

Ação Coletiva Passiva no Brasil: Fundamentos, admissibilidade e propostas.

Defendant Class Action in Brazil: Foundations, admissibility and proposals.

Lucas Franco de Paula
Advogado.

Fecha de Presentación: diciembre de 2011. Fecha de Publicación: marzo de 2012.

Resumo.

Analisa, à luz do atual sistema processual civil coletivo em vigor no Brasil, a admissibilidade de uma ação coletiva ser movida em face de uma coletividade organizada, enfrentando o problema da ausência de uma previsão legal expressa, a possibilidade de se realizar o controle judicial sobre a representação adequada, assim como a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada coletiva, os principais fundamentos teóricos para a admissibilidade do que a doutrina passa a denominar de ação coletiva passiva. Confrontando as intepretações divergentes sobre o tema, analisando a atual legislação e consultando decisões jurisprudenciais sobre os principais pontos apresentados, buscar-se-á não somente averiguar as questões propostas, mas também traçar um quadro sobre a atual e futura posição do direito brasileiro sobre esta modalidade de demanda coletiva.

Abstract.

It analyzes, in the nowadays Brazil's class actions civil procedure system, the admissibility of a class action be sued against an organized group, facing the problem of a clear rule prevision inexistence, the judiciary control over the adequacy of representation possibility and also the subjective extension of the claim preclusion effects, the main theoretical fundaments for the admissibility of what the doctrine begins to name as passive collective action. Confronting the divergent interpretations about this subject, analysing the nowadays laws and consulting courts decisions about the main presented points, it will not only analyze the proposed questions but also give an image about the present and future position of the brazilian law concerning this especie of class action.

Sumario

- I. INTRODUÇÃO.
- II. UMA BREVE INTRODUÇÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES COLETIVAS DO DIREITO BRASILEIRO.
- III. A AÇÃO COLETIVA PASSIVA E O AGRUPAMENTO HUMANO NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA COLETIVA NO DIREITO COMPARADO.
- IV. A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL.
 - 4.1 O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA.
 - 4.2 A AFERIÇÃO DA ADEQUADA REPRESENTAÇÃO.
 - 4.3 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA.
 - 4.4 EXEMPLOS DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS.
 - 4.5 O TRATAMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NOS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVOS.
- V. CONCLUSÃO.
- VI. REFERÊNCIAS.

Palavras chave

Direito Processual Coletivo. Interesses Transindividuais. Ações Coletivas. Legitimação coletiva passiva. Representação Adequada. Ações Coletivas Passivas. Defendant Class Action. Substituição Processual no pólo passivo de ação coletiva. Coletividade organizada ré em ação coletiva. Extensão subjetiva dos Efeitos da Coisa Julgada Coletiva.

Keywords

Collective Procedure Law. Transindividual Interests. Class Actions. Capacity to be sued in class action. Adequacy of Representation. Passive Collective Action. Defendant Class Action.

I.- INTRODUÇÃO.

Das transformações sociais ocorridas de forma global no período pós-revolução industrial surgiu uma nova classe de interesses, entre a clássica concepção dicotômica que distingue interesse público e privado. São os interesses(ou direitos) transindividuais, que passaram a exigir do Estado (por meio da ciência jurídica no ramo processual) inovações no exercício da jurisdição para a solução dos conflitos em que eles estejam presentes.

No final do século passado, estabeleceram-se muitas discussões para fixar as bases de um direito processual civil coletivo, enfrentando as dificuldades impostas pelo processo civil centrado exclusivamente no litígio individual. Mas de todo o trabalho realizado advieram instrumentos normativos consistentes para a tutela coletiva, como a Lei da Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública, o Mandato de Segurança Coletivo e o Código de Defesa do Consumidor, que se integraram para formar o que hoje se denomina de um “microsistema processual coletivo”.

Então, será analisada a legitimidade passiva em ações coletivas de um modo geral, para então adentrar em uma das questões principais a serem analisadas por este trabalho: se é admissível, no Brasil, que uma ação coletiva seja movida em face de uma coletividade organizada, estendendo-se ao agrupamento humano os efeitos de eventual sentença de procedência. É o que alguns denominam de “ação coletiva passiva”, ou seja, os interesses transindividuais em litígio estão inseridos no pólo passivo da relação processual coletiva. Há intenso debate

doutrinário a respeito e analisar a admissibilidade de uma ação coletiva movida em face de uma coletividade, de lege lata, implica que se verifique três principais problemas: a ausência de regramento expreso autorizando tal tipo de ação, a possibilidade ou não do controle judicial sobre a adequada representação dos legitimados e extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada material produzida.

A análise e discussão desses aspectos serão seguidas de um estudo das propostas de regramento expreso da ação coletiva passiva no Brasil, cotejando os quatro anteprojetos divulgados que propõe uma sistematização e codificação do atual regramento da tutela jurisdicional coletiva. Mas antes serão apresentados vários casos demonstrando que o judiciário brasileiro, alheio às discussões teóricas, tem julgado ações coletivas onde se vislumbram os principais pontos sensíveis sobre o tema.

2. UMA BREVE INTRODUÇÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES COLETIVAS DO DIREITO BRASILEIRO.

A legitimidade, como condição da ação, bifurca-se, ocupada de um lado pelo autor, no pólo ativo, e por outro pelo réu, que figura no pólo passivo da demanda. Nas ações coletivas, também se faz imprescindível tal distinção. O art. 6º da lei nº4.717/65 (Ação Popular) indica as pessoas em face de quem a demanda pode ser proposta. Já a Lei nº7.347/85 (Ação Civil Pública) não possui qualquer norma que dispõe sobre quem poderia figurar no pólo passivo.

Como não há distinção legal, nas ações civis públicas e coletivas prevalece o entendimento de que qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que dê causa ao evento danoso ofendendo interesse transindividual protegido pelo ordenamento jurídico pode fazer parte do pólo passivo da demanda coletiva. Obedecidas as especificidades contidas na lei, esta é a regra geral.

Em algumas situações é possível também que entes sem personalidade jurídica façam parte do pólo passivo de ação coletiva, em uma interpretação do art.12, VII, do CPC, bastando-lhes a chamada personalidade judiciária, como nos casos da massa falida, consórcios, condomínios,

espólio, sociedade de fato, etc.¹

São incluídas também como possíveis legitimadas passivas, as entidades que figuram como legitimadas ativas às ações coletivas, quando sejam causadores do dano ou ameaça de dano aos interesses transindividuais², mas segundo parcela da doutrina, fica excluído da legitimação coletiva passiva o Ministério Público, por ser órgão desprovido de personalidade jurídica.³ Marcelo Paulo Maggio apresenta outro argumento ao afirmar que “a regra legal expressamente previu que, no caso de o Ministério Público não intervir como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, jamais na posição de réu.”⁴

No entanto, como pondera Pedro da Silva Dinamarco, quando se pleitear uma tutela indenizatória, o Estado responderá por esses eventuais danos, mas se a ação civil pública (ou coletiva), ajuizada contra o Ministério Público, pleitear a imposição de uma conduta da instituição, “então não há como o processo seguir sem sua participação direta no pólo passivo”.⁵

Mostra-se controversa a possibilidade dos legitimados ativos figurarem no pólo passivo da relação processual coletiva como substitutos dos interesses do grupo, classe ou categoria, é o que se passa a analisar.

3. A AÇÃO COLETIVA PASSIVA E O AGRUPAMENTO HUMANO NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA COLETIVA NO DIREITO COMPARADO.

Uma das primeiras ocorrências de ação coletiva que se tem notícia envolve justamente o conceito da coletividade representada no pólo passivo de uma demanda coletiva e remonta ao direito anglo-saxão medieval, onde, no ano de 1199, um Pároco ajuizou ação na Corte

1 MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.p.339.

2 DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001.p. 268.

3 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9. ed. rev., e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p. 235.

4 MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da Ação: com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005. p.174.

5 DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001.p.268.

Eclesiástica de Canterbury em face dos paroquianos de Nuthampstead, buscando reconhecer o direito dos religiosos a receber certas oferendas e declarar a desnecessidade de realização de missas diárias na Paróquia. Apenas alguns aldeões representaram todos os paroquianos de Nuthampstead no pólo passivo da ação.⁶

Nos Estados Unidos da América, em meados do século XX, a possibilidade do agrupamento humano ser incluso no pólo passivo surgiu com a promulgação da Equity Rule 48 que passou a prever expressamente que as partes, em qualquer pólo da relação processual, podiam ser substituídas por representante adequado, garantida a vinculação da coletividade à decisão, inclusive dos ausentes.⁷

Atualmente, a possibilidade da 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 “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if[...]”, traduzindo ao português “um ou mais membros da classe podem demandar ou ser demandados como partes representativas em nome de todos somente se[...]”.

Anteriormente a estas previsões normativas, no ano de 1853, no julgamento do Caso Smith vs. Swormstedt, a Suprema Corte Estadunidense já reconhecia a possibilidade de o grupo ser demandado, quando admitiu que uma ação poderia ser ajuizada em face de uma “porção” dos numerosos demandados, representando um interesse comum.⁸

A regulamentação federal dessa modalidade de class action “foi seguida por grande parte das leis processuais civis dos estados norte-americanos que também passaram a prever as defendant class actions em seus estatutos.”⁹ Assim como ocorre com as class suits, onde as normas da lei federal e dos estatutos estaduais são correspondentes, o procedimento das defendant class actions passou a seguir uma relativa uniformidade.

6 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008. p.103

7 VEDOVA, Bianca da Rocha Dalla. Breves Aspectos Acerca da Ação Coletiva Passiva Originária. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bianca%20Vedova.pdf. Acesso em: 02 de 06. 2009.

8 Santos, Ronaldo Lima dos. O “Defendant Class Actions” – O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano III, n. 10, jan./mar., 2004 Trimestral. p. 141.

9 Loc. Cit.

Arruda Alvim esclarece que a possibilidade da inserção da classe no pólo passivo “é compreensível, no sistema norte-americano, diante da circunstância de que, previamente, aí não se exigem condições especiais para representar a classe”.¹⁰

De acordo com a Federal Rules of Civil Procedure (regra 23, (a)), constituem pressupostos de qualquer Class Action: (1) a classe ser tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável, (2) houver questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) os pedidos ou defesas das partes representantes forem típicos pedidos ou defesas da classe, e (4) as partes representantes protegerem eficaz e adequadamente os interesses da classe (adequacy of representation).

Esses requisitos devem ser cumulativos, ou seja, devem todos estar presentes para a admissão da ação como uma class action. Uma vez preenchidos tais requisitos, a ação deverá se amoldar em uma das hipóteses contidas na Regra 23 (b), que se constituem espécies de class actions traçadas pelo legislador.

Como aponta Pedro da Silva Dinamarco, a doutrina e a jurisprudência estadunidense freqüentemente divergem sobre o enquadramento de uma class action em uma das alíneas (b), mas não há outra solução, naquele sistema, a não ser atribuir ao juiz a tarefa de analisar cada caso concreto, concedendo um class certification, admitindo a demanda como uma class action.¹¹

Para a admissão de uma defendant class action, no entanto, é necessário que se observe alguns aspectos particulares, em comparação com as demais class actions, apontados por Ronaldo Lima dos Santos.¹²

Primeiramente, verifica-se a inversão do ônus de provar a presença dos requisitos da Regra 23 (a) em relação ao grupo parte do litígio, para a formação da convicção do juiz que concederá ou não a class certification, admitindo a demanda como uma class action. Enquanto nas class

10Apud DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001. Ibidem, 158.

11Ibidem, 149.

12 Santos, Ronaldo Lima dos. O “Defendant Class Actions” – O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano III, n. 10, jan./mar., 2004 Trimestral. p. 142.

actions geralmente isso é feito pelo grupo autor da demanda, na defendant class action, isso é feito por quem demanda contra o grupo.

O juiz, para proteger os membros da classe ausentes, poderá adotar inúmeras medidas como criar subclasses, instar o demandante à designação de outro membro da classe para colaborar com o representante, substituí-lo, determinar a notificação dos demais membros, denegar a class certification e inclusive determinar que o representante permaneça no pólo passivo da demanda se entender que ele possui capacidade e possibilidade de defender o interesse dos ausentes em disputa. Apesar de parecer irrazoável, essa última opção é coerente com o sistema das class actions estadunidense, onde o representante deve ter interesse direto na demanda, tendo sua própria esfera jurídica atingida.

Esse é o perfil da ação coletiva movida em face da classe no direito estadunidense, que assim como as demais espécies de class actions, são inegavelmente fonte inspiradora da produção científica brasileira na área.

Pedro da Silva Dinamarco registra, outrossim, a existência da defendant class action no direito anglo-saxão:

Na Inglaterra, a classe também pode estar sendo representada em qualquer dos dois pólos. Se quiser demandar por um grupo ou contra ele, ou autor poderá fazê-lo sem autorização prévia, mas deverá obtê-la da corte assim que possível. [...] Entretanto, quem quiser defender a classe no pólo passivo deverá obter previamente a autorização judicial.¹³

Técnica que vem a se assemelhar ao instituto ora analisado é o da Ação Popular Portuguesa (lei 83, de 31.08.1995), onde se prevê que a citação será feita por anúncios tornados públicos, através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesse gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários(art.15.2). Ao final, segundo o art.19.1, o julgado terá eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem se auto-excluído da

13 DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001.p. 158.

representação.¹⁴

4. A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL.

Em que pese os grandes avanços do processo civil brasileiro no campo da tutela jurisdicional coletiva, a possibilidade de uma coletividade organizada (grupo, classe...) ser legitimada passiva em uma ação coletiva, é um tema pouco estudado pelos especialistas da área. Em regra, o estudo sobre a legitimidade ad causam em ações coletivas, em todos esses anos, concentrou-se na legitimidade ativa.

Cresce a preocupação, no entanto, de se prever no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se ajuizar uma demanda contra uma dada coletividade, ou seja, com o agrupamento humano colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. É o que parte da doutrina passa a chamar de “ação coletiva passiva”.

Assim, não obstante a crítica já apresentada no capítulo 3.1, fundada no argumento de que do ponto de vista teórico, mostra-se inadequada qualquer qualificação terminológica da ação, reconhece-se que o termo “ação coletiva passiva” resume bem a sua essência.¹⁵

Antonio Gidi lembra que com a inserção da Lei nº7347/85 (Lei de Ação Civil Pública) no ordenamento jurídico, foi concedido robusto instrumento para a tutela dos direitos transindividuais, sem que houvesse prévia discussão doutrinária ou jurisprudencial sobre o tema. Com a ação coletiva passiva, segundo o autor a situação se inverte pelo fato de o direito brasileiro não prever expressamente a possibilidade de um agrupamento humano ser réu em um litígio:

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9. ed. rev., e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 228.

15 Discordando da utilização desse termo, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, em conferência realizada no dia 05 de dezembro de 2005, propugna pela “inadequação da expressão ação coletiva passiva, pois o que define uma ação como coletiva é o seu objeto material — o correto seria dispor sobre a possibilidade de substituição processual no pólo passivo das ações coletivas”.

Se é verdade que há alguns anos o direito brasileiro ainda não estava preparado para enfrentar os problemas envolvidos em uma ação coletiva passiva, o certo é que já chegou o momento de começar a pensar no assunto não somente de lege ferenda, mas como também, talvez de lege lata.¹⁶

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior desenvolvem a interessante concepção de que uma ação coletiva pode ser ajuizada em face do agrupamento quando haja uma situação de direito material que implique um dever ou estado de sujeição relativo a ele. “Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas)”.¹⁷

Distinguem ainda duas situações, sendo a ação coletiva passiva originária, quando ela dá início a um processo coletivo, sem vinculação a processo anterior, e derivada, quando ela decorre de um processo coletivo “ativo” precedente, e é proposta pelo réu deste processo coletivo.¹⁸

Antes de se abordar, de lege ferenda, o reconhecimento expresso da possibilidade da coletividade ser legitimada passiva em ações coletivas, representada por um substituto, contida nos anteprojetos de um possível código brasileiro de processo coletivo, cabe investigar se atualmente, em nosso ordenamento jurídico, é admissível, de lege lata, ações desta natureza, por meio dos argumentos a favor e contra encontráveis na doutrina.

4.1 O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA.

O primeiro dos argumentos daqueles que defendem não ser admitida a ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro é a ausência de expressa previsão legal, como se vê em estudo publicado sobre o tema, no ano de 2003, onde Pedro da Silva Dinamarco sustenta que a inexistência de texto legal expresso autorizando que alguém defenda no pólo passivo de uma

16 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008. p.414.

17 DIDIER JR., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. v. 1. p.400.

18 Ibidem, p.402. Citam a ainda a proposição de Diogo Maia Campos Medina, que divide a ação coletiva passiva em ações coletivas independentes e ações coletivas derivadas ou incidentes.

ação coletiva um direito alheio em nome próprio seria obstáculo insuperável.¹⁹

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, apesar de admitir uma série de exceções, entende que a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está passivamente legitimada para as ações coletivas. Isto, segundo o autor, em razão do sistema hoje vigente, interpretando-se o art.5º da Lei nº 7347/85 e o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e considerando ainda a substituição processual como matéria de direito estrito (art.6º, CPC), de modo que os legitimados lá mencionados só substituem processualmente a coletividade de lesados no pólo ativo. Concluí afirmando:

No que diz respeito ao pólo passivo da relação processual, ainda hoje a lei não autoriza, em regra, a substituição processual dos indivíduos transindividualmente considerados. Afora as hipóteses de interesses indeterminados de toda a coletividade no pólo passivo, ou de parcela expressiva de interessados, cuja defesa deva ser assumida pelo Ministério Público (CPC, art.82, III), no tocante a interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, ressalvadas situações excepcionais a que já nos referimos, a regra geral é a de que, de lege lata, não há como defendê-los no pólo passivo da relação processual.²⁰

Arruda Alvim et al, em comentário ao artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor e perquirindo a possibilidade de os legitimados previstos no art.82 serem réus em ação autônoma ou em reconvenção, concluem, após interpretação sistemática com os arts.81,82 e 103 do referido Código, que a ação coletiva só poderá ser proposta pelos representantes adequados, não podendo contra eles ser ajuizada.²¹

A argumentação dos que defendem a impossibilidade de ser a ação coletiva movida em face da coletividade parece centrar-se no modo de compreensão da palavra 'defesa' insculpida no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que indicaria apenas o pólo ativo das demandas judiciais. José Marcelo Menezes Vigliar resume bem tal posição:

19 Apud DIDIER JR., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. v.1. p.219.

20 MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.p. 343.

21 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003., p.199.

Aqueles que negam a possibilidade da 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 à possibilidade de atuação dos representantes na qualidade de autores, ressaltando as expressões existentes em diversos dispositivos legais que seriam indicativas dessa única possibilidade.²²

Assim, como a legislação processual coletiva só indicaria a possibilidade da substituição processual para ajuizar a ação coletiva, à luz do art.6º do CPC, por ausência de expressa autorização legal, a coletividade não estaria legitimada a figurar no pólo passivo de uma relação processual coletiva, representada pelas entidades legitimadas ativas. A legitimação extraordinária, por ser excepcional, não poderia ser presumida, tendo as entidades legitimadas apenas o poder de agir, e não de resistir.²³

José Marcelo Menezes Vigliar, ressalta, ainda, que a interpretação mais restrita dos termos empregados pelo legislador, pelos que defendem a impossibilidade da substituição processual da coletividade no pólo passivo da demanda coletiva (e conseqüentemente sua legitimação passiva), poderia ser justificada pelo fato de que:

[...] sempre imaginamos a sociedade como credora da tutela jurisdicional coletiva. Sempre concebemos os representantes adequados como aqueles que se dedicam a curar, em juízo, os interesses mais caros e frágeis da sociedade. Certos interesses transindividuais (como é o caso dos difusos) que não pertencem individualmente a ninguém em particular, mas a todos simultaneamente, correriam o risco de não serem defendidos em juízo, não fosse a substituição processual que se viabiliza pelas ações coletivas.²⁴

Essa concepção, apesar de apresentar uma preocupação reconhecidamente relevante, que visa resguardar a coletividade e seus interesses transindividuais (a própria filosofia das ações

22 Vigliar, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos . Disponível em: <http://www.marcelovigliar.com.br/artigo.php?pid=44>. Acesso em 01 jun. 2009. p.7

23 MANCUSO, Rodolfo de Camargo . Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.470.

24 Vigliar, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos . Disponível em: <http://www.marcelovigliar.com.br/artigo.php?pid=44>. Acesso em 01 jun. 2009. p.7.

coletivas), não se mostra totalmente válida, já que “demandar em face de uma coletividade não significa priorizar o interesse individual sobre o transindividual. Muitas vezes, um interesse coletivo entra em conflito com outro e isso dá origem a uma ação duplamente coletiva”.²⁵

Trata-se da já mencionada característica de alta conflituosidade, dos interesses transindividuais, onde há a contraposição de interesses de dois ou mais grupos diferentes, que conseqüentemente faria com que figurassem em pólos distintos de uma relação processual coletiva.

Em posição contrária aos autores supramencionados, informa Pedro Lenza a posição de Ada Pellegrini Grinover em texto de sua autoria que data de 1986, indicando a presença de autorização legal em no ordenamento jurídico pátrio. Ressaltando a importância conferida ao tema pela doutrina italiana, observa a possibilidade de uma espécie de defendant class action no direito brasileiro, aferida por meio de uma interpretação do art.5º, §2º, da Lei nº7347/85:

[...] a Lei 7.347 permite a intervenção, como litisconsortes do réu, aos entes públicos e às associações legitimadas à ação (art.5º, §2º): associações, portanto, constituídas para a defesa do meio ambiente e dos consumidores. Talvez não sejam freqüentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo.²⁶ conferida ao tema pela doutrina italiana, jue data de 1986, ressaltando a importancia

De uma interpretação dos artigos 83 e 107 do Código de Defesa do Consumidor a referida autora também sustenta a possibilidade da classe ser demandada em juízo, posição acompanhada por Pedro Lenza. O art. 107 do Código de Defesa do Consumidor prevê que as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, por convenção escrita, podem regular relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo, sendo que esta convenção se torna obrigatória aos filiados das entidades signatárias após registro em cartório.

25 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008. p. 99.

26 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 202.

Apesar de não estabelecer regras para um grupo indeterminado de pessoas (restringe-se aos filiados das entidades signatárias), este artigo, que trata da convenção coletiva de consumo, segundo os autores mencionados é um exemplo da possibilidade de se demandar judicialmente uma classe em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas do referido contrato, sendo esta representada judicialmente pela associação da qual faz parte.

Destacam ainda o art.83 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe 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. A possibilidade da coletividade ser ré em uma ação coletiva e se sujeitar à futura decisão, portanto, estaria inserida nessa hipótese:

Assim, pode-se afirmar ser perfeitamente possível a propositura de ação em face da classe, a fim de ser realizar todas as situações práticas decorrentes dos exemplos já imaginados pela doutrina. Reconhece-se que esse tipo de ação não é comum. Não se pode, contudo, ignorá-la.[...]²⁷

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, defendendo a possibilidade de se demandar a coletividade no Brasil mesmo diante da inexistência de texto legal expresso²⁸, trazem, à discussão, outro argumento:

A partir do momento em que não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu de ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se ação coletiva passiva.²⁹

Interessante conclusão é feita por Antonio Gidi³⁰, resumindo a necessidade e a conveniência de uma interpretação mais ampla e flexível da sistemática processual coletiva brasileira, para permitir a propositura de uma ação coletiva passiva:

27 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.203.

28 Ao argüir que a atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que a se retire do sistema jurídico.

29 DIDIER Jr., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p.413.

30 Apud VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM,2008. p. 153.

Se é verdade que o CDC e a LACP não as contemplam expressamente, também é certo que não as proíbem. Se a tutela coletiva foi permitida pela lei e se há regulamento processual adequado para a matéria, não há por que negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva. A questão, porém, merecer cuidadoso estudo antes que uma palavra final possa ser dada a respeito.

Vale ressaltar que Hugo Nigro Mazzili, apesar de refutar a possibilidade de a coletividade ser ré em uma ação coletiva, admite algumas exceções. Embora não admita a reconvenção em uma ação coletiva, reconhece que os legitimados do art.5º da Lei 7347/85 e art.82 do Código de Defesa do Consumidor podem ocupar o pólo passivo da demanda representando a coletividade, nos casos de embargos do executado, embargos de terceiro, na ação rescisória de ação civil pública ou coletiva, ou na ação de rescisão ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta.³¹

4.2 A AFERIÇÃO DA ADEQUADA REPRESENTAÇÃO.

Outro problema apontado por aqueles que são contra a possibilidade de se demandar a coletividade no Brasil, é o de que em nosso país, o sistema processual coletivo não permite uma efetiva aferição da “representatividade adequada” daquele legitimado à figurar em juízo em substituição à coletividade, grupo ou classe, sendo esta uma relevante preocupação, já que, estando a coletividade no pólo passivo de uma demanda coletiva, os efeitos da sentença de procedência a afetará (tema a ser debatido no próximo capítulo), sendo que, no processo, a atuação inadequada do substituto ensejaria à coletividade grave prejuízo.

Sem um controle efetivo da capacidade daquele que defende o agrupamento humano, existiria o risco de figurar, no pólo passivo, alguém que não representa, efetivamente, os interesses da coletividade que “parece” representar.³²

No direito norte-americano, por exemplo, a possibilidade do controle judicial da

31 MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 341.

32 Vigliar, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. Disponível em: <http://www.marcelovigliar.com.br/artigo.php?pid=44>. Acesso em 01 jun. 2009.p.8.

representatividade adequada está prevista na Rule 23 (a)(4), e assim, para que a ação coletiva seja aceita, o representante da coletividade deve proceder de forma adequada em juízo. Já na Inglaterra também se prevê um sistema no qual tal pressuposto deverá ser averiguado pelo juiz, que passa a ter uma posição ativa, de garantidor de um processo coletivo adequado, de forma ex officio e a qualquer tempo no processo.³³

O sistema adotado no Brasil, como já mencionado, é ope legis, fixando-se na lei quem são os legitimados a defender em juízo a coletividade, presumindo-se, segundo alguns, a adequação de sua representatividade, sem a verificação desta no caso concreto.

Utilizando-se do argumento de que não se permite o controle judicial sobre a legitimidade no Brasil no atual sistema, parte da doutrina nega, portanto, a possibilidade da coletividade organizada figurar no pólo passivo de uma demanda coletiva.³⁴

É possível sintetizar alguns argumentos daqueles que negam a possibilidade do controle judicial sobre a representatividade adequada: a) a coisa julgada nas ações coletivas seria dada apenas para beneficiar os membros do grupo; b) pelo fato do legislador selecionar previamente algumas pessoas, haveria, quanto a elas, presunção iuris et iure, sem controle judicial; c) o controle judicial seria desnecessário, já que o Ministério Público sempre atua como fiscal da Lei em ações coletivas.³⁵

Sem embargos, a inexistência do controle judicial em nosso sistema não é entendimento unânime, há quem defenda um papel mais ativo do juiz a quem incumbe uma demanda coletiva, de modo a aferir, no caso concreto, alguns critérios acerca da legitimação daqueles que substituem o agrupamento humano em juízo.

Há por exemplo, quanto ao sistema de legitimação ope legis sem controle judicial sobre a representatividade adequada, os problemas indicados por Ada Pellegrini Grinover, que observa haver casos em que há manejo de ações coletivas por parte de associações, que embora

33 VEDOVA, Bianca da Rocha Dalla. Breves Aspectos Acerca da Ação Coletiva Passiva Originária. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bianca%20Vedova.pdf. Acesso em: 02 de 06. 2009.

34 Como Hugo Nigro Mazzili, Pedro da Silva Dinamarco e Elton Venturi, entre outros.

35 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008. p. 65.

obedeçam os requisitos legais (art.5º, Lei 7347/85), não apresentam credibilidade, seriedade, conhecimento técnico-científico, capacidade econômica, possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados que indicam uma representatividade idônea e adequada, e que leva a autora a concluir que o ordenamento jurídico pátrio não é infenso ao controle da legitimação “ope judices”.³⁶

No art.82, §1º do Código de Defesa do Consumidor, tem-se a possibilidade do juiz dispensar o requisito da pré-constituição de um ano para a associação legitimada, verificando, caso a caso, se há a presença de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

De acordo com Pedro Lenza, verificado o preenchimento desses requisitos legais, o magistrado deverá (e não poderá) dispensar o requisito de pré-constituição de um ano. Assim sendo, em um raciocínio inverso afirma que, se é possível reconhecer a adequada representação nas hipóteses em que a associação não preencha os requisitos legais, dispensando-os, por coerência do sistema, seria possível declarar a falta de “capacidade de representação da classe para as situações em que o autor coletivo, muito embora se enquadre nos requisitos legais, se revela inidôneo para o ajuizamento da ação”.³⁷

Outro exemplo, que corrobora o entendimento de que tem havido certo controle judicial sobre a legitimidade no sistema processual coletivo brasileiro respeita à decisões do Supremo Tribunal Federal, em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público versando matéria tributária ou para a tutela de direitos individuais disponíveis, negando tais possibilidades, embora não houvesse qualquer ressalva, neste sentido, no texto legal.³⁸

Calha ressaltar, ainda, a lição de Antonio Gidi, ao propor que se efetive o controle judicial da representatividade adequada no Brasil com fundamento no princípio do devido processo legal:

Acontece que o Código do Consumidor e a Ação Civil Pública se inserem em contexto maior,

36 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003..p. 194.

37 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 196.

38 DIDIER Jr., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. v. 1. p.208.

que é a Constituição brasileira e o devido processo legal. Portanto, em verdade, pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional.³⁹

No pólo ativo de uma demanda coletiva, o fato de figurar uma entidade que não possui representação adequada é grave, mas na pior das hipóteses, caso não consiga provar as afirmações que deduz, a coletividade será beneficiada pela não-concretização do fenômeno da coisa julgada material, como se verá adiante, sendo possível a repositura da demanda coletiva.

Já na hipótese de a entidade legitimada figurar no pólo passivo de uma demanda coletiva, os efeitos da sentença de mérito afetarão diretamente os representados, sendo necessário, portanto, para a garantia da ampla defesa que sejam defendidos por um representante adequado, de modo a não serem indevidamente penalizados.

Referindo-se especificamente ao caso das Associações, onde os requisitos para a configuração de sua legitimidade estão previstos em lei, José Marcelo Menezes Vigliar faz a seguinte observação:

Concordo que essas exigências devam ser mantidas. Mas devem ser as mínimas. Mais que esses requisitos, deve-se conceder ao juiz do caso concreto a análise do efetivo compromisso que guarda com a causa (seja a do consumidor, seja a do meio ambiente etc.). Associações oportunistas devem ser impedidas de atuar em juízo. Não detêm, de fato, representatividade adequada. Ora, se as circunstâncias (somadas aos requisitos mínimo legais) indicarem a presença de representatividade adequada, jamais será necessário duvidar da realização de uma “ampla defesa” por parte dessa entidade.

Deste modo, a possibilidade da aferição, por parte do Poder Judiciário, da existência de adequada representação do agrupamento humano, é pressuposto lógico da possibilidade de demandar este agrupamento em juízo, em uma ação coletiva.

39 GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. Revista de Processo. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 69.

4.3 A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA.

Ao que parece, o maior problema para a admissão da ação coletiva em face de um agrupamento humano, segundo a doutrina, reside na extensão dos limites subjetivos da coisa julgada material.

A coisa julgada foi outro instituto jurídico processual clássico que sofreu alterações para se adaptar ao sistema de tutela jurisdicional coletiva, já que a previsão clássica da extensão de seus efeitos somente a quem é parte da demanda não se coaduna quando o objeto desta são interesses transindividuais. O art.103 do Código de Defesa do Consumidor, aliado às disposições da Lei de Ação Civil pública prevêem uma nova modelação da coisa julgada que resulta de uma demanda coletiva.

O problema da extensão da decisão proferida em uma ação coletiva a quem não foi parte parece ter sido solucionado no sistema processual coletivo, quando se trata da coletividade substituída no pólo ativo de uma demanda por um legitimado, por meio da introdução das técnicas de mitigação da extensão subjetiva da coisa julgada.

Neste particular, verifica-se que no microsistema processual coletivo Brasileiro, a coisa julgada produzida em uma ação coletiva obedecerá ao disposto no art.103 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que:

- tratando-se de ações que tenham por objeto interesses difusos, a coisa julgada produzida será erga omnes, de acordo com a disposição contida no art. 103, inciso I, do CDC. A exceção é quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar outra demanda coletiva com idêntico fundamento, bastando, para tanto, que possua nova prova;

- já no caso de uma ação coletiva ser proposta para defesa de interesses coletivos stricto sensu, a coisa julgada será ultra partes, mas limitada ao grupo, categoria ou classe, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, da mesma forma que ocorre na hipótese anterior.(art. 103, inciso II, do CDC);

- no que diz respeito aos interesses individuais homogêneos, de acordo com o art. 103, inciso III,

do CDC, tem-se que a sentença proferida em tais ações fará coisa julgada erga omnes exclusivamente em caso de procedência do pedido, de modo a beneficiar todas as vítimas e seus sucessores;

- quanto às ações individuais, o julgamento de improcedência do pedido nas ações coletivas, independentemente do motivo, não prejudicará interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, ficando aberta a possibilidade do exercício individual do direito de ação. Foi mantido, neste aspecto, a máxima do instituto da coisa julgada, corolário do princípio do contraditório⁴⁰, segundo o qual só sofrerá os efeitos do julgado aquele que for parte do processo.

Em relação à ação coletiva passiva, no entanto, emerge a necessidade da análise da extensão dos efeitos da sentença aos membros do grupo demandado, cujos componentes não irão participar diretamente da demanda, mas por meio do seu representante adequado, trazendo respostas acerca da sua submissão aos efeitos de eventual sentença de procedência, acolhendo-se um pedido formulado contra a coletividade.

Questiona-se se o atual sistema, cujo regramento da coisa julgada material em sede de ações coletivas encontra-se no art.103 do Código de Defesa do Consumidor, e art.16 da Lei nº7347/85, estaria apto a admitir a ação coletiva movida em face de uma coletividade organizada, estendendo-se a esta, eventualmente, os efeitos da coisa julgada material.

Pedro da Silva Dinamarco lembra que a coisa julgada não pode prejudicar a classe representada, não admitindo, inclusive, a reconvenção de ação coletiva, concluindo que “[...] não haveria qualquer utilidade na atuação jurisdicional, gerando carência de ação, por falta de interesse processual.”⁴¹ Seria, ademais, uma violação às garantidas constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.⁴²

Problematiza, ainda, o fato de que a aceitação de uma ação coletiva movida em face de uma coletividade, nos Estados Unidos, se dá em razão de a coisa julgada produzida sempre atingir

40 VEDOVA, Bianca da Rocha Dalla. Breves Aspectos Acerca da Ação Coletiva Passiva Originária. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bianca%20Vedova.pdf. Acesso em: 02 de 06. 2009.p.9.

41 DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001.p.271.

42 Loc. cit.

todos os representados, independente do resultado da demanda, o que não acontece no Brasil, onde a coisa julgada só poderá beneficiar a coletividade, de acordo com as regras acima expostas.⁴³

Este é o principal problema de se admitir que uma ação coletiva seja ajuizada em face de uma coletividade, de lege lata, sob o prisma do regime coletivo da coisa julgada dentro do sistema processual coletivo do Brasil: em um primeiro momento, não se admite a possibilidade de se estender os efeitos da coisa julgada produzida em ação coletiva à coletividade, que não participou do contraditório, o que parece ser o principal objetivo, e a utilidade de uma ação coletiva passiva.

Apesar de posicionar-se contrário à admissibilidade da coletividade ser substituída no pólo passivo pelos mesmos motivos, Hugo Nigro Mazzilli admite que:

Ainda, poderíamos lembrar que o sistema processual vigente já admite, ocasionalmente, que se forme título executivo erga omnes contra a coletividade, abstratamente considerada, como na própria ação civil pública ou na ação popular julgadas improcedentes por qualquer motivo que não a mera falta de provas, bem como na ação de usucapião de bens imóveis, ou na ação de anulação de título ao portador, julgadas procedentes, nas quais o Ministério Público é citado ou comparece como parte pro populo; em outros exemplos, prevê-se a citação de pessoas incertas ou desconhecidas. Também há a possibilidade de serem citados por edital centenas ou até milhares de beneficiários de atos impugnados em ações civis públicas(v. tópico 1, h, neste Capítulo). Mas a rigor, em todas essas hipóteses, não teríamos propriamente, réus incertos no pólo passivo.⁴⁴

Há quem defenda, porém, que por meio de uma interpretação das próprias normas do art.103 do Código de Defesa do Consumidor, seja possível adaptar o atual regime da coisa julgada coletiva às ações coletivas movidas em face de uma coletividade.

Pedro Lenza trabalha a hipótese de uma ação promovida por uma empresa de planos de saúde

43 DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001.p.269.

44 MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.p. 343.

em face do Idec (representante dos consumidores), com o objetivo de declarar a licitude de determinada cláusula padrão em contrato de adesão. Após a aferição da adequada representação da associação, caso a demanda fosse julgada procedente, a coisa julgada se daria erga omnes, abrangendo todos os legitimados ativos e impossibilitando-os de ajuizar nova ação com mesmo objeto. Quanto aos consumidores representados, no entanto, mesmo que dentro da lei, a decisão não impedirá que qualquer consumidor proponha sua ação individual, questionando novamente referida cláusula. Assevera, ainda:

O julgamento de improcedência de ação coletiva promovida pelo Idec contra uma empresa de planos de saúde, após produção probatória suficiente, corresponde à ação proposta pela empresa contra o Idec e julgada procedente, declarando a validade da aludida cláusula.⁴⁵

A solução apresentada mostra-se simples e capaz de utilizar o atual regramento da coisa julgada coletiva para se admitir uma ação coletiva em face de uma coletividade organizada, mesmo sem alteração legislativa para autorizar a extensão dos efeitos da coisa julgada à coletividade, desfavorecendo-a. Logicamente, a efetividade de uma ação coletiva passiva, nestes moldes, será limitada, mas não inútil.

Ada Pellegrini Grinover⁴⁶ sintetiza, através da interpretação das leis processuais já vigentes as seguintes possibilidades:

a) quando a ação individual tratar de interesses difusos ou coletivos, inverter-se-ia a previsão legal do art.103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor e art.16 da Lei de Ação Civil Pública, e a sentença de procedência em que se reconhecesse a insuficiência da defesa, pelo representante adequado demandado, não permitiria o advento da coisa julgada material;

b) no caso de a ação individual veicular interesses individuais homogêneos, qualquer dos interessados representados pelo co-legitimado réu (o representante adequado) poderia, na hipótese de procedência, ajuizar demanda em face do autor da ação coletiva, invertendo-se o

45 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.204.

46 Vigiari, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos . Disponível em: <http://www.marcelovigliari.com.br/artigo.php?pid=44>. Acesso em 01 jun. 2009.p.12.

art.103,III e §2º do Código de Defesa do Consumidor. Questiona-se, novamente, a pouca utilidade desta simples inversão, pois no caso, em razão da não vinculação dos representados aos efeitos da coisa julgada, só poderia transitar em julgado a sentença de improcedência, contra o autor⁴⁷;

c) tratando-se de ação coletiva em que houvesse representantes adequados nos dois pólos (ação duplamente coletiva), segundo a autora, a coisa julgada ocorreria sem qualquer temperamento. Esta posição também foi adotada por Diogo Maia Campos Medina⁴⁸, para quem:

Nesta hipótese, ainda que o autor esteja defendendo direitos homogeneamente lesionados, estará defendendo-os com a mesma natureza dos direitos defendidos pelo réu coletivo, isto é, a supraindividualidade. Desta forma, pelo enfrentamento recíproco de direitos de natureza coletiva, não há que se falar em restrições à formação da coisa julgada.

Assim sendo, concordamos integralmente com a solução sugerida pela professora Grinover, que defende a formação da coisa julgada erga omnes tanto em caso de acolhimento quanto em caso de rejeição do pedido

Inicia-se a seguir uma análise de exemplos de ações coletivas ajuizadas em face de uma coletividade organizada, no ordenamento jurídico pátrio.

4.4. EXEMPLOS DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Alheio a toda a discussão doutrinária sobre a admissibilidade da ação coletiva movida em face do agrupamento humano no Brasil, o Poder Judiciário têm, de certa forma, admitido essa hipótese.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr lembram que os litígios coletivos trabalhistas quando envolvidos em uma ação coletiva (ação civil pública, mandado de segurança coletivo...), podem ser considerados exemplos de uma ação duplamente coletiva, onde há a representação por ente

47 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM,2008.p.143.

48 Apud VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM,2008. p.146.

legitimado nos dois pólos da relação processual. Seria o primeiro caso de uma relação processual com as características de uma ação coletiva passiva no Brasil.⁴⁹

Diogo Maia⁵⁰ cita o exemplo de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Ceará na Comarca de Baturité, em razão do fato de os comerciantes locais utilizarem indevidamente as calçadas da cidade para expor seus produtos. Estruturou-se o pedido postulando

ordenar genericamente aos comerciantes desta cidade, independentemente de estarem nomeados no pólo passivo desta ação, a retirada dos objetos de qualquer espécie, das vias e passeios públicos, no prazo improrrogável de 24 horas, sob pena da multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais). Requerendo que seja determinado a divulgação da ordem de V. Exa., em caso de ser deferido o pedido retro, nos meios de comunicação locais, para a total ciência de todos os comerciantes desta cidade, além da intimação pelo Oficial de Justiça.

No pólo passivo da ação foram inclusos alguns comerciantes, que representaram a classe, sendo que o pedido foi julgado procedente em 14 de maio de 1998.

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, foi ajuizada demanda judicial pelo Governo Federal, em face da Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal, requerendo o retorno às atividades. A categoria “policial federal” encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica produzida em juízo, sujeito à afirmação da parte contrária de que tinha o dever coletivo de retornar ao trabalho, mas era representada, no processo, pelos respectivos Sindicatos. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., trata-se de um exemplo de ação coletiva passiva.⁵¹

Exemplo semelhante a este é o da ação movida pelo Estado do Rio de Janeiro, em face da Associação de Defensores Públicos do Estado, e pelo Estado de Minas Gerais em face de associações diversas e do Sindicato dos Policiais Militares, e, ainda, pelo Estado do Rio de

49 DIDIER Jr., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. v. 1. p.403.

50 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM,2008.p. 94.

51 DIDIER Jr., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p.404.

Janeiro em face do Sindicato dos servidores e da Secretaria de Justiça, todos citados por Diogo Maia Campos Medina.⁵²

Outro interessante exemplo é o citado por Jordão Violin, de uma Ação Civil Pública registrada sob o nº1016/2004, em trâmite na segunda vara cível da Comarca de Curitiba-PR, proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do SINDICOMBUSTIVEIS, um sindicato composto por revendedores de combustíveis do Estado. Ressalta que, caso não fosse reconhecida a representação do sindicato, tal ação ficaria praticamente inviável. “Há mais de duas centenas de postos de combustíveis atuando na região de Curitiba. É fácil de imaginar a dificuldade de se formar um litisconsórcio entre todos eles.”⁵³

Ocorre que em consulta à movimentação do referido processo, disponibilizada pela Internet, verificou-se a existência, no pólo passivo da demanda, de 323 réus, além do SINDICOMBUSTIVEIS. Pelo conteúdo do referido despacho, única peça com conteúdo disponível, infere-se posteriormente que os postos de combustíveis foram citados e tiveram a oportunidade de se defender.

[...] Os requeridos que já (sic) haviam sido citados quando do pedido de aditamento foram intimados a se manifestarem, sendo que aqueles que se manifestaram requereram o indeferimento do pedido do autor. O art. 294, do CPC estabelece que o pedido poderá (sic) ser aditado antes da citação. Contudo, na hipótese (sic) dos autos (sic) grande parte dos requeridos já havia (sic) sido citada com a apresentação de contestação. Além disso, existe discordância (sic) do pedido de aditamento pretendido. A vista disso, considerando que parte dos requeridos já havia sido citada, indefiro o pedido de aditamento. Decorrido o prazo de recurso, registre-se os autos para sentença e voltem.⁵⁴

A análise da sentença da referida demanda poderá responder algumas questões sobre a possibilidade da representação de um grupo no pólo passivo (como no caso da extensão de seus efeitos àqueles que não foram citados, mas fazem parte do sindicato) e também quanto à necessidade-utilidade de se admitir, no atual sistema, a ação coletiva movida em face de um grupo, representado por um substituto (verifica-se por exemplo, problemas como a dificuldade na

52 Apud VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008. p. 95.

53 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008. p. 94.

54 Consulta disponível no site: www.assejepar.com.br.

prática dos atos processuais, o crescimento desordenado do volume físico e a demora na tramitação da ação, já em trâmite há cerca 5 anos e sem uma sentença).

No ano de 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da reitoria reivindicando a renúncia do reitor, acusado de praticar irregularidades. A Universidade ingressou em juízo e por meio de uma ação possessória, pleiteou a desocupação do imóvel.⁵⁵ No caso, conforme explica Hermes Zaneti e Fredie Didier Jr., propõe-se uma demanda em face de praticantes de ilícitos.⁵⁶

Este exemplo, apesar de não consistir em uma ação coletiva propriamente dita, serve para exemplificar o reconhecimento da possibilidade da coletividade ser judicialmente substituída por um representante, são inúmeros os casos semelhantes encontráveis nos tribunais pátrios.

Veja-se, ainda, o caso de uma ação movida pelo Estado do Espírito Santo em face da APES – Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo, onde se pleiteou a declaração de nulidade da decisão proferida em um mandado de segurança proposto pela Associação em face do Estado, que argumentou que a procedência do pedido formulado no aludido Mandado de Segurança baseou-se em dispositivo flagrantemente inconstitucional, pois vinculou o reajuste automático dos salários dos servidores públicos deste Estado a indexador decretado pela União Federal.

A Associação requerida alegou, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda sob o fundamento de que a mesma somente detêm legitimidade extraordinária para atuar no pólo ativo das ações de interesse de seus associados. Mas na decisão proferida, foi afastada a preliminar alegada e reconhecida a legitimidade e a adequação da substituição da classe em sentença onde se aduziu que:

Conforme já havia salientado por ocasião da decisão liminar, a presente demanda constitui uma ação coletiva passiva (defendant class action), eis que foi movida pelo Estado do Espírito Santo em face da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES, visando a

55 Tribunal Regional da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br, registrado sob o número 2008.34.00.010500-5.

56 DIDIER Jr., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. . v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p.404.

desconstituir uma sentença proferida em favor de todo um grupo ou classe. Todavia, nada há de extraordinário nisso. Vale salientar que, a partir da análise sistemática do conjunto legislativo vigente, as ações coletivas passivas são admissíveis no sistema jurídico brasileiro. Apesar de alguns autores não a admitirem, sob o fundamento da necessidade de uma regulamentação processual expressa, a ação coletiva passiva já é uma realidade na prática jurisdicional brasileira, cabendo ao magistrado a construção judicial da solução da controvérsia a luz das diversas garantias legais e constitucionais. Dentre outras, podemos citar a garantia do acesso à justiça, a da vedação do non liquet, a do due process of law (compreendido em ambos os sentidos), a da economia processual etc.⁵⁷

Outro exemplo do que seria uma ação coletiva passiva derivada, é a Ação Rescisória ajuizada por AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S. A., com fundamento nos incisos II e V do artigo 485 do Código de Processo Civil, visando à desconstituição do Acórdão prolatado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que manteve decisão de primeiro grau para firmar a competência dessa Corte Estadual para o julgamento da causa e julgar procedente a ação coletiva de consumo ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que passou a integrar o pólo passivo da demanda.⁵⁸

A demanda incidental à ação coletiva originária fez com que o Ministério Público, que atuou inicialmente em defesa dos interesses do consumidor no pólo ativo, passasse a fazê-lo no pólo passivo da segunda ação.

Ao lado destes exemplos práticos, é possível encontrar na doutrina hipóteses plausíveis do uso e admissibilidade de uma ação coletiva passiva no atual sistema.

Kazuo Watanabe, em palestras proferidas nas IV Jornadas de Direito Processual (ocorrida em agosto de 2001), cita o exemplo de uma ação civil pública proposta contra moradores que decidissem bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas, e ainda, o exemplo citado por Ada Pellegrini Grinover, de uma ação visando à declaração da validade de condição geral de contrato de adesão, contestada individualmente por membros de uma classe, para que tivesse

57 ACAO DECLARATORIA DE NULIDADE No 100070019698., Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

58 Processo nº 70013292040 do 1º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Requerente : AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S.A. Requerido : Ministério Público Natureza: Ação Rescisória Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal.

eficácia sobre toda a categoria.⁵⁹

Marcos Neves Fava compila uma série de situações, como ação que visasse a impedir a OAB de propagar adesivos para vidros de veículos com referências negativas a outras profissões, ação proibindo a pesca de determinado crustáceo, movida contra a associação nacional dos pescadores profissionais, ação declaratória promovida por uma indústria para provar que já adotou as medidas úteis e possíveis para não poluir mais o meio-ambiente, entre outras.⁶⁰

São alguns exemplos que, ainda que limitados, demonstram não estar o Poder Judiciário Brasileiro alheio a possibilidade de se ajuizar uma ação coletiva em face de uma coletividade.

4.5 O TRATAMENTO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NOS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVOS.

Apesar do dissenso doutrinário acerca da admissibilidade, de lege lata, de uma ação coletiva ser ajuizada em face de uma coletividade organizada, defendida por um representante adequado, é quase que unânime, mesmo entre aqueles que a negam, a necessidade de se produzir regras que, além de prever expressamente a ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, façam sua adequação ao sistema de tutela coletiva, principalmente em relação aos problemas já abordados, como o controle sobre a representatividade adequada e a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada material.

A ausência de previsão legal da possibilidade de se ajuizar uma ação coletiva passiva foi preocupação corrente nas aparentemente abandonadas (mas ainda academicamente relevantes) propostas de Código de Processos Coletivos apresentadas, que buscavam suprir a ausência de regulamentação, e passariam a prever, dentro de um sistema, a ação coletiva movida em face da coletividade.

O projeto apresentado por Antonio Gidi dispõe em seu art.28 que uma ação coletiva poderá ser

59 Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo . Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.p.471.

60 VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM,2008. p.98.

proposta contra um grupo de pessoas, sendo estes representados por uma associação que os congregue. É possível observar que nesta proposta, a legitimação coletiva passiva restringe-se às associações, prevendo, ainda, a possibilidade de os indivíduos criarem uma associação com a finalidade específica de representá-los(art.28.3).

Por outro lado, prevê que não havendo uma associação como representante, a ação coletiva poderá ser proposta em face de algum dos indivíduos do grupo, que funcionarão como seus representantes adequados (art.28.2).

Já o Código Modelo de Processos Coletivos, do Instituto Ibero-Americano de Direito processual, assim dispõe sobre sua proposta de regramento da ação coletiva passiva⁶¹:

O Capítulo VI introduz uma absoluta novidade para os ordenamentos de civil law: a ação coletiva passiva, ou seja a defendant class action do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na práxis, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela.

Neste projeto, admite-se qualquer tipo de ação proposta contra uma “coletividade organizada”, ou que tenha representante adequado, impondo-se como requisitos que o bem jurídico tutelado seja transindividual e que ele se revista de interesse social (art.35). O projeto da UERJ/UNESA reproduz as mesmas disposições em seu art.42.

O Anteprojeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em sua exposição de motivos, resume que⁶²:

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja a

61 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Disponível em: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/CodigoModeloprocessoscolectivos.pdf>. Acesso em 06.mai.09.

62 Instituto Brasileiro de Direito Processual. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, 2007. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXByb2pldG9zIGRvIEICRFAgLSBBbnRlcHJvamV0b3M=>.

ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a defendant class action do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada.

No art.38 do Anteprojeto do IBDP, verifica-se que se admite uma ação coletiva contra uma coletividade, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada e se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos e a tutela se revista de interesse social.

Foram adaptados, como se vê, os requisitos encontrados no Anteprojeto do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, mas de acordo com o texto, neste Anteprojeto, o bem jurídico só poderá ser difuso ou coletivo (e não individual homogêneo).

No que diz respeito à adequada representação, todos os anteprojetos fazem tal exigência para que se admita a ação coletiva contra a coletividade organizada, em capítulos próprios, trazendo os requisitos para aferição da representatividade adequada, a serem utilizados tanto nas ações coletivas ativas como passivas. (art.2º, 2.2 e art.3º, 3.1 e 3.2 do Código Modelo de Antonio Gidi; art.2, I e §2 e art.3º, §4º do Código Modelo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual; art.20, I e alíneas, §2º e 3º do Anteprojeto do IBDP; e art.8º, I, §1º e 2º do Anteprojeto da UERJ/UNESA).

Quanto aos efeitos da coisa julgada coletiva, nas ações coletivas passivas, os anteprojetos possuem previsões distintas.

O anteprojeto de Antonio Gidi, em seu art.28.1, prevê que o grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo.

Essa regra é simples, não há qualquer mitigação da coisa julgada, acredita-se que a aferição da representatividade adequada seja suficiente para possibilitar que a coisa julgada se forme em

favor ou contra uma coletividade. Neste sistema, há coisa julgada qualquer que seja o resultado do processo coletivo e sua eficácia vincula todos os membros do grupo.⁶³

A proposta do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual propõe tratamento diverso. De acordo com o artigo 36 do Anteprojeto, quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Por outro lado, quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, de acordo com o artigo 37 do Anteprojeto, 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. A exceção é no caso de a ação coletiva passiva ser promovida contra um sindicato, como substituto processual da categoria, quando a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Essa proposta de tratamento diferenciado foi parcialmente adotada no Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que diz que a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe (art.39), mas no art.38, caput, exclui a possibilidade de uma ação coletiva ser ajuizada envolvendo interesses individuais homogêneos. Não há, entretanto, previsão de tratamento diferenciado para esta categoria de interesses.

O anteprojeto da UERJ/UNESA, por sua vez, não possui qualquer restrição, sendo que a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe (Art.43), em ação coletiva passiva ajuizada envolvendo qualquer das categorias de interesses transindividuais.

Todos os anteprojeto, prevêm, outrossim, a aplicação subsidiária, às ações coletivas passivas, de todas as regras aplicáveis às ações coletivas “ativas”, no que não forem incompatíveis (art.38 do Anteprojeto do Instituto Ibero Americano, art.29 do Anteprojeto de Antonio Gldi, art.40, caput do Anteprojeto do IBDP, art.44 do Ante projeto da UERJ/UNESA).

63 DIDIER Jr., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. v. 1. p.409.

O Anteprojeto de Antonio Gidi, em seu art.29.1, dispõe também que as normas referentes às ações coletivas ativas deverão, sempre que necessário, ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas.

Já o Anteprojeto do IBDP prevê, no parágrafo único do art.40, que as disposições relativas a custas e honorários, previstas em seu artigo 16 e respectivos parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

5. CONCLUSÃO.

Para a verificação da legitimidade ad causam em ações coletivas foi necessário que se afastassem alguns conceitos tradicionais do processo civil individual, ampliando a visão individualista até então predominante sobre o direito de ação, uma atitude que é pressuposto para viabilizar tutela dos interesses coletivos lato sensu. Não há consenso a respeito da natureza jurídica da legitimação coletiva, sendo que alguns defendem a caracterização de legitimidade extraordinária enquanto outros defendem uma legitimação autônoma para a condução do processo, outorgada aos entes legitimados. Ademais, infere-se que os legitimados são autorizados por lei e pela Constituição para defender a coletividade.

No que diz respeito à legitimidade passiva nas ações coletivas, enquanto na ação popular esta se mostra restrita, na Ação Civil Pública ela é ampla, não havendo nenhuma condição especial para que alguém se torne legitimado passivo ad causam, bastando que haja lesão ou ameaça de lesão a interesse transindividual protegido pela ordem jurídica.

Já a admissibilidade de uma coletividade organizada como legitimada passiva mostra-se controversa no Brasil, muito embora no direito comparado seja possível encontrar ações coletivas com esta característica. É o caso da defendant class action expressamente prevista no direito Estadunidense, existindo ação coletiva equivalente no direito Inglês e previsão também na ação popular portuguesa.

Mesmo com o importantíssimo desenvolvimento no campo da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, advindo importantes instrumentos para sua realização, a possibilidade da ação coletiva ser ajuizada em face de uma coletividade titular de interesses transindividuais, o que a doutrina

passa a denominar de ação coletiva passiva, talvez pela sua incomum ocorrência, foi praticamente esquecida. É chegado o momento de se discutir o tema e sua utilidade para o direito processual civil coletivo em evolução no país, justamente pela ausência deste instrumento frente às necessidades, que independentemente de previsão legal ou não, surgem na sociedade hodierna.

A ausência de norma específica que preveja que as ações coletivas do ordenamento jurídico brasileiro possam ser ajuizadas em face de uma coletividade, em que pese a solidez dos argumentos trazidos, não deve prevalecer para negá-la. Apesar de não autorizar expressamente a ação coletiva passiva, o microsistema processual coletivo também não a proíbe.

Neste vértice, adotar a interpretação restritiva da palavra “defesa” contida o art.82 do CDC para admiti-la somente no pólo ativo e afirmar que a substituição processual, de acordo com o art.6º do CPC, somente pode ser dar mediante autorização legal expressa, para negar, a priori, que uma coletividade seja demandada em uma ação coletiva, não se mostra a solução mais condizente com sistema de tutela coletiva no Brasil e sua filosofia, e, ademais, com o princípio do acesso à justiça.

O próprio sistema processual coletivo, na integração da Lei nº7347/85 e do Código de Defesa do Consumidor traz dispositivos onde, se não for admitida a substituição processual de uma coletividade organizada (grupo, classe...) por algum dos legitimados, estar-se-ia negando o direito fundamental de ação. Importante lembrar neste ponto que há que se extirpar a idéia de que a ação coletiva passiva destina-se a fazer prevalecer um interesse/direito individual sobre um transindividual, simplesmente invertendo uma ação coletiva comum. Apesar desta hipótese não estar excluída, a otimização trazida ao sistema é verificada na possibilidade de utilizar a ação coletiva passiva na defesa de interesses transindividuais.

Admitir que uma ação coletiva passiva possa ser ajuizada em face de uma coletividade encontra óbice em dois problemas. Em uma síntese, pode-se dizer que seria necessário um controle sobre a representação adequada daquele que substitui o grupo, classe ou categoria de pessoas, de modo a oportunizar que tenham uma efetiva defesa no processo, para que então seja possível estender os efeitos de eventual julgamento de procedência em seu desfavor.

Merecem ser ouvidos os argumentos insurgentes nestes pontos, inicialmente porque no sistema

em vigor realmente não parece ter sido conferida ao juiz a possibilidade de se realizar o controle sobre os legitimados, sendo eles escolhidos “ope legis”, apesar de estarem sendo observadas, na prática, algumas situações onde isso ocorre e se mostra muito importante. Mas admitir sem critérios esta hipótese poderia trazer mais problemas do que soluções.

Mostra-se extremamente relevante, outrossim, o argumento no sentido de que o atual regramento da coisa julgada em ações coletivas, no tocante à extensão subjetiva de seus efeitos, não permitiria uma ação coletiva passiva pois a coisa julgada não pode prejudicar os direitos dos substituídos, individualmente considerados.

Assim, admitir a ação coletiva passiva nos moldes propostos por alguns no atual sistema esbarra nestas duas questões, que representam a materialização dos princípios do devido processo legal e do contraditório, mas que não são suficientes para se excluir totalmente a possibilidade de uma ação coletiva passiva dentro do atual sistema. Foram apresentadas soluções consistentes que procuram adaptar o atual delineamento destes dois institutos e tornar possível uma demanda desta natureza, preservando os direitos individuais a partir da não admissão da coisa julgada coletiva prejudicial e realizando-se um controle sobre a entidade legitimada que representa o agrupamento humano no pólo passivo, de modo a garantir os direitos dos representados. Tudo com o objetivo, novamente, de garantir que nenhuma situação de direito material surgida seja excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Alheios a toda a discussão doutrinária, começam a ser observados vários casos nos tribunais brasileiros, de demandas que podem ser consideradas ações coletivas passivas, além de outros onde se admite os principais fundamentos controversos no estudo deste tema. Vislumbra-se que as situações mais ocorrentes são de ações coletivas passivas derivadas de outras ações, sendo, portanto, admissível que o legitimado inicialmente ativo defenda os substituídos no pólo passivo de um processo coletivo.

Finalmente, verifica-se que até mesmo os que se opõem à possibilidade de uma ação coletiva passiva, entendem que por meio de modificações legislativas seria de grande utilidade e de enorme contribuição ao sistema processual coletivo a previsão expressa e com um regramento próprio, de ações coletivas movidas em face de uma coletividade organizada. Os anteprojeto de um eventual código de processo coletivo apresentam diferentes propostas, mas são um sinal da atual tendência, que parece ser a de que a previsão de uma ação coletiva passiva, após

exaustiva e cuidadosamente estudada, seria um passo essencial rumo a um sistema de tutela jurisdicional coletiva mais amplo e efetivo.

6. REFERÊNCIAS.

Barreto, Ricardo de Oliveira Paes. Legitimação extraordinária passiva: um novo modelo compositivo coletivo. Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários, Recife, ano I, n. 2. p. 127-136, 2008. Disponível em: <<http://www.ccej.ufpb.br/primafacie/>>. Acesso em: 10 maio. 2011.

CARVALHO, Neto Inácio de. Manual de Processo Coletivo. 1. ed. - Curitiba: Juruá, 2007.

CERULLO, Alexandre. Direito Material Coletivo: Uma proposta de sistematização jus-filosófica. 2008. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DIDIER JR., Fredie ; ZANETI JR., H. . Curso de Direito Processual Civil (v. 4) - processo coletivo. 1. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2007.

Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. – São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. Revista de Processo. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. Revista de Processo, São Paulo, RT, 2003, nº111.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/CodigoModeloprocesoscolectivos.pdf>. Acesso em 06.maio 2011.

Instituto Brasileiro de Direito Processual. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, 2007. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXByb2pldG9zIGRvIEICRFAGLSBBbnRlcHJvamV0b3M=>.

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

MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da Ação: com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005.

MALCHER, Wilson de Souza. A legitimação para agir nas ações coletivas – um panorama comparativo das legislações espanhola e brasileira. Revista de Direito da ADVOCEF, Londrina, v.1, n.6, p.43-73, Semestral, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9. ed. rev., e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L. G.; ARENHART, Sergio Luiz. Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Rio de Janeiro. Disponível em: www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal de 1988. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PARISE, Elaine Martins et al.. Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos Disponível em:
http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=1533.

RODRIGUES NETTO, Nelson . The Use of Defendant Class Actions to Protect Rights in the Internet. Disponível em: http://www.rodriguesnetto.com.br/artigos_1024.html. Acesso em 01 jun. 2011.

The Optimal Law Enforcement with Mandatory Defendant Class Actions. Disponível em:http://www.rodriguesnetto.com.br/artigos_1024.html. Acesso em 01 jun. 2011.

SANTOS, José dos; FILHO, Carvalho. Ação civil pública. 3. ed. ver., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Santos, Ronaldo Lima dos. O “Defendant Class Actions”: O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano III, n. 10, jan./mar, 2004, Trimestral.

Spalding, Alessandra Mendes. Legitimidade ativa nas ações coletivas. Curitiba: Juruá, 2006.

SIQUEIRA, D. P. Ações coletivas: análise acerca da Legitimação. Revista Eletrônica Jurídica da UNIRP - Universitas, v. 1, p. 1-18, 2007.

SIQUEIRA, D. P.; RAGAZZI, J. L. As Ações Coletivas como Instrumento de Efetividade das Relações de consumo, Analisando a Questão da Legitimidade. Encontro Preparatório para o

XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador/BA. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador. Florianópolis/SC v. 01, p. 4992-5002 Fundação Boiteux, 2008.

United States Government Printing Office. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <www.law.cornell.edu/rules/frcp/> Acesso em: 02 jun. 2009.

Vigliar, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. Disponível em: <http://www.marcelovigliar.com.br/artigo.php?pid=44>. Acesso em 01 jun. 2011.

VEDOVA, Bianca da Rocha Dalla. Breves Aspectos Acerca da Ação Coletiva Passiva Originária. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bianca%20Vedova.pdf. Acesso em: 02 de 06. 2011.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis. – Bahia: JusPODIVM, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sentença civil: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2005. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Porto Alegre.