

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO

ALEXSANDRO FONSECA FERREIRA

AÇÃO COLETIVA PASSIVA: REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA
COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO

RIBEIRÃO PRETO

2015

ALEXSANDRO FONSECA FERREIRA

AÇÃO COLETIVA PASSIVA: REPRESENTATIVIDADE
ADEQUADA COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP
- Universidade de Ribeirão Preto -

Ferreira, Alexsandro Fonseca, 1976-

F383a Ação coletiva passiva: representatividade adequada como
 critério de legitimação

Alexsandro Fonseca Ferreira. - - Ribeirão Preto, 2015.
114 f.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni.

Dissertação (Mestrado) - Universidade De Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2015.

1. Direito. 2. Ação Coletiva Passiva. I. Título.

CDD 340

ALEXSANDRO FONSECA FERREIRA

**AÇÃO COLETIVA PASSIVA: REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO
CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 01 de setembro de 2015

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. André Vasconcelos Roque
UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto – SP
2015

Esse trabalho é dedicado à minha família.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, *Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni*, pela ajuda fundamental na conclusão do trabalho, pela disponibilidade e atenção de sempre;

Aos professores doutores, *Zaiden Zeraige Neto* e *Juvêncio Borges Silva*, pelos apontamentos na banca de qualificação, que foram importantes para a conclusão do trabalho;

Aos amigos e colegas de procuradoria, *Marcelo Carvalho*, *Marcelo Lorenzi*, *Marcelo Mazzei* e *Henrique Pazeto*, pela ajuda e união que foram fundamentais para vencer a difícil missão de concluir o curso de mestrado, mesmo diante de nossas inúmeras atividades cotidianas, decorrentes de nosso trabalho.

RESUMO

O objetivo do trabalho foi apresentar a ação coletiva passiva – modalidade de ação que tem como parte no polo passivo da relação processual a coletividade. A importância do estudo reside no fato de o processo coletivo ser instrumento dos mais importantes para a pacificação dos conflitos, já que são inúmeras as suas vantagens, entre elas: acesso à Justiça; desnecessidade de várias demandas repetitivas (o que reflete no desafogamento do Poder Judiciário); economia de tempo; evita decisões contraditórias, entre outras vantagens. Além do que, essa modalidade de ação, que tem como parte ré a coletividade, apesar de ser algo comum no cotidiano forense, não é expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, decorrendo daí a importância do estudo que busca analisar a sua viabilidade, mesmo ausente a norma expressa que a regulamenta. Pela ausência de regulamentação da ação coletiva passiva, outra preocupação é o meio pelo qual a coletividade será representada. O presente estudo norteou a preocupação acentuada no instituto da representatividade adequada, pois, ao contrário do que ocorre com a ação coletiva ativa, que possui um rol de legitimados para propor a ação, devemos naquela modalidade de ação identificar elementos capazes de dar segurança à representação da classe ou grupo que vier a ocupar o polo passivo de uma ação coletiva. Finalmente, por não existir norma expressa regulamentando os efeitos da coisa julgada na ação coletiva passiva, restou o desafio de buscar uma forma para a aplicação prática e os efeitos decorrentes da coisa julgada nesse tipo de ação.

Palavras-chave: Ação coletiva passiva. Legitimação. Representatividade adequada.

ABSTRACT

The objective of this study was to present the defendant class action – a mode of action that has the community as part of the defendant's procedural relationship. The importance of the study lies in the fact of the collective process being the most important instrument for the pacification of conflicts, since it has innumerable advantages, including: access to justice; no need for several repetitive demands reflecting on bottlenecks of the judiciary; time saving; avoids conflicting decisions, and other advantages. This mode of action (that has the community as a defendant), although not being a common forensic form, is not expressly provided in the Brazilian legal system, which brings the importance of the study to seek to analyze its viability, even with an absent expressed rule regulation. Another concern is the means by which the community will be represented. This study concerns the institute of adequate representation, because – contrary to what occurs with the active collective action, that has a list of parts to propose action –, in that action mode we should identify elements capable of providing security to the representation of the class or group that may occupy the defendant in the class action. Finally, because there is no express provision regulating the effects of res judicata in the defendant class action, there remains the challenge of seeking a way for practical application and the effects of res judicata in the defendant class action.

Keywords: Defendant class action. Legitimation. Proper representation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS	11
1.1 APONTAMENTOS SOBRE AS CLASS ACTIONS NOS EUA	18
2 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA	21
2.1 CONCEITOS.....	21
2.2 CLASSIFICAÇÃO	23
2.2.1 Quanto à origem	23
2.2.2 Quanto à espécie.....	24
3 FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL	26
3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE O CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA	32
3.2 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL E A NECESSIDADE DO DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA EM FACE DA NOVA REALIDADE SOCIAL	37
3.3 A AUSÊNCIA E NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA	42
3.4 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA.....	47
4 AS AÇÕES COLETIVAS E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS	50
4.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO COLETIVA PASSIVA.....	58
4.2 LEGITIMAÇÃO DO GRUPO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA	61
4.3 A DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA.....	69
5 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.....	73
5.1 NO SISTEMA NORTE-AMERICANO	77
5.2 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO BRASIL.....	80
6 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVA PASSIVAS	87

6.1	COISA JULGADA.....	87
6.2	AÇÃO COLETIVA PASSIVA E A COISA JULGADA.....	91
	CONCLUSÃO.....	101
	REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

O estudo tem como objetivo central a análise da ação coletiva passiva, com enfoque na sua aplicação prática e, em especial, no instituto da representatividade adequada. Aborda, ainda, a extensão dos efeitos da coisa julgada face aos membros do grupo da coletividade ré, tentando delinear a melhor forma de aplicação prática dessa modalidade de ação e, com isso, alcançar a maior efetividade na tutela dos direitos coletivos.

Justifica-se o estudo do tema face ao fato de que, a maioria esmagadora da doutrina nacional, se debruça, apenas, ao estudo da ação coletiva ativa. Afinal, é enraizado na nossa cultura jurídica que o processo coletivo tem por escopo primordial a defesa da coletividade, ou seja, a coletividade postulando direitos.

Atualmente, não se discute que o processo coletivo é um instrumento dos mais importantes para a pacificação dos conflitos, já que são inúmeras as suas vantagens, entre elas: acesso à Justiça; desnecessidade de várias demandas repetitivas que reflete em desafogamento do Poder Judiciário; economia de tempo; evita decisões contraditórias, entre outras vantagens. Desses aspectos decorre, inclusive, um maior sentimento de justiça pelos jurisdicionados, especialmente pela inexistência de decisões contraditórias.

O estudo do direito coletivo revelou-se obrigatório por força da transformação do Estado e da própria sociedade, visto que os indivíduos, além de sujeitos de direitos, passaram a ser considerados cidadãos e integrantes de grupos atuantes na sociedade. Isso levou a uma ampliação nas relações sociais, o que trouxe um aumento considerável de direitos para que fossem inseridos os direitos coletivos.

A própria Constituição não deixou passar a necessidade despercebida e estabeleceu normas bastante importantes para que fosse possível a aceitação, pelo ordenamento jurídico, da proteção desses novos direitos – o próprio artigo 5º dispõe sobre os direitos coletivos. Outras garantias também existem: a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são instrumentos normativos dos mais importantes no processo coletivo.

No entanto, os dispositivos legais que tratam das ações coletivas nada dispõem acerca da ação coletiva passiva – modalidade de ação coletiva que tem a coletividade como ré, e que constitui instrumento de suma importância para a pacificação social. Além de direitos, a coletividade também possui deveres, sendo certo que a ausência dessa modalidade de ação inviabiliza qualquer demanda contra a coletividade, o que a deixa imune a suas obrigações.

De toda forma, observa-se no ordenamento jurídico pátrio que independente de previsão expressa em lei, atualmente a ação coletiva passiva já é uma realidade, sendo diversos os exemplos dessa modalidade de ação em que a coletividade é colocada como ré.

Diante da importância do tema, e considerando a ausência de previsão legal expressa, e o fato de que a ação coletiva passiva já é uma realidade no cotidiano forense, surge no direito processual coletivo a necessidade do estudo dessa modalidade de ação, como forma de aperfeiçoamento. Isso porque sua aplicação poderia ser muito mais efetiva, bem como a necessidade de seu estudo poderia também refletir na necessidade de futura regulamentação a ser implementada.

Assim, busca o presente estudo analisar o instituto da ação coletiva passiva, face à realidade atual. Em razão da ausência de previsão legal expressa, o estudo buscará elementos que permitam afirmar a existência dessa modalidade de ação através do sistema jurídico como um todo, focando como grande balizador para instrumentalização desse tipo de ação o devido processo legal. Com isso, garante-se a sua existência e aplicação na prática forense, porém, de forma a assegurar que o alcance da ação coletiva passiva seja ponderado, para que seja respeitada a esfera particular da coletividade. Evita-se, assim, uma intromissão inadequada, desnecessária ou desproporcional na esfera individual do membro da coletividade.

Um tema dos mais relevantes no estudo da ação coletiva passiva é o da representatividade adequada. Em razão da ausência de previsão legal expressa da ação coletiva passiva, ao contrário do que ocorre com a ação coletiva ativa (que possui um rol de legitimados para propor a ação), devemos identificar elementos capazes de dar segurança à definição de quem será o representante da classe ou grupo que virá a ocupar o polo passivo da ação coletiva passiva.

Assim, o presente estudo se aprofundou no tema da representatividade adequada, com o propósito de demonstrar que, independentemente de determinação legal expressa, existe a possibilidade ou permissão para o magistrado fazer o controle da representação daquele que defende os interesses do grupo que ocupa o polo passivo de uma demanda coletiva.

Ademais, revela-se, ainda, de suma importância o estudo da representação na medida em que a coisa julgada no processo coletivo tem disciplina diversa daquela aplicada ao processo comum. Afinal, pessoas que não participaram da demanda serão atingidas pelos efeitos da coisa julgada. Esta é a razão pela qual buscou-se no presente trabalho analisar a importância da representatividade adequada, que deve ser observada como princípio do direito processual coletivo.

1 HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

A doutrina não é uniforme ao identificar um marco histórico quanto à origem do direito processual coletivo. Para Nelson Nery Junior, as origens das ações coletivas se encontram no direito romano¹. Já Aluísio Gonçalves de Castro Mendes encontra três marcos históricos: o surgimento das ações coletivas na Inglaterra; as *class actions* do direito norte-americano; e a doutrina italiana².

Em síntese, pode-se dizer que o primeiro momento histórico do processo coletivo provém do direito romano, com as *actiones populares*. Séculos depois, ressurgem sem qualquer vinculação evolutiva no período medieval, com o surgimento das ações coletivas na Inglaterra. Já na modernidade destacam-se os movimentos antropocêntricos. Após o final do século XVIII, marcado pelo individualismo-liberal, surge a ideia de *consciência de classe*, despertando os primeiros movimentos organizados de grupo – é um período de grande importância para o estudo da ação coletiva passiva. Já na segunda metade do século XX, assoma a doutrina Italiana, que é marcada pelos movimentos de acesso à justiça e a instigação à defesa e proteção dos direitos difusos. Por fim, apresenta-se o momento atual, em que começa a surgir a preocupação com a necessidade de controle da coletividade e a vinculação dos seus interesses e direitos aos provimentos jurisdicionais³.

Na história, merecem obrigatória citação as *ações populares* romanas, por marcarem a existência mais remota de que se tem conhecimento da defesa de direitos supraindividuais e indivisíveis⁴.

Nery Junior esclarece que as “*actiones populares* do direito romano, com previsão no Digesto 47, 23, 1, eram ações privadas, destinadas ao interesse da sociedade”⁵. A justificativa do caráter privado das ações populares está no fato de que naquela época não havia uma noção de Estado bem definida, dando ao cidadão romano a ideia de que a coisa pública pertencia a si e aos seus pares⁶. Assim, as ações populares romanas poderiam ser exercidas por qualquer

¹ NERY JUNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

³ MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Coleção Direito Processual Coletivo. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 8.

⁴ Id, p. 8.

⁵ NERY JUNIOR, 2002, p. 601; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo: Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

cidadão em favor do interesse público, ou seja, uma ação em nome da sociedade, sendo o autor um representante do povo.

Ainda, para demonstrar a importância da ação popular do direito Romano como alicerce inerente ao Processo Coletivo, em especial o instituto da legitimidade extraordinária e o aproveitamento *erga omnes* da coisa julgada, seguem as lições de José Afonso da Silva, nos seguintes termos:

A origem das ações populares perde-se na história do Direito Romano. O nome *ação popular* deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesses que não lhe pertence, *ut singuli*, mas a coletividade. O autor popular faz valer um interesse que só lhe cabe, *ut universi*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*. Mas ação popular não é mera atribuição de *ius actionis* a qualquer do povo, ou a qualquer cidadão como no caso da nossa. Essa é apenas uma de suas notas conceituais. O que lhe dá a conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: *interesse da coletividade*. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualitativo *popular* prende-se a isto: *defesa da coisa pública, coisa do povo (publicum, de populicum, de populum)*. Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesse coletivo.⁷

No entanto, conforme já assinalado, as origens das ações coletivas não encontram uniformidade. Ao se falar em origem, presume-se uma evolução direta e sequencial daquilo que se diz. Do direito romano ao presente, pelo contrário, não há uma evolução contínua das ações coletivas que tenha resultado no modelo de processo coletivo que conhecemos hoje. Dessa forma, podemos relatar, tão-somente por razões históricas, a existência de uma ação que permitia a tutela coletiva na Roma antiga, sem necessariamente invocá-la como origem da tutela transindividual hodierna⁸.

A principal fonte de estudo do processo coletivo passou a ser o direito anglo-saxão, já que foi na Inglaterra que mais se desenvolveu a ação coletiva. Ainda nessa época, a exemplo da sociedade romana, a classe não tinha a condição de grupo organizado em um movimento⁹.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. Malheiros, São Paulo: 1999, p. 46.

⁸ MAIA, 2009, p. 9.

⁹ Pose-se afirmar, com segurança, que as ações coletivas passivas têm como origem, tanto remota como próxima, a experiência jurídica dos povos anglo-saxões, na qual são conhecidas como *defendant class actions*. Conforme cediço, a *class actions* norte-americana é a tradicional ação do sistema de *common law* para a tutela dos direitos ou interesses transindividuais; dentre as suas modalidades, são previstas as ações intentadas *em defesa* da coletividade – *plaintiff* – e também contra a coletividade – *defendant*. Estas últimas, cujo regulamentação legal em vigor é de 1966, podem ser consideradas uma consequência, em linha de continuidade, da permissão existente

A aparição das primeiras ações coletivas é datada do século XII, época da escola dos glosadores de Bolonha, quando não havia teoria sobre pressupostos processuais, condições da ação etc., teorias essas que só foram estabelecidas a partir de meados do século XIX, com o desenvolvimento do direito processual como ciência¹⁰. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco era um período em que vigorava o sincretismo processual¹¹.

Uma curiosidade apontada na obra de Diogo de Campos Medina Maia é que uma das primeiras ocorrências de ação coletiva de que se tem notícia é justamente o caso de uma *ação coletiva passiva*. Descreve o mencionado autor que um dos primeiros relatos de ação coletiva passiva de que se tem notícia ocorreu no ano de 1199, quando Pároco (*Rector*) Martin, de Barkway, ajuizou ação na Corte Eclesiástica de Canterbury, em face dos paroquianos (*parishioners*) de Nuthampstead. O objeto do processo não é muito claro, visto que o único documento que sobreviveu aos efeitos do tempo foi o termo do depoimento das testemunhas indicadas pelas partes. Mesmo assim, pode-se concluir que a ação versava sobre os direitos a determinadas oferendas religiosas e a necessidade de se colocar diariamente um pastor para celebrar missas, casamentos etc., na capela Nuthampstead, recém-adjudicada à paróquia Barkway¹².

No século seguinte, três aldeões, em nome próprio e de toda comunidade de Helpingham, ajuizaram ação em face das comunidades de Donington e Bykere, identificando no polo passivo como “representantes” da coletividade apenas alguns habitantes das respectivas comunidades. A ação versava sobre a omissão dos aldeões de Bykere em auxiliar os habitantes de Helpingham na reparação de diques locais¹³.

Os casos possuem semelhanças interessantes, uma vez que as ações coletivas foram ajuizadas em face do grupo, na situação em que alguns representavam a coletividade em nome dos demais. Observa-se a existência de representatividade da coletividade. Por essa razão, afirma Camilo Zufelato que o processo coletivo nasceu por meio das ações coletivas passivas

desde o direito inglês intermédio de *defendant class actions*. Portanto, e, enfatiza-se, as ações coletivas passivas não deitam suas raízes somente nos Estados Unidos dos séculos XVIII, XIX, e XX, mas remonta à Inglaterra medieval do século XII. (ZUFELATO, 2010, p. 95).

¹⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27-28.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17-26.

¹² Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/revista-eletronica/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

¹³ Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/revista-eletronica/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

na Inglaterra¹⁴. Sobre o tema, Aluísio de Castro Mendes esclarece que “a possibilidade de um povoado ter os seus interesses defendidos por três ou quatro pessoas, independentemente de autorização específica, era vista como permitida pelo direito e costumes da época”¹⁵.

O final do século XVIII e início do século XIX foi um período marcado por muitas crises, pois caíam os velhos regimes da Europa, modificava-se a economia com as consequências da Revolução Industrial e as agitações político-sociais eram muito intensas¹⁶, sendo a mais importante a Revolução Francesa¹⁷.

Com a Revolução Francesa iniciou-se o período contemporâneo em que os pensamentos liberais do iluminismo foram colocados em prática. Esse período gerou reflexos no direito processual, resultando no enfraquecimento da figura do grupo na sociedade. Com isso, foram diminuindo as ações coletivas, chegando quase a sua estagnação, o que durou aproximadamente um século, até elas ressurgirem nos moldes atuais.

O ressurgimento das ações coletivas ocorreu em razão do surgimento da consciência de classe que fomentou a ideia de coletividade com as características que conhecemos atualmente.

Se por um lado o individualismo resultou na redução da importância dos grupos na sociedade, por outro lado a nova formação social, derivada da economia capitalista pós-Revolução industrial, fez aflorar a *consciência de classe* de modo inédito no pensamento ocidental. A percepção de que o indivíduo *per se* não possui força comparável à emanada da reunião de pessoas com os mesmos interesses representa, pela primeira vez, a consciência da existência de uma terceira classe, um *tertium genus*, intermediário, situado entre o Estado e o indivíduo.

A ideia de *conscientização de classe* foi o divisor de águas da história passada e recente do direito processual metaindividual, a partir do qual a tutela coletiva de direitos passou a ter relevância especial a justificar o estudo e a elaboração de um sistema processual próprio.¹⁸

¹⁴ ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

¹⁵ MENDES, 2002, p. 45.

¹⁶ “[...] a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX [...] acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.” (COMPARATO, 2003, p. 41)

¹⁷ Se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa. (HOBSBAWM, 1997, p. 71)

¹⁸ MAIA, 2009, p. 18.

O liberal-individualismo ocorrido na transição do período moderno para o contemporâneo permitiu o conceito de indivíduo separado da ideia de comunidade, na qual estava inserido¹⁹. Observa-se, então, que mesmo que em um primeiro momento tenha enfraquecido a importância dos grupos na sociedade, foi esse fenômeno que viabilizou em momento posterior a figura do grupo como hoje é conhecida – qual seja, uma aglomeração de pessoas não vinculadas a uma comunidade.

Reflexo da revolução industrial, a migração e concentração de pessoas em centros econômicos permitiu uma aglomeração de trabalhadores em unidades de produção e proporcionou a transição da ideia de classe objetiva para ideia de consciência de classe. Por essa razão, a classe trabalhadora foi a primeira a ser reconhecida.

Na época da revolução industrial, os trabalhadores, com precárias condições de trabalho, logo se organizaram em grupo, e essa organização coletiva de trabalhadores adquiriu grande força, valorizando o seu poder de barganha e negociação. Os movimentos da classe trabalhadora eram coesos e de difícil contenção, o que rapidamente despertou a necessidade de intervenção estatal para imposição de limites.

Nesse período, por não haver instrumentos eficazes de controle da coletividade, o meio de contenção era o uso da repressão autoritária. Um dos movimentos mais marcantes dos trabalhadores era a greve, que normalmente era silenciada pelo uso da violência. A posição ativa dos grupos gerava uma situação nova, uma lide instigada pela classe, um conflito de interesses que não estava previsto nos ordenamentos jurídicos materiais ou processuais de sua época.

Uma das opções para o controle da coletividade foi a proibição da reunião grupal por lei, conforme ocorrido no final do século XVIII na Inglaterra e na França – e, posteriormente, nos séculos XIX e XX, no Brasil. Outra opção largamente utilizada, foi a força para reprimir os atos de organização grupal²⁰.

Assim, essa nova forma de agrupamento que surgiu com a consciência de classe exerce papel fundamental para o estudo e desenvolvimento da ação coletiva passiva, pois surge um novo tipo de conflito, até então inexistente. Já no século XX, após um longo período de estagnação, as ações coletivas se fortalecem, alcançando um alto grau de importância em razão de uma nova dinâmica das relações sociais. Novas preocupações despontaram no universo dos

¹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa-América, 1997, p. 150-1511.

²⁰ MAIA, 2009. p. 20.

direitos humanos, tais como os direitos dos povos e da humanidade²¹, direito ao meio ambiente íntegro e ao patrimônio cultural, que fizeram despertar a consciência dos direitos difusos.

Uma das principais características deste século foi a intensificação das relações sociais. A radical alteração social do pós-guerra, com crescente desenvolvimento de tecnologia, provocou uma forte interdependência mundial, tornando as relações mais intensas e estreitas. Paralelamente, a insatisfação manifesta com sistema jurídico precedente começou a produzir efeitos. Uma era axiológica emergiu subitamente, na qual os princípios conquistaram o *status* de norma jurídica, encetando uma nova hermenêutica constitucional. Preocupação inédita despontou no universo dos direitos humanos, tais como os direitos dos povos e da humanidade, o direito ao meio ambiente íntegro e ao patrimônio cultural, que fizeram despertar a consciência dos hoje denominados direitos difusos.²²

Após a segunda guerra mundial um dos fatos marcantes foi o grande progresso econômico. O aumento da tecnologia, como a invenção dos satélites de comunicação e internet entre outros fatores que contribuíram para deixar o mundo progressivamente mais coeso e interdependente, favoreceu o entrelaçamento de relações sociais e econômicas, fazendo surgir de forma inevitável uma “sociedade de massa”²³. Reconheceu-se, então, outra ordem de interesse, qual seja, o interesse coletivo, que iria impulsionar a sistematização e o estudo do direito processual coletivo, em razão da massificação das relações sociais.

A reconstrução de todo o sistema legal de valores foi iniciada com a apresentação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948²⁴, com a internacionalização dos direitos humanos, resultando em momento posterior na afirmação da existência de “novas espécies” de direitos fundamentais: os direitos dos povos e os direitos da humanidade, que foram difundidos como direitos difusos. A

²¹ COMPARATO, 2003, p. 56.

²² MAIA, 2009, p. 20.

²³ Ronaldo Lima dos Santos conceitua e apresenta as características de uma sociedade de massa; confira-se: “a sociedade de massa é marcada não somente pelo seu aspecto quantitativo, mas igualmente por constituir uma sociedade onde ‘a uniformidade social prevalece sobre a universalidade’, isto é, tendência-se a tratar uniformemente os indivíduos, tanto sob o aspecto formal quanto material”. E quanto as características são as seguintes: “a) ausência de organização social; presença de uma agregação de indivíduos que, embora separados, desligados ou anônimos, possuem homogeneidade em relação a determinados comportamentos ou situações nas quais se encontram; b) os comportamentos são não-organizados, não-estruturados, não-coordenados; c) caracteriza-se pelo comportamento de massas, isto é, nele as pessoas agem individualmente, mas na mesma direção e com estímulos e condições idênticas; d) não se manifestam por meio de um grupo, mas individualmente de forma uniforme; e) massa não consiste num grupo, não pode interagir, mas pode ser levemente identificada pela uniformidade; há uma fluidez da personalidade – mais precisamente nas sociedades primitivas – para a impessoalidade, particularidade esta das sociedades modernas. Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (SANTOS, 2003, p. 61-62)

²⁴ COMPARATO, 2003, p. 237.

característica desses novos direitos é que o seu titular deixou de ser o indivíduo, passando a ser a coletividade. Esses direitos dizem respeito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à sadia qualidade de vida, em especial o direito ao meio ambiente equilibrado. Os novos direitos ganharam corpo com reconhecimento internacional. O primeiro documento normativo internacional que reconheceu e proclamou direitos da humanidade foi a convenção da ONU de 1972, relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural que, por sua vez, foi contemporânea à Conferência Internacional sobre o meio ambiente humano, realizada em Estocolmo, também promovida pelas Nações Unidas²⁵.

O reconhecimento desses direitos, conhecido como direitos de terceira geração (ou dimensão), fez desenvolver um sistema processual voltado à sua tutela. Pois os novos direitos resultariam em novos conflitos que seriam coletivos, desafiando e colocando em dificuldade a dogmática jurídica tradicional com suas modalidades individualistas de tutela de direitos.

O professor Norberto Bobbio já previa a necessidade de proteção desses novos direitos: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de problema não filosófico, mas político”²⁶.

Após a Segunda Guerra, assim como o direito material sofreu as influências dos movimentos sociais, o direito processual, com a ascensão do pós-positivismo e do reconhecimento dos direitos difusos, também sofreu a influência dos ideais de sua época. O direito processual nesse tempo era fortemente criticado pela sua ineficácia prática. Isso porque o direito processual era extremamente formal e individualista, pois fora concebido sob a influência do individualismo liberal e do positivismo jurídico. O apego extremo às formas mostrou-se não só inadequado à evolução natural das necessidades humanas, bem como capaz de promover injustiças²⁷.

Como consequência, o processo passou por uma ampla reformulação, começando a ser tratado como um instrumento para o alcance da justiça, em detrimento das formalidades procedimentais. Calamandrei apontava que o pecado mais grave da ciência processual foi separar o processo de sua finalidade social, dizendo que o processo não é um fim em si mesmo, e citando Chiovenda, lembrou que a ação é um direito-meio²⁸.

²⁵ Ibid., p. 379.

²⁶ BOBBIO, 1992, p. 24.

²⁷ MAIA, 2009, p. 26.

²⁸ CALAMANDREI, 2003, p. 185.

O autor assevera, ainda, que “todas as liberdades são inúteis se não podem ser reivindicadas e defendidas em juízo”²⁹. Os direitos coletivos enquadravam-se justamente nessa assertiva, situação incompatível com as necessidades sociais.

1.1 APONTAMENTOS SOBRE AS CLASS ACTIONS NOS EUA

A evolução mais notória das ações coletivas é no ordenamento jurídico norte-americano, em especial nas ações coletivas passivas, e por essa razão merece destaque. As ações coletivas contra a classe (*defendant class actions*) desenvolveram-se no sistema norte-americano pela homogeneidade de tratamento dado ao autor e ao réu no que concerne à legitimidade para figurar no processo³⁰. Essa simetria está prevista na regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, a qual regulamenta as *class actions* na Justiça Federal.

Ao tratar da questão histórica das *class actions*, Diego Maia aponta como responsável pela inserção das ações coletivas nos EUA o juiz Joseph Story, da Suprema Corte norte-americana, com seus estudos sobre a representação coletiva em juízo. O magistrado teve o interesse despertado sobre os litígios coletivos analisando uma demanda individual (*West v. Randall*, 1820), que o fez refletir sobre a real necessidade de reunião em litígios judiciais de todas as partes interessadas³¹. O objetivo era evitar as demandas inúteis e prevenir a multiplicidade de processo. Em decorrência, surgiu nos Estados Unidos da América, a possibilidade do agrupamento humano ser incluso no polo passivo de uma ação, com a promulgação da *Equit Rule 48*, que passou a prever expressamente que as partes, em qualquer polo da relação processual, podiam ser substituídas por representante adequado. No entanto, a vinculação da coletividade à decisão, inclusive dos ausentes, somente encontrou espaço a partir de 1854, quando a Suprema Corte dos EUA decidiu de forma contrária à *Equity Rule 48*, em um *leading case* (o *Smith v. Swormstedt*).

Atualmente, a possibilidade de a classe ser demandada encontra fundamento na *Federal Rules of Civil Procedure*, em sua Regra 23 (a), originalmente publicada em 1938 e reescrita em 1966, que assim dispõe: “um ou mais membros da classe podem demandar ou ser demandados como partes representativas em nome de todos somente se [...]”³².

²⁹ Ibid., p. 196.

³⁰ MAIA, 2009, p. 33.

³¹ Ibid., p. 33.

³² Regra 23 “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if [...]”.

Assim, embora a regulamentação norte-americana acerca das *defendant class actions* exista desde 1938, com a *Federal Rule 23*, tais ações já eram admitidas em alguns *cases*, emblemáticos julgamentos do século XIX. Nesse contexto, apontando como a primeira manifestação dessas ações, *leading case Smith v. Swormstedt*, de 1854, a Suprema Corte norte-americana julgou a ação cujos legitimados coletivos ocupavam ambos os polos processuais, num litígio que versava sobre supostos direitos dos integrantes da Igreja Metodista Episcopal do Sul, quando da cisão da originária Igreja Metodista Episcopal Nacional, com decisão que trazia prejuízos a todos os integrantes do grupo que haviam sido “representados” em juízo³³.

As *class actions*, no direito norte-americano, revelam especial preocupação com a representatividade adequada daquele que ingressa em juízo em nome da coletividade. Por ter adotado o modelo *ope judicis* de averiguação da representação, a ação coletiva passiva se desenvolveu com mais naturalidade nos EUA, já que a certificação para ação coletiva passiva seguia os mesmos requisitos da ação coletiva ativa³⁴. Um exemplo ocorreu quando a Suprema Corte admitiu, no caso *American Neel & Wire Co. v. Wire Drawer's & Die Maker's Union*, decidido em 1898, a legitimidade do grupo e a vinculação de seus integrantes. Tratou-se de ação proposta por empresa contra grupo de trabalhadores que realizavam greve supostamente abusiva, impedindo a atividade regular da empresa. A coletividade alegou a inadmissibilidade da ação contra o grupo, contestando, inclusive, a força vinculante da decisão aos seus membros ausentes. No entanto, a Suprema Corte aceitou a ação contra o grupo independentemente da citação ou participação de todos os membros no processo, esclarecendo que o resultado da demanda vincularia a todos indistintamente. Para a Suprema Corte, o mais importante era a representação adequada para legitimar a subordinação de todos ao julgado³⁵.

A preocupação com a representatividade adequada é tão intensa no direito norte-americano que vai além da parte presente em juízo, estendendo-se também ao advogado que vai atuar no processo. Assim, dada a sua grande relevância, o controle deste requisito deve ser permanente ao longo de todo o processo³⁶. O juiz deve sempre observar, quanto aos representantes, o seu comprometimento com a causa, a motivação, o vigor na condução do feito, a capacidade financeira, honestidade e credibilidade. Quanto aos advogados da classe³⁷, deve

³³ MAIA, 2007, p. 321-344.

³⁴ MAIA, 2009, p. 39.

³⁵ ZUFELATO, 2010, p. 97.

³⁶ ROQUE, Andre Vasconcelos. Legislações estaduais sobre as *class actions* norte americanas: um estudo panorâmico - **Revista Eletrônica de Direito Processual** – Rio de Janeiro. REDP. Ano 5.Volume VIII. Julho/dez de 2011. p. 44.

³⁷ *Ibid.*

ser considerada a sua qualificação profissional, a experiência com *class actions*, a qualidade de seus trabalhos profissionais, ou seja, deve ser verificada sobretudo a qualidade com que os interesses da classe são defendidos.

Com efeito, o exame da representatividade adequada também atinge os advogados. Este aspecto foi reforçado com o acréscimo da alínea (g) à Regra 23 das FRCP, pela emenda aprovada em 2003. Ela exige que o juiz aponte formalmente quem será o advogado que atuará nos interesses da classe, com base em diversos critérios, tais como a qualidade dos trabalhos apresentados pelo advogado, o seu conhecimento sobre o direito material discutido na ação de classe e sua experiência³⁸.

Essa preocupação excessiva com a representatividade adequada parece refletir um remédio eficaz, ou ao menos o melhor, para a garantia do contraditório e da ampla defesa dos ausentes na ação coletiva.

Essa breve exposição revela que as *defendant class actions* são tradicionais no direito anglo-saxão, compreendidas no sistema da *class actions*, sendo contempladas inclusive no direito vigente.

³⁸ MAIA, 2009, p. 40.

2 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA

2.1 CONCEITOS

Na tentativa de conceituar a ação coletiva passiva passaremos à exposição das definições propostas pela doutrina nacional.

Ada Pellegrini Grinover chama de ação coletiva passiva “[...] a ação promovida não pelo grupo, mas contra o grupo, correspondendo à *defendant class action* do sistema norte-americano [...]”³⁹. Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior dizem haver uma ação coletiva passiva “quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial”⁴⁰. Considerando que a coletividade, além de ser titular de direito, é também titular de deveres, os autores alertam para a necessidade do desenvolvimento do conceito de situação jurídica coletiva passiva.

Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*). Nessa última hipótese há uma relação duplamente coletiva, pois os conflitos de interesses envolvem duas comunidades distintas⁴¹. Outro conceito define a ação coletiva passiva como:

O direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo ordinário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida do ordenamento jurídico, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com objetivo de tutelar interesses ou direitos homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independentemente de seu caráter individual ou coletivo.⁴²

Diogo Maia na verdade conceitua a ação coletiva passiva a partir do conceito de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que assim define:

Direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.⁴³

³⁹ GRINOVER; WATABANE; MULLENIX, 2011, p. 236.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., H. **Curso de direito processual civil** - processo coletivo. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 411.

⁴¹ *Ibid.*, p. 411.

⁴² MAIA, 2009, p. 53.

⁴³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

No entanto, o conceito de Diogo ao acrescentar “independentemente de seu caráter individual ou coletivo”, esclarece que a ação coletiva passiva não se limita aos direitos transindividuais, mas engloba também todas as espécies de direitos ou interesses lesionados ou ameaçados pela coletividade, sendo indiferente que a natureza do direito seja coletiva ou individual. Nesse sentido, observa-se que na ação coletiva passiva, além dos direitos (difusos, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo) tradicionalmente defendidos em ação coletiva ativa, a ação coletiva passiva engloba os direitos individuais lesionados pela coletividade. Dessa forma, o traço marcante da ação coletiva passiva em relação à ação coletiva ativa não é o tipo de direito a ser defendido, mas a forma como os direitos são ameaçados ou lesionados, já que na ação coletiva passiva é a coletividade a causadora do dano ou ameaça de dano, seja face à outra coletividade ou mesmo em relação a um indivíduo.

Todavia, no tocante à possibilidade de tutelar direito puramente individual por meio de ação coletiva passiva, em um primeiro momento pode-se causar certa estranheza, mas essa não é uma particularidade atinente apenas às ações coletivas passivas. No próprio Código de Defesa do Consumidor já havia tutela dos direitos individuais na forma coletiva, quando se fez referência à categoria dos direitos individuais homogêneos. A essência desses direitos, na realidade, é de direito individual, mas são tratados na forma coletiva, como muito bem explicitado por José Carlos Barbosa Moreira⁴⁴.

No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki⁴⁵ também já se pronunciou afirmando que os direitos individuais homogêneos⁴⁶ não passam de direitos individuais que foram tratados na forma coletiva. De fato, não há muitas diferenças entre os conceitos doutrinários para definir a ação coletiva passiva. Gidi, contudo, faz um alerta ao afirmar que a ação coletiva passiva não pode ser vista como uma ação coletiva ativa às avessas:

[...] a ação coletiva passiva não deve ser compreendida simplesmente como uma ação coletiva às avessas. Portanto, ela não deve ser utilizada por um potencial réu (em uma futura ação coletiva ativa indenizatória por danos individuais) para obter uma sentença que declare que o seu produto não causou danos aos membros do grupo (sentença declaratória negativa de

⁴⁴ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, ANO, p. 187-188.

⁴⁵ Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 34)

⁴⁶ cf. CDC, art. 81, parágrafo único, III: “interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato” (MAZZILLI, 2008).

responsabilidade de danos). Na estrutura processual americana, isso não é uma ação coletiva passiva, mas uma ação coletiva ativa iniciada pelo réu.⁴⁷

Aproveitando os conceitos oferecidos por Diogo Maia, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, passamos a definir nesse trabalho a ação coletiva passiva de forma simples, como sendo: a coletividade como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial, independente de seu caráter individual ou coletivo.

O mais importante é termos em mente que a identificação da coletividade em um dos polos da relação jurídica discutida em juízo não é a simples quantidade ou soma de pessoas, mas a existência de uma pluralidade delas, titulares de interesses e direitos que serão substituídas em juízo por um representante. A mera soma de pessoas em um dos polos da ação pode vir a caracterizar a figura do litisconsórcio, que é fenômeno do Direito Processual Individual. O fato que determina o caráter coletivo da ação é a existência de uma pluralidade de pessoas, titulares de interesses ou direitos em litígio, que será substituída na relação processual por uma parte legítima para figurar em juízo no lugar da coletividade⁴⁸. Assim, certa quantidade ou soma de pessoas no polo de uma demanda pode representar na verdade um litisconsórcio, e não uma coletividade. Para identificar a coletividade devemos observar se o direito em juízo é defendido por um substituto processual, que no caso estaria representando uma determinada coletividade.

Assim, podemos concluir que a ação coletiva passiva é o instrumento processual pelo qual se exige em processo judicial o cumprimento de uma obrigação ou dever em face de uma coletividade.

2.2 CLASSIFICAÇÃO

2.2.1 Quanto à origem

A ação coletiva passiva também pode ser classificada, segundo sua origem, em: ação coletiva passiva independente ou originária e ação coletiva passiva incidente ou derivada. A ação coletiva passiva independente ou originária é aquela que instaura um processo coletivo sem nenhum vínculo com uma anterior ação coletiva. Nesse sentido,

⁴⁷ GIDI, 2007, p. 392.

⁴⁸ MAIA, 2009, p. 48.

Independentes são as ações coletivas passivas que decorrem diretamente de uma relação de direito material comum, sem relação com qualquer outra ação coletiva.⁴⁹

A ação coletiva passiva pode ser classificada em originária ou derivada. Ação coletiva passiva original é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior.⁵⁰

É o caso, por exemplo, de uma ação proposta pelo Ministério Público contra uma associação de moradores do bairro que estivessem bloqueando o acesso de automóveis a algumas ruas⁵¹. Também serve como exemplo, uma ação de reintegração de posse ajuizada pelo proprietário de um terreno em face dos invasores, membros do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra⁵².

Por outro lado, a ação coletiva passiva incidente ou derivada é aquela decorrente de outra ação coletiva ativa ou duplamente coletiva proposta pelo réu desse processo originário.⁵³ É o caso, por exemplo, da ação rescisória de ação coletiva ativa, pois os polos se invertem, tornando o autor da demanda anterior réu nesse novo processo; da ação cautelar incidental; da reconvenção em ação coletiva e dos embargos do executado em execução coletiva. Nesse sentido:

Ação coletiva passiva derivada é aquela que decorre de um processo coletivo ativo anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão de sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo. A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problema na identificação do representante adequado, que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou.⁵⁴

A classificação quanto à origem da ação coletiva passiva não encontra divergência doutrinária.

2.2.2 Quanto à espécie

⁴⁹ MAIA, 2009, p. 54.

⁵⁰ Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR. 2010, p. 414.

⁵¹ GRINOVER, 2002, p. 7.

⁵² *Ibid.*, p. 54.

⁵³ Nesse sentido, cf.: DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 414.

As ações coletivas passivas comportam duas espécies: a ação coletiva passiva comum ou ordinária e a ação duplamente coletiva⁵⁵.

A ação coletiva passiva comum ou ordinária é aquela em que no polo ativo da relação jurídica processual figuram um ou mais demandantes individuais que defendem direito próprio contra determinada coletividade⁵⁶.

Exemplificando, Diogo Campos Medina Maia cita os casos de dissídio coletivo na Justiça do Trabalho em que uma empresa (demandante individual) litiga em desfavor de um sindicato de trabalhadores (demandante coletivo) em razão de uma greve abusiva⁵⁷.

Já a ação duplamente coletiva ocorrerá quando figurarem duas coletividades, tanto no polo ativo como no polo passivo da relação jurídica processual⁵⁸.

Como exemplo, imagine-se que o mesmo grupo de trabalhadores citados anteriormente, em vez de deflagrar greve abusiva, tenha se reunido para bloquear ruas, estradas e demais acessos à cidade onde trabalham seus membros, provocando transtornos que ultrapassam a estreita relação entre empregado e empregador para alcançar e violar a garantia de liberdade de locomoção, prevista no inciso XV, do art. 5º, da Constituição Federal. Neste caso, estamos diante da violação de um direito difuso, sanável com o ajuizamento de ação duplamente coletiva, que terá como autor um substituto processual para a sociedade, e como réu o sindicato dos trabalhadores causadores da lesão que se pretende reparar ou evitar⁵⁹.

Da mesma forma essa ação também é facilmente encontrada na Justiça do Trabalho, nos casos em que duas coletividades estão situadas em polos opostos da relação jurídica processual, sindicatos das categorias profissionais de empregadores de um lado, e de outro, sindicatos das categorias profissionais de empregados.

⁵⁵ MAIA, 2009, p. 53-54.

⁵⁶ Ibid., p. 53.

⁵⁷ Ibid., p. 69.

⁵⁸ DINAMARCO, 2003, p. 133.

⁵⁹ ALEXY, 1997, p. 87.

3 FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL

Nesse item serão abordados os argumentos utilizados para que se possa defender a possibilidade do manejo das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro, independente de previsão legal expressa.

Deve-se, primeiramente, esclarecer as diferenças entre regras e princípios, já que essas normas são de grande importância para fundamentar a viabilidade da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico pátrio.

Atualmente, princípios e regras são reconhecidos como sendo espécies do gênero norma jurídica. Quanto aos princípios, a aceção de norma jurídica é recente, conforme assevera Luís Roberto Barroso, os princípios tiveram que “conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”⁶⁰. Assim, foi superada a visão meramente formalista que atribuía aos princípios um caráter supletivo das regras, limitando a sua incidência às hipóteses de lacuna⁶¹.

Com a evolução da hermenêutica, os princípios reconhecidos simplesmente como gerais galgaram o *status* de princípios constitucionais⁶². A distinção entre regras e princípios assume papel relevante nesse estudo em razão da relação de colisão principiológica inserida nos fundamentos da ação coletiva passiva.

Entre regras e princípios há, em primeiro lugar, uma distinção lógica, já que as regras são conjuntos normativos aplicáveis de forma absoluta em modalidade denominada “tudo ou nada”⁶³, ou seja, se os pressupostos fáticos de incidência da norma se fizerem presentes, a regra, desde que válida, deve ser obrigatoriamente aplicada. Ao contrário, os princípios atuam de outra forma, pois, segundo o mesmo autor, os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”⁶⁴.

Para Dworkin, as regras são de aplicação imperativa, comportando exceções que, contudo, devem ser arroladas no seu próprio enunciado para dar maior completude e precisão ao seu sentido. Desta forma, nas palavras do autor, “dados os fatos que uma regra estipula,

⁶⁰ BARROSO; BARCELOS, 2004, p. 337.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 232.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 40.

então ou a regras é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁶⁵.

Já os princípios não possuem aplicação absoluta e irrestrita como as regras, podendo conviver com princípios opostos nos mesmos casos concretos, sem que lhes seja retirada a sua eficácia no meio jurídico ou que sejam caracterizadas exceções.

Dworkin ainda apresenta outra diferença entre as duas espécies de norma jurídica, qual seja, a *dimensão de atuação*. Para o autor, os princípios possuem uma *dimensão de peso* ou *importância*, que não é aplicável às regras⁶⁶. Dessa forma, os princípios podem ser aplicados de forma parcial justamente por conter uma dimensão em que lhes é permitido a avaliação de sua importância. Já as regras não possuem essa dimensão, pois, havendo conflito entre as regras, somente uma será inválida⁶⁷.

Robert Alexy, tendo como base as ideias de Dworkin, chega à conclusão de que além de uma diferença gradual entre princípios e regras, há uma qualitativa: os princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado da forma mais ampla dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, as *possibilidades jurídicas* limitam os princípios, pois sua aplicação depende das regras e dos princípios que a ela se contrapõem. Já as *possibilidades fáticas* também definem a incidência do princípio, já que sua aplicação somente pode ser medida diante dos fatos, ou seja, no caso concreto⁶⁸. Portanto, para Robert Alexy os princípios são *mandados de otimização*: normas que impõem que alguma coisa seja realizada na maior medida dentro das possibilidades impostas por outra norma ou pela situação de fato existente.

Pontua Alexy que o princípio tem como peculiaridade a sua aplicação gradual, de acordo com os limites impostos. Ao contrário, havendo conflitos entre as regras, são aplicadas de duas maneiras: ou uma contém uma cláusula de exceção ou uma é declarada inválida⁶⁹. Observa-se assim, que a *colisão de princípios* não se resolve pelo critério da validade, uma vez que somente é possível a colisão entre princípios válidos. Outrossim, não se admite a solução com a introdução de cláusula de exceção. A solução, conforme afirma Dworkin, se dá mediante a ponderação no caso concreto, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Dessa forma, não há hierarquia entre princípios. Havendo a colisão entre princípios, um deverá ceder

⁶⁵ Ibid., p. 39.

⁶⁶ DWORKIN, 2002, p. 42.

⁶⁷ Ibid., p. 43.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Enerto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 87.

⁶⁹ Ibid., p. 88.

face aos outros, diante das circunstâncias do caso concreto, sem que sejam declarados inválidos ou que contenham cláusula de exceção.

Quanto à diferenciação dos tipos de normas, Eros Grau esclarece que os princípios atuam também como mecanismo de controle de produção de normas-regras, já que a norma é produzida através de esforço interpretativo que, por sua vez, é guiado pelos princípios. Eros Grau também destaca outro ponto de diferenciação entre as normas jurídicas, que seria o fato da escolha do princípio a ser realizado a partir do seu próprio conteúdo, enquanto a declaração de validade de cada regra depende da averiguação de critérios formais exteriores a ela⁷⁰.

Humberto Ávila dispõe que a norma jurídica não se expressa apenas pelo seu dispositivo (conteúdo descritivo; texto legal), mas que é construída por força da soma deste ao esforço interpretativo do aplicador, isto é, somente após a interpretação pode-se falar em norma⁷¹. Após apresentar de forma crítica as hipóteses doutrinárias de distinção entre regras e princípios, o autor propõe seus três critérios de dissociação.

Em primeiro lugar figura o *critério da natureza do comportamento prescrito*. Segundo a proposta, enquanto as regras são normas “imediatamente descritivas”, os princípios são normas “imediatamente finalísticas”. A qualidade principal dos princípios é a determinação da realização de um fim, ao passo que a das regras é a previsão do comportamento. A diferença básica está centrada na proximidade da relação, imediata ou mediata, com os fins que devem ser atingidos e com as condutas que devem ser seguidas⁷². Nas palavras de Humberto Ávila, “as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias”⁷³.

O segundo critério proposto é o *critério da natureza da justificação exigida*, segundo o qual a diferença entre *regras* e *princípios* consiste no fato de as regras exigirem uma avaliação de correspondência entre três fatores (a construção conceitual dos fatos, a construção conceitual da norma e a finalidade que lhe dá suporte), enquanto os princípios demandam apenas a consideração da relação entre o estado de coisas a ser alcançado e os efeitos decorrentes da conduta. No caso das regras, sendo demonstrada a correspondência, o ônus argumentativo é menor, pois a descrição normativa é, *per se*, o próprio fundamento. Se, por outro lado, não for

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22-26, apud MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva, coleção direito processual coletivo**. São Paulo: Lumem Juris, 2009, p. 62.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

alcançada a correspondência entre as construções conceituais do fato e da norma e a finalidade que lhe dá suporte, o ônus argumentativo é muito maior. O ponto distintivo das regras, desta sorte, não seria o seu caráter imperioso e absoluto, mas a forma como podem deixar de ser aplicadas em sua integralidade. No caso dos princípios, o elemento finalístico assoma, tomando o lugar do elemento descritivo, razão pela qual não se trata de correspondência de construções conceituais de fato, norma e finalidade, mas da avaliação dos efeitos da conduta e sua aptidão à promoção do estado de coisas, indicado pelo princípio como ideal a ser atingido. Por conta disso, na interpretação dos princípios o ônus argumentativo é estável, dependendo, com maior intensidade, da análise do caso concreto.

Por fim, apresenta o autor o *critério da medida de contribuição para a decisão*. Os princípios são tidos como normas “primariamente complementares” e “preliminarmente parciais”, pois não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Os princípios seriam, desta forma, “normas com pretensão de complementaridade”⁷⁴. As regras, a seu turno, seriam normas “preliminarmente decisivas” e “abarcantes”, na medida em que têm a pretensão de gerar uma solução específica para o caso concreto.

Diante das características das regras e princípios apresentadas por Ávila, o autor passa a conceituar as espécies de norma jurídica, nos seguintes termos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes é axiologicamente sobrejacente, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁷⁵.

Assim, o que se pode observar nos critérios propostos é o caráter finalístico e geral na conceituação dos princípios e, de outro lado, um caráter mais objetivo e descritivo na conceituação das regras. Com isso, podemos concluir que há entre os princípios e as regras um caráter gradual de concreção que vai desde a abstração máxima nos princípios até a concreção absoluta nas regras.

⁷⁴ MAIA, 2009, p. 63.

⁷⁵ ÁVILA, 2009, p. 70.

Diogo Maia, ao citar Daniel Sarmiento, esclarece que “dentro do sistema jurídico, os princípios passam por um processo de concretização sucessiva, através de princípios mais específicos e subprincípios, até adquirirem o grau de densidade das regras⁷⁶.”

Dessa forma, são as regras que constituem os graus de concreção dos princípios, que lhes dão sua forma e limite de aplicação aos casos que ali estão previamente apontados. São, portanto, juízos de valores pré-estabelecidos pelo legislador para determinadas hipóteses, definindo e dando concreção ao estado ideal de coisas buscadas pelos princípios incidentes. Constituem uma verdadeira mistura de valores, que se situa entre o estado ideal buscado pelo princípio e a finalidade específica que pretende com seu dispositivo legal.

Adverte Diogo Maia:

Cumprе salientar, todavia, que o juízo de valor estabelecido pela regra, que confere forma e impõe limites ao princípio, também sofre limitações, que são implementadas pelo próprio princípio que se pretende definir, pois a regra, como se verá a seguir, não pode restringir o núcleo essencial do princípio, diga-se, o parâmetro mínimo de sua validade.⁷⁷

Observa-se, assim, que entre os princípios e as regras há uma relação de definição e limitação mútua justificada pelo grau de abrangência do princípio sobre o caso concreto. Considerando a expansividade dos princípios, são comuns as hipóteses de conflitos dos estados ideais buscados por cada um deles. Nas palavras de Canotilho,

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais.⁷⁸

Como exemplo da tensão existente entre os princípios, podemos citar Diogo Maia ao falar sobre o princípio da ampla defesa, que em sua extensão máxima garantiria a total e irrestrita possibilidade de discussão, a qualquer tempo e grau de jurisdição, de todas as questões que possam surgir nos processos judiciais. Em contrapartida, o princípio da celeridade processual, que no mais alto grau de abrangência limitaria a interposição de todos os recursos ou apreciação de incidentes processuais, em prol da rapidez na solução dos litígios. Para que se

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesse na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.42, apud MAIA, op. cit., p. 64.

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional a teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1168.

possa garantir a convivência harmônica dos citados princípios, ambos cedem em determinada intensidade, de acordo com as limitações jurídicas e fáticas do caso concreto. Em cada caso um princípio ingressará mais na esfera de atuação do outro, sem que, no entanto, a amplitude de abrangência de um aniquile a existência de seu concorrente. O mínimo essencial do princípio não é passível de restrição por outro princípio, pois não há hierarquia constitucional entre eles⁷⁹.

A limitação do alcance dos princípios se fundamenta pela sua composição estrutural, já que constituem um núcleo mínimo essencial dividido em várias camadas, as quais quanto mais distantes do núcleo se tornam menos intensas, com maior possibilidade de limitação e, de forma inversa, quanto mais próximas estiverem do núcleo, menos limitação poderão sofrer.

Assim, o núcleo essencial formador dos princípios exerce dois papéis importantes na interpretação das normas. O primeiro é a limitação quanto ao alcance do princípio em conflito – isto é, uma vez em colisão, um princípio terá como limite derradeiro de sua expansão interpretativa o núcleo essencial do princípio que se pretende restringir. Em segundo lugar, o núcleo essencial dos princípios também impõe limitação ao alcance a ser dado pela regra. Sendo a regra, uma expressão prévia de valor dos princípios que lhe são subjacentes poderá regular todas as esferas dos princípios, mas terá como dever garantir o mínimo essencial para sua coexistência e validade, pois o sistema constitucional é coerente e harmônico⁸⁰. Isso quer dizer que a regra nunca poderá aniquilar os princípios que a fundamentam. Assim, ao interpretar o dispositivo da norma, o aplicador do direito deve certificar-se de que sua interpretação não restringe um princípio ao ponto de excluí-lo do ordenamento jurídico⁸¹.

Considerando que os fundamentos da ação coletiva passiva enfrentam todas essas questões relacionadas à interpretação das normas jurídicas – tanto questões concretas de interpretação de regras, que poderiam obstaculizar a efetivação deste tipo de ação coletiva, bem como questões abstratas concernentes aos princípios –, abordaremos adiante os termos expostos até o momento. Tem-se em vista garantir a possibilidade da ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico em processo judicial, por meio de representante adequado como meio de garantir o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em termos de ação coletiva passiva, na aplicação dos princípios devemos ter em mente duas garantias em especial, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e a do devido processo legal, e já que estão previstos no título *dos direitos e garantias fundamentais*,

⁷⁹ MAIA, 2009, p. 65.

⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto V. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 192; CANOTILHO, 2002, p. 1169.

⁸¹ BARROSO, op. cit., p. 194.

conforme art. 5, da Constituição Federal, tais princípios possuem aplicação imediata, nos termos do parágrafo 1º do citado artigo. Dessa forma, a incidência direta dos princípios, na ação coletiva passiva, ocorre por força do conteúdo da garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Por essa razão, havendo garantia constitucional o Poder Judiciário não poderá ser afastado da análise da lesão ou ameaça de lesão a direito, ainda que não haja *regra* específica regulamentando o procedimento judicial a ser seguido.

Quanto à possibilidade da efetivação direta dos direitos e garantias fundamentais, Diogo Maia, citando José Carlos Vieira de Andrade, esclarece que o princípio da aplicabilidade direta vale como um indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no carácter líquido e certo de seu conteúdo de sentido. Nas palavras do professor português: “vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”⁸².

Com isso, podemos concluir que a inexistência de *regra* expressa prevendo a ação coletiva passiva ou o seu procedimento não são óbices para que o intérprete supra as lacunas processuais para viabilizar essa modalidade de ação. 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*.

3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE O CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Parte da doutrina nega a possibilidade da ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico. Os motivos que levam essa parte da doutrina a negar essa possibilidade, embora contenham fundamento e conclusão lógica, não são unânimes e encontram resistência da doutrina, que defende a possibilidade da ação coletiva passiva em nosso ordenamento.

Basicamente são três os argumentos dos doutrinadores contrários à possibilidade da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico pátrio: o primeiro tem por fundamento a inexistência de expressa previsão legal, o que para Pedro Dinamarco é um impedimento absoluto⁸³.

⁸² MAIA, 2009, p. 78.

⁸³ DINAMARCO, 2003, p. 132.

Nesse mesmo sentido temos as palavras de José Marcelo Vigliar:

Aqueles que negam a possibilidade de existência da demanda coletiva ajuizada em face do representante da coletividade, se baseiam, de forma geral, nos próprios termos empregados pela legislação vigente, sempre indicativa de uma postura ativa. Destacam que os diplomas legais fazem menção a possibilidade de atuação dos representantes na qualidade de autores, ressaltando as expressões existentes em diversos dispositivos legais que seriam indicativas de única possibilidade.⁸⁴

Podemos citar ainda Antônio Gidi, o qual esclarece: “nas *class actions norteamericanas* a legitimidade para a condução de um processo coletivo é outorgada tanto do lado ativo como do lado passivo da ação”⁸⁵. Dessa forma, o “representante” do grupo tanto pode ser autor como réu numa *class action*. Nas ações coletivas do direito brasileiro, todavia, somente se confere legitimidade *ad causam* aos entes elencados no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC. Arruda Alvim observa que, embora o art. 81 do CDC se refira à “defesa” dos direitos dos consumidores, essa expressão tem o significado de agir ativamente em juízo, e não a possibilidade de os entes do art. 82 serem réus em uma ação coletiva⁸⁶.

O argumento contrário à possibilidade da ação coletiva passiva é razoável na medida em que realmente não há em nosso ordenamento jurídico a regulamentação do referido instituto, bem como esse argumento encontra amparo no princípio da legalidade. Mas, além do argumento aqui mencionado, o nosso sistema de aferição da representatividade adequada é o *ope legis*, portanto não seria possível a admissão das ações coletivas passivas com vista ao sistema aberto de aferição da representatividade, ou seja, aquela em que o controle é realizado pelo juiz no caso concreto. Com isso, não haveria segurança na representação da coletividade.

O terceiro argumento daqueles contrários à ação coletiva passiva é fundado no fato de que o regramento da coisa julgada coletiva não permite prejuízos aos direitos individuais, tendo em vista o regime da extensão *in utilibus* da coisa julgada às situações individuais, conforme previsto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor⁸⁷.

⁸⁴ VIGILAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO NEVES, Aloisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Org.) **Direito processual coletivo e o antiprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 313.

⁸⁵ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁸⁷ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.

Visando demonstrar a divergência do tema, apresentaremos a outra parte da doutrina, a qual se filia à possibilidade da ação coletiva passiva, o que faz com os argumentos expostos a seguir.

Essa doutrina destaca de forma explícita que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) prevê a possibilidade de a classe atuar em juízo no polo passivo. É o que dispõe o artigo 5º, §2º da Lei, facultando ao poder público e outras associações legitimadas, nos termos do caput, habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes. É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela⁸⁸.

Mas há mais: o artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor contempla a chamada “convenção coletiva de consumo”, permitindo às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores ou sindicatos de categorias econômicas regular, por convenção escrita, relações ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como a reclamação e composição do conflito de consumo. Ora, se a convenção coletiva (como ato bilateral que atribuiu direitos e obrigações) firmada entre a classe de consumidores e a de fornecedores não for observada, de seu descumprimento originar-se-á uma lide coletiva, que só poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no polo ativo e no polo passivo da demanda, respectivamente⁸⁹.

Não é outra a consequência que se extrai também do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, quando 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”. O sentido do dispositivo é o da irrestrita tutelabilidade em juízo, das questões inerentes às relações de consumo, consubstanciando a ideia da efetividade do processo⁹⁰.

Por essas razões, parece incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas permita, *de lege lata*, que a classe figure no polo passivo da ação. Mas não se pode negar que alguns problemas práticos podem derivar dessa posição, no que concerne ao regime da coisa julgada⁹¹.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho que:

Se é possível admitir somente para algumas pessoas a condição jurídica para utilização desse específico instrumento protetivo, não teria sentido fixar

⁸⁸ GRINOVER, 2007, p. 850-851.

⁸⁹ GRINOVER, 2007, p. 850-851.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 850-851.

⁹¹ *Ibid.*, p. 850-851.

qualquer restrição no que toca à legitimação passiva. A ofensa aos interesses difusos e coletivos, que justifica a posição de parte legítima passiva para a causa, pode muito bem derivar não apenas de atos e fatos do Poder Público, incluindo-se aí as pessoas da administração indireta, como ainda de práticas imputáveis a particulares. A legitimação passiva, desse modo, haveria que ter toda a amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que os vulnerasse.⁹²

Pedro Lenza afirma que:

[...] o artigo 107 do CDC, que trata da convenção coletiva de consumo, já é um claro exemplo de possibilidade de se demandar judicialmente a classe em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas do aludido contrato, após a sua celebração [...]⁹³

Esclarece ainda que:

O art. 83 do CDC, por seu turno, esclarece que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.⁹⁴

Dessa forma, o autor entende ser perfeitamente possível o manejo da ação coletiva face à coletividade.

Fredie Didier Júnior e Zaneti Júnior também defendem a possibilidade da ação coletiva, vislumbrando que:

Mesmo diante da ausência de norma jurídica expressa no ordenamento jurídico pátrio, que estabeleça legitimação coletiva passiva, não constitui impedimento à propositura de ação coletiva em face da classe. E o fundamento dos autores é a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental e mandado de segurança contra ato do juiz contra do réu em ação coletiva ativa. Diante destas possibilidades “admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva”.⁹⁵

Por sua vez, Antonio Gidi ensina que se a LACP e o CDC não contempla expressamente a ação coletiva passiva – o certo é que também não a proíbe. E se a ação coletiva encontra amparo legal e se há regulamento processual adequado para a matéria, não há porque

⁹² CARVALHO FILHO, 2001, p. 141.

⁹³ LENZA, 2003, p. 210-211.

⁹⁴ Ibid., p. 210-211.

⁹⁵ DIDIER JUNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 425.

negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva – questão, porém, que merece cuidadoso estudo antes que uma palavra final possa ser dada a respeito⁹⁶.

Essa exposição doutrinária demonstra a divergência do tema ante a ausência de legislação expressa prevendo a possibilidade da ação coletiva passiva.

Há ainda que se ressaltar que existem doutrinadores que não admitem o ajuizamento de ação contra a coletividade segundo o direito posto, basicamente, conforme já exposto, pelas seguintes razões: inexistência de previsão legal admitindo tais ações e o fato de que a sua admissão estaria em desarmonia com o regime da coisa julgada do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor⁹⁷. Porém, esse entendimento parece ser mais solidificado na doutrina mais antiga⁹⁸. Ainda numa linha mais antiga, Ricardo de Barros Leonel:

Na tutela dos interesses metaindividuais, verifica-se nos dispositivos legais conterem legitimação somente para agir, figurar no polo ativo da ação. A *contrário sensu*, o legislador não concedeu autorização para que os legitimados figurem no polo passivo da ação, defendendo interesse cujos titulares são terceiros e ainda: Quanto à legitimação passiva, há impossibilidade de a coletividade ser inserida no polo passivo da ação. Os colegitimados exercem em juízo interesse ou direitos que não pertencem a eles, mas à coletividade.⁹⁹

No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli:

Vimos que, em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados *no polo ativo*, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção.¹⁰⁰

⁹⁶ GIDI, 2007.

⁹⁷ ZUFELATO, 2010, p. 96.

⁹⁸ Citado por Camilo Zufelato, Arruda Alvim interpretando o alcance do sistema da legitimação e da coisa julgada – art. 82 e 103 do CDC – afirma: “Todos estes textos autorizam, exclusivamente, o entendimento de que a legitimidade, a que se refere o art. 82 é, unicamente, uma legitimidade ativa. Ou seja, é legitimidade existente para que sejam propostas ações coletivas, em prol de consumidores, os dos que a estes estejam, pelo próprio sistema, equiparados, pela incidência de determinada parte do regime jurídico deste estatuto (v. art. 17 e 19, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor). A interpretação dos art. 81 e 82 combinado com o art. 103, em que disciplina os possíveis resultados das ações coletivas, conduz a que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor somente regula a ação, entendida essa expressão, no seu sentido próprio, ou seja, agir ativamente contra alguém, que é o sujeito passivo. A ação v.g., do fornecedor, porque, neste sistema dele não cogita, enquanto autor, rege-se pelo direito processual comum”. ARRUDA ALVIM, José Manoel de, et. al. **Código do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, p.347.

⁹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206, 434.

¹⁰⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 357.

No entanto, o posicionamento dessa doutrina parece estar sendo aos poucos superado, especialmente pela prática forense, na qual já não são tão raros os casos de ação coletiva passiva, ainda que em casos específicos.

3.2 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL E A NECESSIDADE DO DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA EM FACE DA NOVA REALIDADE SOCIAL

Os direitos coletivos passaram a ser protegidos no Brasil em período posterior ao desenvolvimento das ações coletivas nos ordenamentos de *common law*. No entanto, o Brasil, suas leis, suas doutrinas e seus julgados não se mostraram irrelevantes em matéria de direitos coletivos, pois foi o primeiro país ibero-americano a iniciar o pensamento coletivo e a desenvolver mecanismo de defesa desses direitos. O estudo mais aprofundado dos direitos coletivos no Brasil teve início na década de 70, com debates acerca dos pensamentos das escolas inglesa e americana, e também italiana¹⁰¹.

Um dos grandes responsáveis por iniciar o estudo da tutela coletiva no Brasil foi o ilustre José Carlos Barbosa Moreira, influenciado pelos estudos desenvolvidos pelos professores Mauro Capelletti e Vítório Denti, entre outros. Também não podemos nos esquecer dos trabalhos realizados no primeiro congresso realizado no Brasil, em que se discutiram os direitos coletivos, em 1982. No evento foi elaborado um anteprojeto de lei para tutela desses direitos. Participaram Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, pessoas que muito contribuíram para o desenvolvimento do direito coletivo no Brasil¹⁰².

Os direitos transindividuais somente receberam maior atenção nas duas últimas décadas do século XX, com a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), que é um dos mais relevantes instrumentos para o desenvolvimento da tutela coletiva. A Constituição de 1988, além de marco histórico, ampliou a abrangência da Ação Civil Pública e da Ação popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), entre outros instrumentos, tais como o mandado de segurança coletivo (atualmente previsto na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de

¹⁰¹ FORNACIARI, F. H. Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 44.

¹⁰² *Ibid.*, p. 44.

2009)¹⁰³ e o Código de Defesa do consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), com seu notório reconhecimento no direito processual coletivo.

A Constituição Federal de 1988 deu um grande impulso à tutela jurisdicional coletiva. José Carlos Barbosa Moreira destaca seu caráter juridicamente especial de previsão e também o efeito pedagógico da inserção de tais normas no corpo da lei maior:

Além de ser digna de nota a própria opulência em si das Ações Coletivas no Direito Brasileiro, é ainda mais digno de nota o fato de que isso esteja presente na Constituição. Em regra, as Constituições dos outros países não se preocupam em prever com tanta riqueza de pormenores essa possibilidade de tutela jurisdicional coletiva: causa mesmo admiração a juristas estrangeiros essa característica da nossa atual Constituição. O florescimento de Ações Coletivas assinala o deslocamento, até certo ponto, da tônica, que estava colocada sobre as ações individuais, sobre os processos individuais.¹⁰⁴

Nesse sentido, inclusive, Teoria Albino Zavascki enaltece o trabalho do legislador brasileiro, que, em suas palavras, estabelece o modelo mais rico e profundo de instrumentos de tutela coletiva entre todos os países da *civil law*:

Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e rico do que nos demais países da *civil law*, a “revolução” mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei 6.513 de 20.12.1977, que introduziu significativa modificação no art. 1.º, § 1.º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artísticos, estéticos, histórico ou turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos*. Essa lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressaltado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mas que disciplinar um novo procedimentos qualquer, a nova lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltada para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.¹⁰⁵

¹⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na constituição federal de 1988**. Revista de processo, n. 61, jan/mar. 1991, p. 189-190.

¹⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na constituição federal de 1988**. Revista de processo, n. 61, jan/mar. 1991. Apud MARCONDES, Gustavo Viegas. Ação Coletiva Passiva: Análise do cabimento no Direito brasileiro em face da natureza do Processo Coletivo. Dissertação de Mestrado, 2012, p. 37.

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31. Apud MARCONDES, Gustavo Viegas. Ação Coletiva Passiva: Análise do cabimento no Direito brasileiro em face da natureza do Processo Coletivo. Dissertação de Mestrado, p. 37.

Teori Albino Zavascki esclarece que a Constituição de 1988 promoveu um aumento notável na tutela coletiva, adotando a técnica da substituição processual, outorgando legitimação a certas instituições e entidades para em nome próprio defender em juízo direitos subjetivos de outrem:

A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo os direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5^a, XXI) e sindicais, às entidades de classe e às associações atribuiu-se legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 5^o, LXX, b).¹⁰⁶

No Brasil, por adotar o sistema *civil law*, o momento mais marcante do processo coletivo foi o advento da Lei de Ação Civil Pública, em 1985, seguida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1998. Elas deram continuidade à tendência protecionista dos movimentos processuais coletivos e deram início à ampla proteção aos direitos transindividuais. Não se pode esquecer que em um primeiro momento a Lei de Ação Popular já tutelava o direito coletivo e, portanto, faz parte do conjunto de leis que formam um microsistema infraconstitucional de direito processual coletivo no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰⁷. É de igual importância nos lembrarmos de que em nosso ordenamento jurídico a importância dos conflitos coletivos surgiu com a organização dos trabalhadores em classes operárias. Ao final do século XIX e início do XX aparecem as primeiras entidades associativas de trabalhadores: a União Operária, a Liga de Resistência dos Trabalhadores em Madeira, e a Liga Operária, entre outras¹⁰⁸. Um dos reflexos da organização em grupo era o movimento grevista visando à aquisição de melhores condições de trabalho, num momento em que a sociedade começa visualizar uma nova realidade social e a necessidade de controle desses movimentos organizados.

Portanto, a razão que revela a importância dos movimentos de classe de trabalhadores reside justamente no fato de que foram os primeiros a despertar o interesse na tutela de direitos

¹⁰⁶ Ibid., p. 38.

¹⁰⁷ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluída a Lei nº 8.078, de 1990); Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

¹⁰⁸ NASCIMENTO, 2002, p. 80-81.

coletivos no Brasil. Não obstante, também foi o direito do trabalho que inaugurou as primeiras ações coletivas passivas em nosso ordenamento. Observa-se, de forma notória, no sistema processual coletivo nacional em um primeiro momento a ideia de proteção da coletividade, colocando-a exclusivamente como vítima, parte mais fraca da relação, o que influenciou o legislador brasileiro e é percebido inclusive nos dias atuais. Como exemplo, podemos citar o sistema da coisa julgada na ação coletiva (incisos I e II do art. 103 da Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC)¹⁰⁹.

O momento era de busca de proteção para os grupos, categorias ou classes, e não se pensava em meios de controle ou limitação da atividade coletiva. O foco era o fortalecimento da atividade de grupo contra qualquer tipo de opressão, assim seria inadequada a criação de instrumento para controle da atividade grupal. Por essa razão, o momento social não permitiu o desenvolvimento da ação coletiva passiva; além disso, o sistema brasileiro de proteção de direitos coletivos, adotando a legitimação extraordinária *ope legis*, que omitiu a possibilidade expressa da ação coletiva passiva, foi outro fator que impediu o seu desenvolvimento. Portanto, o atraso no desenvolvimento da ação coletiva passiva decorre do próprio sistema de legitimidade adotado no Brasil para a defesa dos direitos coletivos.

Com o passar do tempo, as relações sociais, originalmente individualistas, foram se transformando em relações de massas; os grupos organizados ganhavam força e voz. Atualmente, os movimentos sociais instigam as massas demonstrando coesão e vigor, o que é impulsionado pelo amplo acesso à comunicação. Em recentíssimo episódio podemos citar o movimento conhecido como Passe Livre, que levou multidões às ruas. Outro exemplo muito difundido foi o movimento de ações judiciais iniciado pelo Ministério Público paulistano contra as torcidas organizadas, resultando na extinção, entre outras, das torcidas Mancha Verde, Tricolor Independente e Gaviões da Fiel, em razão do fato de essas associações se desviarem de sua finalidade que inicialmente era o incentivo do esporte, e passaram a instigar a violência dentro e fora dos estádios. Nesse caso não foi exatamente manejada a ação coletiva passiva, uma vez que o ministério público aproveitou a existência de pessoa jurídica regularmente constituída para indicá-la como ré no processo, mas a importância prática dessas ações para o

¹⁰⁹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

estudo da ação coletiva passiva é que evidenciaram a necessidade de viabilização de algum tipo de controle sobre membros de grupos organizados¹¹⁰.

Podemos citar também a ação civil pública movida pelo estado do Rio de Janeiro, em face da Associação dos Defensores Públicos do mesmo Estado, por conta de deflagração de greve. Na petição inicial, o ente da administração alegava a necessidade de preservação dos direitos difusos, que consistiam em manter a possibilidade de acesso à justiça pelos hipossuficientes e a continuidade do serviço público, reputados essenciais à manutenção do ente federativo. O processo, no entanto, foi extinto, sem resolução de mérito, por ausência de legitimidade da parte ré¹¹¹.

Outras ações similares foram as movidas pelo Estado de Minas Gerais, em face de várias associações e do sindicato dos Policiais Militares¹¹², e a ação ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face do Sindicato dos Servidores da Secretaria de Justiça¹¹³, em razão de greves reputadas ilegais e abusivas. Nesses dois casos, os pedidos prosperaram e a coletividade foi afetada pela decisão contrária aos seus interesses.

Segundo Jordão Violin, tem-se um exemplo de ação proposta pelo Ministério Público, em maio de 1998, contra um grupo de comerciantes do Estado do Ceará, na comarca de Baturité, em razão da utilização indevida das calçadas para a exposição de seus produtos. Após a instrução do feito, os comerciantes foram condenados a retirar os seus pertences. Nesse caso, apenas alguns comerciantes representaram o grupo no polo passivo da demanda¹¹⁴. O mesmo autor traz outro exemplo: uma ação civil pública proposta em face de um sindicato de combustíveis, em 2004, na cidade de Curitiba/PR, pelo Ministério Público. Note-se que o sindicato possui representação – se não a tivesse, a referida demanda não teria efeito algum, pela até então inadmissibilidade da ação coletiva passiva¹¹⁵.

Apesar de todos os exemplos, salvo o ocorrido na Comarca de Baturité, Estado do Ceará, não se pode chegar à conclusão que se trata realmente de uma ação coletiva passiva, mas

¹¹⁰ MAIA, 2009, p. 43.

¹¹¹ Decisão publicada no DOU de 11 de julho de 2005, fls. 162-163. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

¹¹² Processo nº 1.0024.04.378812-4. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

¹¹³ Processo nº 2004.001071875-4. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

¹¹⁴ VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva**: fundamentos e perfis. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 94.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 94.

o que resta demonstrado nesses casos é o fato de que os titulares dos direitos materiais foram representados judicialmente por entes coletivos.

Há que se destacar, no entanto, que na experiência jurídica brasileira, antes de haver o reconhecimento das ações coletivas como instituto autônomo, muito menos das ações coletivas passivas, a tutela jurisdicional trabalhista já possuía desde a década de, 30 do século XX, litígios que eram verdadeiras *defendant class actions*¹¹⁶.

Assim, a experiência da Justiça do Trabalho brasileira com os dissídios coletivos deve ser considerada um precedente histórico das ações coletivas passivas, hoje em fase de implementação no País¹¹⁷.

3.3 A AUSÊNCIA E NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

No ordenamento jurídico nacional, no campo da jurisdição civil, é controvertida a admissão da ação coletiva passiva *de lege lata*. No entanto, a jurisprudência tem mostrado a necessidade premente de se admitir a coletividade no polo passivo da demanda a fim de se tutelar o adequado exercício de um direito ou interesse transindividual. Dessa forma, é válido concluir que além da experiência já consolidada no direito do trabalho face às “ações coletivas passivas”, o seu início nas demandas de natureza civil deu-se por meio dos Tribunais, que reconheceram em alguns casos a legitimidade passiva dos grupos para defenderem em juízo seus integrantes, em que pese a omissão legislativa, vigente e projetada. Nesse setor os julgados foram tão expressivos que incentivaram a discussão em âmbito doutrinário sobre a necessidade e a pertinência dessa modalidade de ação, resultando a sua inserção no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América e no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, como será visto à frente.

Boa parte da doutrina é contrária à ação coletiva passiva, pois a inexistência de norma regulamentadora inviabilizaria uma demanda com a coletividade no seu polo passivo, uma vez que: a inexistência de expressa previsão legal, para Pedro Dinamarco, citado como exemplo, é um impedimento absoluto¹¹⁸; temos ainda o argumento de que o nosso sistema de aferição da representatividade adequada é o *ope legis*, então não seria possível a admissão das ações coletivas passivas com vista ao sistema aberto de aferição da representatividade, ou seja, aquela

¹¹⁶ ZUFELATO, 2010, p. 98.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 98.

¹¹⁸ Ver nota 98.

em que o controle é realizado pelo juiz no caso concreto. Com isso, não haveria segurança na representação da coletividade; outro fundamento seria o fato de que o regramento da coisa julgada coletiva não permite prejuízos aos direitos individuais, tendo em vista o regime de extensão *in utilibus* da coisa julgada às situações individuais, conforme previsto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

A realidade forense, considerando a impossibilidade de se negar acesso ao poder judiciário, vem acolhendo a propositura de demanda com a coletividade ocupando o polo passivo da relação jurídica, e muitas vezes julgando-a procedente, independente de norma regulamentadora. Apesar das discussões quanto à possibilidade ou não do manejo da ação coletiva passiva, a experiência empírica tem nos mostrado que, ao arrepio de qualquer norma, o judiciário vem reconhecendo e chancelando a representatividade dos grupos – seja através de sindicatos, seja através de associações ou qualquer outro meio que viabilize ou ao menos pareça viabilizar a defesa da coletividade. Tem com isso garantido, ou tentando garantir, o direito da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido é a decisão datada de 2008, em que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo reconheceu expressamente o ajuizamento de ação coletiva passiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada. No mesmo julgado o Tribunal reconheceu ainda a extensão subjetiva dos efeitos do julgado aos membros ausentes, restando assim ementado:

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 polo 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 PELEGRINI 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 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).¹¹⁹

Há que se destacar a ação coletiva passiva recente em que o STJ impôs limite ao direito de greve à Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF, em ação proposta pela União. A decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DE GREVE. SERVIÇO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. ÓRGÃO ESSENCIAL À DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. ORIENTAÇÃO DO STF. MI 708/DF.

1. É indiscutível a relevância jurídico-política do direito de greve dos trabalhadores, alçado pela Constituição da República à categoria de direito fundamental social ou de segunda geração (art. 9º), conforme clássica definição doutrinária.

2. A disciplina específica das funções da Polícia Federal é encontrada, na Constituição da República, em seu Título V, que versa sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas. Daí se depreende a centralidade dessa instituição para a preservação da ordem jurídica inaugurada pelo constituinte de 1988.

3. Indubitável a legitimidade do pleito dos policiais federais por vencimentos adequados às essenciais funções exercidas, o que se afigura imprescindível para garantir a atratividade da carreira e uma bem-sucedida política de recrutamento, de modo a selecionar os melhores candidatos. Em outras palavras, mais do que um pleito corporativo, é do interesse da própria sociedade e do Estado brasileiro que seus policiais federais tenham remuneração satisfatória.

4. Entretanto, o caso concreto apresenta sério conflito entre o direito de greve pelo servidor público e o direito social à fruição de serviços públicos adequados e contínuos, cuja solução exige a aplicação de juízo de ponderação.

5. No MI 708/DF, o STF reconheceu que, em razão das particularidades do caso concreto e dos serviços essenciais em questão, é possível fixar regime mais rígido que o imposto pelos arts. 9º e 11 da Lei 7.783/1989, bem como conceder Medida Cautelar para a garantia de percentual mínimo de servidores em atividade, "ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação", o que, evidentemente, requer situação de excepcionalíssima gravidade, sob pena de completo esvaziamento de tão relevante direito constitucional.

6. O STJ, por sua vez, vem reconhecendo o direito de greve dos servidores públicos, mas tem imposto limites ao seu exercício, com a finalidade de manter a continuidade do serviço público (Pet 7.884/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 7/2/2011; AgRg na Pet 7.883/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 21/6/2010).

7. O *periculum in mora* fica suficientemente demonstrado pelo risco de dano aos bens jurídicos protegidos pela atuação da Polícia Federal (art. 144, § 1º, da CF), caso prossiga a paralisação, sem qualquer critério.

¹¹⁹ TJES; ADInc 100070019698; Tribunal Pleno; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julgado em 12/06/2008, DJES 14/07/2008; p. 18.

8. Por seu turno, o *fumus boni iuris* encontra-se presente nos limites impostos pela ordem jurídica ao exercício do direito de greve em atividades essenciais à sociedade.

9. Liminar parcialmente deferida para determinar a manutenção em atividade dos servidores da Polícia Federal nos seguintes termos: a) 100% (cem por cento) nas hipóteses de plantão em unidades instaladas em portos e aeroportos e para o atendimento das requisições da Justiça Eleitoral, nos 1º e 2º turnos das eleições; b) 70% (setenta por cento) nas atividades de Polícia Judiciária, de inteligência e em unidades de fronteira; c) 50% (cinquenta por cento) nas funções de Polícia Administrativa; d) 30% (trinta por cento) nas tarefas residuais. Estabeleço multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em caso de descumprimento.¹²⁰

Mesmo sendo favorável a possibilidade do manejo da ação coletiva passiva ante a necessidade de pacificação dos conflitos pelo poder judiciário, o fato é que, dadas as proporções com que se vem utilizando a ação coletiva passiva, independente de ser assim denominada na prática, estamos correndo sérios riscos de lesões aos direitos individuais, os quais também não podem a todo custo ser sacrificados. Queremos dizer com isso que no atual estágio em que se encontra a demanda coletiva com o grupo no polo passivo, em todas as hipóteses está cabendo ao julgador normatizar esse tipo de ação, ou seja: o seu cabimento, a forma de representação e a coisa julgada (melhor dizendo, a extensão dos efeitos da coisa julgada). O exposto demonstra a necessidade de regulamentação da ação coletiva passiva, dada a realidade existente no atual cenário jurídico nacional.

Para demonstrar essa necessidade apresentaremos um exemplo prático, que nesse momento do trabalho se revela o mais adequado: a ação movida contra o Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Estado de São Paulo – SINTRAJUD. Outro evento ainda mais recente, o “rolezinho”, é tratado especificamente no tópico relativo à Defensoria Pública.

Trata-se do julgamento do processo 0024661-33.2014.4.03.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 3ª região, no qual a União propôs ação inibitória com pedido liminar ajuizada em face do SINTRAJUD, tendo por escopo impedir o movimento grevista dos servidores do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo. Nesse julgamento foi deferida medida liminar para determinar o seguinte:

Ante o exposto, visando assegurar a ordem pública e na defesa da segurança jurídica, premissas jurídicas essenciais para a realização do processo eleitoral que tem início no próximo dia 05 de Outubro, concedo a presente medida liminar, para determinar:

¹²⁰ PETIÇÃO Nº 9.460 - DF (2012/0196168-7).

a proibição da deflagração do movimento grevista dos servidores públicos federais junto ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, marcada para iniciar no próximo dia 30 de Setembro;
a cominação de multa diária de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) ao sindicato réu, inclusive sob o regime de solidariedade com cada servidor que venha a desobedecer a decisão, sem prejuízo da responsabilidade administrativo, cível e criminal.
Intime-se a ré e o Ministério Público Federal para que tenha ciência dessa decisão.¹²¹

Importante destacar que no andamento feito no Tribunal Regional Federal da 3ª região constam como partes no processo somente a União e o SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO – doravante SINTRAJUD.

Conforme exposto anteriormente, dadas a ausência de regulamentação e as proporções e forma com que se vem utilizando a ação coletiva passiva, estamos correndo sérios riscos de lesão a direitos; podemos até dizer já que estamos lesionando direitos individuais e coletivos, os quais não podem a todo custo ser sacrificados.

Essa ação movida contra o SINTRAJUD, usada aqui por ser a mais recente, é grande exemplo, no qual não se questiona o conteúdo material que deu preferência à garantia da ordem pública, garantindo a realização do pleito eleitoral – o que se mostrou razoável. O fato é que dela podemos extrair ofensas a direitos individuais e coletivos dos servidores (coletividade), que não apenas de forma reflexa, mas de forma direta e imediata foram atingidos sem qualquer direito ou oportunidade de participar do processo. A primeira circunstância que chama atenção na decisão concessiva da liminar é a cominação de multa diária de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) ao sindicato réu, inclusive sob o regime de solidariedade com cada servidor que venha a desobedecer a decisão.

Ponto que indica a deficiência da decisão e ofende direitos individuais do réu e dos servidores é o fato de que mesmo diante da imposição de multa prevendo a solidariedade do réu com cada servidor, não consta da decisão qualquer método com o mínimo de eficiência a dar conhecimento formal aos servidores da imposição que lhe foi imposta (multa). A decisão se limitou a determinar a intimação da ré e do Ministério Público Federal para ciência da decisão. Isso demonstra de forma clara uma ofensa à nossa Constituição, já que não garantir, ainda que de forma mínima, o conhecimento da decisão a todos os interessados é cerceá-los do legítimo direito do contraditório e da ampla defesa. Parece então que por ausência de norma

¹²¹ Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/liminar-da-justica-federal-proibe-greve-de-servidores-do-tre-sp-1411940471962>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

regulamentadora a decisão ofende direitos individuais e até mesmo coletivos, uma vez os servidores ficaram sujeitos às sanções sobre as quais sequer tomaram conhecimento formal. Além da intimação da ré (SINTRAJUD) e do Ministério Público, não foi determinada nenhuma forma de se dar conhecimento da decisão aos servidores. Vê-se que no caso seria necessário constar na decisão a determinação de uma ampla publicidade da concessão da medida liminar para que todos os atingidos pela decisão dela tivessem conhecimento. Embora não se trate da mesma situação, um exemplo da necessidade da divulgação pode ser visualizado pelo que dispõe o artigo 94 do CDC – Código de Defesa Do Consumidor¹²². Inclusive, essa forma de dar conhecimento aos interessados numa demanda judicial vai ao encontro do que dispõe o Novo Código de Processo Civil, nos termos do artigo 554, §3º¹²³.

Assim, a ausência de regulamentação por omissão do legislador causa grave *insegurança jurídica*, uma vez que, por falta de regulamentação, *ao julgador é negado um instrumento processual balizador para condução desse tipo de ação*. Até mesmo a doutrina que defende a possibilidade da ação coletiva passiva admite a existência de dificuldade na prática para utilização desse tipo de ação¹²⁴.

3.4 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

No decorrer do presente estudo é esclarecido que inexistente legislação expressa prevendo a ação coletiva passiva, o que ora é reafirmado. Porém, é necessário realizar uma análise no novo Código de Processo Civil, visto que por ocasião da sua entrada em vigor, a depender dos entendimentos doutrinários, poderemos concluir que, ainda que de forma específica ou pontual, o novo Código de Processo Civil tenha criado um caso de ação coletiva passiva. Essa expectativa decorre do contido no artigo 554 e seus parágrafos, que assim dispõem:

¹²² Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

¹²³ Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

¹²⁴ Por essas razões, parece incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas permita, *de lege data*, que a classe figure no polo passivo da ação. Mas não se pode negar que alguns problemas práticos podem derivar dessa posição, no que concerne ao regime da coisa julgada. GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 850-851.

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

Observa-se que o § 1º do artigo 554 do NCPC prevê que no caso de grande número de pessoas figurarem no polo passivo da ação possessória, as citações serão realizadas através de alguns dos ocupantes que forem encontrados no local e por edital as dos demais. Nesse sentido parece que o NCPC prevê a possibilidade de uma ação que tenha no polo passivo uma coletividade, representada por alguns de seus membros.

Chama a atenção também no § 1º a determinação de se intimar o Ministério Público e a Defensoria Pública, essa última no caso de envolver no litígio pessoas em situação de hipossuficiência econômica. Parece que essa determinação pretende preservar, ou melhor, resguardar o contraditório e a ampla defesa de uma determinada coletividade, atribuindo aos entes públicos citados uma qualidade especial, ou seja, uma espécie de representante. O tema será abordado no item dedicado à Defensoria Pública.

Por sua vez, o § 3º cria para o juiz a obrigação de dar ampla publicidade da existência da ação e dos respectivos prazos legais, inclusive valendo-se de anúncios em jornal, rádio e outros meios que garantam a maior divulgação possível da existência da demanda¹²⁵.

Não podemos afirmar que é a criação de uma ação coletiva passiva, mas fato é que diante das previsões contidas no artigo 554 do NCPC, observa-se que a essa modalidade de ação foi atribuído um caráter coletivo com um grupo no polo passivo da demanda. Há aí inclusive a preocupação com a defesa daqueles que estiverem ausentes ou subrepresentados na demanda e por ela podendo sofrer os efeitos da decisão, na medida em que necessariamente deverão ser intimados o Ministério Público e a Defensoria Pública. Ademais, demonstra ainda o caráter coletivo da ação a necessidade de sua ampla divulgação, estabelecida no § 3º.

¹²⁵ Ver nota 59.

Por essas razões, a expectativa é de que a doutrina, em especial a que se dedica ao estudo da matéria, defenda a criação dessa modalidade de ação, ou que ao menos coloque a proposta em discussão para futuro desenvolvimento da ação coletiva passiva, que ainda hoje, apesar de sua existência no cotidiano forense, é pouco debatida e carece de expressa previsão legal.

4 AS AÇÕES COLETIVAS E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS

Nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, inc. XXXV, é garantido a todos o direito de provocar o Poder Judiciário para prestar a atividade jurisdicional, desde que haja um vínculo entre os sujeitos e a situação afirmada na demanda, que lhes autorize a gerir o processo em que haverá a discussão. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*¹²⁶.

Elencada por Liebman, uma das condições da ação a legitimidade *ad causam*, ou a capacidade para conduzir o processo, está presente quando o sujeito da demanda tem com a questão posta em juízo uma “pertinência subjetiva”¹²⁷.

No tradicional processo individualista atribui-se ao titular do direito substancial o direito de ação¹²⁸. Dessa forma, a regra clássica da legitimação é aquela que consta do artigo 6º do Código de Processo Civil, quando o autor da ação é o próprio titular do direito afirmado na inicial, o que se denomina *legitimação ordinária*, ou seja: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Para Liebman, a legitimação ordinária é:

A pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo.¹²⁹

Já a legitimação extraordinária ocorrerá quando não houver coincidência entre aquele que figura no processo e aquele que é o possuidor do direito¹³⁰. Essa nova realidade, ou seja, as diferenças existentes entre os institutos da tutela individual para a tutela coletiva, em especial para a ação coletiva passiva, é uma grande polêmica no processo civil, justamente por que no âmbito do processo coletivo a maior dificuldade que se impõe não se limita apenas à previsão de instrumentos aptos a permitir uma resposta rápida e eficiente à eventual violação de direitos

¹²⁶ DIDIER JR. Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 228.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 228-229. “Efetivamente, a legitimação *ad causam* caracteriza-se por essa *relação de pertinência* ou por essa *coincidência* na equação em que um dos termos é formado pelo binômio ‘titular da pretensão/pessoa favorecida pela norma = Autor’; e o outro termo é composto pelo binômio ‘titular da resistência/pessoa em situação de sujeição, pela norma = Réu’”. MANCUSO, 2003, p. 174.

¹²⁸ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 190.

¹²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984 *apud* DIDIER JR., 2005, p. 196.

¹³⁰ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: RT, 1996, p. 83.

coletivamente considerados. Nas palavras de Gidi: “compreende, talvez acima de tudo, à questão da titularidade ativa dessa defesa, ou seja, a legitimação para agir”¹³¹.

Uma vez reconhecida, expressa ou tacitamente, no plano do direito material, a efetiva proteção jurídica aos interesses superindividuais, e admitida a possibilidade de fazê-lo valer autoritativamente, via Poder Judiciário, resta ainda solucionar uma questão fundamental: a quem deve o direito reconhecer qualidade para propor ação judicial direcionada a tal tutela?¹³²

Barbosa Moreira tem por base a doutrina de Arruda Alvim, segundo a qual se poderia admitir a substituição processual, mesmo que ausente qualquer autorização legal e independente de alteração legislativa, desde que se consiga identificá-la no ordenamento jurídico. Seria, portanto, depreendida do próprio sistema como forma de proporcionar um amplo acesso à justiça das novas demandas coletivas¹³³.

Kazuo Watanabe propõe uma ampla leitura do artigo 6º do Código de Processo Civil, de modo que se configure uma verdadeira legitimação ordinária. Com base nessa concepção, determinada associação, ao ingressar em juízo, estaria agindo tal como se seus próprios associados estivessem agindo. Se seus objetivos são os mesmos de seus associados, não se configuraria legitimação extraordinária, mas sim a defesa em juízo de seus próprios interesses¹³⁴.

Enumerada por Gidi e por ele também defendida, a tese encabeçada por Nelson Nery Junior pode ser considerada um ramo da legitimação extraordinária. Com fundamento na teoria alemã do “direito de condução do processo”, baseia-se no afastamento entre o direito material e o processual como forma de superação da distinção entre a legitimação extraordinária e a legitimação ordinária, que seria, segundo ele, inaplicável no âmbito coletivo. Em razão da distinção feita pela doutrina na Alemanha entre a legitimidade, que seria questão de mérito, do direito de conduzir o processo, um requisito processual, defende Nery Junior que haja uma legitimação autônoma para a condução do processo¹³⁵.

Nesse caso a condução do processo será realizada por terceiro que sequer tem relação com o direito material em discussão, pois, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso,

¹³¹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

¹³² Ibid., 1995, p. 34.

¹³³ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 190.

¹³⁴ VENTURI, 2007, p. 174-176.

¹³⁵ GIDI, 1995, p. 41.

O critério de que o direito se utiliza para atribuir legitimidade para a propositura de ações coletivas, ao contrário do que acontece com as ações individuais, não está baseado na titularidade do direito material invocado, mas na possibilidade de o autor coletivo se tornar o adequado portador dos interesses da comunidade. Vale dizer, deve-se aferir a sua aptidão, a sua idoneidade social para ser considerado como o representante adequado para a defesa judicial dos direitos considerados superindividuais.¹³⁶

Ademais, cumpre frisar que, apesar do estudo da legitimação ser condição que se impõe a qualquer um que procure trabalhar com ações coletivas, a inquietação de nossos doutrinadores acerca do tema, como salientado por Pedro Lenza, não deve se limitar a sua natureza jurídica. Quaisquer que sejam os títulos outorgados à legitimação, sempre haverá, em sede de tutela coletiva, a defesa em nome próprio de um direito alheio da coletividade¹³⁷.

Em que pese a aferição da existência de adequada representatividade dos interesses postos na lide ser ponto fundamental para assegurar a efetividade do processo, o importante é que nos termos da valiosa lição de Barbosa Moreira “não é tão relevante saber a que título se dá a proteção jurisdicional aos direitos superindividuais, se efetivamente se dá tal proteção”¹³⁸. Em tal circunstância, é claro que o critério para a *legitimatío ad causam* não pode ser o mesmo empregado nos conflitos individuais (*uti singuli*), do tipo “Ticio *versus* Caio”. Em segundo lugar, e corolariamente, as garantias individuais do *due process of law* (especialmente referentes à defesa, contraditório e limites subjetivos do julgamento) não que ser vistas sob a óptica de garantias de índole coletiva, consentâneas com a natureza e finalidade dessas novas exigências sociais. Daí porque nessas ações o conceito da “representação adequada” veio substituir o critério da legitimação fundada na coincidência entre titularidade do Direito subjetivo material e o autor da ação¹³⁹.

Diante do que foi dito, antes de analisar os princípios processuais, devemos investigar se no ordenamento jurídico brasileiro há alguma regra que impede ou permite a existência da *ação coletiva passiva*. É necessário averiguar se no ordenamento jurídico é possível, diante das regras vigentes, que pessoas sejam substituídas no polo passivo de uma demanda judicial pela coletividade.

No direito brasileiro não há norma de determinação legal específica que autorize ou proíba a inclusão da coletividade no polo passiva de uma ação judicial em lugar dos titulares das obrigações correspondentes. Não havendo norma específica, a questão cinge-se à

¹³⁶ Ibid., p. 41-42.

¹³⁷ LENZA. 2003, p. 180.

¹³⁸ GIDI, 1995, p. 39.

¹³⁹ MANCUSO, 2003, 211-212.

interpretação do dispositivo legal que trata genericamente das hipóteses de substituição processual – ou seja, deve-se descobrir o alcance a ser dado ao art. 6º do Código de Processo Civil (CPC), que regulamenta a possibilidade de outros, que não os titulares do direito material, figurarem em juízo para defesa de direitos alheios em nome próprio¹⁴⁰.

Nesse sentido, dispõe do Código de Processo Civil em seu artigo 6º que ninguém poderá *pleitear* em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei. E ainda que o dispositivo legal utilize o vocábulo “pleitear” para autorizar a defesa em nome próprio, o que levaria a crer que somente o demandante pode se fazer substituir, o mencionado artigo 6º do CPC é tido como fundamento de legitimidade não só do polo ativo (ou seja, titular do direito), como também da legitimidade no polo passivo (titular da obrigação). Qualquer dúvida ainda pode ser resolvida com a conjugação do artigo 3º, que dispõe que não apenas para propor, mas também para contestar é necessário ter legitimidade¹⁴¹. Nas palavras de Arruda Alvim, “quando a lei se refere a *pleitear*, quer significar *mover ação, defender alguém, utilizar oposição*”¹⁴².

Analisando o texto do dispositivo normativo em comento, observa-se que a regra geral da legitimidade já contém exceção preestabelecida, ou seja, a legitimidade extraordinária somente é possível quando autorizada por lei, não havendo assim maiores discussões quanto à possibilidade da legitimação extraordinária. No entanto, a questão ganha relevo quando a parte final do artigo 6º do CPC não expõe o significado exato da palavra “lei”, isto é, a dimensão exata da permissividade normativa, que é definida pelo conceito de “lei”¹⁴³. Dessa forma, devemos entender se “lei” corresponde a “texto legal” ou se se refere a “sistema legal”. Adianta-se, desde já, que a doutrina não é pacífica quanto ao sentido do vocábulo.

Adotando o conceito de “lei” como texto normativo, Pedro Dinamarco entende que a possibilidade de sua existência no direito brasileiro depende de expressa disposição de *lei* – embora reconheça a importância da *ação coletiva passiva*¹⁴⁴. Em sentido oposto vem o ilustre doutrinador Barbosa Moreira, para quem o texto do artigo 6º do Código de Processo Civil reproduz quase literalmente o disposto no artigo 81 do *Codice di Procedura Civile* italiano, com uma diferença, a saber: “o ordenamento jurídico brasileiro não exige que as exceções sejam *expressas*, podendo, no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal”¹⁴⁵. No mesmo

¹⁴⁰ MAIA, 2009, p. 68.

¹⁴¹ Art. 3º Para propor ou contestar é necessário ter interesse e legitimidade.

¹⁴² ARRUDA ALVIM, 1995, p. 425.

¹⁴³ MAIA, 2009, p. 69.

¹⁴⁴ DINAMARCO. In: GIDI; MAC-GREGOR, 2003, p. 132.

¹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111.

sentido, Nelson Nery Junior entende e defende que a palavra “lei” deve ser entendida como ordenamento jurídico¹⁴⁶.

Assim, entendendo que o vocábulo “lei” seja “texto legal”, inexistiria previsão expressa, o que afastaria a possibilidade de fundamentar a aplicação da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro. Essa é a posição de Hugo Nigro Mazzilli, ao conferir ao vocábulo “lei” o sentido estrito, e com isso somente admitindo a substituição processual na ação coletiva com fundamento em expressa previsão legal, motivo pelo qual em nosso ordenamento jurídico o autor aceita somente a possibilidade da ação coletiva ativa¹⁴⁷.

Dessa forma, entende o autor que a possibilidade de se admitir a substituição processual no polo passivo necessita de alteração legislativa¹⁴⁸. No entanto, de forma contrária a todos os seus argumentos, o autor entende ser possível a coletividade estar presente no polo passivo de uma demanda coletiva em casos excepcionais, ainda que inexistente expressa previsão legal, e como exemplo cita a ação rescisória ou embargos em ação coletiva¹⁴⁹.

De outro lado, se o significado dado à palavra “lei” for o de sistema legal, surge a possibilidade de justificar a legitimidade extraordinária passiva para a ação coletiva. E nesse sentido são as palavras do professor Arruda Alvim, para quem a substituição do processo é possível, ainda que não prevista *expressamente* no texto legal, bastando que “deflúa do sistema”. Para o autor, o vocábulo “lei” é interpretado como “sistema”, e a justificativa para sua posição tem amparo na redação do projeto de lei revertido no atual Código de Processo Civil. Isso porque o citado projeto, ao repetir o anteprojeto Buzaid, previa originalmente na redação do artigo 6º que a hipótese de legitimação extraordinária somente seria possível com expressa previsão de lei: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando *expressamente* autorizado por lei”. Todavia, através de emenda o Senado suprimiu a palavra “expressamente” do texto do pretense artigo 6º, já que para o legislador o projeto tratava com excessivo rigor o instituto da substituição processual¹⁵⁰.

Nas palavras de Diogo Medina, a precisão do significado de uma regra que contém expressões plurívocas, tal como “lei”, depende da análise das hipóteses fáticas e jurídicas incidentes no momento da aplicação da norma, o que tornaria imprestável qualquer solução

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

¹⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**, 17. ed., São Paulo: Saraiva 2004, p. 314.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 316.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 315-316.

¹⁵⁰ ARRUDA ALVIM, 1995, p. 424-426.

abstrata que pretendesse definir o seu alcance sem a análise do caso concreto¹⁵¹. Porém, independentemente da análise dos fatos, a norma jurídica não pode violar um limite mínimo, o valor essencial do princípio, o núcleo fundamental, sem o qual fica comprometida sua existência¹⁵².

Não há dúvidas de que os princípios podem ser aplicados de forma gradual, incidindo, mais ou menos, de acordo com a hipótese a ser analisada¹⁵³. Porém, não podem ser excluídos do ordenamento jurídico, já que a Constituição consagra a unidade; nas palavras de Canotilho, “o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios”¹⁵⁴. Isso quer dizer que uma norma nunca poderá excluir do ordenamento jurídico o princípio que lhe seja sobreposto.

Dessa forma, segue-se o raciocínio de que uma regra é a expressão valorativa de um ou mais princípios, como no caso da regra inscrita no artigo 6º do Código de Processo Civil, que expressa o princípio da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, limitando as hipóteses de legitimidade extraordinária à necessária autorização por “lei”. Devemos observar que uma eventual interpretação restritiva ao dispositivo analisado, ou seja, entender que a substituição processual depende de *expressa* disposição de “lei”, poderíamos em determinados casos obstruir o acesso ao judiciário, violando o núcleo fundamental de outro princípio, qual seja, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto na Constituição Federal¹⁵⁵.

Como exemplo, podemos imaginar a invasão de uma propriedade rural por centenas de “sem terra” como forma de movimentação social para implementação da reforma agrária; de outro lado, o proprietário do imóvel invadido, que é produtor rural, o que atende a função social da propriedade rural. É evidente, nesse caso, que a individualização dos indivíduos que compõe o grupo seria uma tarefa demasiadamente difícil, para não dizer impossível, para o proprietário do imóvel invadido. Por essa razão, não sendo admitido o grupo como legitimado passivo para figurar no polo passivo da demanda de reintegração de posse, o proprietário estaria

¹⁵¹ MAIA, 2009, p. 72.

¹⁵² *Ibid.*, p. 72.

¹⁵³ ALEXY, 1997, p. 89.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 162.

¹⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

impedido de recuperar a sua posse por via judicial, restando afastado do ordenamento jurídico o princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário.

O hipotético exemplo citado é de comum ocorrência na prática forense, como é o caso na Apelação nº 00249-79.207.8.26.0326¹⁵⁶, da Comarca de Lucélia/SP, na qual o apelante teve a sua demanda extinta sem julgamento de mérito, pelo fundamento da decisão de primeira instância conforme consta do Acórdão, que assim dispôs: “o artigo 282, inciso I, do Código de Processo Civil dispõe sobre a obrigatoriedade de se indicar a qualificação do réu na inicial, sob pena de se reconhecer sua inépcia”. De toda sorte, o apelante teve provido o seu recurso com seguinte fundamento: “No entanto, essa regra admite exceção quando não for possível identificar de plano o sujeito passivo da lide, o que é comum em se tratando de invasões ou de abandono de imóvel. No caso, consta que diversas pessoas estão construindo edificações em local lindeiro ao imóvel rural pertencente ao autor, tendo derrubado a cerca da entrada e invadido a fazenda do autor para lá plantar mudas de mandioca, bananeira e hortaliças, além de construir dentro das terras. Ora, havendo invasão coletiva de terras, a dificuldade de identificação de todos os réus para se proceder à citação é óbvia”¹⁵⁷.

Se não houvesse a reforma da decisão de primeiro grau não seria possível obter do poder judiciário a apreciação de mérito da demanda, se não fosse admitida a figura do grupo como legitimado extraordinário no polo passivo da ação. Vê-se, dessa forma, que interpretando o vocábulo “lei” como “texto legal”, estaria impedido o acesso à jurisdição.

Diante da realidade fática fica evidente a necessidade de se interpretar o vocábulo “lei”, previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil, como “sistema legal”, viabilizando, destarte, a legitimidade passiva extraordinária, para preservar o princípio do acesso à jurisdição, já que o entendimento diverso levaria a exclusão desse princípio do ordenamento jurídico.

Não obstante a possibilidade de ação coletiva acima exposta, outras hipóteses normativas evidenciam a possibilidade de a coletividade ser substituída no polo passivo. Leciona a professora Ada Pellegrini que o § 2º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública assegura a possibilidade dos legitimados para a ação civil pública habilitarem-se como litisconsortes de “qualquer das partes”, isto é, no polo ativo ou passivo da demanda coletiva¹⁵⁸. Da mesma forma afina o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor que, para a defesa dos direitos coletivos, “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, abrindo espaço para a ação coletiva passiva no direito brasileiro.

¹⁵⁶ BRASIL. TJSP. Apelação nº 00249-79.207.8.26.0326.

¹⁵⁷ BRASIL. TJSP. Apelação nº 00249-79.207.8.26.0326.

¹⁵⁸ GRINOVER, 2002, p. 7.

Além dos posicionamentos doutrinários, de um lado reconhecendo a possibilidade e de outro defendendo a impossibilidade da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico ante a ausência de expressa previsão legal, o fato é que os Tribunais vêm reconhecendo a possibilidade do manejo da ação coletiva passiva, ainda que ausente a previsão expressa no ordenamento jurídico, conforme exemplos que foram expostos¹⁵⁹.

Também temos que ter em mente um ponto fundamental na matéria, em especial para quem defende a possibilidade da ação coletiva passiva, que é como equilibrar a representação típica dos processos coletivos com as garantias do devido processo legal. Isso porque nos processos individuais a legitimidade para agir é do titular do direito material e os limites subjetivos da coisa julgada se dão *inter partes*, ou seja, não há vinculação de sujeitos que não participaram do processo. Já no litígio coletivo haverá uma substituição processual, e conforme o caso poderá haver a extensão da coisa julgada aos integrantes do grupo substituído no processo sem que corresponda a uma ofensa ao devido processo legal¹⁶⁰.

Não sendo o postulante o titular do direito afirmado, não se configurará ofensa ao princípio do contraditório, caso tenha sido o processo conduzido por sujeito dotado de legitimidade adequada¹⁶¹. Isso porque nas ações coletivas o devido processo legal tem uma lógica diferenciada, pautada pela outorga de legitimidade por substituição processual a fim de figurarem em juízo em nome dos demais. Dessa forma, considerando a ausência de regulamentação para as ações coletivas passivas, o seu grande balizador para instrumentalização desse tipo de ação é o devido processo legal, o que garante que “não seja dado alcance tal à ação coletiva passiva a ponto de gerar intromissão inadequada, desnecessária ou desproporcional na esfera particular das coletividades”¹⁶².

Para entendermos como funciona essa forma de representação por substituição nos processos coletivos, precisamos superar a forte visão individualista que ainda predomina no processo brasileiro. Para que possamos alcançar esse entendimento, apontaremos a doutrina de Owen FISS, o qual analisando o assunto embasado nas *injuctions* estruturais norte-americanas esclarece que o devido processo legal não reside no *direito* de participação, mas sim no direito à *representação*¹⁶³.

¹⁵⁹ Vide nota 107.

¹⁶⁰ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009. p. 117.

¹⁶¹ Ibid., p. 117.

¹⁶² MAIA, 2009, p. 91.

¹⁶³ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004, p. 249.

Acredito que o que a Constituição garante não é o direito de participação, mas o que chamarei de “direito de representação”: não é “um dia na corte”, mas o direito à representação adequada de interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo. Isso significa que uma estrutural pode ser final se, e somente se, todos os interesses estiverem adequadamente representados no processo. Se um dos interesses envolvido não estiver representado de forma adequada, a decisão permanecerá vulnerável a uma nova impugnação [...].

No mesmo sentido, Jordão Violin acentua a necessidade da utilização de um sistema de representação de interesses também no Brasil. Considera a representatividade adequada como um critério de legitimação, e que tal representação “refere-se aos legitimados pelo direito positivo a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo”¹⁶⁴. O representante seria um verdadeiro porta-voz dos interesses do grupo. Dessa forma, a representação não se refere a determinadas pessoas ou mesmo grupos, mas sim a interesses¹⁶⁵.

Conclui-se, pelas lições de Owen Fiss, que por meio da representação adequada de interesses liberta-se o devido processo legal de um conceito extremista, ou seja, o individualismo cede espaço em prol do coletivo. Pois o importante é que os interesses estejam adequadamente representados no processo, ainda que seja “necessário abandonar o direito de participação e deixar vários indivíduos sem nenhuma outra garantia de que seus direitos serão adequadamente representados”¹⁶⁶.

4.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO COLETIVA PASSIVA

O Ministério Público, como órgão do Estado, apesar de ter capacidade postulatória, não tem personalidade jurídica e por isso não tem legitimação para ocupar o polo passivo de eventuais ações de responsabilidade por danos causados por seus agentes. Nesses casos é o Estado que responderá por eventuais danos. Nesse estudo a pretensão não é analisar danos eventualmente causados pelo Ministério Público a terceiros, mas, sim, identificar a possibilidade de esse órgão atuar em defesa da coletividade que ocupa o polo passivo de uma demanda judicial. Para a análise dessa possibilidade algumas considerações sobre a ação

¹⁶⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, n. 108, out./dez. 2002, p. 61.

¹⁶⁵ VIOLIN, 2008, p. 46.

¹⁶⁶ FISS, 2004, p. 232.

coletiva passiva são obrigatórias. As ações coletivas passivas podem ser independentes ou derivadas, considerando que decorram ou não de uma ação coletiva ativa já proposta. Este breve retrospecto tem especial importância face à possibilidade do Ministério Público figurar como representante dos interesses da coletividade em uma ação coletiva passiva derivada.

Apesar de o Ministério Público estar entre os legitimados do artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor – doravante CDC –, ele não poderia, em tese, ser demandado nas ações em que o polo da relação jurídica original restasse invertido. Porém, esta impossibilidade é relativizada, pois o Ministério Público não é um legitimado passivo originário, mas pode, eventualmente, ser demandado enquanto representante da coletividade. Nesse sentido são oportunas as lições de Hugo Nigro Mazzilli:

Mas nada impede que seja o Ministério Público citado como réu em ação civil, não para responder patrimonialmente enquanto instituição por eventuais danos causados a terceiros, mas sim nos casos em que a lei lhe dê capacidade postulatória para, como parte pública responder ao pedido do autor, como já ocorre nas ações de usucapião, nas ações rescisórias destinadas a desconstituir coisa julgada formada em ação na qual foi autor, nos embargos à execução opostos pelo executado em execução de título extrajudicial movida pela instituição, ou em outros casos em que a lei lhe confira legitimidade extraordinária para, em nome próprio, defender direitos de terceiros.¹⁶⁷

Chama atenção o caso da reconvenção, que se caracteriza por ser um ato de exercício do direito de demandar, constituindo uma técnica de celeridade processual, onde as partes são autores e réus no mesmo processo. A reconvenção em ação coletiva subordina-se aos mesmos moldes que regem a ação coletiva passiva. Ora, não havendo como o Ministério Público possuir legitimidade para figurar no polo passivo de uma demanda originalmente passiva, faltaria um pressuposto essencial para que fosse viável sua posição de “réu” na reconvenção. Constitui, portanto, a reconvenção apenas uma técnica de otimização do processo em prol de um provimento mais rápido e econômico. Em suma, admite-se a reconvenção em ação coletiva ativa na mesma medida em que admite a ação coletiva passiva¹⁶⁸.

O raciocínio acima se aplica igualmente à ação declaratória incidental (artigo 5º do CPC). Exige-se para a causa na qual se discuta a existência ou inexistência de relação jurídica que as partes sejam ativa e passivamente legitimadas tanto quanto se a declaração fosse proposta em caráter autônomo e não incidente. Deve-se, por conseguinte, respeitar os mesmos requisitos

¹⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

¹⁶⁸ MAIA, 2009, p. 123.

gerais dos atos do processo ordinariamente exigidos para a propositura de uma demanda nova¹⁶⁹.

Por outro lado, nas ações rescisórias, cautelares incidentais ou em embargos do executado ou de terceiros, e em execuções coletivas, quando ajuizadas pelo réu da ação coletiva, a figura do órgão ministerial impossibilitado de defender a coletividade no polo passivo é, com efeito, mitigada. Nestas hipóteses, como não se visa à economia processual, mas sim a ampla defesa e o acesso à justiça, podem-se admitir aqui “todas as hipóteses de legitimados que tenham figurado no polo ativo da ação coletiva ativa principal”¹⁷⁰.

Registre-se que até mesmo Hugo Nigro Mazzili, renomado opositor da ação coletiva passiva, curva-se ao aceitar a ação rescisória como uma das poucas exceções para que a coletividade ocupe o polo passivo da demanda:

Embora a regra seja, pois, a de que os co-legitimados à ação civil pública ou coletiva só podem substituir processualmente a coletividade lesada *no pólo 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 pólo 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, estará no pólo passiva da ação de embargos. Um outro exemplo: quem não foi parte no processo coletivo pode sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (penhora, arresto, sequestro etc.); nesse caso, poderá ajuizar embargos de terceiros, e as partes do processo principal (de conhecimentos ou de execução) serão rés na ação de embargos. 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 pólo passivo da ação rescisória, pelo mesmo substituído processual que o acionara na ação anterior, ou pelo Ministério Público, parte *pro populo*, na falta daquele.¹⁷¹

Assim, a atuação do Ministério Público como substituto processual da coletividade no polo passivo da demanda judicial não encontraria impedimento no caso de uma ação coletiva passiva derivada de uma ação coletiva ativa. No entanto, a questão se torna mais sensível

¹⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Aum. e Atual., v. III. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 520-571.

¹⁷⁰ MAIA, 2009, p. 123.

¹⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 358-359.

quando a coletividade ocupa o polo passivo de uma ação coletiva passiva originária. Nesse caso o Ministério Público estaria autorizado a substituir processualmente essa coletividade?

Atualmente seria tarefa difícil defender a possibilidade de atuação do Ministério Público como substituto processual da coletividade que ocupa o polo passivo de uma ação coletiva passiva originária. Pois, a lei em termos de processo coletivo atribui ao Ministério Público e outros entes apenas qualidade de legitimados ativos¹⁷².

Ademais, parece não ser uma tendência atribuir ao Ministério Público a qualidade de representante adequado da coletividade quando ocupar o polo passiva da demanda. Esse pensamento decorre da vedação expressa contida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos¹⁷³. De forma implícita parece ocorrer o mesmo no Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América, que somente atribui legitimidade ativa ao Ministério Público¹⁷⁴.

4.2 LEGITIMAÇÃO DO GRUPO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA

Nesse estudo a pretensão é adequar a ação coletiva passiva ao nosso ordenamento jurídico, e uma questão importante a ser analisada é como uma coletividade pode ser representada por um ente desprovido de personalidade jurídica.

Uma grande resistência para reconhecer a legitimação de tais grupos funda-se no fato de que são desprovidos de personalidade jurídica, ou seja, inexistem juridicamente, não preenchendo os requisitos para a legitimidade *ad causam*. Porém, entendendo dessa forma e não sendo possível levar o grupo a juízo em razão de sua informalidade, restaria a esse grupo a total impunidade, já que seus atos contrários ao direito não poderiam ser levados ao judiciário, o que em determinadas circunstâncias tornaria inócua a ação coletiva passiva. Como exemplo, poderíamos citar que os movimentos sociais que praticassem condutas ilícitas estariam imunes aos efeitos da lei somente pelo fato de não possuírem personalidade jurídica.

¹⁷² LACP - Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: [...]

¹⁷³ Art. 36. 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 19, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 3º) e a tutela se revista de interesse social. Parágrafo único. **O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa** (art. 19, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) **não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade**, ressalvadas as entidades sindicais. (grifo nosso)

¹⁷⁴ Art. 3º Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

Com a finalidade de se viabilizar o grupo como réu em ação coletiva, passaremos à análise dos fundamentos que conferem à coletividade a capacidade de ser parte passiva numa demanda coletiva, já que esse tema representa um dos maiores desafios da ação coletiva passiva.

Quando imaginamos uma lide, logo concluímos a existência de litigantes presentes na ação, o que resulta invariavelmente na presença da personalidade jurídica ou capacidade de ser parte no processo. Resulta, então, o desafio da ação coletiva: a possibilidade de um grupo sem personalidade jurídica poder ser parte em uma demanda coletiva.

O desafio decorre em razão da nossa lei civil, prevendo o artigo 1º do Código Civil que: toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Isso quer dizer que tanto a pessoa física quanto a jurídica detêm direitos e estão sujeitas a obrigações. Ocorre que nos termos da lei civil a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio e na forma da lei (art. 985 do CPC). Sendo assim, o grupo sendo desprovido de personalidade jurídica não existiria, não podendo ser demandado em juízo. No entanto, outros são os fundamentos que possibilitam que o grupo sem personalidade jurídica esteja sujeito a ser demandado em juízo, já que se assim não fosse, esse grupo não estaria sujeito a obrigações e não responderia por atos contrários ao direito.

Fundamentando a possibilidade de demandar o grupo em juízo, ensina Diogo Medina que quando se fala em um litigante com personalidade jurídica, ou capacidade para ser parte, que seja composto por mais de um integrante, duas hipóteses podem ocorrer: a) a pessoa pode estar defendendo direito próprio, ainda que com reflexos imediatos nos direitos de seus componentes, ou; b) defenderá direitos de titularidade exclusiva de seus componentes. Na primeira hipótese estará atuando com legitimidade ordinária em processo individual, e na segunda, com legitimidade extraordinária em processo coletivo. Como exemplo do primeiro caso, pode-se apresentar o de uma ação ajuizada por uma sociedade limitada em face de um devedor, com o escopo de cobrar um débito que pertence exclusivamente ao patrimônio da sociedade. Como exemplo da pessoa jurídica atuando com legitimidade extraordinária em defesa dos direitos exclusivos de seus membros, pode-se citar o de uma associação de consumidores legalmente constituída buscando reparação de um dano coletivo, perpetrado contra os membros da classe que representa.

As duas hipóteses propositalmente citadas aparentam ser perfeitamente distintas e facilmente identificáveis. No entanto, não é simples a definição dos exatos contornos que separam os direitos de titularidade exclusiva dos membros da pessoa jurídica dos direitos da própria pessoa jurídica que refletem nos direitos individuais de seus membros. Em muitas hipóteses a pessoa jurídica pode figurar em juízo com aparente legitimidade ordinária, em

processo individual, quando na verdade está defendendo diretamente os interesses dos seus membros. Tal se dá, em especial, nas associações de pessoas, conforme ressalva Kazuo Watanabe¹⁷⁵.

Diogo Medina esclarece que não é privilégio das associações a confusão entre os interesses da pessoa jurídica e de seus membros. Como exemplo, imaginamos o caso de uma sociedade cooperativa de transporte alternativo (uma cooperativa de *vans*), que figura como ré em ação ajuizada por empresas de transporte público regular, visando a cessação das atividades paralelas de transporte por meios não convencionais, reputados irregulares. A cooperativa é uma sociedade que possui personalidade jurídica¹⁷⁶ e pode figurar, *per se*, no polo ativo ou passivo de qualquer demanda individual. É de se reparar, todavia, que as sociedades cooperativas, consoantes artigo 3º da Lei 5.764/71¹⁷⁷, não possuem objetivo de lucro. São sociedade que visam apenas a projeção de uma atividade econômica comum a todos os seus integrantes, constituída para prestar serviços aos associados. Assim, conforme o exemplo apresentado, uma ação judicial que vise à interrupção da atividade de transporte executado pelos associados da cooperativa, muito embora possa ser ajuizada em face da pessoa jurídica da cooperativa, projetará efeitos *diretos e imediatos* nos direitos individuais dos seus membros.

Se tal exemplo demonstra, por um lado, que nem sempre a personalidade jurídica garante que há separação absoluta entre os interesses da sociedade ou associação e de seus membros no processo, por outro, também demonstra que nem sempre que uma pessoa jurídica estiver defendendo direitos e interesses diretos de seus membros o processo será recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro como coletivo. Há, desta sorte, um artifício – a personalidade jurídica – que visa facilitar a inclusão do grupo no processo, mas não garante, necessariamente, a sua tramitação como coletivo, ainda que seja esta sua natureza¹⁷⁸.

Há, portanto, hipóteses em que a pessoa jurídica atuará em defesa de seus próprios e exclusivos interesses. É certo, porém, que há outros casos em que a pessoa jurídica assomará no processo defendendo direitos e interesses materiais de outros, que são os seus titulares

¹⁷⁵ Ingressando a associação em juízo, é como se os próprios associados estivessem a agir. Para se forrar ao penoso trabalho da representação individual de cada um deles, o que é, não raro, impraticável, é que a associação age no lugar deles. Os interesses e objetivos dos associados são os mesmos da associação e a presença desta em juízo, tal como ocorre nos casos em que o sistema jurídico se vale da técnica da veiculação dos direitos e interesses por meio de entes não-personificados, equivale a presença de todos os seus membros, e até outros co-titulares dos direitos e interesses indivisíveis. WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos**. In: MAIA, 2009, p. 128.

¹⁷⁶ Art. 1093 do Código Civil.

¹⁷⁷ Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

¹⁷⁸ MAIA, 2009, p. 128.

efetivos: pessoas que podem ser afetadas diretamente pelo provimento jurisdicional, sem que do processo participem. Muitas vezes esses direitos são classificados como de titularidade da pessoa jurídica, com reflexos em seus membros, quando, na verdade, são direitos de titularidade de seus membros, com efeitos reflexos na pessoa jurídica¹⁷⁹.

Resgatando o exemplo da cooperativa de *vans*, podemos dizer que se houver paralisação dos serviços prestados, os prejudicados diretos e imediatos serão os proprietários dos citados veículos, isto é, os associados da cooperativa. Caso não houvesse a personificação jurídica da cooperativa, indaga-se: o judiciário ficaria impedido de apreciar a questão (a lesão coletiva aos direitos dos concessionários regulares de transporte público)? Em vista dos ensinamentos de Mancuso:

Se uma tal revolução está se registrando no que tange às pessoas jurídicas propriamente ditas, a *fortiori* se haverá de admitir que, em se tratando de grupos portadores de direitos difusos – portanto insuscetíveis de afetação ou apropriação exclusiva – a exigência da *personalidade jurídica* perde relevância.¹⁸⁰

A partir daí, considerando a relativização da autonomia do conceito de personalidade jurídica, será que a pura inexistência de personificação impediria a postulação em face do grupo organizado? O Código de Processo Civil apresenta a alternativa para a ausência de personificação, que é a *capacitação processual*, prevista no artigo 12, bem como disposição semelhante também é encontrado no Código de Defesa do Consumidor, especificamente no artigo 82, inciso III, que possibilita que entes desprovidos de personalidade jurídica figurem no processo como partes juridicamente capazes.

Dois grupos fundamentais se distinguem nestas hipóteses de entes sem personalidade jurídica, a saber: os *grupos ou uniões sem personalidade*, que consistem na reunião de vários indivíduos para um fim comum, sem dotação de personalidade própria; e as *massas de bens*, que também não possuem uma titularidade personificada, mas estão sujeitos a um regime jurídico comum¹⁸¹. Um exemplo clássico de ente desprovido de personalidade jurídica, porém com capacidade para ser parte no processo, é o caso previsto no art. 12, IX, do Código de Processo Civil, o *condomínio*, que não possui personalidade jurídica, mas pode figurar no

¹⁷⁹ Ibid., p. 128.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimidade para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 225.

¹⁸¹ GUAPES, Jaime. **Derecho procesal civil**. 3. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 175. Apud MAIA, 2009, p. 130.

processo, representado pelo administrador ou síndico. Esta previsão é reproduzida no Código Civil de 2002, no art. 1348, inciso II.

Nos ensinamentos de Kazuo Watanabe, a previsão da capacitação processual de entidades sem personalidade jurídica configura uma *técnica de facilitação do acesso ao judiciário*, em que se concede:

A um ente não personificado, que será representado por pessoa indicada por lei, a faculdade de ser parte no processo, ao invés da figuração de todos os membros da comunidade, o que seria, por vez, pelo número de interessados, extremamente penoso e até mesmo impraticável.¹⁸²

Nesse item, a pretensão é demonstrar a possibilidade de se conferir capacidade de ser parte ao grupo ainda que sem personalidade jurídica. Pois essa é a maneira de justificar e viabilizar a figura do grupo organizado como réu em ações coletivas. Para isso, e considerando a inexistência de previsão expressa da *reunião de fato de pessoas*, no Código de Processo Civil, utilizaremos, por analogia, a hipótese existente na lei processual civil: *a sociedade de fato* (art. 12, VII) ou *sociedade em comum* (art. 986 do Código Civil), que serve para justificar a capacitação da chamada *associação de fato*¹⁸³. Por analogia porque o grupo organizado para lesionar coletivamente direitos enquadra-se não como sociedade, mas como associação, na medida em que não possui finalidade econômica. Já a sociedade de fato tem por finalidade um escopo negocial, ou seja, possui uma finalidade econômica.

A sociedade de fato, sendo uma reunião entre pessoas com fins econômicos, é especialmente estudada no direito comercial. Essa sociedade ocorre quando existe de fato, porém, faltando seu instrumento escrito ou a sua inscrição a sociedade será considerada irregular ou de fato¹⁸⁴. Seguindo o raciocínio, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que a irregularidade se caracteriza pela “exploração de negócios sem o prévio registro exigido na forma da lei”¹⁸⁵. No entanto, em que pesem todas as semelhanças com a sociedade de fato, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a figura da *associação de fato*, nem lhe dá capacidade processual *expressa* para figurar no processo. No entanto, deve-se ponderar que a previsão existente para a sociedade de fato não exclui, expressamente, a possibilidade de uma *associação de fato* poder ser parte no processo.

¹⁸² WATANABE, 1984, p. 93.

¹⁸³ MAIA, 2009, p. 131.

¹⁸⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 65.

¹⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125.

Essa ideia decorre do fato de que a diferença básica entre uma *sociedade de fato* e uma *associação de fato* reside justamente na sua finalidade, uma com intuito comercial/negocial e outra não. Podemos, então, concluir que, retirado o caráter comercial, a *sociedade de fato* e a *associação de fato* são semelhantes. Não é por outra razão que Rubens Requião, ao conceituar sociedade e associação, destaca o fim econômico como item essencial de caracterização dos dois modelos associativos: “pensamos que do texto da lei podemos estabelecer uma exata nomenclatura, destinando o uso da palavra *associação* para as entidades *de fins não-comerciais*”¹⁸⁶. O jurista completa que: “nesta ordem de pensamento destinaríamos a palavra sociedade para designar a entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos”¹⁸⁷.

Dessa forma, é razoável concluir que pela similaridade existente entre a *sociedade de fato* e a *associação de fato* seria permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro a inclusão da associação de fato na mesma regra prevista para a sociedade de fato, deixando um caminho livre para que os entes associativos desprovidos de personalidade jurídica ocupassem o polo passivo de uma ação judicial, desde que se constituíssem com organização suficiente para causar ameaça a direito de outrem.

Diogo Campos Medina Maia apresenta uma ideia muito interessante ao utilizar uma teoria inversa à da *desconsideração da personalidade jurídica*, ou seja, passa-se a engendrar esforços de *constituição de capacidade processual*. Enquanto que na *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* busca-se avaliar se a utilização da personalidade foi apenas instrumento para defender pessoas que buscavam um escudo protetor contra a sua responsabilização, na *teoria da capacitação processual* busca-se verificar se a inexistência de personalidade constituída foi utilizada com objetivo de escudar a individualidade e garantir o anonimato dos membros do grupo¹⁸⁸.

Quanto ao fundamento da capacitação da *associação de fato* para ser parte, no entanto, não se pode dizer que sua caracterização decorre apenas da constatação de que a organização não formal foi utilizada como escudo dos membros do grupo. Deve-se adentrar à essência da organização, para se aferir a real existência de uma associação não formalizada.

Para demonstrar a necessidade da capacitação processual do grupo organizado para figurar no processo, um exemplo apresentado por Diogo Maia esclarece a situação da seguinte forma:

¹⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 20. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 328.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 328.

¹⁸⁸ MAIA, 2009, p. 132.

[...] devem receber o mesmo tratamento que receberiam se houvesse personalidade jurídica regularmente constituída. Imaginemos uma hipótese fática, com três configurações jurídicas. A hipótese é a seguinte: proprietários de vários terrenos contíguos (100 pessoas) resolvem invadir os terrenos vizinhos de fundos para construir uma via que permita acesso às suas propriedades por aquela face. Os vizinhos que tiveram suas posses esbulhadas ajuízam ação com o escopo de serem reintegrados na posse do imóvel.

As hipóteses jurídicas seriam: a) os invasores são proprietários dos terrenos em condomínio; b) os invasores formam uma associação de moradores da rua X, regularmente constituída e formalizada; c) os invasores encontram-se na mesma situação de fato apenas por terem comprado terrenos contíguos, e reuniram-se pela comum pretensão de se valerem de sua maior força para invadir o terreno vizinho e construir uma via de acesso aos fundos de suas propriedades.

Tratando-se da hipótese *a*, os proprietários dos terrenos responderiam ao processo pela simples inclusão do condomínio no polo passivo, sem necessidade de discriminação de todos os 100 condôminos. Neste caso, é de alvitre ressaltar que quem vai arcar diretamente com os resultados da demanda não é a figura abstrata do condomínio, mas, sim, os condôminos, individualmente.

Em se tratando das hipóteses *b* e *c*, indaga-se: será que a resposta deveria ser diferente? Seria necessário o arrolamento de 100 réus para a obtenção da reintegração de posse só por não haver a figura do condomínio? No nosso entender, as hipóteses poderiam ser resolvidas de maneira bem similar. No caso de haver uma associação formal de moradores, que se reuniu de decidiu invadir o terreno vizinho, a própria associação pode responder com ré no processo, representada pelo seu presidente. No caso de não haver formalização da associação, a análise dos elementos caracterizadores da reunião de pessoas com o escopo comum de lesionar direitos de outrem pode levar à caracterização da associação de fato e resultar na inclusão desta associação virtual no polo passivo da ação judicial, representada processualmente pelos líderes do movimento (que equivalem aos administradores da sociedade de fato) que resultou na invasão dos terrenos vizinhos. Para estas duas hipóteses, quem também vai responder diretamente pelos resultados do processo são os proprietários invasores, individualmente.¹⁸⁹

Não poderíamos aqui deixar de mencionar as ações envolvendo o Movimento dos trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), agrupamento humano com finalidade determinada, porém, sem personalidade jurídica, ou seja, uma associação de fato. Em várias de suas ações invadiam áreas rurais à força, esbulhando a posse de seus respectivos proprietários, sendo certo que uma das maiores dificuldades no ajuizamento da demanda era o fato de que por haver multiplicidade de demandados por vezes torna-se impossível a citação de todos para que viessem a júízo. E aí talvez resida um dos maiores exemplos da ação coletiva passiva no Brasil, na medida em que o Movimento dos trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) sempre alegava a

¹⁸⁹ MAIA, 2009, p. 133.

sua ilegitimidade, já que não possuía personalidade jurídica. No entanto, é vasta a coleção de decisões que reconheciam o Movimento dos trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) como parte legítima para defesa de seus integrantes. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. PERSONALIDADE JUDICIÁRIA. COMUNIDADE DE FATO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. O direito a tutela jurídica do estado compete a todos, pessoas naturais e jurídicas, nacionais e estrangeiros, cidadãos ou não, e inclusive a entes sem personalidade jurídica, a exemplo da comunidade de fato designada de “Movimento dos trabalhadores Rurais Sem Terra-MST”, que ostenta, portanto, personalidade judiciária. No entanto, só lhe compete, nos termos do art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 2.250/97, indicar imóveis para fins de reforma agrária, não lhe reconhecendo a ordem jurídica direito a pleitear vistoria judicial de imóveis para tal efeito. 2. Agravo de instrumento provido.¹⁹⁰

Também serve de exemplo uma decisão em que se reconhece o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) como parte legítima para figurar no polo passivo da demanda para defesa de seus integrantes:

ILEGITIMIDADE ATIVA inoocorrência – não consta seja firme a referida decisão a aquo ou tenha ocorrido desconstituição do encargo. Afasto a preliminar. LEGITIMIDADE PASSIVA MTST E MSTTS – Possessória – Admissibilidade: Tratam-se de sociedades despersonalizadas, porém, com capacidade ativa e passiva nas relações jurídico-processuais. Inadmissível valer-se da constituição irregular para se eximir de eventuais responsabilidades. Inviável a qualificação de todos os integrantes em razão da própria natureza da ameaça aos direitos de posse da propriedade, são representadas em juízo por aquele que as administre de fato. PROSEGUIMENTO Afastada a extinção do processo, possível o exame de mérito, uma vez de direito a questão e documentalmente evidenciados os fatos [...] ¹⁹¹

Vê-se que no caso do movimento foi atribuída a legitimidade passiva para ocupar o polo passivo da ação, mesmo sendo desprovido de personalidade jurídica. O exemplo do MST é bastante esclarecedor por que nele são facilmente identificáveis os seus líderes, por declarações sempre prestadas à imprensa, o que facilita muito aferir a existência de representatividade adequada para representação de todo o grupo invasor.

¹⁹⁰ Agravo de instrumento nº 70.000.186.833, 4. Câmara civil, relator Desembargador Araken de Assis, julgado em 29.12.1999.

¹⁹¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6. Câmara de Direito Público). Apelação nº 0004435-92.2007.8.26.0506. Apelante: Prefeitura Municipal de Taboão da Serra. Apelados: Guilherme Castro Boulos e Paulo de Souza Felix. Relator: Desembargador Evaristo dos Santos. São Paulo, 3 de outubro de 2011.

Óbice que se pode levantar contra a configuração da *associação de fato*, ou contra a inserção de qualquer grupo no polo passivo de demanda judicial sem a participação efetiva de todos os seus componentes, é que a substituição processual passiva impede a defesa singular de cada um de seus membros. Porém, é da natureza do processo coletivo mitigar a participação processual dos titulares dos direitos em discussão, restando a esses garantidos o direito de participação através de seus representantes, ou seja, o legitimado extraordinário.

Outra questão que ainda deve ser argumentada é a posição do indivíduo em face do resultado do processo, uma vez que não participou dele e não teve seu grau de responsabilidade individualizado. Porém, essa hipótese será abordada quando for analisada a coisa julgada.

Passamos então a uma análise mais profunda, com outro desafio, de identificar quando uma associação de pessoas pode ser considerada uma *associação de fato*.

Para que uma *associação de fato* seja caracterizada como tal, deve haver uma organização coletiva, uma união de pessoas com certa organização, ou seja, não se pode admitir um grupo disperso como uma associação. Assim, uma das formas de reconhecer a existência de uma associação é o seu aspecto organizacional. Outro aspecto decorre do fato de que uma associação, além de organizada, deve ser constituída em razão do grupo de pessoas possuírem objetivos em comum, homogêneos, ou seja, aquelas pessoas reunidas perseguem um mesmo *fim*.

Podemos então concluir que a situação que legitima e justifica a inclusão dos grupos organizados, independentemente de estarem formalmente criados no polo passivo da ação coletiva, é a capacidade processual das *associações de fato*, que consistem na organização de grupos para a realização de um mesmo fim, qualificado pelo interesse coletivo. Por essa razão, sendo reconhecida a legitimidade da associação de fato para figurar como ré em substituição de seus membros no processo coletivo, resta evidente e lógico que as associações legalmente constituídas também possuem legitimidade para figurar na ação coletiva passiva.

4.3 A DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Ao tratarmos das questões pertinentes à representação nas ações coletivas passivas, optamos por finalizar com o papel da defensoria pública, visto que será analisado em conjunto com um caso concreto que foi muito difundido na imprensa. O caso foi objeto de profunda

reflexão em parecer elaborado pelo doutor Camilo Zufelato¹⁹². O fenômeno, denominado “rolezinho”, como amplamente difundido pela imprensa, consiste na reunião de um grande número de jovens, na maioria menores de idade, que se organizavam por meio das redes sociais para encontros em *shopping centers*, sendo que as reuniões eram marcadas por uma série de ilicitudes e vandalismo. Com a difusão desse fenômeno vários estabelecimentos passaram a mover demandas para inibir sua realização, que do ponto de vista dos comerciantes era nociva às suas atividades, pois lhes causava transtornos e prejuízos financeiros.

Algumas decisões judiciais deferiram liminares para impedir a realização das reuniões de pessoas para praticar o denominado “rolezinho”, tal como ocorreu na comarca de Franca/SP – oportunidade em que houve pedido da defensoria pública para ingressar no feito, o que foi negado. Sobre o tema foi elaborada consulta que resultou no parecer elaborado pelo doutor Camilo Zufelato.

Em análise realizada, o primeiro ponto a ser debatido no parecer jurídico foi a correta “*categorização da demanda*”, ou seja, qual a modalidade de ação está sendo movida para buscar a pretensão almejada. Na ação movida em Franca/SP seguiu-se a ideia da tradicional demanda possessória, sem qualquer menção a um conflito de interesses entre grupos sociais, não houve identificação de sujeitos pertencentes ao grupo.

Não se afirma no parecer que o “rolezinho” seja um movimento social, mas apenas se conjectura essa possibilidade, visto que o tema parece ser muito mais complexo do que uma simples turbação da posse face à similitude do evento por todo o país, demonstrando ao menos a necessidade de maior reflexão. Esse evento pode demonstrar um problema social decorrente da ausência de políticas públicas voltadas ao acesso à cultura, lazer e diversão da população de baixa renda, como muito bem observado no parecer.

Parece-nos então que a melhor solução seria tratar essa modalidade de demanda como uma legítima ação coletiva passiva, na qual aquela coletividade que participa do “rolezinho” ocuparia o polo passivo da demanda. Como consequência haveria a necessidade de se observar condições de procedibilidade, em especial a existência de representante adequado para a defesa daquela coletividade. Ocorre que, conforme já foi exposto, não há legislação expressa regulamentando a ação coletiva passiva – razão pela qual, com base nos ensinamentos doutrinários, é possível que a coletividade, ainda que não formalmente organizada, tenha legitimidade para estar em juízo, desde que através de um representante adequado. Não

¹⁹² Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/parecer%20camilo%20zufelato.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2015.

significa que esse representante adequado seja necessariamente um legitimado passivo, mas basta que tenha condições efetivas de atuar no processo com as melhores condições possíveis na defesa do grupo ou da coletividade¹⁹³.

No processo coletivo brasileiro a autorização para que entes públicos (que não são diretamente a própria coletividade) exerçam papel fundamental na construção do Estado Democrático de Direito decorre da lei, o que pode ser observado na legitimidade ativa atribuída ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Assim, considerando a importância dos mencionados entes é possível conceber a eles a representatividade adequada para defesa em juízo dos grupos sociais em ações coletivas passivas, já que representa medida salutar ao desenvolvimento do Estado Democrático¹⁹⁴.

Observa-se que no exemplo do “rolezinho” identificamos uma ação duplamente coletiva, na qual há uma coletividade tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da relação processual. Porém, com uma diferença marcante, que consiste no fato de que no presente caso o polo ativo possui uma coletividade que, em regra, é mais informada e com melhores condições de postular os seus respectivos direitos em juízo. Já no polo passivo está uma coletividade que podemos até denominar como carente, visto que é formada por jovens de baixa renda, o que implica dizer que possui menores condições (ou até mesmo nenhuma condição) de exercer o direito de defesa em juízo.

Nas palavras do professor Zufelato:

Oportuno observar que nas causas coletivas em que há grupos sociais em ambos os polos processuais, essa referida alta conflituosidade do litígio demanda um contraditório pautado na contraposição de valores e princípios, quase sempre ligados a questões constitucionais, de modo que a função do interveniente no polo passivo da demanda é trazer subsídios dessa mesma natureza para que a decisão seja justa e efetiva, a mais fiel possível aos anseios democráticos do constituinte.¹⁹⁵

Com isso, parece que o ilustre professor sugere a admissão de entes representativos da coletividade – em especial a Defensoria Pública – para as demandas coletivas, buscando uma maior e inovadora realização do contraditório e da ampla defesa, para permitir que tais entes promovam de forma eficaz a defesa das coletividades desorganizadas, que são mais vulneráveis. Essa nova modalidade de proteção das coletividades vulneráveis foi pelo professor denominada

¹⁹³ ZUFELATO, 2010, p. 33-34.

¹⁹⁴ ZUFELATO, 2010, p. 34.

¹⁹⁵ Ibid., p. 36.

de intervenção *ad coadjuvandum*, pois tem o inequívoco escopo de auxiliar um grupo ou coletividade, sem que tecnicamente essa intervenção se caracterize como sendo uma das tradicionais formas de intervenção de terceiros – visto que a assistência é típica figura de demanda de índole individual e o *amicus curiae* está mais voltado ao auxílio do julgador, e não da parte¹⁹⁶.

Dessa forma, podemos observar que no processo coletivo em que o polo passivo é formado pela coletividade, ou seja, na típica ação coletiva passiva, a intervenção de entes públicos se justifica face aos pilares do Estado Democrático de Direito, em especial o contraditório e a ampla defesa. Parece ainda mais oportuna a intervenção da Defensoria Pública quando o polo passivo da demanda coletiva for formado por uma coletividade que se mostra carente, sem condições, por si, de forma efetiva exercer o direito de contraditório e da ampla defesa. Essa nova forma de intervenção *ad coadjuvandum* parece pertinente, apesar de inexistir expressa previsão legislativa. No entanto, essa modalidade parece encontrar eco no Novo Código de Processo Civil, ao tratar das ações possessórias no § 1º do artigo 554, que prevê a obrigatoriedade da intimação do Ministério Público, e da Defensoria Pública, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência¹⁹⁷.

A nova modalidade de intervenção proposta pelo professor Camilo Zufelato, a qual chamou de *ad coadjuvandum*, sem dúvida, além de prestigiar as garantias constitucionais, encontra eco na nova legislação, visto que a previsão contida no § 1º do artigo 554, do Novo Código de Processo Civil, busca uma maior garantia de efetivar a defesa da coletividade, em especial a que for mais vulnerável.

¹⁹⁶ Ibid., p. 50-51.

¹⁹⁷ Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquelas cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

5 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Após apresentação dos aspectos teóricos e práticos que envolvem a ação coletiva passiva, especialmente quanto a sua existência, mesmo ante a ausência de expressa previsão legal, passaremos a priorizar o estudo da representatividade adequada nos processos coletivos, com enfoque na ação coletiva passiva, já que é este o ponto fundamental do trabalho. Com isso, passaremos a realizar um estudo para apresentar elementos de sua definição e suas características mais relevantes, para que a *representatividade adequada* possa ser entendida e, a partir daí, situada no plano processual. O estudo da representatividade adequada apresenta-se relevante na medida em que esse instituto retrata legítimo princípio dos processos coletivos, em face da legitimidade para representação de interesses e efeito da coisa julgada – instituto dos mais importantes do processo coletivo para distingui-lo do processo tradicional.

A princípio, o processo é um “roteiro” previsto em lei para tutelar o direito material. No entanto, outra vertente vem se apresentando: a de se apresentar o processo como instrumento capaz de proteção desses direitos e até mesmo para seu aperfeiçoamento¹⁹⁸. No processo coletivo essa vertente ocorre com maior intensidade na medida em que se apresenta como efetivo instrumento de acesso à justiça e de economia processual, possibilitando a resolução de inúmeros problemas de modo conjunto. A representatividade adequada é um de seus institutos mais importantes para que esses objetivos sejam alcançados com efetiva segurança jurídica àqueles que não participam do processo. A definição da representatividade adequada não se confunde com a clássica representação do direito processual, já que o representante adequado não é um representante em sentido técnico-jurídico, mas sim um porta-voz do grupo ou da classe de indivíduos que tem um direito violado e carece da atuação de alguém para vê-lo reparado.

Buscando uma definição para o instituto, bem como a demonstração de sua importância, passaremos à análise de seu conceito. No estudo para a definição do conceito da representatividade adequada observamos a diversidade de opiniões, em que cada qual atribui uma natureza jurídica diversa para a representatividade adequada. De início, cabe esclarecer que o seu conceito não se prende a um pressuposto processual ou a uma condição da ação, pois

¹⁹⁸ BRASIL. CPC. Artigo 46, parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994)

essas definições referem-se à verificação da legitimidade endoprocessual e o representante adequado já ostenta essa condição antes mesmo da existência do processo, ou seja, o conceito é material¹⁹⁹, inerente à própria figura do representante. Porém, não há dúvidas de que esse instituto ao ser analisado dentro do processo constitua uma das condições da ação²⁰⁰, já que ele integra o conceito de legitimidade; no entanto, o que se busca no momento é a definição para o instituto fora do processo. Dessa forma, não pode o instituto da representação adequada ser considerado como simples critério ou aspecto da pessoa, pois também vai além; deve sim ser analisado em face da relação jurídica material e não apenas intrinsecamente em relação à pessoa que como tal se apresenta²⁰¹. A ideia do conceito exposto parece se alinhar ao contido no Código Modelo de Processo Coletivos para Ibero-América, especificamente no artigo 2º, § 2:

Art 2º. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:
Parágrafo 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 – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Parece então que a definição mais correta é aquela que conceitua a representatividade adequada como uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou grupo na defesa de interesses coletivos, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente dos interesses, seja em qualquer âmbito, quer dizer até mesmo fora do processo.

Assim, pelo que foi dito, a representatividade adequada também demonstra a importância do seu estudo fora do âmbito processual. Como se viu, uma pessoa é representante adequado de um grupo ou uma classe até mesmo antes da existência de uma demanda judicial, decorrendo de uma relação jurídica de direito material. Assim, as associações de classe, institutos de defesa e sindicatos são representantes adequados de grupo ou classe, independente da existência de um processo judicial. Desta forma, a importância do estudo processual da

¹⁹⁹ HELLMMEISTER CLITO FONACIARI, Flavia. Arquivo pessoal, p. 49.

²⁰⁰ Para Cássio Scarpinella, a representatividade adequada é questão prejudicial para o processamento de uma demanda, é condição de prejudicialidade. SCAPINELLA BUENO, Cassio. *As class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para reflexão conjunta. **Revista de Processo**, ano 21, n. 82, abr.-jun./1996, p. 102.

²⁰¹ FONACIARI, Flavia Hellmeister Clito. Op. cit., p. 51.

representatividade adequada é garantir que esses representantes sejam porta-vozes dos cidadãos, grupos e classes de um direito objeto de demanda judicial. Entretanto, o conceito de representante adequado não deve ser ligado somente a processo judicial.

Nas lições de Owen Fiss (2004), os grupos e, conseqüentemente, seus representantes existem independentemente da existência de uma demanda judicial, não são mera construções legais. Esclarece que “grupo existe, tem uma identidade, pode ser prejudicado, mesmo que todos os indivíduos não estejam sendo e cada membro individualmente considerado não esteja ameaçado pela organização”. Dessa forma, existindo o grupo, existirá também o seu representante adequado, independentemente da judicialização do conflito. O citado autor anota ainda que o representante não precisa ser membro do grupo, pois isso apresenta um sofrimento maior na defesa dos interesses, já que muitas vezes um terceiro pode ter uma visão mais completa e imune de emoções por não estar envolvido no interesse²⁰².

No entanto, quando levado o direito ao judiciário será o representante adequado no plano processual e, em razão dessa qualidade, o autor ou réu do processo coletivo. Porém, ele não age em seu nome, mas em nome dos indivíduos titulares do direito que se pretende que seja tutelado, atuando, como se disse anteriormente, como um porta-voz do grupo ou classe. A representatividade adequada é então uma qualidade do representante, independente da existência de uma demanda, sendo certo, porém, que havendo um processo judicial coletivo o autor ou réu deverá ser dotado de representatividade adequada para ser legitimado a atuar no processo.

Para aferir a representatividade adequada devem-se observar os requisitos de adequação, que podem ser de duas naturezas: objetiva ou subjetiva. A primeira ocorre quando a própria lei os descrever, anotando quais são as características que deve ter o representante. No sistema brasileiro atualmente em vigor entende-se existir a previsão da representatividade adequada para a legitimação ativa do grupo, ainda que não expressa em lei nesse sentido. A doutrina extrai esse instituto da especificação pela lei brasileira de que as sociedades e associações, para figurarem como autoras da ação coletiva, devem ter tempo mínimo de constituição e em seus estatutos sociais deve constar, como finalidade, a proteção dos direitos envolvidos²⁰³. Ou seja, nesse contexto específico deve o magistrado proceder à análise de

²⁰² FISS, 2004, p. 51-52.

²⁰³ Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

acordo com os estritos termos da lei, se existe pertinência do tema entre o que consta do estatuto social das associações e o que ela pretende tutelar em juízo, configurando exigência *ope legis* da adequada representação, pois a própria lei já estabelece critérios suficientes para a adequada representação seja afirmada.

No entanto, é necessário observar que a análise restrita de exigências legais não evitará a ocorrência de fraudes, até porque o que se insere no estatuto social de uma sociedade ou associação é obra de seus próprios associados e não tem qualquer fiscalização dos órgãos públicos²⁰⁴. Dessa forma, esse meio de aferição da representatividade adequada é vago e não permite a efetiva fiscalização do instituto, pois não se pode esperar que determinados requisitos formais garantam a defesa efetiva dos direitos da coletividade, pelo que há a necessidade de controle das atividades e da conduta do representante²⁰⁵.

Porém, é nos critérios subjetivos de aferição da representatividade adequada que assenta a maior preocupação da doutrina: credibilidade, capacidade, prestígio, experiência, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos interesses do grupo, conduta em outros processos, coincidência entre interesses, tempo da instituição da associação e representatividade do indivíduo frente ao grupo²⁰⁶. Mencionadas circunstâncias deveriam ser analisadas no caso concreto pelo magistrado, ou seja, mediante persecução quanto a vida daquela pessoa ou daquela associação, não só individualmente, mas também em face da situação jurídica de direito material trazida ao judiciário. Ou seja, não basta que o representante seja sério e honesto, mas deve, efetivamente, ter aptidão para defesa dos interesses do grupo.

Com essas considerações observa-se que o critério objetivo, de forma isolada, pode não alcançar o resultado almejado, pois ele não analisará de fato a relação jurídica material, mas apenas observará o preenchimento formal de uma exigência prevista em lei. Cappelletti anota que a Itália e França tentaram, nos anos 70, legislar sobre o que seria a representatividade adequada, mas com a ressalva de ser imprescindível a análise judicial baseada em critérios

²⁰⁴ Anote-se que evitar a fraude não é o objetivo principal do instituto da representatividade adequada, como aduz Gidi, ao tratar do *collusive suit*. Segundo o autor, se houver fraude, não haverá jurisdição e sequer lide (GIDI, 2007, p. 107-108). O objetivo principal é, diferentemente, o de garantir a maior efetividade possível na proteção dos interesses transindividuais, porque uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, e a fraude é apenas uma das formas pelas quais o prejuízo aos direitos do grupo pode ocorrer.

²⁰⁵ VIOLIN, 2008, p. 72-73. Conforme o autor, fica evidente “que legitimação ativa não se confunde com representação adequada. A previsão do legislador de um rol de legitimados não implica a presunção de que tais entidades sejam representantes adequados. Tal aferição deve ser feita no curso do processo, tomando-se em conta as peculiaridades do caso concreto”.

²⁰⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e aspectos sensíveis”, In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. (Coord.). **Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007, p. 26.

variados como seriedade, honestidade, análise do passado do indivíduo, dentre outros²⁰⁷. No mesmo sentido, Barbosa Moreira, no Brasil, já defendia, em 1984, que a lei deveria estabelecer, em termos expressos, como se daria o poder de iniciativa para a ação coletiva, mas apontava que tal deveria ocorrer “em termos flexíveis, reservado ao juiz margem razoável de liberdade do exame de cada espécie”²⁰⁸. Ou seja, a análise judicial da representatividade adequada.

Nestes termos, a representatividade adequada é um instituto fundamental, por meio do qual é certificada a seriedade e a aptidão daquele que atua em juízo para pleitear a defesa dos interesses de um grupo, já que a representatividade adequada expressa a conjunção entre a relevância de um interesse dentro do ordenamento jurídico e a postura daquele que será o portavoza dentro do processo judicial²⁰⁹. Evidencia-se, assim, no critério subjetivo a sua importância, na medida em que a lei por si só não consegue prever todos os critérios necessários, conforme o caso e a evolução da sociedade, para a aferição do adequado representante, garantindo esse subjetivismo, a qualidade, a seriedade e a idoneidade do legitimado; desse modo, haverá segurança de que o direito está sendo corretamente defendido em juízo. Sendo assim, não se vislumbra justificativa razoável para que qualquer legislação que verse sobre direitos coletivos não coloque a representatividade adequada dentre os princípios dos processos voltados a sua defesa, porque ele é intrínseco ao próprio conceito das ações coletivas.

5.1 NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

Após a conceituação e precisa identificação do que é o instituto da representatividade adequada é necessário analisar como é o seu tratamento, em termos processuais, nos ordenamentos de *common law*; utilizaremos, para o estudo, o sistema norte-americano. No sistema norte-americano o instituto há muito tempo tem relevância e aplicação, desde a edição dos primeiros dispositivos legais relacionados aos processos coletivos, pois sempre esteve presente a ideia de que esse tipo de ação era representativa e, assim, a adequação desse representante era uma de suas mais importantes características. Nesse sistema, a adequação do representante, ou seja, do autor da ação coletiva, é requisito para a certificação da ação (requisito (a)(4)), de maneira que nenhum processo pode ter curso sem a afirmação expressa do magistrado quanto a sua existência na fase de certificação, o que já revela a importância de sua

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: New York: Clarendon Press, 1989, p. 236.

²⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela constitucional dos interesses coletivos ou difuso. **Temas de direito processual**. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984b, p. 194.

²⁰⁹ VIOLIN, 2008, p. 76.

observância. Gidi esclarece que o sistema norte-americano criou esse mecanismo pois está menos interessado em criar ficções legais do que trazer à análise a realidade dos fatos. Razão pela qual criou “meios para assegurar que o representante defenda adequadamente tais interesses, garantindo ao grupo um efetivo e realista direito de ser ouvido coletivamente em juízo”, diminuindo, dessa forma, a colusão e assegurando que todas as questões sejam levadas ao judiciário²¹⁰.

Destaca-se que o representante adequado não precisa de uma autorização do grupo para agir, basta ser membro da classe, preencher os requisitos da *rule* e demonstrar a sua adequação para o encargo, o que é um ônus seu na fase de certificação da ação coletiva. Por essa razão, revela-se essencial a verificação concreta e de forma efetiva pelo magistrado da adequação, para não prejudicar, ante a extensão dos efeitos da coisa julgada, pessoas que não foram adequadamente representadas, o que acabaria por violar o princípio do devido processo legal²¹¹.

Observa-se, assim, que a decisão sobre a representação adequada é um julgamento de admissibilidade da ação; havendo dúvida quanto à certeza da adequação o juiz pode limitar o grupo ou mesmo rejeitar a admissibilidade daquela ação coletiva, transformando-a em individual. Ou seja, não basta simplesmente verificar que o representante tem os requisitos individuais para a função; o juiz também deve verificar se o grupo está adequadamente representado por ele, se ele não defende um determinado segmento da classe em detrimento de outro, se ele traz a juízo e se tem aptidão para defender toda a classe e não interesses individuais de determinadas pessoas.

Gidi²¹² esclarece que os interesses do representante devem estar sintonizados como os do grupo. Havendo conflitos internos no grupo o juiz poderá dividir os grupos em subgrupos, fazer intervir outros representantes, redefinir o grupo ou manter a ação coletiva de forma parcial. Entretanto, o fato de alguns estarem pessoalmente de acordo com a conduta da outra parte não inviabiliza necessariamente o cabimento da ação, porque sempre deve ser buscado o objetivo mais homogêneo dentro do grupo. É tamanha a importância do instituto da representatividade adequada que o sistema norte-americano não limita seu controle apenas à fase inicial de certificação; durante todo o processo pode e deve o juiz analisá-la a qualquer

²¹⁰ GIDI, 2007, p. 100.

²¹¹ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito Comparado. In: **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 78-84.

²¹² GIDI, 2007, p. 118-119.

momento, ainda que de ofício. Ensina Gidi que não há a necessidade de o representante ser o melhor representante possível, mas deve ter dois elementos qualitativos: aptidão para tutelar vigorosamente os interesses do grupo e ausência de antagonismo com esses interesses²¹³.

No sistema norte-americano, a jurisprudência quanto ao instituto da representatividade adequada é rotineiramente tratada nos Tribunais, pois tem como objetivo buscar a correta tutela dos direitos coletivos tutelados. Como exemplo é interessante expor o caso de *Johnson v. Uncle Ben's Inc.* (628 F. 2d 419), julgado em 17 de outubro de 1980 pela *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*. Trata-se de uma *Class Action* que versava sobre a discriminação na contratação de empregados negros e de origem mexicana pela empresa Uncle Ben's. Em um primeiro momento o juiz do caso entendeu que o autor representava adequadamente os interesses de ambos os grupos (negros e mexicanos). Todavia, na Corte de Apelação decidiu não estarem os mexicanos corretamente representados, pois nem mesmo o número de empregados dessa origem – a demonstrar a discriminação – havia sido trazido ao processo. Assim, por ser obrigação do Tribunal fiscalizar com rigor a adequação da representatividade, houve por bem que o juiz deveria ter subdividido a classe, não certificando a ação em relação aos mexicanos; ao final, decidiu-se que, em relação a eles, não haveria formação de coisa julgada, garantindo, com isso, o devido processo legal em relação àqueles não representados²¹⁴.

Outro julgado no mesmo sentido, que revela a postura da jurisprudência norte-americana, é o caso *Gonzales v. Cassidy* (474 F.2 2d 67), julgado em 15 de fevereiro de 1973, pela *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*. Trata-se de ação movida pela classe de taxistas envolvidos em acidentes e que perderam suas habilitações, por ausência de seguro. Nesse caso, discutiu-se a adequação da representação em *collateral attack*, ou seja, após o trânsito em julgado de uma decisão que, supostamente, havia sido promovida por um suposto representante adequado. O Tribunal deixou assente que, para a verificação da representatividade adequada, duas perguntas deveriam ser feitas:

²¹³ Ensina o autor que o juiz “deverá acompanhar todas as fases do processo com atenção, controlando de perto todas as atividades das partes. A necessidade de controle judicial é potencializada pelo fato de que o representante age independentemente de autorização e fora do controle dos representados”. Pontua, ainda, o autor que é interesse da própria parte contrária zelar pela representatividade adequada, pois, além da necessária demonstração da boa-fé, só então ela terá uma decisão forte e válida perante os integrantes do grupo. Segundo o autor, as impugnações mais comuns são conhecimentos (excesso ou falta), conduta imoral, ilícita ou antiética, condição física, idade e condição financeira (para pagamento de custas) (GIDI, op. cit., p. 101-108).

²¹⁴ FORNACIARI, F. H. Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 56.

(1) Did the trial court in the first suit correctly determine, initially, that the representative would adequately represent the class?²¹⁵

(2) Does it appear, after the termination of the suit, that the class representative adequately protected the interest of the class?²¹⁶

Somente com as duas respostas positivas poder-se-ia revelar que o controle de adequação da representação se deu durante todo o processo, e não só na fase inicial, é que se pode considerar o caso efetivamente julgado em relação aos membros ausentes, estendendo sobre ele o manto da coisa julgada. Isso não existiu no caso mencionado, pois, a par de o representante revelar-se, a princípio, adequado, ao final assim não se mostrou, porque não houve defesa vigorosa e tenaz dos interesses da classe, mas apenas daqueles que pessoalmente lhes interessavam, por terem situação de fato análoga a sua²¹⁷.

Verifica-se, dessa forma, que essa preocupação com o instituto da representatividade adequada revela o tamanho da sua importância para o sistema norte-americano, uma vez que, naquele sistema o que se pretende é de toda forma assegurar o interesse do grupo no processo, zelando pelo devido processo legal. É evidente que estando o grupo inadequadamente representado, é o mesmo que não estar representado, prejudicando o interesse do grupo e, via de consequência, ferindo o devido processo legal.

Isso demonstra que o instituto da representatividade adequada para o sistema *common law* é de extrema importância, o que se justifica ante o fato de que nele se visualiza a melhor forma de garantir os objetivos da ação coletiva, via de consequência protegendo o interesse dos membros dos grupos terão assegurados a plenitude da defesa de seus interesses dentro do processo, não só na fase inicial, mas durante todo o curso do processo.

5.2 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO BRASIL

Agora passaremos ao estudo do instituto da representatividade adequada em nosso ordenamento jurídico, esclarecendo, de início, que a matéria até pouco tempo não despertava grande interesse, e que somente nos últimos anos, devido ao esforço dos estudiosos, a questão vem crescendo e ganhando relevância.

O instituto da representatividade adequada em nosso ordenamento jurídico não consta como requisito expresso para a ação coletiva, ao menos pelo que consta das leis atinentes ao

²¹⁵ Será que o tribunal no primeiro julgamento determinou corretamente se o representante representaria adequadamente a classe?

²¹⁶ Será que o representante da classe protegia adequadamente o interesse da classe?

²¹⁷ FORNACIARI, F. H. Clito. 2010, p. 57.

tema das ações coletivas, tais como a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Essas leis são omissas quanto ao instituto da representatividade adequada, mesmo quando se referem à legitimidade.

Considerando a ausência de previsão legal, parte da doutrina defendia que o instituto não existia no processo coletivo ou que o juiz estava impedido de observá-lo. Por essa razão já se defendeu que sua observância no processo coletivo brasileiro decorria de uma presunção *iures et de iure*, e que não deveria haver controle pelo juiz do que o legislador já estabeleceu, bastando, pois, o preenchimento dos requisitos formais (sistema *ope legis* de verificação). Isso porque o Código de Defesa do Consumidor prevê no artigo 82, IV, que somente são legitimadas as associações legalmente constituídas há mais de um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esse código²¹⁸. Dessa forma, a adequação da representação pelas associações já estaria previamente definida em lei, motivo pelo qual nada poderia fazer o magistrado, pois, preenchidos os critérios formais previstos em lei, ao juiz restava apenas reconhecer a representação.

No entanto, esse critério deve ser temperado, não podendo ser analisado de forma crua, uma vez que ele viabiliza uma abertura para uma análise mais pormenorizada do instituto da representatividade adequada, ainda que de forma não expressa. Observa-se que ao determinar a lei que as associações devem em seus fins institucionais possuir a pertinência temática com os direitos ou interesses que pretende defender, abre oportunidade para análise concreta da adequação da representação. A pertinência temática já é entendida pelo Supremo Tribunal Federal como requisito para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o que demonstra a existência de um controle judicial de representatividade²¹⁹.

A análise da representatividade adequada nos Tribunais, porém, tem sido restrita à pertinência temática, uma vez que somente se verifica o critério legal, qual seja, se o objeto a ser tutelado enquadra-se entre os fins institucionais ou sociais daquele legitimado, não fazendo qualquer investigação quanto a outros critérios, como: a seriedade, aptidão, experiência do legitimado, a inexistência de colisão de direito entre o legitimado e o grupo, entre outros critérios. Assim, mesmo quando observada a representatividade adequada pelos Tribunais, a

²¹⁸ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

²¹⁹ ADI 1.157, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.2006. “O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa “*ad causam*”, para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade”.

sua verificação ocorre apenas em nível de pertinência temática formal. Essa afirmação pode ser extraída do recurso especial, cujo relator era o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, oportunidade em que anotou que

A cooperativa preenche o requisito oriundo do direito anglo-saxônico da representatividade adequada para promover a ação em prol dos seus cooperados, posto atingir as suas finalidades institucionais.²²⁰

Tem-se observado, atualmente, que a parcela da doutrina contrária ao controle judicial da representatividade adequada está diminuindo e que surge considerável número de correntes doutrinárias que entendem haver permissão legal para o efetivo controle da representatividade adequada, em vista da atual lei posta, e não só quando expressamente estabelecida a referida possibilidade. Não se pode olvidar que o julgador deve se ver inserido em um contexto constitucional, de forma a ser seu dever a plena observância do devido processo legal, em sua ótica coletiva há muito tempo já salientada por Cappelletti²²¹.

Nesse sentido, a professora Ada Pellegrini, em artigo publicado em 1986, também já apontava para necessidade de análise dos processos coletivos sob essa ótica, anotando que o devido processo legal deveria ser visto não mais como individual, um direito subjetivo das partes, para transforma-se em social, ou seja, garantia das partes e do justo processo²²². Sendo assim, seria permitido no Brasil, assim como é no direito norte-americano, e com as mesmas razões, investigar se está presente no processo a adequada representação na ação coletiva, ainda que não se tenha essa imposição expressa pela legislação pátria. Com isso o juiz estaria garantindo a efetiva defesa judicial dos direitos coletivos²²³. Além do que, outras razões devem permitir a análise adequada da representação na ação coletiva, através de um controle judicial, seja no seu aspecto quantitativo ou qualitativo. Podemos concluir inicialmente que não é racional o poder judiciário deixar movimentar a sua máquina através de processos que mais

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 651.064/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 240.

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução para o português de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, jan-mar 1977, p. 148/149.

²²² GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 11, n. 43, jul-set 1986, p. 19-30.

²²³ Nesse sentido, refutando argumentos daqueles que acreditam não ser o juiz brasileiro apto para tanto, que ele certamente não é igual ao americano, mas não pode ser completamente inerte e incapacitado de controlar a adequação do representante com auxílio de instrumentos cuidadosamente concebidos para facilitar sua tarefa. GIDI, Antonio. A representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108. out-dez 2002, p. 65.

tarde serão eventualmente repropostos por outros legitimados, o que poderia ser evitado com a análise da existência da representatividade adequada face ao autor coletivo, evitando, dessa forma, eventuais demandas coletivas inidôneas e os riscos de decisões contraditórias. Já no aspecto qualitativo, não obstante, existam técnicas de extensão da coisa julgada para evitar eventuais danos a indivíduos que não tenham participado do processo, essas técnicas não abordam o conteúdo do que e como foi postulada, ou seja, a aptidão técnica do autor coletivo, de forma que essas e outras atuações inadequadas fogem do controle judicial, caso não seja obrigatória a análise da representatividade adequada²²⁴.

Jordão Violin²²⁵ entende ser possível o controle da adequação da representação pelo magistrado, apontando o artigo 13 do Código de Processo Civil²²⁶. Embora a tese pareça razoável, temos que nos atentar para o fato de que o Código de Processo Civil, ao tratar da representação processual, refere-se à representação clássica, razão pela qual concordamos que seria um fundamento suplementar para justificar a necessidade de controle da representatividade adequada, mas não a solução final para encerrar a discussão. Acreditamos, conforme já exposto em linhas anteriores, que a possibilidade de controle da adequação da representação decorre dos preceitos constitucionais, em especial o do devido processo legal.

O artigo 2º do Anteprojeto do Código Brasileiro de Direitos Coletivos continha, entre os princípios do processo coletivo, a representatividade adequada para impor, dessa forma, a obrigatoriedade da observância do instituto no ordenamento jurídico pátrio²²⁷. No mesmo sentido são os preceitos do Código Modelo de Processo Coletivos para Ibero-América²²⁸.

Podemos observar, assim, todo o esforço dos estudiosos do tema para tentar através de instrumentos normativos, seja através de regras ou princípios, imporem no ordenamento jurídico pátrio a obrigatória observância do instituto da representatividade adequada. Porém, não parece que a ausência de lei formal seja fator impeditivo para que o controle da adequada

²²⁴ COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro”. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem a Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 975-976.

²²⁵ VIOLIN, 2008, p. 80-82.

²²⁶ Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II - ao réu, reputar-se-á revel; III - ao terceiro, será excluído do processo.

²²⁷ Art. 2º - Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

²²⁸ Art. 2º - Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva: I – a adequada representatividade do legitimado;

representação seja de obrigatória observância pelo magistrado, vez que esse dever deflui dos próprios princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, a segurança jurídica, a economia processual, o princípio da eficiência, entre outros. Ademais, a possibilidade de aplicação do instituto segue uma linha de aumento de poder do magistrado, que é tendência do processo civil, inclusive, que não escapa ao processo coletivo²²⁹.

Assim, pode e deve o magistrado verificar a presença da representatividade adequada para evitar que vícios processuais venham a macular ou mesmo impedir a solução da relação jurídica material trazida pela demanda a juízo.

Apesar da ausência de legislação expressa determinando a necessidade de aferição da representatividade adequada em nosso ordenamento jurídico, para controle da atuação daquele que defenderá a coletividade, nada impede que o magistrado por uma questão de cautela, visando garantir do princípio da ampla defesa, proceda à análise do preenchimento desse requisito. Nesse sentido, são pertinentes as lições de José Maria Tesheiner e Raquel Heck Mariano da Rocha:

Em que pese a noção de representatividade adequada, de modo diverso do que ocorre no sistema norte-americano das *class action*, fique atrelada à lei, não se exclui certa margem para o controle judicial. Crescem nos tribunais discussões envolvendo o perfazimento dos requisitos legais para a legitimação, bem assim a observância de relação de pertinência entre o legitimado e a tutela pretendida.²³⁰

Forte argumento também é apresentado por Edward Carlyle Silva:

²²⁹ Cruz e Tucci anota que: “é importante ressaltar que, no âmbito das ações coletivas, torna-se relevante a verificação, pelos juízes, durante toda a tramitação do processo, do comportamento processual do legitimado, que representa todo o grupo, visto que a trama entre os litigantes acarreta gravíssimas ofensas às garantias do devido processo legal, que inclusive protegem os terceiros. Não é preciso destacar que o papel reservado aos órgãos jurisdicionais pelas legislações processuais modernas (inclusive a nossa) sempre foi o de um juiz ativo, cabendo-lhe, entre outras relevantes incumbências, velar pela conduta processual dos litigantes, prevenindo ou reprimindo qualquer ato atentatório à dignidade da justiça.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia Constitucional do processo em relação a terceiros. **Revista do Advogado**, n. 99, AASP, set. 2008, p. 79) No mesmo sentido, Américo Freire esclarece que “no processo coletivo, além da intensa participação do juiz da colheita das provas, é preciso ir além e entender ser possível o magistrado utilizar todos os meios e recursos necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo posto na causa, sendo que essa conclusão pode ser extraída sistematicamente de nosso ordenamento jurídico.” (FREIRE JUNIOR, Américo Bede. Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo. **Revista de Processo**: São Paulo, v. 29, n. 117, set/out 2004, p. 132). Seguindo no mesmo sentido, anota Jordão Violin ser princípio da tutela coletiva o ativismo judicial pois “a nova função do juiz decorre do dever estatal de atuar as garantias constitucionais. Em função da importância reconhecida pelo direito positivo ao interesse coletivo *lato senso*, o magistrado assume uma posição muito mais ativa, concretizadora de direitos fundamentais”, o que abre brecha para a aferição da representatividade adequada. (VIOLIN, 2008, p. 117-118)

²³⁰ TESHEINER, José Maria; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e legitimidade nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 180, fev. 2010, p. 10-41.

Se a ação coletiva possui como finalidade a proteção de interesses difusos, coletivos “stricto sensu” e individuais homogêneos, parece inadmissível que se permita a defesa de interesses tão importantes quanto esses por uma pessoa legalmente legitimada, mas que demonstre, através de sua conduta processual, que não se encontra preparada, ou não está realmente interessada na defesa do aludido interesse.²³¹

Deixa claro o autor que a representatividade adequada é meio pelo qual assegura a idoneidade do substituto processual que atuará em nome da coletividade, impedindo que eventual má atuação prejudique o grupo com uma decisão desfavorável e talvez imutável, face aos efeitos da coisa julgada.

Ainda sobre o tema não poderíamos deixar de citar a importante definição de Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti, no sentido de que apesar do emprego do regime *ope legis* de definição da representatividade adequada no Brasil, atualmente há uma tendência que conduz à maior aceitação da verificação *in concreto* dessa adequação.

Trata-se de princípio que impõe o controle judicial da adequada representação, só estaria legitimado quem, após a verificação da legitimação pelo ordenamento jurídico, apresentar condições de adequadamente desenvolver a defesa em juízo dos direitos afirmados (legitimação conglobante). Nessa perspectiva, busca-se que esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude e guie o processo com os recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade. A tendência atual, verificada inclusive nos anteprojetos de Código Processual Coletivo Brasileiro, é que esse princípio venha cada vez mais a ocupar espaço nos processos coletivos, superada uma primeira fase em que a legitimação era tão-somente ativa e fixada *ope legis* (controle pelo legislador).²³²

Dessa forma, compreende-se com clareza que a representatividade adequada, independente da natureza que lhe é atribuída, configura suporte fundamental para a determinação da legitimidade *ad causam* nas ações coletivas, ativas ou passivas, e por via de consequência para determinação de seus resultados práticos, na medida em que não se formará coisa julgada sobre decisão proferida em processo cujas partes não sejam legítimas.

²³¹ SILVA, Edward Carlyle. A representação adequada nas ações coletivas. **Revista direito em foco**, Rio de Janeiro, 15 jan. 2006, p. 31-44.

²³² DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo, v. 4, 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 114, apud. MARCONDES, Gustavo Viegas. Ação Coletiva Passiva: Análise do cabimento no Direito brasileiro em face da natureza do Processo Coletivo. Dissertação de Mestrado, p. 74. 2012.

Justamente por essa razão, Jordão Violin observa que a peculiaridade do processo coletivo é a defesa de interesses jurídicos e não a defesa de sujeitos. “Ao se considerar a representatividade adequada um critério de legitimação, deve-se ter como fundamento que a representação não se refere a pessoas, mas a interesses”²³³.

Prosseguindo o autor, pondera a essencialidade da representatividade, nos seguintes termos:

Como os interesses é que são judicializados, a primeira grande diferença é a desnecessidade de notificação de todos os interessados. Isso porque, em se tratando de ações coletivas, interesses são dessubstantivados, ou seja, indivisíveis e concernentes a sujeitos indeterminados. Logo, se não é possível notificar todos os interessados, por serem eles indeterminados, o representante será legitimado a partir não da afirmação de titularidade do direito, mas a partir da representação adequada desses direitos. [...]

No sistema da representação de interesses, a extensão dos efeitos da coisa julgada se baseia unicamente, aliás, só se legitima na medida em que for um representante adequado, consoante a classificação defendida nesse trabalho.

Tendo sido o interesse adequadamente representado em juízo, portanto, não há por que negar a eficácia do julgado na esfera individual.²³⁴

Conclui-se, então, que independente de qualquer alteração legislativa, o controle da representatividade adequada deve ser realizado pelo magistrado. Pois não é possível imaginarmos que a previsão de legitimados para a propositura da ação coletiva possa ensejar uma presunção absoluta de representatividade adequada. Não é possível a aceitação de um representante que visivelmente desidioso possa se autoneomear defensor de um interesse que demanda um poderio econômico muito maior que o efetivamente possuído, sem que isso prejudique sua atuação; ou ainda, que o representante tenha liberdade de agir como bem entender, com irresponsabilidade, perdendo prazos e abdicando-se de recursos e provas; ou pior ainda, que atue em conluio com o adversário e, em nenhum momento, o magistrado tenha o poder de intervir para garantir a observância do devido processo legal.

²³³ VIOLIN, Jordão. **Ação Coletiva Passiva**: fundamentos e perfis. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 46.

²³⁴ *Ibid.*, p. 50.

6 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVA PASSIVAS

6.1 COISA JULGADA

O objetivo é sistematizar o comportamento da *coisa julgada*, guardando, na medida do possível, correspondência com o sistema vigente e permitindo a efetividade da *ação coletiva passiva*, de forma a admitir a vinculação definitiva dos titulares dos direitos materiais discutidos na ação, mesmo que contra seus interesses. Mas antes de enfrentarmos a questão da *coisa julgada* na *ação coletiva passiva*, abordaremos os aspectos gerais da coisa julgada na *ação coletiva ativa*. Pois devemos investigar se na ação coletiva passiva a formação da coisa julgada guardará correspondência face ao sistema processual coletivo vigente em nosso ordenamento jurídico.

Os limites subjetivos da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro estão definidos no artigo 472 do Código de Processo Civil, onde está estabelecido que: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]”. Verifica-se, assim, pelo que consta do dispositivo legal, que os limites subjetivos da coisa julgada são as partes, os participantes do processo, não sendo atingido pela imutabilidade desse instituto o terceiro que não participou do processo. Portanto, é a identificação da pessoa como parte ou terceiro que viabiliza a distinção entre quem estará sujeito à coisa julgada e “[...] quem estará, apenas e tão-somente, aos efeitos da sentença ou, mais amplamente, aos efeitos de qualquer decisão jurisdicional”²³⁵.

Conforme clássico ensinamento de Chiovenda, parte é “aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”²³⁶. Assim, depreende-se desse ensinamento em face da norma acima mencionada, para efeitos de subsunção à coisa julgada, que a identificação deve partir da situação posta em juízo, ou seja, da posição assumida pelo indivíduo dentro do processo, e não na relação jurídica material.

A opção legislativa de limitar subjetivamente a coisa julgada entre as partes é de ordem constitucional, face às garantias do devido processo legal e da ampla defesa, e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV. Se a lei

²³⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116.

²³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 234.

processual assim não fosse, permitir-se-ia que um estranho, não participante do processo, sofresse as consequências *imutáveis* da decisão tomada, sem que tivesse tido a oportunidade de participação no processo, ferindo, assim, o princípio do contraditório.

Apesar de a coisa julgada e os efeitos da decisão atingirem somente àquele que participou do processo, pode ocorrer que pessoa que não atuou na demanda sofra seus efeitos. É o caso, por exemplo, da revelia, em que a coisa julgada se forma independente da participação do réu no processo. Porém, nesse caso, não há nenhuma ofensa às garantias constitucionais, pois o que se protege por meio dessas garantias é a informação e oportunidade de defesa.

Ensina Barbosa Moreira que:

A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de prova: seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova que pretende valer-se.²³⁷

Isso quer dizer que, se conferida a oportunidade de contraditório e a parte não a aproveitar, não poderá futuramente invocar a sua violação.

Portanto, se o direito de defesa não foi exercido por opção da parte que deixou o processo correr à revelia, significa que por sua vontade abriu mão do contraditório, razão pela qual, ainda que revel, a parte será atingida pelos efeitos e imutabilidade da decisão, já que o fato de abrir mão do seu direito de defesa não o exclui como parte do processo, mesmo diante de sua ausência²³⁸.

Mas o que importa é esclarecer que no processo poderia ocorrer a possibilidade de terceiro interessado se beneficiar ou prejudicar com os efeitos da decisão. A opção do ordenamento, porém, conforme previsto no artigo 472 do Código de Processo Civil, foi adotar a coisa julgada em relação somente às partes que estiveram no processo, com o objetivo de preservar a garantia constitucional do contraditório. Pode ocorrer ainda que os efeitos de uma decisão tenham repercussão jurídica na esfera de um terceiro, razão pela qual a lei processual civil prevê mecanismos para que os interessados que detenham legitimidade e interesse jurídico possam intervir no processo para proteção de seus direitos²³⁹.

²³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de Direito Processual**. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984a, p. 67.

²³⁸ DINAMARCO, 2002, p. 28.

²³⁹ Capítulo VI - Da Intervenção de Terceiros - Código de Processo Civil.

Após essa breve introdução sobre o regime da coisa julgada no Código de Processo Civil, importa agora analisar a coisa julgada no processo coletivo brasileiro, no qual a lei optou por determinar um regime específico para a coisa julgada (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor).

No processo coletivo a legislação brasileira existente faz com que a coisa julgada também se volte para as pessoas que não participaram do processo, na condição de parte da relação jurídica processual, o que se denomina eficácia *ultra partes* da coisa julgada. Quanto a essa característica, Tucci fundamenta a necessidade de extensão subjetiva dos limites da coisa julgada, ensinando que “quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, o conceito unitário de consumidor traduz uma situação jurídica, na qual a relação substancial é única, mas intercorrente entre mais de um sujeito”. A “afinidade” axiológica entre a eficácia *ultra partes* e tutela dos interesses coletivos ou difusos é baseada na relevância jurídica que a coisa julgada representa para os interesses dos sujeitos estranhos ao processo, mas que são titulares da mesma *res in iudicium deducta* ou de um interesse qualificado por um vínculo de prejudicialidade-dependência²⁴⁰.

A disciplina da coisa julgada atualmente em vigor, relativa aos processos coletivos, é aquela constante do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável à Ação Civil Pública, por força do previsto em seu artigo 117 (Lei nº 8.078/90), que introduziu dispositivo no mesmo sentido na Lei nº 7.347/85. O estabelecido na lei, pelas razões antes expostas, é totalmente diferente da clássica disposição do artigo 472, do Código de Processo Civil.

A coisa julgada nas demandas coletivas tem regulado os seus limites subjetivos pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo uma coisa julgada diferenciada, que depende da espécie de direito coletivo²⁴¹. Pelo exposto na norma, observa-se que, na

²⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros. **Revista do Advogado**, n. 99, AASP, set. 2008, p. 76.

²⁴¹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

hipótese de direitos difusos, estabelece o art. 103, inciso I, que a coisa julgada se fará *erga omnes*, ou seja, atingirá todos, indistintamente, seja a sentença de procedência ou improcedência.

De acordo com o inciso II, do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada se dará *ultra partes*, mas limitando-se ao grupo, categoria ou classe, o que é praticamente a mesma coisa que “coisa julgada *erga omnes*”, já que os únicos indivíduos que terão interesse na demanda são aqueles pertencentes ao grupo que detém indivisivelmente o direito.

Já com relação aos interesses individuais homogêneos, traz o inciso III, do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, a disposição de que a coisa julgada opera *erga omnes*, ressalvando, no entanto, que essa regra somente é aplicável no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas. Essa hipótese é denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, somente ocorre se for para beneficiar o indivíduo, e nunca para prejudicá-lo.

Portanto, tratando-se de interesses individuais homogêneos, no caso de improcedência da ação, e não tendo o interessado participado da demanda na condição de litisconsorte não será atingido pelos efeitos da coisa julgada, podendo propor idêntica ação com o mesmo pedido, conforme prescreve o § 2º do art. 103 do CDC.

Da mesma forma, os indivíduos membros de classes ou grupos que detenham direitos coletivos também não são atingidos por sentença de improcedência de uma ação que visa tutelar direitos difusos ou coletivos, estando sempre assegurada a ação individual, nos termos do §1º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Por tudo que foi dito, o regime da coisa julgada nos processos coletivos deve ser compreendido a partir do resultado da ação, nos termos do que dispõe o art. 103, do Código de Defesa do Consumidor. Pois, sendo a sentença de procedência, beneficiará a todos fazendo coisa julgada *erga omnes*, com exceção da hipótese de se tratar de demandas relativas a direitos coletivos em que a coisa julgada é limitada ao grupo. Por outro lado, a sentença de improcedência não faz coisa julgada *erga omnes* quando a improcedência se dá por falta de provas, em que o próprio grupo pode novamente propor a ação com idêntico pedido, e no caso da demanda versar sobre direitos individuais homogêneos, pois sempre é possível a repositura da ação individualmente, por interessado que não tenha participado no processo coletivo.

Observa-se, dessa forma, que a coisa julgada, nos processos que versam sobre direitos difusos e coletivos, atua sempre *erga omnes*, em relação ao grupo, não em relação aos direitos dos indivíduos que lhe são conexos, de modo que a força imutável da decisão se estende para

todos os legitimados, mesmo que não tenham atuado como parte no processo coletivo. Nesse sentido, ensina a professora Ada Pellegrini:

a satisfação do interesse de um dos membros da coletividade significa inelutavelmente a satisfação dos interesses de todos os outros; assim como a negação do interesse de um indica a mesma negação para todos os outros.²⁴²

Justifica-se a extensão da coisa julgada para todos os legitimados nas hipóteses de direitos difusos e coletivos face à sua natureza indivisível, de modo que não é possível ter-se decisão diferente em relação a cada um.

6.2 AÇÃO COLETIVA PASSIVA E A COISA JULGADA

Após serem expostas a possibilidade e a legitimidade de a coletividade ocupar o polo passivo de uma demanda coletiva, resta agora delinear como serão estendidos os efeitos da sentença em uma ação coletiva passiva aos membros da coletividade.

Como é regra no processo individual, aquele que participou do processo fica sujeito aos efeitos da sentença, independente de seu resultado. Então, dessa assertiva retiram-se dois mandamentos: a) a coisa julgada produz-se apenas entre as partes; b) é de formação obrigatória, independente do resultado do processo²⁴³.

No entanto, deve ser observado que no processo coletivo há exceção a essa estreita vinculação, alcançando pessoas que não participaram do processo. Assim, pode-se dizer que a regra geral do processo coletivo fundamenta-se em outras bases, pois para aquele que foi substituído por um ente coletivo no processo a formação da coisa julgada fica subordinada a algumas hipóteses especiais, que envolvem, como se verá mais a frente, o resultado do processo ou o êxito probatório²⁴⁴.

Quando se fala na formação da coisa julgada devemos considerar duas situações: a coisa julgada na ação coletiva passiva e a coisa julgada na ação duplamente coletiva. Quanto à coisa julgada na ação duplamente coletiva, não há maiores discussões, já que ambos os polos são ocupados por uma coletividade. Portanto, sendo os direitos discutidos de igual natureza, ou

²⁴² GRINOVER; WATANABE; MULLENIX. 2011, p. 240.

²⁴³ MAIA, 2009, p. 140.

²⁴⁴ Ibid., p. 140.

seja, coletivos *versus* coletivos ou individual homogêneo *versus* individual homogêneo, não há que se falar em restrição à formação da coisa julgada²⁴⁵. Nesse sentido,

Em demanda coletiva movida contra a classe, inexistindo razões para privilegiar qualquer uma delas, o mesmo princípio da proporcionalidade recomenda que a coisa julgada erga omnes não seja submetida a temperamentos.²⁴⁶

Quando falamos em ação coletiva passiva, a posição do litigante individual será sempre a mesma: a defesa de um direito individual lesionado. No entanto, a posição do litigante coletivo réu pode variar de acordo com a postura, ou seja, poderá defender direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individual homogêneo, de acordo com as circunstâncias.

Quando o réu coletivo defende direitos essencialmente coletivos, ou seja, difusos ou coletivos em sentido estrito, se enquadra com facilidade a proposta de Ada Pellegrini, que defende a tese de inversão do sistema de configuração da coisa julgada prevista para o processo coletivo. Porém, maiores cuidados devem estar presentes quando o réu está defendendo direitos individuais homogêneos.

Devemos, antes de iniciar o estudo sobre a inversão do sistema vigente, relembrar a formação da coisa julgada na *ação coletiva ativa*. No que se refere aos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individual homogêneo²⁴⁷:

1) tratando-se de direitos difusos, a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes*. A sentença de improcedência fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*, quando não decorrer de falta de provas;

2) Quanto aos direitos coletivos em sentido estrito, quando tratar-se de sentença de procedência terá eficácia *ultra partes*, limitada ao grupo, classe ou categoria. Sendo improcedente a sentença por qualquer motivo que não seja a falta de prova, também terá eficácia *ultra partes*, sendo certo, portanto, dizer que não terá eficácia *ultra partes* a que decorrer de falta de provas;

3) Direitos individuais homogêneos, a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* para beneficiar vítimas e sucessores. A sentença de improcedência não tem eficácia *erga omnes*.

²⁴⁵ Ibid., p. 146.

²⁴⁶ GRINOVER, 2002, p. 11.

²⁴⁷ Os itens 1, 2 e 3 foram extraídos do quadro sinótico apresentado por Mazilli, 2008, p. 567.

Com isso, passamos à análise da coisa julgada nas ações coletivas passivas, expondo a proposta de raciocínio inverso ao sistema da coisa julgada para a ação coletiva ativa adotada por Ada Grinover e por Diogo Maia²⁴⁸.

No caso dos direitos e interesses difusos ou coletivos em sentido estrito na ação coletiva passiva, para Diogo Medina, a sentença de improcedência sempre fará coisa julgada. A decisão de procedência somente fará coisa julgada quando baseada *em provas* que sejam suficientes para formar o convencimento do julgador. Ou seja, na ação coletiva passiva em que o réu defende direitos essencialmente coletivos, a procedência baseada em distribuição do ônus da prova não possui autoridade da coisa julgada. Dessa forma, para formação da coisa julgada no caso de procedência da ação coletiva passiva a produção da prova cabe apenas ao autor da ação. Esse *desquilíbrio na produção probatória* manteria a harmonia do processo coletivo, prestigiando os direitos de natureza transindividual²⁴⁹.

O posicionamento da professora Ada Pellegrini quanto ao aspecto da coisa julgada na ação coletiva passiva, adotando a tese da inversão do regime de formação da coisa julgada, apresenta uma diferença, já que para essa autora não haverá coisa julgada na sentença de procedência da ação contra a classe se o juiz *reconhecer a insuficiência de defesa*²⁵⁰. Nesse ponto Diogo Maia faz uma crítica, ao dizer que transformar a insuficiência de prova em insuficiência de defesa no regime geral da coisa julgada coletiva na ação coletiva passiva, além de não corresponder à exata inversão do sistema de formação da coisa julgada, cria um instrumento de intenso grau subjetividade para avaliar a qualidade da defesa coletiva produzida²⁵¹.

Contra a posição de Ada Pellegrini, manifestou-se Diogo Medina nos seguintes termos:

Com efeito, Ada Grinover transforma a *insuficiência de provas* do regime geral da coisa julgada coletiva em *insuficiência de defesa*, a ser aferida pelo juiz na *ação coletiva passiva*. De tal posicionamento, *data vênia*, ousamos discordar, pois além de não corresponder à exata inversão do sistema de formação da coisa julgada na *ação coletiva passiva*, cria um instrumento de intenso grau de subjetividade, sem similar no ordenamento jurídico brasileiro, para avaliar a qualidade da defesa coletiva produzida.²⁵²

²⁴⁸ MAIA, 2009, p. 141.

²⁴⁹ Id. P. 142

²⁵⁰ GRINOVER, 2002, p. 8.

²⁵¹ MAIA, 2009, p. 143.

²⁵² MAIA, 2009, p. 143.

Ada Pellegrini, ao defender que a inversão poderia ocorrer não com fundamento na suficiência ou insuficiência de provas, mas sim prendendo-se à suficiência ou não da defesa prestada pelo representante da coletividade, esclarece que constatando o magistrado que a defesa foi suficientemente prestada, a sentença estaria apta à formar a coisa julgada²⁵³. No entanto, um problema prático seria que a própria ausência de defesa “suficiente” seria uma forma de defesa que evitaria a formação da coisa julgada na ação coletiva passiva, o que inviabilizaria a eficácia dessa ação, já que os indivíduos não seriam afetados na esfera de seus direitos. Assim, bastaria a inércia da coletividade para evitar a formação da coisa julgada. Maiores dificuldades, porém, ocorrem na análise da coisa julgada na ação coletiva passiva quando envolve interesses ou direitos individuais homogêneos.

Como não poderia ser diferente, iniciamos esse tema com a posição da ilustre professora Ada Pellegrini, que entende que na hipótese de a ação coletiva passiva versar sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, da mesma forma que os direitos difusos e coletivos, deve ser aplicada a inversão do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, entende-se, dessa forma, que a sentença de procedência contra o litigante individual não faz coisa julgada, mantendo, pois, a coisa julgada *secundum eventum litis*, posição que parece afastar a efetividade da ação coletiva passiva, ou, melhor dizendo, a própria tutela jurisdicional²⁵⁴. Apesar de a matéria não dispor de extensão doutrinária, nesse tema a posição da professora Ada Pellegrini parece ser vencida, visto que os demais escritores entendem que haveria um total esvaziamento na utilidade da ação coletiva passiva, implicando, inclusive, em prejuízo na eficácia do controle jurisdicional²⁵⁵.

Abordando o tema, Diogo Medina, ao comentar a posição da professora Ada, esclarece que:

Ainda que se pretenda manter a coerência com o sistema da coisa julgada da *ação coletiva ativa*, a solução proposta não se encaixa na hipótese da *ação coletiva passiva*, pois a interpretação da lei encontra limites no espírito da Constituição Federal, que defende a *inafastabilidade do controle jurisdicional*. Não se pode deixar de observar que não há diferença jurídica entre impedir o controle e permitir o andamento de uma ação que poderá ser rediscutida *ad eternum*. Desta maneira, proibir a formação da coisa julgada contrária aos interesses da coletividade nas *ações coletivas passivas ordinárias* que versem sobre direitos individuais homogêneos significa afastar a própria tutela jurisdicional.²⁵⁶

²⁵³ GRINOVER, 2002, p. 8.

²⁵⁴ MAIA, 2009, p. 144.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 144.

²⁵⁶ MAIA, 2009, p. 144.

Assim, o autor defende a coercitividade definitiva sobre os direitos individuais homogêneos na ação coletiva passiva, justifica que além da questão constitucional da *inafastabilidade do controle jurisdicional* o sistema de aferição da legitimidade já restringe o acesso dos grupos organizados ao polo passivo das ações coletivas, o que não permite o seu ajuizamento em face de toda e qualquer coletividade. Por isso, uma vez aferida a legitimidade da coletividade ré, somada à necessidade de jurisdicionalização eficaz do conflito, a coisa julgada deve se formar, ainda que contra os interesses da coletividade²⁵⁷.

No entanto, pondera o autor e reconhece que poderão no futuro surgir obstáculos a serem enfrentados, além do que admite um óbice a ser enfrentado contra a vinculação dos membros do réu coletivo, qual seja, os membros que não tiveram a oportunidade de participar do processo. Trata-se da possibilidade de um indivíduo se sujeitar a uma condenação contra seus interesses sem a efetiva avaliação de sua participação no evento ou sua parcela de culpa²⁵⁸.

No mesmo sentido, Jordão Violin, em sua monografia sobre a ação coletiva passiva, também entende que a previsão de que a sentença de procedência que não vincula os membros da coletividade é inócua. Argumenta que “defender esse caminho seria retirar da ação coletiva passiva qualquer traço de utilidade para o autor individual”, uma vez que ninguém vai promover uma ação que somente terá a possibilidade de trânsito em julgado contra os próprios interesses²⁵⁹. O argumento é forte e não há como dele discordar.

Outra é a posição defendida por Camilo Zufelato, que exclui as ações coletivas passivas em relação à defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos:

*A efetividade da coisa julgada coletiva passiva está estritamente relacionada com a capacidade de a decisão ser imposta aos integrantes da coletividade. Daí decorre que: i) não poderá jamais haver o temperamento do julgado *secundum eventum litis*; ii) é indispensável a aferição *ope judicis* da representatividade adequada do ente coletivo demandado; iii) seu âmbito de eficácia restringe-se à conduta exclusivamente coletiva da coletividade organizada; iv) excluem-se as ações em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos.*²⁶⁰

Considerando tudo que foi exposto, e diante das diferenças existentes entre a ação coletiva ativa e a ação coletiva passiva, parece que a conclusão mais acertada é aquela que

²⁵⁷ Ibid., p. 144-145.

²⁵⁸ MAIA, 2009, p. 144-145.

²⁵⁹ VIOLIN, 2008, 142-143.

²⁶⁰ ZUFELATO, 2010, p 142.

defende que não basta a inversão pura e simples do sistema da coisa julgada para o processo coletivo. Ademais, não se pode pretender que na ação coletiva passiva que versar sobre direitos individuais homogêneos os efeitos da coisa julgada não atinjam as esferas individuais dos membros do grupo, sob pena de retirar toda a eficácia desse tipo de ação.

Então, a melhor solução para o futuro é uma nova lei que contemple em seu texto normativo a regulamentação específica para as *ações coletivas passivas*, isso porque não basta a mera inversão de preceitos das regras previstas para as *ações coletivas ativas*, como expressão do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que, conforme foi exposto, existe uma necessária diferença de tratamento entre essas duas espécies de ação, no que se refere ao julgamento *secundum eventum litis* e no julgamento *erga omnes pro et contra*.

Sendo certo que o objetivo da ação coletiva passiva é o de sujeitar a coletividade ao poder coercitivo e imutável da jurisdição, de nada adiantaria um provimento caso não pudesse ser executável de forma definitiva contra o grupo, como ocorre em algumas hipóteses de im procedência da ação coletiva ativa. Por essa razão, no que se refere à *ação coletiva passiva*, tanto as regras gerais do processo individual quanto as regras do processo coletivo merecem adequações para que possam dar efetividade ao provimento jurisdicional. Isso porque não podemos nos esquecer que, ainda que a ação coletiva contra a classe esteja inserida no direito coletivo, as regras processuais do direito coletivo foram elaboradas com a finalidade de proteger as coletividades, não estando, portanto, perfeitamente amoldadas para a sua aplicação na ação coletiva passiva²⁶¹.

De toda forma, o fato é que não existe norma expressa para regulamentar os efeitos da coisa julgada na *ação coletiva passiva*, e, sendo assim, o desafio é buscar uma forma para a aplicação prática aos efeitos decorrentes da coisa julgada na ação coletiva passiva, devendo, no entanto, na medida do possível, guardar correspondência com o sistema previsto para o processo coletivo, e com isso viabilizar a efetividade da *ação coletiva quando a coletividade ocupa o polo passivo*, de forma a admitir a vinculação definitiva dos titulares dos direitos materiais discutidos na ação, ainda que contra seus interesses. Porém, devemos ter em mente que a aplicação do artigo 103 do CDC deve ser feita de forma que não retire da ação coletiva passiva a sua utilidade prática. Nesse sentido, anota Camilo Zufelato:

Uma vez admitida a conveniência de regulamentar a ação contra uma coletividade organizada, conforme referido anteriormente, o ponto fulcral do tema é como se configurará o regime legal da imutabilidade da decisão dela

²⁶¹ GRINOVER, 2002, p. 8.

proveniente. Considerando-se que os juízes e Tribunais pátrios têm admitido *de lege lata* ações contra ente coletivo que “represente” grupo, categoria ou classe sem um regulamento específico para essas ações, mostra-se indispensável o delineamento das características desse regime a fim de evitar que a aplicabilidade integral do art. 103 do CDC a essas ações desvirtue o autêntico escopo da ação coletiva passiva.²⁶²

Se a pretensão é a ação coletiva passiva como um instrumento de tutela para obtenção de provimento jurisdicional, que imponha de forma coercitiva obrigação ao sujeito enquanto integrante de uma coletividade que se encontra no polo passivo de uma demanda, é necessário que a coisa julgada seja imposta ao grupo independentemente do seu resultado. Não importa que a ação seja procedente ou improcedente.

Por essa razão, parece que o sistema da coisa julgada vigente no processo coletivo não atende à finalidade pretendida com a ação coletiva passiva, ou seja, a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* não se prestaria para obter efeitos práticos, pois não haveria a vinculação do sujeito integrante da coletividade no caso de procedência da ação na medida em que poderia rediscutir o comando judicial de natureza coletiva que lhe trouxesse prejuízo.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América prevê em seu capítulo VI a ação coletiva passiva. Inclusive, dispõe sobre o regime da coisa julgada passiva em seus artigos 36 e 37, fazendo uma distinção de tratamento em relação aos interesses ou direitos difusos e interesses ou direitos individuais homogêneos²⁶³.

Com relação aos interesses ou direitos difusos, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América caminhou no sentido de dar plena eficácia à ação coletiva passiva na medida em que atribui efeitos *erga omnes* à coisa julgada, não fazendo qualquer ressalva ao resultado da demanda. De outro lado, em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, referido código manteve uma postura conservadora, uma vez que, mesmo atribuindo efeitos *erga omnes* à coisa julgada, criou uma exceção, que a sentença de

²⁶² ZUFELATO, 2010, p. 131-132.

²⁶³ O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América:

Art. 35. Ações 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 2o do artigo 2o deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

Art. 36. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - 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.

procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual. Nesse ponto específico o Código Modelo adotou a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*, que quer dizer “conforme o resultado do processo”. Nesse ponto, parece ter caminhado contra a utilidade prática que da ação coletiva passiva pode decorrer, retirando dela a sua plena eficácia.

Em outros termos, a técnica tradicional do processo coletivo brasileiro da projeção ou extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, em sede de ação coletiva passiva, não se prestaria a obter o efeito jurídico que dela é esperado, isto é, de impor condições para o correto exercício de um direito transindividualmente, seja em provimento de natureza declaratória, constitutiva ou mesmo condenatória.²⁶⁴

Sendo assim, o regime da coisa julgada adotado pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América na ação coletiva passiva, versando sobre interesse ou direito individual homogêneo, seria semelhante à técnica já adotada no processo coletivo brasileiro em vigor, pois a eficácia da decisão dependeria do resultado da demanda (*secundum eventum litis*). Em termos práticos, “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”²⁶⁵. Essa também parece ser a opinião de Camilo Zufelato:

O fato é que, como visto, a adoção do julgamento *secundum eventum litis* nas ações coletivas passivas não condiz com os binomes da eficácia e efetividade da prestação jurisdicional, e por essa razão foi afastada pelo Anteprojeto para essas ações.²⁶⁶

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, também prevê em seu capítulo III a ação coletiva passiva no artigo 39 e a coisa julgada nos artigos 40 e 41:

Capítulo III – Da ação coletiva passiva
Art. 39. Ações 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 da artigo 20 deste Código,

²⁶⁴ ZUFELATO, 2010, p. 132.

²⁶⁵ MAIA, 2009, p. 141.

²⁶⁶ ZUFELATO, 2010, p. 132-133. No caso, referia-se ao Anteprojeto de CPCol.

e desde que o bem jurídico a ser tutela seja transindividual (art. 3º) e se revista de interesse social.

Art. 40. Coisa julgada passiva: interesse ou direitos difusos – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos e coletivos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 41. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - 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.

Nota-se que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, tiveram a mesma preocupação na ação coletiva passiva relativa aos interesses ou direitos individuais homogêneos: não prejudicar a esfera individual dos sujeitos titulares dos direito posto em julgamento no processo coletivo.

Anota o professor Camilo Zufelato que foi a preocupação com a constitucionalidade que levou a esse mecanismo adotado para a tutela dos direitos individuais homogêneos no caso de procedência da ação coletiva passiva, fazendo com que o trânsito em julgado não criasse um impedimento para que os indivíduos representados no processo coletivo se opusessem à coisa julgada em caso de sofrerem prejuízos. Considerou, no entanto, que esse mecanismo trazia em seu bojo um problema de natureza prática que esvaziaria a eficácia da decisão na ação coletiva passiva, pois dada a possibilidade de rediscussão do processo coletivo em processo individual, a conquista da procedência do autor na ação coletiva passiva seria inútil, desestimulando a propositura dessa modalidade de ação²⁶⁷.

A partir do entendimento de que a ação coletiva passiva, no que diz respeito aos interesses individuais homogêneos, não atingira resultados práticos, foi que a comunidade jurídica nacional, e inclusive registrada por Aluísio Mendes, optou pela exclusão da tutela dos interesses individuais homogêneos em sede de ação coletiva passiva²⁶⁸.

A inadmissibilidade na tutela dos *interesses individuais homogêneos* em sede de ação coletiva passiva em nosso ordenamento decorre da distinção no sistema da coisa julgada coletiva, entre o sistema norte-americano e o sistema nacional, em razão de um princípio

²⁶⁷ ZUFELATO, 2010, p. 135.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 135.

tipicamente brasileiro: a impossibilidade de a decisão coletiva, ativa ou passiva trazer prejuízos à esfera exclusivamente individual, mesmo que a defesa tenha sido realizada por representante adequado²⁶⁹.

Observa-se, por todo o exposto, que mesmo diante de todas as vantagens oferecidas pelo processo coletivo (entre elas acesso à Justiça, a desnecessidade de várias demandas repetitivas que reflete em desafogamento do Poder Judiciário, a economia de tempo, a inexistência de decisões contraditórias, entre outras vantagens), o ordenamento jurídico, no que diz respeito aos interesses ou direitos individuais homogêneos, optou pela garantia individual do sujeito, prevalecendo as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na esfera individual. Dessa forma fica evidente a necessidade de regulamentação da coisa julgada na ação coletiva passiva, pois as diferenças existentes entre as ações coletivas ativas impedem a utilização integral do regime jurídico previsto no artigo 103 do CDC. Ou seja, não basta inversão dos preceitos como forma de adequação ao princípio da legalidade. Ademais, a mera inversão do sistema da coisa julgada coletiva não bastaria para concreta eficácia da ação coletiva passiva.

²⁶⁹ Ibid., p. 141.

CONCLUSÃO

A consagração da tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais em alguns países de *commom law* foi desenvolvida através da experiência acumulada pelos Tribunais ao longo de décadas. Já no Brasil a sua introdução se deu abruptamente, o que ajuda a explicar a distorção entre o modelo ideal e a prática forense brasileira, por sua vez reacionária e insensível à novidade representada pela conceituação e regulação da defesa dos *novos direitos*. Quando da edição da Lei de Ação Civil Pública, no ano de 1985, no Brasil as discussões acerca da defesa dos interesses metaindividuais eram enormes, não havia consenso. Considerando as circunstâncias da época, a preocupação foi focada na defesa dos interesses coletivos visando fortalecer os direitos da coletividade. A ideia centrou-se na possibilidade de a coletividade ter apenas o poder de reivindicação através da ação coletiva, e com isso projetou-se a coletividade apenas no polo ativo da ação.

Naquela época a ação coletiva passiva passou quase despercebida, não sendo contemplada através de previsão legal, já que não havia interesse em ver a coletividade projetada no polo passivo de uma demanda coletiva. Porém, passado o tempo a ação coletiva por necessidade de ordem prática está obrigando os estudiosos e operadores do direito a se debruçarem sobre o tema. Pois, indiferente à inexistência de norma legal *expressa* prevendo a possibilidade de ação coletiva passiva, a prática forense, em especial os Tribunais, mas também os juízos de primeira instância, vêm aceitando essa modalidade de ação, de modo a preservar o acesso à justiça. Além dos exemplos que já foram mencionados, demonstrando a existência em períodos passados de demandas que em sua essência eram ações coletivas passivas, já que a coletividade ocupava o polo passivo da demanda, o fato é que essas ações não se estagnaram no passado, mas se renovam a todo tempo.

Em que pese parte da doutrina ser contrária à ação coletiva passiva, visto que, conforme em linhas anteriores expostas, a inexistência de norma regulamentadora inviabilizaria uma demanda com a coletividade no seu polo passivo, a inexistência de expressa previsão legal, para Pedro Dinamarco, citado como exemplo, é um impedimento absoluto; temos ainda o argumento de que o nosso sistema de aferição da representatividade adequada é o *ope legis*, então não seria possível a admissão das ações coletivas passivas com vista ao sistema aberto de aferição da representatividade, ou seja, aquela em que o controle é realizado pelo juiz no caso concreto. Com isso não haveria segurança na representação da coletividade; outro fundamento seria o fato de que o regramento da coisa julgada coletiva não permite prejuízos aos direitos

individuais, tendo em vista o regime de extensão *in utilibus* da coisa julgada às situações individuais, conforme previsto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

O fato é que a realidade forense, considerando a impossibilidade de se negar acesso ao poder judiciário, vem acolhendo a propositura de demandas com a coletividade ocupando o polo passivo da relação jurídica e muitas vezes julgando-as procedentes, independentemente de normas regulamentadores.

Alheia às discussões quanto à possibilidade ou não do manejo da ação coletiva passiva, a experiência empírica tem nos mostrado que ao arrepio de qualquer norma *expressa* o judiciário vem reconhecendo e chancelando a representatividade dos grupos, seja através de sindicatos, seja através de associações, ou qualquer outro meio que viabilize, ou ao menos pareça viabilizar, a defesa da coletividade, com isso garantindo (ou tentando garantir) o direito da ampla defesa e do contraditório. Mesmo sendo favorável à possibilidade do manejo da ação coletiva passiva, visto a necessidade de pacificação dos conflitos pelo poder judiciário, que garante o acesso à Justiça, o fato é que dadas as proporções com que se vem utilizando a ação coletiva passiva, independentemente de serem assim denominadas na prática, estamos correndo sérios riscos de lesão a direitos individuais, os quais também não podem a todo custo ser sacrificados.

Foi exposto anteriormente que a regra nunca poderá aniquilar os princípios que lhe fundamentam. Assim, ao interpretar o dispositivo da norma, o aplicador do direito deve certificar-se de que sua interpretação não restringe um princípio ao ponto de excluí-lo do ordenamento jurídico. Ocorre, também, que não pode a regra ser excluída do ordenamento jurídico enquanto não declarada inconstitucional. Essa situação resulta em grave insegurança jurídica em determinados casos concretos, já que posta a demanda à mesa do julgador, esse por vezes se vê encurralado para julgamento da lide, o que muitas vezes resulta em decisões que de um lado apresentam-se conforme o direito e de outro contrário a ele, na medida em que diante da relevância da matéria se torna quase impossível o julgador ajustar a sua decisão ao direito em sua plenitude, vista a ausência de norma legal balizadora do direito.

Queremos dizer com isso que no atual estágio em que se encontra a demanda coletiva com o grupo no polo passivo, em todas as hipóteses está cabendo ao julgador normatizar esse tipo de ação, ou seja: o seu cabimento, a forma de representação e a coisa julgada (melhor dizendo, a extensão dos efeitos da coisa julgada). É certo que em nosso sistema jurídico o julgador não pode eximir-se de decidir por ausência de lei, como se extrai do artigo 126 do Código de Processo Civil, seção I do capítulo IV. Ali estão previsto os poderes, os deveres e as responsabilidades do juiz. Não obstante a norma de direito processual mencionada, temos ainda

a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estabelecendo em seu artigo 4º que, mesmo sendo omissa a lei, o juiz decidirá o caso.

Veja que mesmo diante da ausência de regulamentação para aplicação da ação coletiva passiva o juiz está obrigado a decidir a lide, não podendo alegar omissão legislativa. É fácil, dessa forma, visualizar o conflito existente entre o dever de julgar e a ausência de norma regulamentadora, isso porque, se por um lado a ausência de lei expressa prevendo a ação coletiva passiva impede a sua propositura e julgamento, de outro lado, parte da doutrina, apresenta argumentos que possibilitam a propositura da ação coletiva passiva, além de outras normas de direito, tais como o Código de Processo Civil e a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que determinam que todo conflito deve ser apreciado e julgado. Enquanto persistir essa situação o cenário é de total insegurança jurídica.

Não podemos esquecer que todo e qualquer processo, seja qual for a forma da ação, deve em primeiro lugar zelar pela segurança jurídica, não só visando a estabilização dos conflitos, mas também garantindo todos os direitos de defesa, entre eles o do contraditório e ampla defesa, bem como observar os demais princípios constitucionais. Decorre daí que a ausência de regulamentação por omissão do legislador causa grave *insegurança jurídica*, porque, embora se defenda nesse trabalho a possibilidade da ação coletiva passiva, não há como negar que problemas decorrerão, seja no que diz respeito à coisa julgada ou à representatividade adequada. Isso porque, por falta de regulamentação, ao julgador é negado um instrumento processual balizador para condução desse tipo de ação.

A ação coletiva passiva é uma realidade; negar a possibilidade face ao cotidiano forense ante todos os exemplos citados é querer negar a eficácia do processo coletivo, constituindo verdadeiro retrocesso. Assim, é incontestável, ao menos do ponto de vista prático, que o sistema brasileiro, no que diz respeito às ações coletivas, permite, *de lege data*, que a coletividade figure no polo passivo da demanda coletiva.

Diante da ausência de norma regulamentadora expressa, o estudo, após demonstrar a existência da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico, buscou delinear formas que assegurem à coletividade a melhor representação de seus interesses quando ocupar o polo passivo de uma demanda coletiva. Com essa finalidade abordou, de forma ampla, o instituto da representatividade adequada, como sendo uma especial qualidade atribuída ao representante que atuará em nome da coletividade, sendo essa qualidade identificada como a possibilidade de uma defesa eficiente dos interesses envolvidos – seja no âmbito social, administrativo ou judicial. De forma especial foi abordado o tema no âmbito do processo judicial, visto que a representatividade adequada revela-se como uma condição da ação, já que o instituto está

intrinsecamente ligado à legitimidade, apesar da ausência de expressa previsão legal, mas com fundamento nos princípios do processo coletivo, não haverá legitimidade se o “porta-voz” da coletividade que ocupa o polo passivo não for reconhecido como um representante adequado.

Por ausência de previsão expressa em lei, a aferição da representatividade adequada deverá ser estabelecida por critérios que convençam o julgador de que a coletividade será bem defendida em juízo. Porém, são nos critérios subjetivos de aferição da representatividade adequada, que assenta a maior preocupação da doutrina: credibilidade, capacidade, prestígio, experiência, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos interesses do grupo, conduta em outros processos, coincidência entre interesses, tempo da instituição da associação e representatividade do indivíduo frente ao grupo. Mencionadas circunstâncias deveriam ser analisadas no caso concreto pelo magistrado, ou seja, mediante persecução quanto à vida daquela pessoa ou daquela associação, não só individualmente, mas também em face da situação jurídica de direito material trazida ao judiciário. Ou seja, não basta que o representante seja sério e honesto, mas deve, efetivamente, ter aptidão para a defesa dos interesses do grupo.

Observou-se ao longo do estudo todo o esforço dos estudiosos do tema para tentar, através de instrumentos normativos, seja através de regras ou princípios, impor no ordenamento jurídico pátrio a obrigatória observância do instituto da representatividade adequada. Não parece que a ausência de lei formal seja fator impeditivo para que o controle da adequada representação seja de obrigatória observância pelo magistrado, vez que esse dever deflui dos próprios princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, segurança jurídica, economia processual, princípio da eficiência, entre outros. Ademais, a possibilidade de aplicação do instituto segue uma linha de aumento de poder do magistrado, tendência do processo civil, inclusive, que não pode escapar ao processo coletivo. Assim, pode e deve o magistrado verificar a presença da representatividade adequada para evitar que vícios processuais venham a macular ou mesmo impedir a solução da relação jurídica material trazida pela demanda a juízo. Conclui-se, portanto, que independentemente de expressa previsão, o controle da representatividade adequada deve ser realizado pelo magistrado.

Ademais, a atuação do representante deve ser fiscalizada no decorrer de todo o processo, para com isso garantir a seriedade, a correção, o desempenho e o comprometimento daquele que representa a coletividade no polo passivo da demanda. Se em algum momento do processo se verificar que o representante não está mais desempenhando de forma adequada a representação, ainda que durante o curso da demanda, deverá ser substituído com justificativa da hígida defesa dos direitos coletivos.

Por essas razões, observa-se que a representatividade adequada é um instituto de suma importância na ação coletiva passiva, pois uma eventual inobservância poderia levar prejuízo à própria demanda, uma vez que poderia prejudicar o alcance e efeito da coisa julgada, na medida em que o membro da coletividade atingido pela decisão poderia levar à discussão judicial o fato de ter sido representado por pessoa inapta ao desempenho da função ou encargo, se considerarmos que a aferição da representatividade adequada é uma condição da ação, por integrar o conceito de legitimidade. Apesar de não expressamente prevista em lei, essa conclusão decorre do fato de que o instituto da representatividade adequada é decorrência dos princípios do processo coletivo. Isso porque, no processo coletivo, as garantias processuais do devido processo legal e do contraditório devem levar em conta o seu aspecto social e coletivo, em substituição ao garantismo individual por um coletivo.

Entendemos que, no processo coletivo, é no instituto da representatividade adequada que reside a legítima garantia do devido processo legal coletivo, já que, com a sua estrita observância poderá se impor a coisa julgada *erga omnes*, sem ameaçar ou violar garantias e direitos individuais, uma vez que aferida a representatividade adequada estará certificado no processo que aquele que representa a coletividade estará em juízo defendendo de modo fiel e eficaz o grupo e seus respectivos direitos. Assim, zelar pela representatividade adequada, é garantir a efetividade do processo e a segurança jurídica, garantias das mais importantes para a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Enerto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVIM, Thereza. **O Direito Processual de estar em Juízo**. São Paulo: RT, 1996.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. et al. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”**. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução**. Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984a.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela constitucional dos interesses coletivos ou difuso**. Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984b.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. **Revista de Processo**, n. 61, jan/mar. 1991.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**, 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 651.064/DF**, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15/03/2005, DJ 25/04/2005.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Vol. III. 2. ed. Trad. Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional a Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, jan-mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. **The Judicial Process in Comparative Perspective**. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1969.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Susana Henriques da. O Controle Judicial da Representatividade Adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: homenagem a Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo coletivo passivo. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 33, n. 165, nov. 2008. p. 30-43.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil** - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil** - Processo Coletivo. 5. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Las Acciones Colectivas Pasivas em el Código Modelo de Processos Colectivos para Iberoamérica. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La Tutela de Los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos**: hacia um código modelo para Ibero-América. México: Prrúa, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo** – Instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense 2009.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004.

FORNACIARI, F. H. Clito. **Representatividade Adequada nos Processos Coletivos**. 2010. 189 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Arquivo pessoal.

FREIRE JUNIOR, Américo Bede. Os Poderes do Juiz nas Ações Coletivas e breves Sugestões de Lege Ferenda ao Aprimoramento do Processo Coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 117, set./out. 2004, p. 132.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, n. 108, out./dez. 2002.

GIDI, Antônio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Comparado** – A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Processo nas Ações Coletivas. **Revista de Processo**, v. 11, n. 43, jul./set. 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas Ibero-americanas: novas questões sobre a legitimidade e a coisa julgada. **Revista Forense**, v. 361, mai./jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

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: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law:** uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUAPES, Jaime. **Derecho Procesal Civil.** 3. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

HOBBSAWM, Eric. J. Revolução Industrial. In: _____. **A era das revoluções:** Europa 1789-1848. 10. ed. Rio de Janeiro (RJ): Paz e Terra, 1997.

MARCONDES, Gustavo Viegas. **Ação Coletiva Passiva:** Análise do cabimento no Direito brasileiro em face da natureza do Processo Coletivo. 2012. 120 f. Dissertação de Mestrado, Instituição, Cidade, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.** Lisboa: Europa-América, 1997.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAIA, Diogo Campos Medina. Ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 321-344, 321.

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. Coleção Direito Processual Coletivo. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: conceito e legitimidade para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTO, Luiz Norton Baptista de. A Litispendência e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas Segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MAZZEI, Rodrigo. Tutela Coletiva em Portugal: uma breve resenha. In: NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na constituição federal de 1988**. Revista de processo, n. 61, jan./mar. 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Ação Civil Pública no Processo do Trabalho. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Rafael Caselli. Ação Coletiva Passiva (Defendant Class Action) no Direito Brasileiro. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, 1 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/revista-eletronica/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 29 set. 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 20. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1998.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 5, v. VIII, jul./dez. 2011.

ROQUE, André Vasconcelos. Legislações estaduais sobre as class actions norte-americanas: um estudo panorâmico. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 1, p. 240-295, jan./apr. 2012.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTR, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCAPINELLA BUENO, Cassio. As *Class Actions* Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para reflexão conjunta. **Revista de Processo**, ano 21, n. 82, abr./jun. 1996.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e legitimidade nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 180, fev. 2010, p. 10-41.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Processo em Relação a Terceiros. **Revista do Advogado**, n. 99, AASP, set. 2008.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo de Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. São Paulo: Atlas, 1979.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant: Limites Propostos para o Código de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aloisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Org.). **Direito Processual Coletivo e o Antiprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIOLIN, Jordão. **Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis**. Bahia: JusPodivm, 2008.

WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimidade para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

ZABASCKI, Teori. **Processo Coletivo** – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008.

ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.