

## AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS BRASILEIRAS: ALGUMAS REFLEXÕES

### BRAZILIAN DEFENDANT CLASS ACTIONS: SOME REFLECTIONS

Thiago Aleluia F. de Oliveira<sup>1</sup>

#### RESUMO

Com o surgimento da sociedade de massas, após a metade do século XIX, em que as violações deixaram de se restringir à esfera individual, afetando toda uma coletividade, demandou-se uma nova forma de tutelar esses novos direitos de caráter coletivo, as denominadas ações coletivas. A despeito das boas intenções do legislador ao criar um microssistema processual coletivo brasileiro, o conjunto normativo revelou-se insuficiente, posto que foi erigido com o desiderato de proteger o grupo, categoria ou classe, conferindo apenas ao polo ativo a condução judicial dos interesses metaindividuais. Diante dessa omissão legislativa, introduziu-se a polêmica sobre o cabimento das ações coletivas passivas no Brasil. Demonstra-se que o grande óbice à implementação dessa modalidade no direito nacional é a ausência de um sistema adequado que defina parâmetros para a identificação do representante adequado e que possibilite a formação de coisa julgada *pro et contra*. Conquanto seja inquestionável a influência das *class actions* norte-americanas para a criação desse sistema adequado no direito brasileiro, não se pode utilizar o que foi construído pelo sistema da *commom law* e simplesmente introduzir em um sistema diverso, sem os necessários aperfeiçoamentos. O direito é um saber local. Assim, nesse artigo propõe-se uma reforma legislativa que fixe cuidadosamente os contornos e o procedimento, criando um sistema adequado para tutelar as demandas coletivas passivas.

Palavras chaves: Ações coletivas. Ação coletiva passiva. Ordenamento jurídico brasileiro. Representação adequada.

#### ABSTRACT

With the creation of mass society, after the mid-nineteenth century, when infringements ceased to be restricted to the individual sphere, affecting a whole community, if demanded, a new way to protect these new collective nature of rights, the so-called class action. Despite the good intentions of the legislator to create a Brazilian collective procedural microsystem, the set of rules was insufficient, since it was erected with the desideratum to protect the group, category or class, giving only the active polo judicial conduct of metaindividual interests. Faced with this legislative omission, introduced the controversy over the appropriateness of the defendant

<sup>1</sup> Especialista em Direito Internacional e Mestrando em Direito Público na Universidade Estácio de Sá. Membro da Law and Society Association (LSA, USA). Professor visitante da Escola Superior da Magistratura do Piauí-ESMEPI. Co-autor do Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado, pela Editora GZ. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Email:othiagoealeluia@gmail.com.

---

class actions in Brazil. It's shown that the major bottleneck in implementing this model in the national law is the absence of an adequate system to set parameters for the identification of suitable representative and that allows the formation of *res judicata pro et against*. Despite the important influence of class US actions to creating that adequate system in Brazilian law, you can't import which was built by the common law system and simply insert it in a different system without the necessary improvements. The law is a local knowledge. So in this article we propose a legislative reform that firmly secure the contours and the procedure, creating an adequate system to safeguard the defendant class demands.

Key words: Class action. Defendant class action. Brazilian legal system. Adequacy of representation.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento acelerado e o advento das sociedades de massas, a partir da metade do século XIX, tornaram as contendas sociais mais comuns, ultrapassando a esfera individual, o que exigiu do Estado Contemporâneo a criação de um novo aparato processual para tutelar esses novos direitos de caráter coletivo, as denominadas ações coletivas. Ora, o modelo individualista do Estado Liberal, predominante à época, em que o indivíduo era o centro das atenções e ao Estado apenas se solicitava uma conduta negativa, tornou-se insuficiente e inadequado para resolver os problemas modernos. Com o passar do tempo, esse novel instrumento jurídico – ação coletiva – foi alçando novos horizontes, abarcando cada vez mais a tutela de direitos metaindividuais, revelando-se numa poderosa ferramenta de pacificação social, de maneira a contribuir para um judiciário mais célere e econômico, além de evitar a reprodução numerosa de processos e a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.

Nesse cenário, são desenvolvidas importantes legislações no País, como a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

No entanto, a escolha feita pelo conjunto normativo pátrio foi de atribuir apenas ao polo ativo a condução judicial dos interesses metaindividuais. O legislador não contemplou a possibilidade de que o grupo pudesse vir a ser vinculado a decisões contrárias aos seus interesses, por continuar considerando a coletividade como eterna vítima, a necessitar de constante amparo. Face ao silêncio legislativo, tem-se sustentado, com base na experiência jurídica das *defendant class actions* do direito norte-americano, a admissibilidade das ações coletivas passivas no direito brasileiro.

De fato, a utilização do direito comparado é extremamente enriquecedora para as pesquisas e contribui diretamente para o aperfeiçoamento do direito nacional. Contudo, a experiência estrangeira não pode ser automaticamente implementada sem as necessárias adaptações e aperfeiçoamento.

Nesse trabalho, não se pretende negar a admissibilidade das ações coletivas passivas, posto que o controle da coletividade tem se revelado uma necessidade premente na realidade social, mas discutir propostas para superar as problemáticas processuais em torno de sua aplicação no direito brasileiro.

Metodologicamente, esta investigação foi elaborada com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por intermédio da literatura especializada nacional e estrangeira.

## 2. DEFINIÇÃO

Ação coletiva passiva é aquela ajuizada contra um grupo, uma coletividade, uma categoria, e que tem como objeto direitos ou interesses coletivos, ou seja, é a ação em que a coletividade ocupa o polo passivo. Didier Junior e Zaneti Júnior, tratando do tema, asseveram que há ação coletiva passiva no momento em que um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial, formulando-se demanda contra uma dada coletividade.<sup>2</sup>

Por outro lado, adverte Aluísio Gonçalves Mendes que não é o número de pessoas que vai outorgar o caráter coletivo à ação, mas sim a existência da legitimação extraordinária de uma coletividade. Nestes casos, o grupo será substituído na relação processual por um representante que não detém exclusivamente o bem tutelado<sup>3</sup>.

Quanto às espécies de ação coletiva passiva, duas podem ser observadas. A primeira seria a ação coletiva comum ou ordinária, em que no polo ativo da demanda ocuparia uma ou mais pessoas, em face de uma dada coletividade. Nesse sentido, um exemplo esclarecedor é aquele em que há uma ação de interdito proibitório deflagrada por determinada empresa contra sindicato que ameaça sua posse com o intuito de instaurar uma greve. Desta

<sup>2</sup>DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 2 ed. v. 4. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 411.

<sup>3</sup>MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002. Pg. 24.

forma, no polo ativo haveria uma pessoa somente e no polo passivo se encontraria o sindicato representando os interesses da categoria.<sup>4</sup>

A segunda espécie de ação coletiva passiva é a duplamente coletiva, que ocorrerá quando ocuparem em cada um dos polos do processo uma coletividade. Como exemplo, destacam-se os litígios trabalhistas coletivos, em que a relação processual é formada pelo sindicato patronal de um lado e o sindicato dos empregados na outra banda, onde se debatem situações jurídicas coletivas<sup>5</sup>.

### 3. ANALISANDO O (IN) CABIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Na doutrina processualista, tem prevalecido o entendimento no sentido de negar-se legitimidade passiva ao grupo<sup>6</sup>.

A conclusão é fruto de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos legais que regulam a propositura de ações coletivas, na qual se constata expressamente a outorga da legitimação para o grupo atuar no polo ativo da ação coletiva. Nessa senda, sintetiza Leonel<sup>7</sup>:

Os dispositivos que tratam da legitimação falam em propositura de ações coletivas, e não em resposta a ações propostas (art. 5º da Lei n. 7.347/85; art.3º da Lei n. 7.853/89; art. 1º da Lei n. 7.813/89; art. 91 da Lei n. 8.078/90 e art. 29 da Lei n. 8.884/94, que, ao usar a expressão ‘poderão ingressar em juízo’, deixa claro, no contexto, que se refere ao ajuizamento de ação; do mesmo modo, o art. 210 da Lei n.8.069/90 que, ao utilizar a expressão ‘para ações cíveis fundadas em interesses coletivos’, deixa claro que o fundamento da ação é o interesse metaindividual, e, portanto, a legitimação tratada é a ativa).

Daí a impossibilidade de reconvenção em ação coletiva, pois a coletividade figuraria como demandada na ação reconvenicional.

Além disso, essa doutrina resistente entende que, ao contrário do direito norte-americano, que utiliza duro controle *ope judicis* da representação adequada, devido à coisa julgada atingir a todos os membros do grupo, independente do resultado da demanda, no sistema brasileiro o legislador optou que a legitimidade fosse verificada *ope legis*, sem a apreciação da

<sup>4</sup> MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pg. 53.

<sup>5</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 2 ed. v. 4. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 415.

<sup>6</sup> Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 551, p. 11, apud MAZZILLI, op. et loc. cit.; ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. **Código do Consumidor comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 354.

<sup>7</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 206.

real representação adequada ao caso concreto, impossibilitando que haja a extensão da coisa julgada aos ausentes na demanda, sob pena de ferir o devido processo legal<sup>8</sup>.

Por outro lado, há doutrinadores da cepa que defendem a admissibilidade do instituto no Brasil.

Quanto à inexistência de texto legal, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti afirmam não se constituir um óbice intransponível, pois, consoante afirma, a legitimação extraordinária no polo passivo pode ser extraída do sistema. Explica que as ações rescisórias, os mandados de segurança e as cautelares ajuizadas por réus de ações coletivas ativas demonstram a possibilidade de um determinado sujeito responder pela coletividade, o que representaria uma *defendant class actions*<sup>9</sup>.

Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover também apresenta entendimento favorável à legitimidade passiva do grupo representado. Assevera a professora do Largo do São Francisco que o § 2º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública possibilita a habilitação dos co-legitimados como litisconsortes de quaisquer das partes, autor ou réu, de maneira que a demanda também pode ser ajuizada contra o representante da classe, que, igualmente, figurará no polo passivo da demanda.

Em relação à segunda objeção feita pela doutrina consistente na dificuldade de se escolher um representado adequado, Didier assinala que não haveria maiores problemas, bastaria escolher um dos colegitimados previstos em lei para defender os interesses da coletividade no polo passivo, ficando a cargo do magistrado a função de analisar, em concreto, se aquele determinado legitimado é um “representante adequado”. Defende-se, portanto, um controle judicial sobre a adequada representação sem a necessidade de inovação legal – *lege lata*<sup>10</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

<sup>8</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.218.

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 2 ed., v. 4. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 425.

<sup>10</sup> Idem, p. 426.

Sem embargo das posições contrárias, defende-se nesse trabalho a importância das ações coletivas passivas. No contexto atual, a necessidade de controle dos atos da coletividade ou da sujeição dos provimentos jurisdicionais aos seus membros é tão relevante quanto à própria proteção legal desses direitos de natureza coletiva. A coletividade se apresenta não mais apenas como a parte prejudicada na relação jurídica, mas também aquela capaz de violar um direito. No entanto, as soluções de *lege lata* trazidas pela doutrina, inspiradas na doutrina norte-americana se revelam insuficientes para suplantar todos os óbices apresentados e admitir as ações coletivas passivas no direito brasileiro.

Por certo, o modelo das *class actions* norte-americanas não somente é visto como o mais bem sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos da *civil law* e *common law* como também revela-se uma tendência mundial a ser utilizada no ramo dos processos coletivos. Contudo, nesse sistema, ao contrário do Brasil, há a presença do controle judicial da representação adequada, *adequacy of representation*, previsto na alínea (a)(4) da *Rule 23*<sup>11</sup>, permitindo que o magistrado, diante do caso concreto, verifique se o ente que se propõe a representar aquela coletividade ré está realmente apto para exercer esse mister adequadamente, o que assegura, a um só tempo, a universalização da tutela jurisdicional e o direito fundamental de defender-se pessoalmente em um processo.

Assim, as premissas que compõe as *defendant class actions* não podem ser automaticamente implementadas sem as necessárias adaptações e aperfeiçoamento. Ora, como defende Geertz<sup>12</sup>, o direito é um saber local. Nesse sentido, é necessária uma reforma legislativa no ordenamento nacional que delimite cuidadosamente os contornos e o procedimento, criando um sistema adequado para tutelar as demandas coletivas passivas, que possibilite a formação de coisa julgada *pro et contra*, em garantia à inafastabilidade da prestação jurisdicional, ao devido processo legal e à segurança jurídica.

<sup>11</sup> Disponível em: < <http://www.ilnd.uscourts.gov/LEGAL/frcpweb/FRC00024.HTM>>. Acesso em: 01 de junho de 2015.

<sup>12</sup> GEERTZ, Clifford. **O saber local**. 3ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2000, pg.249.

No particular, destaca-se a iniciativa do código modelo de processos coletivos para Ibero-América<sup>13</sup> e dos recentes anteprojetos de código brasileiro de processo coletivo da USP<sup>14</sup> e, em especial, da UERJ/UNESA<sup>15</sup>, por conseguir, este último apresentar um sistema adequado que possibilite a implementação das ações coletivas passivas no Brasil.

### REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 174-193.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. *Revista de Processo*, nº 82, p. 92-151 abr./jun. 1996.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 2 ed., v. 4. Salvador: Jus Podium, 2010.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GEERTZ, Clifford. **O saber local**. 3ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2000.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada**. *Revista Forense*, v. 361, p. 3-12, mai./jun. 2002.

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

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

---

<sup>13</sup>Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodeloportugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodeloportugues_final_28_2_2005.pdf)>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXBy2pIdG9zIGRvIELCRFAgl5BBbnRLcHJvamV0b3M.>> Acesso em: 05 de junho de 2015.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

---

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 21<sup>a</sup> Ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos. Anteprojeto UERJ/Unesa, in Grinover, Mendes, Watanabe (eds.), **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: RT, 2007.