



Banco Dos Réus Coletivo: Da Polarização Passiva Da Ação Coletiva

Collective Defendants ' Bench: Of The Passive Polarization Of The Collective Action

Norton Maldonado Dias¹ & Luiz Gustavo Caratti de Oliveira²

¹ Faculdade de Direito de Sinop (FASIFE) maldonadodias@hotmail.com.br

² Faculdade FASIFE nortondias8@gmail.com

Info

Recebido: 29/08/2018

Publicado: 14/11/2018

DOI: 10.29247/2358-260X.2018v5i3.p26-47

ISSN: 2358-260X

Palavras-Chave

Ação coletiva passiva. Direitos Coletivos no Brasil.

Keywords:

Passive collective action. Collective Rights in Brazil.

Resumo

O Presente trabalho, pelo viés da metodologia dedutiva bibliográfica, incluindo propósitos jurisprudenciais confirmatórios, busca a abordagem investigativa acerca da hipótese da ação coletiva passiva no sistema da tutela coletiva no Brasil. Ocorre que a falta lacunosa do respaldo na disciplina e no embasamento legal que marca o ordenamento jurídico brasileiro leva entendimentos no sentido da sua impossibilidade, mesmo diante da garantia constitucional do acesso a justiça e de expressividade de correntes que vem afirmando a respectiva possibilidade como uma necessidade no sentido da construção estrutural. Releva-se a presente abordagem no enfrentamento da problemática questão, destacando a

importância de ações coletivas passivas na resolução de litígios em sede do processo coletivo, declinando no sentido do respectivo reconhecimento pelo sistema, sendo inserida na disciplina das ações civis publicas no ordenamento jurídico brasileiro.

Abstract

The present work, by the bias of the bibliographic deductive methodology, including purposes jurisprudential confirmatory, seeks the investigative approach about the hypothesis of passive collective action in the system of collective tutelage in Brazil. It occurs that the lack lacunar of the support in the discipline and the legal foundation that marks the Brazilian legal system takes understandings in the sense of its impossibility, even before the constitutional guarantee of access to justice and expressiveness of Currents that have been affirming their possibility as a necessity in the sense of structural construction. This approach is addressed in addressing the problematic issue, emphasizing the importance of passive collective actions in the settlement of disputes in the collective process, declining in the sense of recognition by the system, being Included in the discipline of public civil actions in the Brazilian legal order.

INTRODUÇÃO

A presente proposta tem como escopo a temática das ações coletivas passivas no

sistema da tutela dos direitos coletivos no Brasil, buscando o propósito investigativo, através da metodologia dedutiva e bibliográfica, que

enfrenta a problemática questão da falta de previsão e regência da respectiva figura no ordenamento pátrio.

Ocorre que não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa da figura da legitimidade extraordinária para o polo passivo das ações coletivas na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e, também, não há disciplina expressa no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), gerando uma perspectiva que refuta a possibilidade de ações passivas coletivas por significativa vertente mais legalista por parte de julgados e da própria doutrina.

Ocorre que a admissão da possibilidade poderia solucionar expressivos litígios ou conflitos de interesses, inclusive com reconhecimento de autores componente da própria perspectiva legalista que reconhece a necessidade de alteração das leis em vigor.

Assim, o trabalho tem como objetivo geral ressaltar precedentes que tenham reconhecido a possibilidade, bem como analisar as alegações de ilegitimidade de parte, ou, ainda, falta de interesse como hipóteses que prejudicam os propósitos do novo Código de Processo Civil no respectivo intento de solução de conflitos e da garantia constitucional de acesso à justiça.

Ao final o presente trabalho irá afirmar ou refutar a hipótese da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, tentando compreender a falta de previsão expressa que levantou a problemática averiguada neste presente propósito, conjuntamente com as

consequências de sua respectiva afirmação como garantia constitucional.

1 DA PASSIVIDADE NA AÇÃO COLETIVA NA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS NO BRASIL: AFIRMAÇÃO OU HIPÓTESE

Na tutela dos direitos coletivos, eleva especificidade e peculiaridade do regime ou disciplina jurídica dos direitos supraindividuais que foi erigida com escopo, justamente, na proteção de categorias, grupos ou classe; em suma, nos propósitos da defesa desses direitos em juízo tiveram como intento a ideia de proteção da própria coletividade sem alusões a certas limitações desnecessárias nos propósitos da respectiva proteção:

[...] A defesa coletiva de direitos em juízo, no entanto, não costuma estar relacionada à imposição de limites à coletividade. Com muito mais frequência são tratados os casos em que a tentativa de prevenir ou sanar lesões a interesses ou direitos transindividuais se coloca como meio de proteção da coletividade. Por não outro motivo, quase todo o conjunto normativo elaborado para a solução de

conflitos supraindividuais foi erigido com o escopo de proteger o grupo, categoria ou classe, evitando sua vinculação a decisões contrárias aos seus interesses. (MAIA, 2009, p. 01).

Desse modo, enfatizando inexistência de condicionamentos quando no sentido da proteção, elevam-se averiguações em exemplos reiterados da doutrina que não vislumbram óbices para possibilidades de ajuizamentos de ações declaratórias passivas na nulidade de cláusulas, ou ainda, no exemplo da declaração de inexistência de relações jurídicas por parte de empresários, tal como nos exemplos da própria doutrina especializada:

Assim, se uma empresa quisesse consignar em juízo uma quantia para reparação de lesão a interesses individuais homogêneos, por que não o admitir em ação de sua iniciativa, se o poderia em ação movida contra ela por um dos legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva? Se um colegitimado ativo pode ajuizar ação coletiva declaratória, visando ao

reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica de interesse de um grupo, classe ou categoria de pessoas, por que não poderia propor essa mesma ação declaratória a empresa que teria legitimidade para responder, no polo passivo, à ação civil pública? Se o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública visando à declaração de nulidade de cláusula contratual abusiva em prejuízo de consumidores considerados de forma coletiva, por que a empresa não poderia propor uma ação declaratória, para obter um provimento jurisdicional que declarasse erga omnes a validade ou invalidade dessa mesma cláusula? (MAZZILLI, 2009, p. 364)

Logicamente que a corrente mais legalista reconhece a falta de disciplina no sentido da figuração passiva das ações coletivas, inclusive recomendando a alteração legislativa nesse sentido: Somente quando advier eventual

alteração legislativa em matéria de tutela coletiva, é que será possível cogitar de uma disciplina mais ampla para a substituição processual também no polo passivo. (MAZZILLI, 2009, p. 364)

No Direito Comparado, especificamente nos Estados Unidos da América, indispensável a evolução que, partindo das *class action*, desenvolveram-se para figuras de passividade coletiva dessas ações com as denominadas *defendant class actions*, inclusive sem distinção de autor e réu no Código de Processo Civil norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*):

Muito embora não se tenha a pretensão de fazer um estudo de direito comparado, os Estados Unidos da América merecem destaque no presente trabalho pela evolução notória das ações coletivas (*class actions*) em seu ordenamento jurídico, em especial, das ações coletivas passivas (*defendant class actions*). As ações contra a classe desenvolveram-se no sistema norte-americano em razão da homogeneidade de tratamento dispensada ao autor e ao réu no que

concerne à legitimidade para figurar no processo. Em geral, a estrutura da regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*), que trata das *class actions* na Justiça Federal, é simétrica, não fazendo distinção entre o autor e ao réu no litígio coletivo. (MAIA, 2009, p. 32)

A problemática enfrentada pela proposta está, justamente, atrelada ao sistema atualmente adotado no Direito pátrio, haja vista que os legitimados seguem a taxatividade legalista excludente quanto a possibilidade passiva das demandas coletivas, em que pese a própria doutrina afirmar a possibilidade passiva de qualquer pessoa na condição de ré:

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 (MAZZILLI, 2009, p. 361).

Por isso, importa a noção de coletividade passiva nas ações coletivas, tendo em vista a própria coletividade, trasindividualmente lesada, em que pese um sistema de anunciação de legitimados que vertentes doutrinárias mais legalistas afirmam no sentido da respectiva taxatividade:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. (DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 411)

Vale lembrar que o objeto da ação coletiva, quando da legitimidade extraordinária passiva, transcende aos direitos trasindividuais, abrangendo os interesses

lesados e ameaçados de lesão pela coletividade, independentemente da essência coletivas destas prerrogativas:

[...] ação coletiva passiva, cumpre salientar em primeiro lugar o que se pretende estudar, a saber: as hipóteses em que a coletividade pode figurar no polo passivo da relação jurídica processual, por meio de um legitimado extraordinário ou representante. Desta assertiva deduz-se que o objeto de tal sorte de ação coletiva não se limita aos direitos trasindividuais, englobando também todas as espécies de direitos ou interesses lesionados ou ameaçados de lesão pela coletividade, sendo indiferente se a natureza destes direitos será coletiva ou não. (MAIA, 2009, p. 50)

Logicamente que sua admissão amplia o rol de direitos individuais galgam a possibilidade da proteção coletiva, sem afastar a defesa de direitos individuais homogêneos lesados ou ameaçados por uma coletividade lesionada.

Desse modo, há um espectro abrangente que envolve a defesa de direitos individuais na proteção oferecida por esta figura:

A ação coletiva passiva insere-se no ordenamento jurídico, alargando o rol de direitos individuais que podem ser defendidos coletivamente. Com efeito, a ação contra a coletividade também permite a defesa de direitos individuais homogeneamente lesionados ou homogeneamente ameaçados de lesão, que nada mais são do que direitos essencialmente individuais lesionados ou ameaçados de lesão por uma coletividade organizada. Este é o principal ponto de diferenciação entre os dois tipos de ação coletiva – passiva e ativa. Como se vê, não necessariamente serão tutelados pela ação coletiva passiva as modalidades de direitos habitualmente defendidos nas ações coletivas tradicionais. A ação coletiva passiva

engloba um espectro um pouco mais abrangente, prestando-se a defender também os mencionados direitos individuais lesionados de forma coletiva, que são, na sua essência, a outra face dos direitos individuais homogêneos. (MAIA, 2009, p. 51)

O ponto crucial da distinção entre ação coletiva ativa em detrimento da figura passiva, está, justamente, na forma pela qual as prerrogativas são ameaçadas e lesionadas, incluindo as diversas modalidades de direitos, ou seja, individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e, até mesmo, os direitos difusos:

A ação coletiva passiva não se limita a defender apenas os direitos individuais homogeneamente lesionados, podendo ser utilizada para a defesa de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, desde que a lesão ao patrimônio jurídico a ser tutelado tenha sido engendrada de forma coletiva e homogênea. Dessa forma, o traço distintivo da ação coletiva ativa

para a ação coletiva passiva não é o tipo de direito que se pretende defender, mas a forma como os direitos são ameaçados ou lesionados, o que é diferente. (MAIA, 2009, p. 52)

No Direito Brasileiro, também, previsão expressa que determine a vedação ou proibição da coletividade no polo passivo, reduzindo a restrição legal em razoes meramente histórica, figurarem em juízo para defesa de direitos alheios em nome próprio:

No direito brasileiro não há determinação legal específica que autorize ou proíba a inclusão de uma coletividade no polo passivo de uma ação judicial em lugar dos titulares das obrigações correspondentes. Por razões históricas, a hipótese não foi prevista no ordenamento jurídico pátrio. Não havendo norma específica, a questão cinge-se à 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 regula a possibilidade de outros, que não os titulares do direito material ou da obrigação correlata, figurarem em juízo para defesa de direitos alheios em nome próprio. (MAIA, 2009, p. 68)

O próprio artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 era claro quando afirmava que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (BRASIL, 1973). Este dispositivo favorece a vertente legalista que exige a expressa força da lei na admissão da legitimidade extraordinária passiva:

Dessa forma, fica patente a necessidade de se estender o alcance da regra consubstanciada no art. 6º do Código de Processo Civil para permitir a legitimidade extraordinária aos casos admitidos pela lei, assim entendida como sistema legal. (MAIA, 2009, p. 74)

Desse modo, para um sistema rigorosamente legalista, os colegitimados em ação civil publica ou coletiva de um modo geral,

só admitem a substituição processual da coletividade ativa e são diversos os exemplos nesse sentido. Algumas doutrinas admitem em caráter de excepcionalidade a passividade nessas ações coletivas:

Embora a regra seja, pois, a de que os colegitimados à ação civil pública ou coletiva só podem substituir processualmente a coletividade lesada no polo ativo, a verdade é que, por exceção, em algumas hipóteses o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, os órgãos da administração indireta, as associações civis, etc. podem acabar no polo passivo da relação processual enquanto defendem o grupo lesado. Assim, tomemos, p. ex., uma execução de compromisso de ajustamento de conduta: se o executado apresentar embargos à execução, o exequente passará a figurar como embargado, ou seja, estará no polo passivo da ação de embargos, por

meio da qual o executado quer desconstituir o título executivo. Outro exemplo: quem não foi parte no processo coletivo pode sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (penhora, arresto, sequestro, etc.); nesse caso, poderá ajuizar embargos de terceiro, e as partes no processo principal (de conhecimento 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 polo passivo da ação rescisória, pelo mesmo substituto processual que o acionara na ação anterior, ou pelo Ministério Público, parte pro populo, na falta

daquele. (MAZZILLI, 2009, p. 363).

A classificação nas modalidades de original e derivada das ações coletivas, eleva a respectiva diferenciação, haja vista que a ação coletiva passiva derivada resulta de um processo coletivo anterior e a proposta do réu desse processo:

A ação coletiva passiva pode ser classificada em original ou derivada. Ação coletiva passiva original é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. 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 da 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. (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 413)

O significado dessas ações coletivas passivas derivadas esta, justamente, na identificação do representante adequado. Desse modo, releva a legitimidade no polo passivo de alguns órgãos estatais que substituíram processualmente a coletividade de pessoas, desde no processo houvesse a indispensável atuação do Ministério Público:

A nosso ver, portanto, de lege ferenda, dever-se-ia legitimar no polo passivo alguns órgãos estatais para substituírem processualmente coletividades de pessoas, desde que no processo interviesse obrigatoriamente o Ministério Público e desde que a coisa julgada pudesse formar-se em benefício destas, não em seu prejuízo – como já ocorre no sistema dos arts. 16 da LACP e 103 do CDC. Só não cremos seja de prudência admitir, de lege ferenda, possam as associações civis ser legitimadas para

substituir no polo passivo a categoria que representam, salvo se autorizadas por deliberação de assembleia, específica para o caso, e desde que, apenas nessa situação, fosse limitada a extensão subjetiva da sentença ao grupo que expediu a autorização.

(MAZZILLI, 2009, p. 364)

A preocupação da proposta com um retrato do Direito Comparado que não se reduz a caso raro, mas sim bastante comum a respectiva passividade em ações coletivas, haja vista inúmeros exemplos em Códigos Coletivos que aderiram a este modelo para a ideia da respectiva codificação, sendo expressiva no que segue:

A defesa da representatividade adequada real para o controle da legitimidade na ação coletiva passiva é, ao que nos parece, a melhor solução a ser efetivada, de lege ferenda. (...). Não é à toa que a solução da representatividade adequada real vem sendo estudada em sucessivos

trabalhos que versam sobre propostas de Códigos Brasileiros de Processos Coletivos e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América Maia (2009, p. 111) cita os artigos que tratam da “representatividade adequada” nos referidos trabalhos: artigo 2o, I e §§2º e 3º, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; artigo 19, I e II, no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pela Professora Ada Pellegrini; artigo 8º, I e §§1º e 2º, no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pelo Professor Aluisio Mendes. Na mais recente versão do Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pela Professora Ada Pellegrini, o artigo em questão é o 20, incisos I e II.

Veja no exemplo que segue, afirmando uma questão onde o processo coletivo admitiu a pluralidade de pessoas que teve seus direitos individuais colocados em conjunto, havendo substituídos os processos em um processo coletivo autônomo:

No referido processo a questão demandava solução imediata, e o julgador proferiu a decisão sem entrar nos detalhes do tipo de processo e da legitimidade passiva. Analisando-se percucientemente a questão, conclui-se, no entanto, que se tratou de perfeito exemplo de processo coletivo, em que uma pluralidade de pessoas teve seus direitos individuais colocados em juízo em conjunto, havendo sido substituídos no processo por um ente coletivo autônomo. Não havendo personalidade jurídica para o citado ente, a única solução processual aceitável é a de que o grupo foi caracterizado como uma associação de fato. (MAIA, 2009, p. 136)

Não se pode esquecer de mencionar que o Governo federal já processou a Federação Nacional de Policiais Federais; ajuizamento de ação coletiva passiva em face de sindicatos de revendedores de combustível, a própria Unb – Universidade de Brasília que colocou o D.A. Diretorio Central dos estudantes no banco dos réus, bem como outros exemplos que valem ser galgar expressiva menção no que segue:

[...] a) O Governo Federal processou a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, por causa de uma greve nacional dos policiais federais no ano de 2004, requerendo a regularização das atividades policiais. O grupo de policiais federais era o sujeito passivo da demanda, representado pela Federação Nacional e por um de seus Sindicatos, configurando-se uma autêntica “ação coletiva passiva”.⁴⁸ b) Ação coletiva passiva proposta em face do sindicato de revendedores de combustível, com pedido

de adequação dos preços a limites máximos de lucro, com a finalidade de proteger os consumidores e a concorrência (Cf. Jordão Violin apud Didier Jr. e Zaneti Jr.). c) A Universidade de Brasília (Fundação Universidade de Brasília – FUB) propôs uma ação contra o Diretório Central dos Estudantes, com pretensão de obter uma proteção possessória, haja vista que seus alunos tinham invadido o prédio da Reitoria (para pedirem a renúncia do Reitor). Esta ação coletiva passiva foi proposta em face do Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília, que é o órgão de representação estudantil da Universidade, sendo, portanto, o “representante adequado” dos estudantes.d) Ação coletiva passiva declaratória intentada por uma empresa privada, para ver reconhecida a regularidade ambiental

de seu projeto, e assim, não ser demandada futuramente por eventual dano ambiental. Este exemplo se enquadra no questionamento feito logo no início deste trabalho⁵⁰, e foi retirado pelos referidos autores da obra de Pedro Dinamarco. e) Ação coletiva passiva declaratória proposta por outra empresa privada, com a finalidade de obter a declaração de licitude das cláusulas contratuais de seus contratos de adesão. Este caso também foi colhido dos escritos do autor Pedro Dinamarco, conforme mencionado no exemplo anterior. (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 415-417)

Ainda no sentido de listar exemplificações como forma ilustrativa da proposta, relava a ação coletiva passiva declaratória ambiental, ou ainda a ação coletiva passiva declaratória proposta por outra empresa privada com fito de declarar licitude de cláusulas contratuais:

[...] a) Ação coletiva passiva declaratória intentada por uma empresa privada, para ver reconhecida a regularidade ambiental de seu projeto, e assim, não ser demandada futuramente por eventual dano ambiental.
b) Ação coletiva passiva declaratória proposta por outra empresa privada, com a finalidade de obter a declaração de licitude das cláusulas contratuais de seus contratos de adesão. (DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 417)

A doutrina eleva a relevância de um Código de Processo Coletivo, não só admitindo a figura da passividade nas ações coletivas, mas outros propósitos, tal como segue afirmando:

A missão do Código é mais do que trazer regras novas ou consolidar a legislação anterior: revela-se no compromisso político-jurídico de garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os direitos coletivos lato sensu vinculando-os ao

texto constitucional, já que são, também eles, reconhecidamente direitos fundamentais. Para tanto, o seu compromisso assumido deve fazer com que os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos ultrapassem o mero tecnicismo e busquem orientar a futura realização dos direitos coletivos em conformidade com a sua natural evolução até o momento e tendo em vista o horizonte que se pretende chegar com a realização dos direitos fundamentais coletivos. (DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, H, 2010, p. 69)

Não se pode negar não há um pioneirismo legítimo na defesa da defendant class action no sistema jurídico pátrio, posto que o legalismo de um Direito pautado na civil law acaba resistido pela aplicabilidade e por vertentes mais conservadoras na doutrina:

Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos

transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo. (GRINOVER, 2011, p. 214)

Os resultados são harmonizadores quando da admissão desta possibilidade, haja vista reconhecida redução dissonante dos processos coletivos que tornam livres de amarras mais tecnicistas no sentido de adequação a necessidades mais inovadoras:

O resultado dessa postura é que é possível que no futuro o sistema processual ibero- - americano de processos coletivos se torne mais harmônico e menos dissonante. Não se trata, evidentemente, de buscar a uniformização, mas somente uma

possível harmonização, livre restando cada Estado para adequar o modelo do Código à realidade nacional que lhe é própria. Essa harmonização parece configurar uma tendência, que poderá se concretizar a longo prazo. (GRINOVER, 2011, p. 245)

Em que pese o resultado satisfatório reconhecido no caso de respectiva admissão, elevam-se que, em países do civil law, há um lento e paulatino evolução no processo de amadurecimento:

Antes de mais nada, é preciso observar que os processos coletivos, nos países de civil law, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das class actions norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos. (GRINOVER, 2011, p. 230)

O argumento da lacuna e o antigo dispositivo do art. 6º do CPC/1973 que só admitia a legitimidade extraordinária em casos expressos da lei elevando a vertente leiga acabaram formando o principal argumento que resiste e refuta a possibilidade da figura no sistema jurídico pátrio:

No Brasil, um dos principais argumentos contra a ação coletiva passiva é a inexistência de texto expresso, lacuna que estará preenchida acaso vingue o modelo proposto. Demais disso, a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário). Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a

realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos de massa e conflitos entre massas. (DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 425)

O exemplo que faz com que a figura de preocupação da proposta não seja novidade, está justamente nos dissídios coletivos da Justiça do trabalho, emblematizando a respectiva possibilidade:

A ação coletiva passiva, ainda que pouco explorada no ordenamento jurídico brasileiro, não é novidade. O exemplo mais conhecido é o dos dissídios coletivos na Justiça do Trabalho, que retratam hipóteses em que a necessidade de controlar os atos da coletividade tornou imperiosa a criação de um sistema que permitisse a vinculação de todos os membros da categoria, econômica ou profissional, à decisão

judicial. (MAIA, 2009, p. 01)

(MAZZILLI, 2009, p. 363)

No caso dos embargos a execução, ações rescisórias, nulidades de compromisso de ajustamento de conduta, constituindo coisa julgada em detrimento a coletividade acionada no polo passivo, vale afirmar a sua admissão, posto que do contrario o executado ou terceiro contra quem se formou a coisa julgada indevida ficaria sem a garantia individual do acesso jurisdicional:

Existe razão para admitir-se que, em se tratando de embargos à execução, ação rescisória ou ação de rescisão ou de nulidade de compromisso de ajustamento de conduta, possa ser formada coisa julgada em detrimento da coletividade, acionada no polo passivo. Assim não fosse, o executado, o terceiro prejudicado ou a parte contra quem se formou uma coisa julgada indevida, ficariam sem acesso à jurisdição, já que não teriam como desconstituir um título executório eventualmente viciado.

Arruda Alvim possui entendimento no sentido da substituição processual ainda em hipótese não prevista expressamente em lei, instabilizando vertentes mais legalistas:

Por outro lado, se o significado conferido à palavra lei for de sistema legal, abre-se a possibilidade da justificativa da legitimidade extraordinária passiva para a ação coletiva. Neste sentido, encontramos arrimo no entendimento do professor Arruda Alvim, que entende ser a substituição processual possível ainda que não prevista expressamente no texto legal, desde que “deflua do sistema”. (...) (MAIA, 2009, p. 70)

Vale lembrar que a vertente que reconhece a passividade em ações coletivas não se esgota na professora Ada Pellegrini Grinover, mas também Rodolfo Camargo Mancuso que admite esta mesma possibilidade nas ações coletivas contra entidades representativas de interesses coletivos e, bem como, Pedro Lenza e Ronaldo Lima dos Santos.

No Justiça do Trabalho, há mais de cinquenta anos são reconhecidas ações contra classes de trabalhadores ou empregadores em que o ente que figura no polo passivo possui a legitimidade extraordinária e a vinculação do titular material aos efeitos da coisa julgada:

Em nível doutrinário, além da professora Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso reconhece a possibilidade de ações coletivas contra entidades representativas de interesses coletivos, acompanhado por Pedro Lenza e Ronaldo Lima dos Santos. Doutrina à parte, os tribunais vêm reconhecendo a possibilidade de ações coletivas passivas, ainda que sem previsão expressa no ordenamento jurídico. Na Justiça do Trabalho, há mais de meio século são reconhecidas ações contra classes de trabalhadores ou empregadores em que o ente que figura no polo passivo possui legitimidade extraordinária e a coletividade titular do

direito material fica vinculada aos efeitos da coisa julgada. (MAIA, D. C. M. Ação Coletiva Passiva. Coleção Direito Processual Coletivo. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009, p. 74)

Não se pode perder de vista a tese da passividade nas ações coletivas que foi defendida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual, inclusive por Kazuo Watanabe e pela própria Ad Pelegrini Grinover que exemplificaram, respectivamente, com ação civil pública ajuizada contra associação de moradores e a contestação individual por membros de classe em ação visando a declaração de validade como condição geral do contrato de adesão:

À guisa de exemplo, cita-se o apresentado pelo professor Kazuo Watanabe, nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual, em agosto de 2001, que defendeu a possibilidade de ação civil pública intentada em face de uma associação de moradores que decidissem bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas. A

professora Ada Grinover, por seu turno, aduz o exemplo de ação visando à declaração da validade de condição geral de contrato de adesão, contestada individualmente por membros de uma classe, para que tivesse eficácia em relação a toda categoria. (MAIA, 2009, p. 75)

Desse modo, importa lembrar a *defendant class action* do sistema norte-americano, em que pese a ausência da respectiva previsão no ordenamento jurídico brasileiro que levanta a questão desenvolvida pela presente proposta.

A *defendant class action* corresponde, justamente, a existência desta modalidade em sistemas que vigoram em outros ordenamentos jurídicos, inclusive ressaltando o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos que não deixou de contemplar a possibilidade:

Quanto à legitimidade passiva (*defendant class action*) não há previsão legal expressa no sistema brasileiro. No anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em discussão, essa modalidade está contemplada. Ada

Pellegrini Grinover admite de lege lata a legitimação passiva da classe no direito brasileiro. Na jurisprudência, existem iniciativas de ações movidas em face de entidades associativas e sindicatos, que respondem à ação em nome próprio, mas com reflexos sobre a categoria envolvida. (GRINOVER, 2011, p. 38)

Vale lembrar que processos coletivos nos países de família romano-germanica estão em continuo processo evolutivo, ressaltando o amadurecimento acerca de certas figuras jurídicas como a coisa julgada *secundum probationem*, a própria ação coletiva passiva, buscando evoluir no sentido de institutos com maiores similaridades com o *civil law*:

Finalmente, pode-se afirmar que existe uma clara linha evolutiva na situação dos processos coletivos nos países de *civil law*. Em trinta anos, partiu-se do nada para chegar a um ponto de efervescência legislativa, doutrinária e jurisprudencial que

indica um futuro róseo para a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.

Certamente deverá ainda haver amadurecimento a respeito de certos institutos – a própria coisa julgada, principalmente para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada secundum probationem, a ação coletiva passiva, etc. – mas a situação atual indica uma elaboração própria do regime de processos coletivos que, afastando-se em vários pontos da técnica das class actions norte-americanas, aponta para soluções mais consentâneas com os princípios do sistema jurídico romano-germânico. Na “Conclusão Final” do Relatório Geral dos países de “civil law”, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, para o XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil, realizado em Salvador (Bahia), dentre os dias 16

e 22 de setembro de 2007.

De outro lado, Em sede do Tribunal Superior do Trabalho, pontua significativo julgado de pleito rescisório reconhecendo a legitimidade passiva do sindicato, em razão da indivisibilidade do bem protegido. Assim, em favor desta legitimidade passiva, segue o julgado:

AÇÃO RESCISÓRIA. LITISCONSÓRCIO. NECESSÁRIO NO PÓLO PASSIVO E FACULTATIVO NO ATIVO. INEXISTENTE QUANTO AOS SUBSTITUÍDOS PELO SINDICATO. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 82 e 110 da SDI-II, Res. 137/05 – DJ 22.08.05) I - O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao pólo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução dispar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do

PARA DECLARAR
COMPETENTE O
MM. JUÍZO
SUSCITADO”.
(SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA, Conflito de
Competencia - CC n.
1879/GO, Ministro
GERALDO SOBRAL,
DJ 03.06.1991)

e o acesso a justiça previsto e protegido constitucionalmente.

Não se pode perder de vista que o processo coletivo concretiza a garantia do acesso a justiça quando maximiza a utilização nas ações civis públicas, bem como pacificando um maior número de conflitos de interesses.

Por isso, o objetivo de enfrentamento das lacunas sobre a legitimidade passiva nessas ações na Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, faltando com a normatização expressa desta modalidade.

Vale ressaltar que as garantias constitucionais possuem aspectos de princípios com respectiva força cogente de aplicabilidade que afasta e refuta a inexistência quando a norma constitucional garante direitos como a inafastabilidade ao jurisdicionado e a respectiva garantia do acesso a justiça, tendo o seu respectivo litígio solucionado dentro dos efeitos de maximização que caracteriza o processo coletivo.

O principal argumento da vertente que resiste a possibilidade é o legalismo verificável na falta de previsão expressa no sentido da figuração passiva das ações coletivas, projetando a sua existência somente em futura alteração legislativa, posto o apego a taxatividade de lista exaustiva de legitimado em matéria de tutela coletiva, é que será possível cogitar de uma disciplina mais ampla para a substituição processual também no polo passivo. (MAZZILLI, 2009, p. 364)

Assim, não se pode negar que as figuras das ações coletivas passivas acabam sendo uma realidade possível quando se verifica o principal argumento legalista e de natureza meramente taxativa ou exaustiva de possíveis legitimados.

O Direito comparado é pacífico na admissão e a possibilidade já não é uma novidade em dissídios coletivos na Justiça do trabalho, bem como os julgados que se pode observar, sem refutar a admissão até mesmo de vertentes mais conservadoras que não negam a possibilidade ainda quando em caráter excepcional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou compreender a falta de previsão expressa no sistema da tutela dos direitos coletivos no Brasil como uma forma ou não que foi admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista as garantias constitucionais, dentre os quais, os propósitos do Código de Processo Civil de 2015

No Direito Comparado, especificamente nos Estados Unidos da América, verifica-se a possibilidade nas *class action*, onde foram desenvolvidas as denominadas para figuras de *defendat class actions*, inclusive sem distinção de autor e réu no Código de Processo Civil norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*).

Há uma resistência na respectiva admissão, elevando um processo mais moroso em países do civil law que exige um certo amadurecimento nos processos coletivos, porém a respectiva verificação em dissídios coletivos na Justiça do Trabalho, bem como a ampla aceitação doutrinárias, expectativas que foram construídas na projeto de Código Processual Coletivo, sempre no sentido da possibilidade, tal como na IV Jornada de Direito processual Civil, sem afastar fortes argumentos de Ada Pellegrini Grinover e outros tantos como Kazuo Watanabe e casos verificáveis na jurisprudência pátria, tornam inegáveis a respectiva possibilidade passiva nas ações coletivas.

REFERÊNCIAS

DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETTI JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 5. ed., Vol. 4. Bahia: Juspodivm, 2010.

GRINOVER, A. P. Relatório Geral – Civil Law: Os Processos Coletivos nos países de Civil Law. In: GRINOVER, A. P. et al. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21-249.

MAIA, D. C. M. **Ação Coletiva Passiva. Coleção Direito Processual Coletivo**. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, M. C. **Ação civil pública e inquérito civil**. 3. ed. de acordo com a Lei no 11.448/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Conflito de Competencia - CC n. 1879/GO**, Ministro GERALDO SOBRAL, DJ 03.06.1991

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **ex-OJ nº 110 - DJ 29.04.03**