividade em ações coletivas passivas simples, quiçá quando se tratar de uma ação duplamente coletiva.

Ademais, outro mecanismo que deve ser utilizado pelo magistrado para fortalecer a legitimidade passiva e, conseqüentemente, embasar a formação de uma coisa julgada vinculante para todos, é a notificação adequada dos membros do grupo-réu.

Para que os membros ausentes se vinculem à decisão judicial, sobretudo quando a situação coletiva passiva possa ser enquadrada, em tese, como “individual homogênea”, é necessário que se garanta a uma parte significativa de indivíduos a ciência e a oportunidade de participar da construção do provimento jurisdicional.

É verdade que o microssistema da tutela coletiva não tem regras adequadas sobre notificação adequada²⁷³. Entretanto, quando da aferição da legitimidade do representante coletivo passivo, o magistrado, com base no devido processo legal coletivo e na ampla defesa coletiva, pode e deve viabilizar a ampla ciência do ajuizamento da causa. Essa notificação terá como objetivo garantir aos representados a possibilidade de controlar a atuação do legitimado coletivo, bem como cientificar o grupo das conseqüências de eventual procedência da ação.

O juiz não precisará impor ao autor da demanda coletiva a incumbência de providenciar a notificação do grupo. Para que seja adequada, pensamos ser interessante que o magistrado verifique, no caso concreto, quem tem melhores condições de viabilizar a notificação, e qual a forma mais eficiente de procedê-la.²⁷⁴

aceitação na doutrina atual e deveria ser adotado, segundo pensamos, inclusive se a fórmula da coisa julgada não for alterada.” (PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 127).

²⁷³ Em razão de viés burocratizado e pouco criativo, não consideramos um bom ponto de partida para a notificação adequada do grupo a previsão do art. 94 do CDC sobre a divulgação da ação coletiva em edital de órgão oficial.

²⁷⁴ A notificação não precisa alcançar cada um dos membros do grupo, sob pena de tornar inviável o processamento da ação coletiva passiva. A medida deverá atingir um número relevante de indivíduos, gerando um conhecimento abrangente da pendência da demanda.

Essa ferramenta, cumulada com a verificação judicial da atuação do representante da coletividade, garante segurança jurídica suficiente para que a coisa julgada não possa ser rediscutida em eventuais processos individuais.

De outro lado, é impossível aceitar que o indivíduo, uma vez ciente da pendência de uma ação coletiva passiva que possa lhe causar prejuízos, exclua-se do âmbito de extensão da coisa julgada (*right to opt out*). A razão para essa impossibilidade é óbvia: quem puder se eximir de responder pelos seus atos, comprometendo a efetividade do processo coletivo passivo, certamente o fará.²⁷⁵

Por fim, temos o dever de abordar alguns exemplos de mau uso das ações coletivas passivas. O processo coletivo passivo com amplos efeitos vinculantes poderia se transformar em justificativa para a vinculação indevida de grupos. O procedimento poderia ser utilizado contra um segmento potencialmente autor de uma demanda coletiva ativa. Através de ações declaratórias positivas ou negativas, grandes empresas poderiam, tentar, *v.g.*, impedir a discussão futura sobre defeitos de um determinado produto.

O objeto das ações coletivas passivas é a afirmação em juízo de uma situação jurídica titularizada por um grupo, ou seja, de uma ilegalidade perpetrada por uma coletividade. Por conseguinte, o uso dessa ferramenta processual como meio de evitar a futura proposição de uma ação coletiva ativa, não se enquadra nessa noção²⁷⁶. Isso, pois “[...] a ação proposta contra a coletividade não tem como escopo trazer danos aos direitos transindividuais, mas sim corrigir eventuais desvirtuamentos ou abusos no momento de efetivação desses”.²⁷⁷

Trata-se de conduta ardilosa a ser identificada logo quando do juízo de admissibilidade da demanda proposta. Configurada a hipótese, o processo coletivo passivo não deve ser admitido por ausência de interesse de agir.²⁷⁸

4.2.5 Liquidação, execução e rediscussão da coisa julgada

²⁷⁵ GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 345.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 353-354.

²⁷⁷ ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, 2010, p. 203.

²⁷⁸ GIDI, *op. cit.*, 2008, pp. 353-354. O autor identifica esse uso indevido das ações coletivas passiva como “demandas coletivas propostas por emboscada”.

Estabelecida nossa posição acerca da conveniência de um regime jurídico simples e amplo de formação da coisa julgada coletiva passiva, passamos ao exame de algumas particularidades da liquidação e da execução no processo coletivo passivo.

Como se viu, para a condução de ações coletivas passivas, não é conveniente considerar a classificação tradicional de direitos coletivos consagrada pelo CDC. É no caso concreto, por meio do gerenciamento judicial da ação coletiva, que o juiz verificará as particularidades da situação controvertida. Essa máxima se desdobrará para as fases de liquidação e execução.

Em provimentos jurisdicionais que tenham como objetivo sujeitar a coletividade a um comando injuntivo, a decisão judicial deverá ser líquida. Assim como acontece no processo coletivo tradicional, a sentença deverá ser clara, determinando *quem deve se submeter à decisão judicial* (qual coletividade) e *qual comportamento* (positivo ou negativo) deve ser adotado. Ressalte-se que não é necessário que o magistrado identifique cada um dos membros da coletividade a ser vinculada pela sentença. A ordem deverá ser genérica, vinculando todos os membros que compõem o grupo-réu.

Assim, em uma ação de dissídio de greve no serviço público o juiz, quando da concessão de um provimento liminar, deve delimitar os seguintes parâmetros: a quem essa antecipação atinge, deixando claro a abrangência da categoria de servidores que terá o exercício do direito de greve limitado; e o comportamento a ser adotado, tanto pelos indivíduos, como pelas entidades de classe que os representam.

As hipóteses de ações coletivas passivas que pretendem impor obrigações de fazer e não fazer são as mais comuns, dispensando, em regra, liquidação posterior²⁷⁹. Com efeito, o juiz poderá observar que o caso concreto, muito embora seja melhor tutelado através da molecularização do litígio, necessitará da individualização de certas circunstâncias. Mesmo nas ações acima referidas, em razão do descumprimento de um comando judicial, podem surgir obrigações aptas a serem particularizadas.

²⁷⁹ Alguns exemplos de ações coletivas passivas que visam a impor uma obrigação de fazer ou não fazer: ações possessórias, ações de dissídio de greve, ações de violação de patentes, dentre outras.

Nesse caso, o autor da ação deverá promover a liquidação da sentença genérica de modo a individualizar a ordem judicial. Essa necessidade de liquidação se dará, na maioria das vezes, quando a situação coletiva passiva tratar de obrigação de pagar quantia.

No que tange à execução, quando esta derivar de obrigação de fazer, terá o juiz amplos poderes para submeter a coletividade, de forma abrangente, ao comando judicial específico²⁸⁰. Esses poderes, diante do alcance da coisa julgada coletiva passiva, podem alcançar, inclusive, a esfera privada dos componentes do grupo-réu. A execução pode ser coletiva, coagindo-se o representante do grupo; individual, atingindo-se cada membro da coletividade; ou ambas, concomitantemente. O caso concreto dirá qual a melhor opção.

Assim sendo, quando da execução de um provimento jurisdicional coletivo passivo consubstanciado em obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz não estará adstrito à imposição de medidas coletivas para fazer valer a autoridade da sua decisão. Poderá, também, determinar providências que vinculem os próprios indivíduos representados na ação.

Nesse sentido, trazemos decisão liminar interessante proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Tratava-se de ação coletiva passiva ajuizada pela União para impedir a deflagração de movimento grevista pelos servidores do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em pleno ano eleitoral.

Na decisão, o Desembargador Federal Cotrim Guimarães proibiu a deflagração da greve, cominando “[...] multa diária de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) ao Sindicato réu, *inclusive sob regime de solidariedade com cada Servidor que venha a desobedecer a decisão[...]*” (grifo nosso).²⁸¹

Não satisfeito em coagir o “sindicato réu”, o magistrado pretendeu alcançar cada um dos servidores que viessem a descumprir a decisão liminar. Essa preocupação com a efetividade do provimento jurisdicional revela-se adequada. A

²⁸⁰ Em termos análogos aos dispostos no art. 84 do CDC e parágrafos.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº0024661-33.2014.4.03.0000. Decisão tomada pelo Desembargador Cotrim Guimarães em Plantão Judicial. Data da decisão: 28/09/2014.

solidariedade mencionada na decisão deriva da indivisibilidade da situação coletiva passiva tutelada.

Na demanda, a possibilidade de impor comportamentos e sanções diretas aos membros da classe de servidores, advém das circunstâncias de que o grupo é o verdadeiro titular da situação coletiva passiva discutida em juízo e está presente na relação processual. Imagine-se a situação em que o sindicato é impedido de deflagrar greve, mas os servidores, alegando não estarem sujeitos à autoridade da decisão, julguem estar livres para abandonar seus postos de serviço.

Outra decisão que alcançou diretamente os membros da coletividade-ré foi a proferida no processo de nº 5009815-02.2015.4.04.7100/RS da 1ª Vara Federal de Porto Alegre/RS. Na oportunidade, o juízo deferiu medida liminar pleiteada pela União em interdito proibitório para:

[...] determinar às pessoas, representantes e manifestantes de qualquer movimento social, de caminhoneiros ou não, a serem identificados pelo Oficial de Justiça, que se abstenham de bloquear ou obstaculizar por qualquer meio o leito da rodovia BR 116, KM 397,8, no município de Camaquã, ou qualquer rodovia federal sob jurisdição desta Subseção Judiciária de Porto Alegre, devendo a Polícia Rodoviária Federal garantir a trafegabilidade no leito das estradas. Desde já fixo a pena de multa em caso de descumprimento no valor de R\$ 5.000,00 por hora de ocupação da rodovia.²⁸²

O provimento jurisdicional impôs um comportamento negativo aos representantes dos movimentos sociais, aos manifestantes representados, e a qualquer pessoa que estivesse bloqueando as estradas federais. A respectiva multa fixada pelo descumprimento também teve ampla abrangência. O alcance pretendido

²⁸² BRASIL. 1ª Vara Federal de Porto Alegre/RS. Ação nº 5009815-02.2015.4.04.7100/RS. Juíza Marciane Bonzanini. Data da decisão em 24/02/2015. É interessante mencionar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao agravo de instrumento da União para estender os efeitos decisão antecipatória a todo o estado do Rio Grande do Sul. Na oportunidade, o tribunal consignou que: “No caso em exame, é público e notório que, além de já estarem obstruídas em diversos pontos (em relação aos quais já há ação judicial própria intentada pela Advocacia Geral da União), diversas outras rodovias federais em todo o Estado do Rio Grande do Sul se encontram na iminência de interrupção do fluxo de veículos. Aí reside, justamente, a imprescindibilidade da extensão dos efeitos da decisão proferida pela ilustre Juíza Federal Substituta, de modo a, por um lado, coibir a ocorrência de novos transtornos e, de outro, evitar a necessidade de ajuizamento de dezenas de ações idênticas.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5007416-57.2015.404.0000/RS. Relator: Luís Alberto de Azevedo Aurvalle. Decisão monocrática. Data da decisão: 27/02/2015). Tendo em vista bloqueios efetuados por caminhoneiros em diversas estradas do país em razão do aumento do preço do diesel, dezenas de liminares foram deferidas nesse mesmo sentido.

com a referida decisão é compatível com os objetivos e com a efetividade inerente ao tipo de tutela requerida pelo ente público.²⁸³

A execução de obrigações de pagar quantia, seja em razão do descumprimento de obrigação injuntiva, seja em razão da própria natureza da situação coletiva passiva originária, poderá necessitar ser individualizada. Caso não seja possível executar coletivamente o grupo, providência, em tese, mais fácil, o cumprimento da decisão poderá ser imposto diretamente aos membros do grupo.

Quanto à possibilidade de rediscussão da coisa julgada coletiva passiva, uma vez que esta tem amplo alcance em relação aos membros da coletividade, pensamos ser coerente uma concepção restritiva.

Em eventual defesa individual, o magistrado deverá admitir a alegação de matérias próprias à fase de execução, além da ausência de representação adequada do grupo, haja vista tratar-se de vício relacionado à impossibilidade de constituição e desenvolvimento válido da ação coletiva passiva. Somando-se a isso, o indivíduo executado sempre poderá provar que não faz parte da coletividade condenada.²⁸⁴

4.2.6 Propostas dos Códigos de Processos Coletivos para a coisa julgada coletiva passiva

²⁸³ Em sentido contrário, trazemos decisão proferida em ação de reintegração de posse em que ficou consignada a impossibilidade de se estender a condenação ao pagamento de indenização aos indivíduos representados na ação. As razões apresentadas foram a pretensa violação ao contraditório e a ampla defesa. A corte, com essa decisão, além de demonstrar falta de conhecimento sobre o que de fato significa o processamento de uma ação coletiva passiva, acabou por descartar boa parte da utilidade da demanda em questão: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA CONTRA LÍDER DA INVASÃO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DA ÁREA INVADIDA – RECONHECIMENTO DO DIREITO POSSESSÓRIO PELA PARTE RÉ – CONDENAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELA ÁREA INVADIDA – PEDIDO DE CONDENAÇÃO DE TODOS OS MORADORES DA ÁREA – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. É impossível a extensão da condenação ao pagamento de indenização pela invasão da área à pessoas que sequer foram mencionadas no processo, ante a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa (BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação nº47607/2013. Relator: João Ferreira Filho. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 25/02/2014).

²⁸⁴ Diogo Campos Medina Maia ressalta que “[...] no caso de haver a execução individual do provimento coletivo contra o grupo, sempre será possível ao executado, além das demais matérias passíveis de alegação em sede de execução, provar que não faz parte do grupo, como causa impeditiva de execução ou de inexigibilidade (inexecutabilidade) do título, equilibrando-se os eventuais prejuízos pela ausência de participação no procedimento de cognição.” (MAIA, *op. cit.*, 2009, p. 152).

O anteprojeto para a Ibero-América²⁸⁵ adotou o sistema de inversão do regime da coisa julgada coletiva ativa. Impediu-se, exceto quando o grupo estiver representado por sindicato²⁸⁶, a vinculação dos membros da coletividade nos casos de procedência de ação cujo objeto são direitos individuais homogêneos (situações passivas individuais homogêneas).

O projeto elaborado pela USP/IBDP, como solução para a coisa julgada coletiva passiva, optou pela inversão parcial do regime da coisa julgada coletiva ativa²⁸⁷. A ferramenta utilizada pelo normativo para equilibrar a indigitada inversão, foi a restrição do cabimento das ações coletivas passivas para a tutela de direitos transindividuais (situações coletivas passivas difusas e coletivas em sentido estrito). Nesses casos, a coisa julgada, assim como acontece no processo coletivo ativo, vincula os membros da coletividade.

Como já nos manifestamos, consideramos que a inversão das regras atinentes a coisa julgada coletiva ativa não serve ao processo coletivo passivo.²⁸⁸

O anteprojeto desenvolvido pela UERJ/UNESA, aparentemente, pretendeu estabelecer um sistema simplificado e amplo da coisa julgada coletiva passiva²⁸⁹. Para tanto, não diferenciou a vinculação da coisa julgada conforme a classificação clássica

²⁸⁵ “Art. 36. Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe; Art. 37. Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria, ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual. Parágrafo Único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *op. cit.*, 2013, Anexo II, p. 500).

²⁸⁶ Gregório Assagra de Almeida, contrário à vinculação dos membros do grupo pela coisa julgada coletiva passiva, faz duras críticas à previsão do Código para a Ibero-América (ALMEIDA, *op. cit.*, 2008, p. 98).

²⁸⁷ “Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b”, “c”), se trate de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social; Art. 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do art. 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.” (*Ibidem*, Anexo III, p. 500).

²⁸⁸ Ver itens 3.2.2 e 3.2.3.

²⁸⁹ Na exposição de motivos do normativo, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes afirma, em relação a não vinculação dos membros da coletividade em casos de ações para a tutela de direitos individuais homogêneos, que o projeto em questão corrige a limitação inicialmente prevista no projeto da USP, “[...] estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *op. cit.*, 2013, Anexo IV, p. 527).

de direitos coletivos. Porém, constata-se que o art. 42 do Código acabou por limitar o cabimento das ações coletivas aos direitos transindividuais²⁹⁰, fato este que gera uma incongruência entre o que inicialmente se pretendeu e o que o texto de fato previu.²⁹¹

Andou bem o anteprojeto de Antonio Gidi, deixando clara a opção por um sistema amplo e homogêneo da coisa julgada coletiva passiva: “[...]o membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda[...]”²⁹². Vale frisar que o projeto, ao prever que o membro do grupo será vinculado pelo processo coletivo passivo “[...] ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo[...]”²⁹³, é coerente com a noção de representação de interesses que resulta do controle judicial da representatividade adequada.²⁹⁴

²⁹⁰ “Art. 42. Ação contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º do artigo do art. 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º) e se revista de interesse social.” (grifo nosso). Para que ficasse mais clara a intenção de abarcar todas as situações coletivas passivas, melhor seria não fazer referência a “bens jurídicos transindividuais” (Ibidem, p. 538).

²⁹¹ “Art. 43 Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe” (Ibidem, p. 538).

²⁹² Art. 28.1 (GIDI, *op. cit.*, 2008, Apêndice, p. 458).

²⁹³ Ibidem, p. 458.

²⁹⁴ Ver item 4.1.5.1. Antoni Gidi acrescenta que “[...] se a lei insistisse que o grupo-réu deveria ser sempre representado em juízo por uma associação que congregasse os seus membros, o efeito colateral seria desestimular a criação de associações, com o objetivo de impedir a proposição de demandas coletivas passivas contra o grupo.” (GIDI, *op. cit.*, 2008, p. 368).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jornada pela qual a estruturação do processo coletivo passivo atravessa necessita ser aprofundada. Embora o amadurecimento da tutela coletiva ao longo dos séculos seja notável, as demandas coletivas passivas ainda estão distantes do grau de desenvolvimento do processo coletivo tradicional.

Sob essa perspectiva, tudo o que foi exposto ao longo do presente trabalho teve como objetivo a reflexão sobre questões ainda pouco trabalhadas na teoria geral do processo coletivo. O estudo pretendeu colocar luz sobre uma parte importante da tutela jurisdicional coletiva.

Por vezes, o contexto histórico que permeia a construção de categorias jurídicas nos leva a remoer, como forma de justificar propósitos acadêmicos, os mesmos conceitos, teorias e classificações. Foi assim com o desenvolvimento da tutela coletiva brasileira. A preocupação, justificada, diga-se, com a proteção das coletividades e de seus respectivos membros, camuflou a necessidade de se estruturar o processo coletivo sob todas as suas facetas.

A análise dos litígios envolvendo grupos nos permite afirmar que as coletividades não podem ser encaradas apenas sob a lente da titularidade de posições jurídicas ativas. Os grupos, assim considerados, também são responsáveis pela prática de condutas ilícitas passíveis de controle jurisdicional.

O reexame dos principais marcos históricos relacionados às demandas coletivas nos mostra que as coletividades sempre figuraram como réus em processos judiciais. Tal percepção, antes de interessar ao Direito, revela-se como consequência natural do convívio em sociedade.

O reconhecimento acadêmico do processo coletivo passivo não tem a ver com a importação de experiências jurídicas estrangeiras como as das *defendant class actions*; da mesma forma, não se trata de tentativa artilosa de justificar a coação de coletividades. O estudo das ações coletivas passivas constitui-se, antes de tudo, um ato de justiça para com o desenvolvimento completo e isonômico da tutela coletiva. Um resgate do que foi deixado de lado.

Ao longo desta pesquisa, demonstramos que a estruturação do processo coletivo passivo convive, permanentemente, com o embate entre a universalização do acesso à justiça e o respeito ao devido processo legal. Essa dicotomia gravita em torno da impossibilidade de se negar, em tese, a tutela jurisdicional de uma situação jurídica protagonizada por uma coletividade apontada como ré (situações coletivas passivas).

Após analisar essa difícil equação, concluímos que as ações coletivas passivas, em que pese a ausência de previsão legal específica no ordenamento jurídico brasileiro, estão respaldadas pelo princípio constitucional da inafastabilidade. Representam, pois, instrumento processual voltado à universalização do acesso à justiça (efetiva). Os contornos e limites dessa ampliação deverão ser verificados e justificados pelo magistrado, no caso concreto.

O exame da atividade jurisprudencial brasileira nos permite defender que, à margem das divergências doutrinárias acerca da admissibilidade das ações coletivas passivas, o processo coletivo passivo já é uma realidade na nossa praxe forense. Seja para admitir ou para negar o processamento desses tipos de demandas, o Judiciário, cotidianamente, enfrenta questões relacionadas à litigância coletiva passiva.

As inúmeras ações ajuizadas para limitar o exercício do direito de greve no serviço público; as diversas ações possessórias contra “grupos de invasores”; as ações rescisórias e embargos à execução derivados de demandas coletivas ativas; e outras tantas demandas de escopo semelhante, demandam uma maior atenção do Direito Processual Coletivo.

A partir dessa percepção realística, todo o trabalho foi pautado por uma abordagem *de lege lata* das ações coletivas passivas. Sem ignorar as diversas propostas legislativas para regular o tema, tentamos ser fiéis ao fato de que, independentemente da anuência expressa do microssistema da tutela coletiva brasileira, o processo coletivo passivo já existe.

Os argumentos que respaldam o processamento atual das ações coletivas passivas convergem para a necessidade de se buscar, na Constituição, autorização para adaptar/criar um procedimento adequado às pretensões das demandas coletivas passivas.

Nesse sentido, óbices teóricos atribuídos à admissibilidade das ações coletivas passivas sucumbem frente à responsabilidade que o Estado-Juiz tem de dar respostas definitivas aos conflitos sociais. Nem a ausência de autorização legal ou a dificuldade de adaptação do procedimento da tutela coletiva ativa, são capazes de fechar as portas da jurisdição para as situações coletivas passivas.

Com efeito, concluímos também que a afirmação, pura e simples, da necessidade de universalização do acesso à justiça não é argumento suficiente para que as ações coletivas passivas sejam admitidas e processadas com segurança.

O maior problema que o tema encontra, é mesmo a inadequação do procedimento brasileiro previsto para as ações coletivas ativas, com destaque para os mecanismos de aferição da legitimidade coletiva e de formação da coisa julgada. Sob a sombra de um microssistema que protege, a um só tempo, os direitos coletivos e a esfera privada dos indivíduos substituídos, procuramos investigar possíveis molduras procedimentais para processamento das ações coletivas passivas.

Nesse esforço, não deixamos de lado o compromisso de enfrentar essa dificuldade de forma sincera e condizente com os reais objetivos das ações coletivas passivas. Estes objetivos, às vezes negligenciados pelos que se debruçam sobre o assunto, repousam sobre a pretensão legítima de submeter o grupo aos interesses do ofendido.

Constatamos que, quanto à aferição da legitimidade coletiva passiva, diante da ausência de presunção legal, não há outro caminho a seguir que não o do controle judicial da representatividade adequada. Com amparo no devido processo legal, é o magistrado que deverá aferir a adequação da representação da coletividade-ré.

Ao contrário do que possa parecer, essa solução não representa ruptura com o que se costuma praticar na condução de diversas ações coletivas ativas. Em vários tipos de demandas, a jurisprudência nacional já realiza esse controle com alguma desenvoltura.

Percebemos ainda que, a representação coletiva passiva é mais flexível do que do sistema de arrolamento legal dos legitimados coletivos. Desde entidades privadas de representação, até os próprios membros do grupo, são vários os entes que podem ser reconhecidos como representantes adequados da coletividade.

Quanto à coisa julgada coletiva passiva, outro elemento central do processo coletivo passivo, tentamos nos manter coerentes com as conclusões alcançadas no transcorrer da pesquisa.

Admitindo-se as ações coletivas passivas como instrumento processual calcado na expectativa processual de causar prejuízos a grupos, concluímos que a coisa julgada resultante da apreciação dessa espécie de demanda deve vincular, amplamente, todos os membros da coletividade.

Essa constatação deriva, principalmente, do fato de que no processo coletivo passivo, o grupo não é substituído por um legitimado. O agrupamento tem seus interesses diretamente representados em juízo. O controle judicial da representação adequada aproxima a coletividade do processo, de tal forma, que a não vinculação de seus membros ao comando judicial não se justifica. Se a coletividade é adequadamente representada através da melhor defesa possível, não há razões para protegê-la além do necessário.

Nesse ponto específico, temos que nos libertar da concepção protetiva das regras previstas para a vinculação dos indivíduos substituídos coletivamente. Pelo ponto de vista da efetividade das ações coletivas passivas, não é possível preservar a racionalidade da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*. A procedência da demanda coletiva passiva deve, necessariamente, alcançar todos os indivíduos que tiveram seus interesses defendidos no processo coletivo.

A inversão da disciplina prevista no art. 103 do CDC, em razão da manutenção de premissas e classificações incompatíveis com a coisa julgada coletiva passiva, serve mais como um conforto psicológico. Pensamos que não é necessário complicar a sistemática de vinculação da coletividade-ré, preservando-se a vinculação entre a “situação coletiva passiva tutelada” e o “tipo de coisa julgada produzida”.

Em suma: uma vez constatado que o grupo foi adequadamente representado e que parcela representativa de seus membros tomou ciência da pendência da demanda (notificação adequada), deve a coisa julgada vincular todos os membros da coletividade, independentemente do resultado da ação.

Como resultado dessa ampla vinculação, a respectiva execução do provimento jurisdicional oriundo do processo coletivo passivo deve, respeitando-se eventual necessidade de particularização de circunstâncias individuais, atingir a esfera privada dos membros do grupo representado em juízo.

As conclusões obtidas são resultado da intenção de abordar o processo coletivo sob uma perspectiva diferente. A presente pesquisa buscou avançar sobre um terreno que, embora não totalmente pavimentado, é frequentemente utilizado pela sociedade brasileira.

Muita coisa ainda precisa ser desenvolvida para que o processo coletivo passivo possa ser trabalhado com a segurança que demanda e com a efetividade que pretende oferecer. Não é coincidência a inclusão de regras sobre as ações coletivas passivas nos principais projetos de Código de Processos Coletivos.

Contudo, *de lege lata*, ou *de lege ferenda*, só conseguiremos avançar de fato, caso consigamos olhar o processo coletivo a partir do compromisso de oferecer um tratamento equilibrado e coerente às diversas possibilidades de litígios de massa.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito processual coletivo: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda [*et alii*]. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 31 dez. 2014.

BRANDT, Elizabeth Barker. ***Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23***. 1990 *BYU L. Rev.* 909 (1990). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1990/iss3/17>>. Acesso em: 05. Mar. 15.

BRUM, Francisco Valle. **A teoria da decisão judicial entre complexidade, justificação e controle**. Dissertação de mestrado. Centro de Ensino Unificado de Brasília: Brasília, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de la primera edición italiana por Santiago Sentís Melendo**. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo. **Direito e justiça distributiva, Elementos de filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

COFFEE JR., John C. **Class action accountability: reconciling exist, voice and loyalty in representative litigation**. *Columbia Law Review*, v. 100, 1999.

DIDIER JR., Fredie, ZANETTI JR. Hermes. **Curso de direito processual civil 4, processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 232, 2014.

_____. Situações jurídicas coletivas passivas. **Processos Coletivos**. Porto Alegre. vol. 1, n. 1, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-0-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>>. Acesso em: 01 jan. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Pedro. **Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica**. In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Mexico: Porrúa, 2003.

FADDA, Carlo. ***L'azione popolare***. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972.

GIDI, Antonio. ***A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 108, 2003.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

GRINOVER, Ada [*et alii*]. **Os processos coletivos nos países de *Civil e Common Law*, uma análise de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, ano 98, volume 361, maio/jun., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito processual Coletivo**. In: LUCON, Paulo Henrique (coord.). Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Significado Social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. O novo processo do consumidor. **Revista de Processo** n°62, abril-junho, 1991.

_____. **Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência**. In: Milaré, Édís (Coord.). Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GROSS, Debra J. **Mandatory notice and defendant class actions: resolving the paradox of identify between plaintiff and defendants.** Emory Law Journal, v. 40, 1991.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HARKINS Jr., John G. **Federal Rule 23 – the early years.** Arizona Law Review, v. 39, 1997.

KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. **The contemporary function of the class suit.** University of Chicago Law Review Journal, v. 26, 1941.

LEAL, Marcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: aspectos políticos, econômicos e jurídicos.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual civil coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e estado de direito.** Tradução Conrado Hubner Mendes; Cláudio Michelon e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAIA, Diogo Campos Medina. **A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito Processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Ação coletiva passiva.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular – proteção ao erário, do patrimônio público da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria Geral do Processo. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20jul.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 1 jan. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processos Coletivos UERJ/UNESA**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTELEONE, Girolamo. *I limiti soggettivi del giudicato civile*. Padova: CEDAM, 1978.

MOORE, James W. COHN, Marcus. **Federal Class actions – jurisdiction and effect of judgments**. Illinois Law Review, v. 32, 1938.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR. Nelson. **A ação civil pública no processo do trabalho**. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios do processo na constituição federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASSOS. J.J Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo, reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2013.

PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos**. Salvador: Juspodivm, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions, Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

SALLES. Carlos Alberto de. **Processo civil de interesse público**. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003.

SARMENTO, Daniel. **O neconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://minhateca.com.br/mirnamartins9/Pen+Drive/Daniel+Sarmen+to/O+Neoconstitucionalismo+no+Brasil+riscos+e+possibilidades,74982727.pdf>>. Acesso em: 31. dez. 14.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class Action” e Mandado de Segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Defendant class action Brasileira: limites propostos para o “Código de processos coletivos”**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. **Interesse collettivi e processo: La legittimazione ad agire**. Milão: Giuffrè, 1979.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva, fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodivm, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover [et alii]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos**: a legitimação para agir. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Ação coletiva passiva (originária)**. *In*: ASSIS, Araken de (Org.) [et alii]. Processo Coletivo e outros temas de Direito Processual, Homenagem - 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WILLGING, Thomas E.; HOPPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. **An empirical analysis of Rule 23 to address the rulemaking challenges**. New York University Law Review, v. 71, 1996.

YAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo - tutela e direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 18, nº 69, 2010.