

AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

DEFENDANT CLASS ACTIONS: AN APPROACH UNDER THE BRAZILIAN COLLECTIVE LITIGATION MICROSSYSTEM

Angélica de Souza Sarmento¹
Margareth Vetis Zaganelli²
Paula Ferrario Traba³

64

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar o tratamento processual conferido ao instituto da ação coletiva passiva no microsistema de processo coletivo brasileiro. Com esse intento, evidencia a importância da ação coletiva passiva para resolução de conflitos de interesses coletivos, sobretudo devido à eclosão das demandas para tutela de direitos coletivos *lato sensu*; perpassa as origens históricas do instituto em seu nascedouro originário; discorre sobre a conceituação da ação coletiva passiva, a receptividade na doutrina, além das possíveis consequências da ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio de metodologia qualitativa e de pesquisa bibliográfica, o trabalho ressalta a sistemática da representação adequada e as formas de controle a respeito dos representantes da coletividade demandada, bem como a relevância do instituto da ação coletiva passiva como forma de tutela dos direitos das minorias.

Palavras-chave: Processual civil. Processo coletivo. Ação coletiva passiva. Direito Comparado. Representação adequada.

Abstract: The purpose of this article is the analysis of the procedural treatment given to the Brazilian defendant class actions under the perspective of the Brazilian collective litigation microsystem. Therefore, the importance of these methods will be shown for the resolution of passive collective interests conflicts, especially because of the “boom” that these class actions

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo e advogada. E-mail: angelicas.sarmiento@gmail.com

² Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano - Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik(UFES). Professora investigadora do Projeto Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" do Erasmus Plus European Commission - cofinanciado pela União europeia (School of Law). mvvetis@terra.com.br

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo e advogada. E-mail: paulaft40@gmail.com

Recebido em 30/03/2020
Aprovado em 02/05/2020

demands have been going through in the last years to ensure collective rights “lato sensu”; it starts with the historical origins of these collective demands in its birthplace, showing how the concept of these collective demands was built; how it is seen by the Brazilian writers and possible consequences due the lack of laws in Brazilian codes to regulate these conflicts. Qualitative methodology and bibliographic research were used to highlight the importance of rights representation as a way to guarantee the minorities rights.

Keywords: Civil Procedure. Collective litigation. Brazilian defendant class actions. Comparative Law. Adequacy Representation.

1.Introdução

O tratamento jurídico recebido pelas ações coletivas passivas é, de longe, uma das temáticas mais subestimadas e pouco aprofundadas na processualística brasileira⁴. Uma das razões que podem ser apontadas para isso é o pouco uso frente ao potencial desse instituto, o que leva a um fatídico esquecimento, mesmo nos sistemas que o adotam⁵.

Pode-se afirmar que a comunidade jurídica ainda não despertou para as vantagens de se demandar em face de uma coletividade que se encontra na mesma situação de ilicitude, com a consequente redução dos custos elevados de vários processos e o aumento na eficácia das decisões⁶. Nesse sentido, leciona Rogério Rudiniki Neto:

[...] (a) ausência de regulamentação pode ser explicada pelo fato de o processo coletivo inicialmente ter sido pensado para que a coletividade ocupe o polo ativo; porém, por vezes pode ser útil ou até mesmo necessário que as ações coletivas passivas sejam admitidas - sob pena de se inviabilizar a tutela de determinados direitos/interesses lesionados ou ameaçados de lesão. A realidade do foro já demonstra que, apesar a ausência de disposições expressas acerca do assunto, as ações coletivas passivas já são uma realidade na prática - v.g., ações possessórias propostas contra coletividades indeterminadas ou ações rescisórias de ação coletiva ativa. [...]⁷

⁴ZUFELATO, Camilo. "Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal." GOZZOLI, Maria Clara et al.(Coords.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203, aponta que doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, que, desde 1986, reconhece a possibilidade dessa modalidade de ação no direito pátrio, acompanhada de Kazuo Watanabe, Rodolfo de Camargo Mancuso, Diogo Maia, José Marcelo Menezes Vigliar, Jordão Violim, dentre outros.

⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008, p. 239.

⁶PARSONS, A. Peter; Starr, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The unrealizedviabilityofRule23*, p. 884.

⁷NETO, Rogério Rudiniki. *Introdução ao Processo Coletivo Passivo: a experiência do direito norte-americano e a ações coletivas passivas no atual estágio do processo coletivo no Brasil*. Universitas JUS, v. 25, n. 2, 2014, p. 71-89.

Notadamente, esta espécie de tutela coletiva foi concebida por doutrinares brasileiros e estrangeiros, com vistas à sanabilidade de situações jurídicas e/ou fáticas enfrentada por um grupo de pessoas, titulares de direitos coletivos *lato sensu*, sendo estes representados por legitimados extraordinários.

Como se vê, o ordenamento jurídico brasileiro previu no microsistema do processo coletivo hipóteses para demandas coletivas que envolvessem interesses supraindividuais, sendo silente quanto à possibilidade do grupo de pessoas com tais interesses figurar no pólo passivo, ou seja, deixou-se de regular ações coletivas intentadas contra a coletividade.

Nesse diapasão, Maia sustenta que a defesa coletiva de direitos nem sempre está diretamente relacionada com a imposição de limites. Na realidade, na maioria das vezes, trata-se de tentativas de prevenir ou sanar lesões a interesses ou direitos transindividuais, de forma que a tutela coletiva passiva se torna um instrumento para assegurar direitos coletivos. Dessa maneira, as tentativas de codificação desses direitos visam proteger o grupo, categoria ou classe, evitando que decisões contrárias vinculem a coletividade⁸.

Diante desta lacuna normativa, a doutrina vem protagonizando inegável papel na busca pela consolidação do processo coletivo⁹ e, conseqüentemente, da ação coletiva passiva. Isso deu azo à criação de um Código Modelo de Processos Coletivos Ibero-Americano, em 2004, e um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos¹⁰, idealizado e desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Sobre isso, leciona Júlio César Rossi:

Vivemos, há alguns anos atrás, a era das tentativas de sistematização de Códigos de Processo Coletivo. Frutos deste movimento foram idealizados, basicamente, em quatro documentos, sendo dois Anteprojeto de Código e dois Códigos-modelo, os quais visavam, cada qual ao seu modo, um diploma normativo regulador do processo coletivo. Todos eles traziam em seus bojos, além da ação coletiva ativa (como conhecemos tradicionalmente as ações coletivas), a denominada “ação coletiva passiva”, disciplinando-a, em síntese, como sendo uma demanda proposta em face de uma coletividade, devidamente representada, cuja causa seja de interesse social relevante.¹¹

⁸MAIA, D. C. M. *Ação Coletiva Passiva*. Coleção Direito Processual Coletivo. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009, p. 32.

⁹PEREIRA, Rafael Caselli. *Ação Coletiva Passiva (Defendant Class Action) no Direito Brasileiro*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 01 de abril de 2020.

¹⁰ O texto fora apresentado em 2009 e atualmente tramita na Câmara dos Deputados na forma do PL 5139/2009, estando em situação de aguardar deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara. Consulta em 01/10/2018.

¹¹ ROSSI, Júlio César. *A ação coletiva passiva*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198, 2011, p. 01.

Não obstante, para os doutrinadores tradicionalistas, em decorrência da ausência de previsão legal, não tem se admitido a existência dessas ações que tutelam os direitos transindividuais pelo pólo passivo da demanda.

Nesse passo, Mazzili defende a tese da inexistência de legitimidade passiva da coletividade, senão vejamos¹²:

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.

A concepção brasileira das ações coletivas passivas encontra fundamento no direito anglo-saxão¹³, tendo, em caráter metodológico, optado por buscar compreender a origem da ação coletiva passiva nas *class actions* e nas *defendant class actions* características do direito norte-americano, bem como as contribuições que remontam ao direito inglês.

Por seu turno, nota-se que a evolução do ordenamento jurídico brasileiro é acompanhada da importação – não raro acrítica –, de institutos oriundos de outros países da comunidade internacional. Ocorre que, segundo Tozzi:

[...] essa busca de simetridade ao direito estrangeiro, quando desatenta aos contornos inerentes à cultura jurídica brasileira, tende ao flerte com o reducionismo próprio das soluções prontas, porém mal ajustadas a uma realidade mais complexa do que aparenta¹⁴.

É dizer: a ausência de previsão legal das ações coletivas passivas, como acima citado, certamente é um fator de desestímulo ao emprego desse promissor instituto, muito embora seja uma questão que toca toda a sistemática do processo coletivo.

Por tal razão, faz-se necessário compreender a origem do instituto em tela em comento acompanhada do exame do sistema jurídico onde nasceu, a fim de que sejam reconhecidas as

¹²*Ibid.*, p. 361.

¹³VITORELLI, Edilson. *O devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 220-231.

¹⁴TOZZI, Thiago Oliveira. *Ação coletiva passiva: conceito, características e classificação*. Revista de Processo, ano 37, vol. 205, 2012, p. 266.

particularidades e dessemelhanças entre os sistemas, a fim de que seja melhor aplicado a realidade brasileira.

2. Class actions e defendant class actions no direito comparado

No que tange à origem das ações coletivas passivas, a melhor doutrina aponta que os registros mais antigos de que se têm notícia remontam ao século XII, mais especificamente ao ano de 1199, na Inglaterra medieval¹⁵. À época, “o Pároco (*Rector*) Martin, da *Barkway*, ajuizou ação na Corte Eclesiástica de *Canterbury* em face dos paroquianos (*parishioners*) de *Nuthampstead*”¹⁶, tendo como objeto o pleito de que fosse colocado um sacerdote para celebrar eventos religiosos na capela de *Nuthampstead*, recém independente da paróquia de *Barkway*.

Ainda na Inglaterra, Stephen Yazell leciona que no século XIII, há notícia de que três camponeses do vilarejo de *Helpingham* intentaram ação contra os moradores das cidades de *Donington* e *Bykere*, diante da omissão destes na prestação de esforços coletivos para a reparação dos canais de água que abasteciam a região. Yazell¹⁷ pontua ainda que, diante da inviabilidade prática de intentar a ação contra todos os moradores individualmente, os aldeões de *Helpingham* identificaram no pólo passivo da ação alguns indivíduos que elegeram como porta-vozes do agrupamento de pessoas.

Desde a Baixa Idade Média já se admite a escolha de sujeitos para representar uma coletividade no pólo passivo de ações, conforme sustentado por Stephen Yazell e acima exemplificado, o que futuramente veio a ser aprimorado até originar o conceito de representação adequada¹⁸.

Nesse sentido, representação adequada significa “representação” no sentido técnico-jurídico da palavra, como ensina Antônio Gidi. O autor ainda ensina que pode-se considerar como tais, também, “àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação

¹⁵ ADAMS, Norma, and Charles Donahue, eds. *Select Cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury*. 1200-1301. Vol. 95. Selden Society, 1981.

¹⁶ PEREIRA, Rafael Caselli. *Ação Coletiva Passiva (Defendant Class Action) no Direito Brasileiro*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 01 de abril 2020.

¹⁷ YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.p.38.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>> Acesso em: 03 abril 2020.

coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo”, de forma que a palavra “representante” é tida como sinônimo de porta-voz dos interesses do grupo.¹⁹

Dessa forma, é importante ressaltar que os eventos históricos retro mencionados tiveram uma grande repercussão sobre o direito estadunidense tendo em vista que, em razão da influência colonizadora, é claro que o sistema americano sofreu forte influência do direito britânico.

Segundo, Maia²⁰ “[...] 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*).”

Em sequência, Pereira completa, lecionando que, desde 1842, a Suprema Corte norte-americana promulgou a *Equity Rule 48*, oportunidade na qual admitiu expressamente o litígio de grupo sem, contudo, fazer distinção entre a existência de coletividade no pólo ativo ou passivo da demanda²¹. Vejamos:

Quando qualquer das partes for muito numerosa, e não possa, sem manifesta conveniência e sufocante demora para a ação, trazer a juízo todas as partes, poderá a corte discricionariamente dispensar o ingresso de todos, havendo sujeitos suficientes para representar corretamente todos os diversos interesses dos autores ou dos réus na ação. Mas, em tais casos, não prejudicará os direitos e pretensões dos ausentes.²²

Já em 1898, por meio do emblemático caso *American Steel & Wire Co. vs. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*, em que uma companhia ajuizou ação contra aqueles que exerciam o direito de greve, sob alegação de abuso no exercício de direito próprio. Sobre isso, Rodrigues Netto²³ ensina que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a coletividade

¹⁹GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Revista de Processo, Nº 108, out./dez. 2002, pp. 61-62.

²⁰ MAIA, Diego Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva. Coleção Direito Processual Coletivo*. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009, p. 32.

²¹ PEREIRA, Rafael Caselli. *Ação Coletiva Passiva (Defendant Class Action) no Direito Brasileiro*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 02 abril 2020.

²² In: RODRIGUES NETTO, Nelson. *Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 149, jul. 2007, p. 84.

²³ “De tal sorte, o princípio inerente às ações coletivas, autorizando que alguns representem uma multidão de pessoas que possuem interesses comuns, e cuja decisão produz efeitos sobre todos, foi preservada pela Suprema Corte ao interpretar a *Equity Rule. 48*” In: RODRIGUES NETTO, op. cit., p. 81, nota 20.

se fazia representar de forma adequada pelas partes trazidas a juízo, na forma dos líderes no movimento grevista, o que daria legitimidade ao caso para prosseguir e vincular a todos de forma coletiva, de acordo com o caso concreto²⁴.

Posteriormente, em 1938, foram promulgadas as Federal Rules of Civil Procedure, que podem ser comparadas a uma espécie de diploma processual civil norte-americano, o qual, por meio da *Rule 23*, permitia que um ou mais membros de uma classe pudessem demandar e ser demandados, prevendo expressamente a presença do grupo tanto no pólo ativo quanto no passivo da demanda²⁵

Dito isso, é válido ressaltar que, se comparada à realidade brasileira, a aplicabilidade prática das ações coletivas passivas nos Estados Unidos é dotada de maior protagonismo, sobretudo em razão de o aperfeiçoamento doutrinário a respeito do tema ter ocorrido lá de forma mais proeminente. No entanto, observa-se que, da mesma forma como ocorre no Brasil, também lá o instituto das *defendant class actions* padece de esparsa difusão, seja em sede doutrinária, ou jurisprudencial. A esse respeito, confira-se os dizeres de Francis Shen²⁶:

Why do defendant class actions receive such little treatment? If they are seen as theoretically untenable or unfair, then the theory needs to be examined. If we ignore defendant class actions because they are fewer in number than plaintiff class actions, the question to ask is whether they should be used more often. If the argument is that they are not feasible in practice, then system design issues come to the forefront. These issues— theory, frequency, and feasibility — are related, but distinct from one another.

Não se pode perder de vista que, a despeito da notória influência do direito anglo-saxão na constituição das ações coletivas passivas brasileiras, tais sistemas possuem diferenças intrínsecas que não podem ser desconsideradas. Isto porque o cenário da *common Law* propiciou um ambiente adequado para o surgimento e desenvolvimento das *defendant class actions*, razão pela qual Maia²⁷ sustenta que:

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

²⁴MAIA, Diego Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2009. P 37.

²⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 390.

²⁶SHEN, Francis X. *The overlook edutility of the defendant class action*. *Denver University Law Review*, vol. 88, 2010, p. 76 Disponível em <http://www.law.du.edu/documents/denver-university-law-review/v88-1/Shen_FinalProof_21111.pdf>. Acesso em 02 abril 2020.

²⁷MAIA, op. cit., p. 32, nota 19.

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.

Entretanto, esse panorama favorável ao aperfeiçoamento e utilização do instituto não encontra o mesmo lastro no Brasil, cuja tradição de *civil Law* tem como uma de suas principais características o ímpeto codificador.

E, no caso, como está-se diante de instituto ainda carente de regulamentação legislativa, é possível constatar que as ações coletivas passivas ainda padecem de forte desprestígio no país, cenário que seria diferente caso houvesse a sua positivação expressa em algum dos diplomas pertencentes ao microsistema de processo coletivo.

Em compensação, Tozzi²⁸ advoga a tese de que esse vácuo legislativo de certa forma aproximou o sistema brasileiro ao americano. Isso porque, em ambos os ordenamentos, confere-se um notável protagonismo à atividade jurisdicional no sentido de exercer o controle da aptidão da entidade demandada pela parte autora para representar adequadamente os interesses da coletividade substituída na perspectiva processual passivo-defensiva.

Ainda em sede de direito comparado, no que diz respeito à América Latina, em especial ao Peru, apesar do importante papel social das ações coletivas no geral, não existe regulamentação específica para ao assunto, de forma que o mais próximo disso que os peruanos chegaram foi o art. 82 do Código de Processo Civil²⁹.

No mesmo sentido, no que diz respeito à Argentina, segundo Flávia Batista Viana, “vasto é o leque de leis dispendo sobre a tutela coletiva argentina, entretanto, no que concerne às ações coletivas passivas, não existe nenhuma previsão legal, o que não tem impedido que a doutrina reconheça o seu cabimento”³⁰ e, no mesmo sentido Indacochea, ao falar que “si bien se han realizado esfuerzos para regular este tipo de procesos, los mismos no han sido homogéneos ni ordenados, existiendo casos (como el de Argentina) donde El desarrollo es jurisprudencial y no legislativo.”³¹

²⁸TOZZI, Thiago Oliveira.op. cit., p. 267, nota 12.

²⁹ “El art. 82 del Código Procesal Civil representa una importante evolución Del derecho procesal civil peruano hacia los procesos colectivos en tutela de los derechos de grupo”, In GIDI, Antônio. *Acciones Colectivas em Peru*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 205, Mar / 2012, p. 01.

³⁰ VIANA, Flávia Batista. *Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

³¹ INDACOCHEA, Gonzalo Bernales. *La tutela colectiva Del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: ¿Legitimación para obrar o representación procesal?.* 2017.Dissertação (Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad em Derecho Procesal). Pontificia Universidad Católica Del Perú, Perú, 2017, p. 02.

3. A ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro: conceito e classificação

Conforme assinala Flávia Batista Viana, as ações coletivas passivas constituem uma espécie de gênero das ações coletivas, sendo um importante mecanismo de acesso à justiça, apto a tutelar não só direitos metaindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), mas também direitos puramente individuais que tenham sido lesionados ou estejam ameaçados de o ser por uma coletividade, o que aumenta o rol de direitos individuais protegidos na forma coletiva.³²

No mesmo sentido leciona Ricardo de Barros Leonel³³, de modo que a ação coletiva passiva pode nascer tanto em ações ajuizadas por particulares, quanto por outra coletividade, a caracterizar o denominado conflito “*essencialmente coletivo*”³⁴.

Há, porém, posição em sentido contrário, restrita ao admitir para a configuração da ação coletiva passiva apenas aquelas caracterizadas como duplamente coletivas, não admitindo as pretensões eminentemente individuais em face de um grupo³⁵.

A par das divergências, seguindo, porém, a doutrina que admite a tutela de direitos tanto coletivos *lato sensu*, como individuais pela ação coletiva passiva, nota-se, então, que a coletividade é também passível de ser titular de um dever ou estado de sujeição, e não apenas de protagonizar a figura de titular de direitos, como na ação coletiva ativa.³⁶ A ação coletiva passiva aparecerá, portanto, quando observada demanda que se volta contra grupo de réus,

³²VIANA, Flávia Batista. *Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

³³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1, p.202-205.

³⁴ RUDINIKI NETO, Rogério. *Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41386/R%20-%20D%20-%20ROGERIO%20RUDINIKI%20NETO.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 04 abril. 2020.

³⁵ ZUFELATO, Camilo. *Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.92.

³⁶VIANA, Flávia Batista. *Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009..

titular de uma situação jurídica passiva consubstanciada num dever ou em um estado de sujeição³⁷.

Diante desses parâmetros, a nosso ver, a ação coletiva passiva pode ser definida como a configuração de uma relação jurídico-processual tendo como núcleo a pretensão resistida que se traduz em algumas das modalidades de direitos metaindividuais,³⁸ cuja defesa deva operar-se em regime de substituição processual, por entidade habilitada a atuar defensivamente em favor da coletividade interessada³⁹.

Ressalta-se ainda que, segundo Ada Pellegrini Grinover, ação coletiva passiva é a “[...] ação promovida não pelo grupo, mas contra o grupo, correspondendo a *defendant class action* do sistema norte-americano”⁴⁰. Outrossim, a processualista mencionada chama atenção para o menor emprego das ações coletivas passivas quando comparadas com as ativas nos sistemas em que são admitidas.

No tocante à classificação, as ações coletivas passivas subdividem-se, segundo proposta de classificação aceita pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em original ou derivada. A primeira, original, como o próprio nome sugere, é a responsável por começar um processo coletivo, ausente qualquer vinculação a um processo anterior. Já a derivada está atrelada ao processo coletivo “ativo” pretérito, aquele formado a partir de grupo no pólo ativo da demanda, mas que posteriormente vira réu em outra ação.

No que tange ao cabimento das ações coletivas, Michele Taruffo⁴¹ ensina ainda que

È stato osservato, anzitutto, che i criteri relativi al character o the right appoiono al lo stesso tempo troppo ristretti e troppo generici: troppo ristretti, perchè termini come joint, common e several acquista noun significato sicuro e specifico soltanto in tema didiritti reali; troppo generici perchè, fuori da tale contesto, i termini in questione non assumono una portata precisa, e si prestano ad interpretazioni contrastanti. Discende da ciò, come diretta conseguenza, la difficoltà di ricondurre con certezza la singola azione ad una delle tre categorie, e si aggravano le ambiguità in sede di determinazione degli effetti

³⁷ GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães. *Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016, 305.

³⁸ VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 64-67.

³⁹ TOZZI, Thiago Oliveira. Op. cit., p. 273, nota 12.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. (coords.) *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2.a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.236.

⁴¹ TARUFFO, Michele. "I limiti soggettivi del giudicato e le class action". *Rivista di Diritto Processuale*, n.º. 1, Padova, CEDAM, 1969, pp. 628.

della sentenza, appunto perchè l'esistenza e l'estensione soggettiva della claim preclusion di pendono dal tipo di class action che viene proposto. Percebe-se, pois, que são inúmeros os litígios que envolvem situação jurídica passiva coletiva, haja vista a interação cada vez maior entre os indivíduos, que constituem grupos e permanecem ligados entre si.

4. Receptividade da ação coletiva passiva na doutrina brasileira

Certo é que a doutrina clássica sempre se tratou com maior enfoque da legitimação ativa nas ações coletivas, haja vista a diminuta base conceitual envolta da possibilidade de agrupamento no polo passivo da demanda⁴². Antônio Gidi, por exemplo, autor aponta a observação de Arruda Alvim, que aduz “que embora o art. 81 do CDC se refira à “defesa” dos direitos dos consumidores, essa expressão tem o significado de agir ativamente em juízo, e não a possibilidade de os entes do art. 82 serem réus em uma ação coletiva (ou individual)⁴³.

A inércia da atividade legislativa, porém, não deve obstar que se perquiria por novas formas e novos regramentos face à admissibilidade das ações coletivas passivas, conforme entendimento perfilhado pela doutrina defensora da admissibilidade da ação coletiva passiva, filiada em sua maioria aos argumentos da saudosa Ada Pellegrini Grinover, quando aduz que:

Em primeiro lugar, dispositivo específico da Lei de Ação Civil Pública prevê expressamente a possibilidade de a classe atuar em juízo no pólo passivo. [...] É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela [...] Por essas razões, parece incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas permite, de lege data, que a classe figure no pólo passivo da ação.⁴⁴

Dessa forma, resta mais que evidente o fato de que a doutrina acolheu a existência das ações coletivas passivas, de forma a auxiliar na sua aplicação, uma vez que, como já reiterado, não existe previsão normativa no microsistema processual coletivo brasileiro. Apesar disso, não é pacífico tal entendimento na doutrina.

Nesse sentido se manifestou Edilson Vitorelli:

⁴²FERNANDES, J. R. *A Constitucionalidade Da Ação Coletiva Passiva*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3303.pdf>> Acesso em: 02 abril 2020.

⁴³GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51

⁴⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 850/851

[...] mesmo antes do CPC/15 (LGL\2015\1656), autores nacionais viram nas ações possessórias coletivas, e em outras espécies de litígio, a incorporação, ao sistema brasileiro, de uma ação coletiva passiva. Sustenta-se que, conquanto a Lei 7.347/1985 preveja apenas a legitimidade ativa de entidades para agir processualmente em nome da sociedade, a praxe forense já admitiria também uma coletividade como ré, igualmente representada por pessoas legitimadas, tal como admite, nos Estados Unidos, a Rule 23, das Federal Rules of Civil Procedure. O objetivo do presente artigo é demonstrar que, conquanto disseminado, esse entendimento é equivocado e expressa uma compreensão errônea do conceito de ação coletiva passiva, tal como praticada nos Estados Unidos. [...] ⁴⁵

Dessa forma, o autor defende que as ações coletivas passivas seriam apenas uma nova nomenclatura para institutos já consolidados no direito brasileiro, de modo que a sua utilização é equivocada. Prossegue, ainda, afirmando que as ações coletivas passivas, mesmo nos Estados Unidos são um fracasso, sendo que o problema principal está na falta de representação adequada e na dificuldade de formação da coisa julgada e na, conseqüente, execução em face daqueles que nem ao menos sabiam da existência da ação.

5. Legitimidade para atuação coletiva passiva

De antemão, cabe traçar a diferenciação necessária entre ação coletiva passiva e a legitimidade passiva *ad causam*, termos que não se confundem, ao passo que esta revela a aptidão para responder a uma ação coletiva “ativa”, abrangida pela arquitetura clássica da demanda coletiva clássica, enquanto aquela se refere à legitimação para atuar defensivamente em favor de grupo, classe ou categoria. Insta pontuar que, quando falamos em legitimidade para atuação coletiva passiva, estamos falando em legitimidade para representar (no rigor científico seria substituir processualmente) passivamente determinada coletividade quando demandada enquanto agrupamento, o que tampouco pode ser confundido com a simples legitimação passiva para responder a uma ação civil pública (ativa). ⁴⁶

Uma das maiores problemáticas em torno da legitimidade para a atuação coletiva passiva envolve a lacuna existente no microsistema de processo coletivo do ordenamento brasileiro com relação ao assunto.

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?*. Revista de Processo. Vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴⁶ TOZZI, Thiago Oliveira. *Ação Coletiva Passiva: conceito, característica e classificação*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 205, p. 276, mar. 2012.

Entretanto, para se pensar na hipótese de uma demanda coletiva passiva, deve-se também antever um legitimado extraordinário para representar a coletividade que integra seu pólo passivo⁴⁷. Pode-se dizer que, apesar de no ordenamento jurídico brasileiro não existir regra expressa que autorize a substituição processual no pólo passivo das ações coletivas, deveria ser aplicada a regra geral do art. 18 do Código de Processo Civil, que permite a legitimação extraordinária nos casos autorizados por lei.⁴⁸

O microsistema de processos coletivos, na verdade, buscou superar a tradicional técnica de tutela jurisdicional dos direitos, que condiciona o acesso à justiça à afirmação/confirmação da titularidade da pretensão material discutida. Para tanto, escalou diversas instituições públicas e privadas para conduzir todas as discussões judiciais pertinentes a lesão ou ameaça de lesão a quaisquer interesses ou direitos reputados diametralmente difusos, coletivos ou individuais homogêneos, de forma que aí reside toda a riqueza e efetividade do sistema de tutela coletiva.⁴⁹

Nas palavras de Diogo Campos Medina Maia, 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. 18 do CPC, o qual 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:

Desta forma, fica patente a necessidade de se estender o alcance da regra consubstanciada no art. 6º do Código de Processo Civil [art. 18, do CPC vigente] para permitir a legitimidade extraordinária aos casos admitidos pela lei, assim entendida como sistema legal.⁵⁰

Por outro lado, há doutrinadores que alegam a inviabilidade de se configurar a legitimidade na atuação passiva da ação coletiva em razão da necessidade de se observar a “representação adequada” para o grupo a ser tutelado, conceito ainda não previsto, segundo os

⁴⁷VIANA, Flávia Batista. *Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009..

⁴⁸VENTURI, Elton. *O problema da “representação processual” das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, maio 2016, p. 282.

⁴⁹VENTURI, Elton. *O problema da “representação processual” das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, maio 2016, p. 282.

⁵⁰MAIA, Diego. *Ação Coletiva Passiva*. *Coleção Direito Processual Coletivo*. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009, p. 70 a 74.

autores, na sistemática das ações coletivas. O tema, porém, será melhor analisado nos próximos tópicos.

6. Hiato normativo e a utilização subsidiária das regras do processo coletivo ativo

Como visto em momento anterior, vários autores sustentam a linha da inadmissibilidade da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, como preceitua, por exemplo, o autor Pedro da Silva Dinamarco, para quem se inexistente lei que autoriza a defesa em polo passivo de demanda coletiva, não há como se cogitar a presença de ação coletiva passiva até o momento.⁵¹

Entretanto, a despeito de, até o presente momento, inexistir ponto de convergência entre a maioria da doutrina quanto à admissão da ação coletiva passiva, vem preponderando a ideia de que justamente pela inexistência de dispositivo legal que coíba a prática, abre-se margem à criação de novos institutos, como é o caso da ação coletiva passiva. Prevalece o ideal de que a inexistência de texto legal expresso não pode se tornar obstáculo intransponível ao acesso à justiça⁵².

Partindo do pressuposto de sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário traçar parâmetros relacionados às regras que o sistema coletivo passivo obedecerá, a fim de se evitar a dispersão da finalidade do instituto e a consequente insegurança jurídica no momento de sua aplicação.

Como sugeriu Antônio Gidi em sua proposta de Código, entende-se que as regras do processo coletivo devem ser aplicadas subsidiariamente ao processo coletivo passivo⁵³

Apesar da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um microsistema que comporta normas de diversos diplomas jurídicos, seria sobretudo oportuna a concretização

⁵¹“(…) no plano constitucional, a admissibilidade da presença de uma associação no polo passivo, como substituto de terceiros, violaria a garantia individual do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), bem como a do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Assim, é inimaginável que os efeitos de uma sentença, em qualquer processo, possam prejudicar o indivíduo sem que lhe seja dada a ampla oportunidade de se defender e de lançar mão dos recursos inerentes àqueles princípios constitucionais.” In: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270.

⁵²VIANA, Flávia Batista. *Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009..

⁵³GIDI, Antonio. *Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito*. Revista de Processo, n. 111. São Paulo, RT, 2003.

destes direitos em um Código de Processos Coletivos Brasileiro, a fim de gerar uma maior estabilidade e vinculação que assegure sua tutela.

Neste sentido, vários são os anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos, mas apenas alguns valem o presente destaque com especial atenção à previsão de ação coletiva passiva, como o artigo apresentado por Antônio Gidi, acima transcrito.

Há também o projeto indicado pela UERJ/UNESA⁵⁴, apenas com inovações no tocante à coisa julgada passiva. Do mesmo modo, tem-se o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual⁵⁵, idealizado para situar a defesa dos direitos e interesses transindividuais, mas com necessidade expressa de ser adaptado às peculiaridades locais de cada país, levando em consideração a atividade legislativa que cada um desenvolve. Certo é que a experiência dos processos coletivos nos países de tradição originária na *civil law*, ou ao menos em sua maioria, ainda não está consolidada, haja vista o arquivamento prematuro dos projetos de lei no Brasil, por exemplo. Mas, já é possível dizer que a previsão da ação coletiva passiva avançará, na medida em que as pesquisas e projetos relativos aos processos coletivos em geral se desenvolverem nos países, sendo, portanto, de extrema importância que as codificações prosperem no legislativo de cada localidade.

7. Representação Adequada

Sob o enfoque da representatividade adequada reside um dos maiores debates no âmbito do direito processual coletivo brasileiro. A preocupação dos estudiosos apresenta respaldo inegável quando observado, por exemplo, que os efeitos da sentença vincularão a todos⁵⁶, por meio da figura do legitimado passivo – o representante –, criando margem à eventual prejuízo

⁵⁴ Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado [...] e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social. Art. 43 Coisa julgada passiva. A coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe. Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva. Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste Código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

⁵⁵Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/en/livro/codigo-modelo-de-processos-coletivos-versao-em-portugues/>>. Acesso em 06. abril 2020

⁵⁶“Na hipótese de ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, a coisa julgada é *secundum eventum probationis* e se estende para além das partes do processo. A regra geral é de que a coisa julgada atingirá não apenas as partes, mas todos os demais legitimados para a ação coletiva.” TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016, p. 114

da coletividade representada sem o devido controle pelo juiz dos critérios da legitimação em concreto⁵⁷.

Vincenzo Vigoriti⁵⁸, em análise aos problemas que a *Rule 23* causa aos intérpretes, asseverou que:

[...] si tratta di due problemi fra loro strettamente collegati perché la sentenza che pronuncia sull'azione di classe spiegherà i suoi effetti nei confronti di tutti i componenti di questa, così come questa risulta 'definita' da giudice; a sua volta l'adequacy of representation garantita all'interesse collettivo dai suoi portatori (class representatives) è condizione necessaria e sufficiente perché la sentenza possa vincolare tutti i componenti della class, indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio.

Em que pese a notável influência do direito norte-americano na estrutura do processo coletivo brasileiro, – acima já referenciada –, certo é que as regras da *class action*, por exemplo, não se aplicam de forma automática e direta no Brasil.

Fosse assim, nosso microssistema traria apenas meros parâmetros normativos para identificação dos legitimados, enquanto a verificação essencial da eleição dos representantes seria atividade eminentemente judicial (sistema *ope judicis* de legitimação), e não política, como ocorre com a instituição do rol contido na Lei 7.347/1985 para propositura da ação civil pública⁵⁹.

Tal característica leva muitos a pensarem que a atividade dos legitimados em ação coletiva no Brasil não pode ser controlada⁶⁰, haja vista que já se encontra expressa em lei. Verdade é que o vácuo legislativo no tocante à legitimidade passiva nos processos coletivos permitiu, senão a aplicação integral do ideal americano *ope judicis*, ao menos a aproximação com aquele sistema, de modo que a importância da atividade jurisdicional na ponderação da entidade demandada pela parte autora é imprescindível para entrega de efetiva, adequada e justa prestação jurisdicional.

Ainda que se deva observar os requisitos legais estampados no microssistema, a análise dos critérios do representante no caso específico é extremamente válida, na medida em que é

⁵⁷ Cf. art. 5.º, LV da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

⁵⁸ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo - La Legittimazione ad Agire*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 272.

⁵⁹ TOZZI, Thiago Oliveira, op. cit. p. 11, nota 12.

⁶⁰ Dentre os argumentos alimentados pela doutrina majoritária acerca do não controle dos legitimados, aduz-se que a coisa julgada nas ações coletivas seria dada apenas para beneficiar os membros do grupo e o fato de o legislador selecionar previamente algumas pessoas se mostra como absoluta presunção. Além disso, o controle judicial seria desnecessário, já que o Ministério Público sempre atua como fiscal da lei. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. Bahia. JusPodivm, 2008, p. 65.

necessária a ponderação da credibilidade, ou até mesmo do conhecimento técnico de determinado agente, muitas vezes não demonstrado no caso *sub judice*, conforme aduz o autor Pedro Lenza⁶¹.

Aliás, se até mesmo no tocante à legitimação ativa há tendência consagrada, na doutrina e na jurisprudência – pertinência temática –, voltada à necessidade do filtro judicial, não se esgotando na simples previsão legal do ordenamento, com mais razão se afirma o controle judicial da adequação do legitimado passivo.

Em suma, pode-se dizer que a correta análise⁶² da representatividade adequada nas ações coletivas passivas deva criar um sistema de aferição bifásico, como o proposto por José Marcelo Vigliar: “a) deixar a cargo do juiz a análise da representatividade adequada para o pólo passivo (seria a regra); e b) realizar uma “exclusão *ope legis*”, daqueles que (assim como o Ministério Público) jamais poderiam figurar no pólo passivo”⁶³.

Sem dúvidas, a eficácia da aferição da legitimidade pela representação adequada depende de o Poder Judiciário apresentar estrutura adequada que possibilite a análise dos requisitos. Por outro lado, a atual situação do sistema judiciário brasileiro – abarrotado de processos pendentes de julgamento em uma sociedade de conflitos de massa – não deve obstar a busca por mecanismos que buscam promover justamente cenário contrário à morosidade e ineficácia⁶⁴, como é o caso dos processos coletivos em geral.

A inserção da figura do representante adequado, a despeito de criar mais uma função ao magistrado no caso concreto, é inerente ao seu próprio dever de prestar uma tutela efetiva, adequada e justa aos jurisdicionados, razão pela qual, a nosso ver, há de se perquirir o ponto de equilíbrio pelo qual passe a exigência de certificação judicial por meio da representação

⁶¹ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 194

⁶² Essa análise é ainda mais necessária no modelo como o brasileiro em que há legitimados a priori estabelecidos como adequados a figurar no polo passivo, ou seja, onde os réus não são exatamente os titulares do direito material correspondente. GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães. *Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016, p. 313.

⁶³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. “*Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos*” In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 315.

⁶⁴ Outra vantagem é que a sentença proferida nessas lides – coletivas - impõe o cumprimento de normas protetivas de forma rápida e generalizada, o que contrasta com uma abordagem fragmentada, característica de uma lide individual. PARSONS, A Peter; Starr, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The unrealized viability of Rule 23*, p. 899

adequada como condição para validade da ação coletiva passiva, e, sobretudo, para eficácia coletiva do julgado.⁶⁵

8. Ação coletiva passiva como instrumento para a inclusão de minorias.

Atualmente, mormente após a promulgação da Constituição cidadã de 1988, na sociedade brasileira tem se observado certa preocupação com medidas para efetivação do princípio máximo da Carta Magna, qual seja: a dignidade da pessoa humana. Além disso, a busca constante de providências que aprimorem o atendimento às pessoas vulneráveis se revela fundamental para aperfeiçoar o convívio social, em sobrelevo a existência digna dos notadamente vulneráveis.

Tal realidade coloca em destaque o princípio da humanização, que amplia a incidência dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, acentua a necessidade de se amparar à dignidade da pessoa humana, mormente aos grupos mais frágeis e necessitados, atrelados à vulnerabilidade.

Nesse sentido, a tão almejada inclusão social encontra nas ações coletivas um habitat oportuno para a tutela de direitos da população vulnerável, seja no sentido econômico, intelectual ou social. Neste contexto, Antônio Gidi⁶⁶ explica:

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização autoritativa da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (*corrective justice*). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento voluntário do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (*deterrence*). Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento voluntário através da ameaça de realização autoritativa: os acordos coletivos.

Trata-se da concretização da inclusão social das minorias e efetivação seus direitos por meio da tutela coletiva, atendendo assim, por via reflexa, a dignidade da pessoa humana.

Urge ressaltar que por minorias entende-se, não necessariamente, a um grupo numericamente pequeno, mas sim trata-se de um conceito adotado para designar grupos que sofrem discriminações, com significativa violação a seus direitos de cidadania.

⁶⁵ TOZZI, Thiago Oliveira, op. cit. p. 12

⁶⁶GIDI, Antonio. *A classaction como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷ afirma que:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Destarte, por intermédio do processo coletivo ocorre a proteção da sociedade, em sua coletividade, efetivando direitos e implementando a inclusão social, que se coloca à eliminação de desigualdades, marginalização e discriminação sociais, refutadas pela Constituição Federal.

Mister salientar que a ligação do direito coletivo com o Direito Constitucional, encontra-se “dentro desse segundo plano do direito processual que se fundamenta o direito processual coletivo como um novo ramo do Direito Processual. Portanto, é no direito processual constitucional que se encontram as normas constitucionais pertencentes ao direito processual coletivo”⁶⁸.

Um bom exemplo da instrumentalização das ações coletivas passivas como forma de efetivação dos direitos e tutela das minorias encontra subsídio nas ações possessórias relativas à ocupação de imóveis por parte dos grupos de pessoas que não possuem residência digna. Comumente, designa-se tais ocupações como invasões, uma vez que, em muitas vezes, os imóveis ocupados possuem, formalmente, proprietários.

Um bom exemplo disso foi a possibilidade prevista pelo CPC, em seu artigo 319, §3º, de ser dispensada a apresentação de dados que servem a identificação dos demandados, quando se tratar de exigência difícil ou impossível de realiza-se. Há ainda a previsão legal do artigo 554, §1º, do mesmo diploma legal, que também serve as demandas possessórias e que possibilita a citação pessoal dos membros do grupo identificados no local da invasão, por exemplo, e autoriza a citação por edital dos demais demandados (não identificados).

Nesse ponto, faz-se imperioso asseverar a crítica construída por Susana Henriques da Costa acerca da obrigatoriedade de intimar-se o Ministério Público ou a Defensoria Pública nos casos em que estiver em questão litígios coletivos pela posse de terra. No entanto, afirma a

⁶⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 18.

⁶⁸ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142

autora que “não se pode admitir, diante do modelo constitucional de processo adotado pelo código, que essa previsão signifique tão-somente a cientificação do *Parquet* para que exerça formal e desinteressadamente sua função.”⁶⁹

Notadamente, se a intimação do Ministério Público fosse atendida com o único propósito de cumprir, abstratamente, com uma formalidade do processo, restaria afetada negativamente a representação adequada que rege o processo coletivo. Isso porque, para garantir que o contraditório seja efetivo e adequado é necessário que se exerça, de fato, o contraditório e, por via reflexa, a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Logo, “a admissão da demanda em face de pessoas desconhecidas podem atingir o direito de defesa e a garantia do contraditório, na medida em que não se pode assegurar que efetivamente houve ciência da demanda àqueles a quem se imputa o esbulho.”⁷⁰

Tal problemática fica evidente quando existem grandes grupos ocupando terrenos, de forma que mesmo para identificar as partes rés no processo torna-se uma tarefa árdua, como ocorreu na recente ação de reintegração de posse ajuizada pelo Estado do Espírito Santo contra os ocupantes do antigo prédio do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (IAPI), em Vitória – ES.⁷¹

Para solucionar o problema das demandas possessórias em que não seja possível a identificação de todos os possíveis demandados, apresenta-se as ações coletivas passivas, onde há, claramente, um interesse transindividual.

9. Considerações finais

Feitas essas considerações, é possível constatar que a temática da ação coletiva passiva se revela como um assunto ainda carente da devida atenção pela comunidade jurídica, a despeito do destaque que o direito processual civil tem obtido, sobretudo a partir da vigência do diploma

⁶⁹ DA COSTA, Susana Henrique. Coleção Repercussões do Novo CPC - *Ministério Público*: Robson Renault Godinho, Susana Henrique da Costa. 6 v. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 293.

⁷⁰ DA COSTA, Susana Henrique. Coleção Repercussões do Novo CPC - *Ministério Público*: Robson Renault Godinho, Susana Henrique da Costa. 6 v. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 294.

⁷¹ O imóvel pertence a União e foi ocupado por 156 famílias, sendo que a Superintendência de Patrimônio da União conseguiu a reintegração de posse. “Uma decisão judicial em 2ª instância da Superintendência do Patrimônio da União no Espírito Santo (SPU-ES) determinou a reintegração de posse do antigo IAPI, e as cerca de 150 famílias, divididas em 225 pessoas, que estavam no local a cerca de dois meses, precisaram desocupa-lo.” ROSSI, Thais. *Famílias que estavam no antigo prédio do IAPI ocupam novo local no Centro de Vitória*. ES Hoje, 2017. Disponível em: <http://eshoje.com.br/familias-que-estavam-no-antigo-predio-do-iapi-ocupam-novo-local-no-centro-de-vitoria-3/>. Acesso em: 02 dez 2018.

processual civil brasileiro de 2015. E uma das possíveis causas do subaproveitamento do instituto refere-se a não dimensão da potencialidade que este apresenta, com especial destaque para a redução de custos e o aumento da efetividade das decisões.

Somado a isso, tem-se o fenômeno do hiato normativo na regulamentação desta figura jurídica, o que tem contribuído para o protagonismo jurisprudencial na aferição *ope judicis* da representação adequada, por meio da construção de parâmetros de aptidão do representante da coletividade demandada.

Ressalte-se que, neste ponto, o sistema brasileiro aproxima-se ainda mais do modelo da *common law*, a despeito de todas as diferenças que distinguem esses sistemas, no sentido de conferir ao magistrado o juízo valorativo quanto à aferição casuística do adequado representante.

Como visto, a despeito de todas as divergências, pode-se observar que a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido da necessidade de construir e aperfeiçoar parâmetros normativos para delimitar o âmbito de atuação dos legitimados para representar a coletividade demandada.

Por sua vez, tal imperativo, que pode vir a se consolidar por meio da promulgação de um Código de Processo Coletivo, tem como escopo a busca por elementos que balizem as ações coletivas passivas sem engessá-las, ao mesmo tempo em que as impeçam de cair em desprestígio pela aferição casuística da representação adequada.

Por fim, essa nova realidade está permeada por uma ótica constitucional que valoriza cada vez mais os chamados direitos não convencionais, com destaque para as demandas contemporâneas da sociedade de massa, por meio da qual o processo coletivo tende a adquirir um protagonismo que seja condizente com sua relevância.

10. Referências

ADAMS, Norma, and Charles Donahue, eds. *Select Cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury*. 1200-1301. Vol. 95. Selden Society, 1981.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DA COSTA, Susana Henrique. Coleção Repercussões do Novo CPC - Ministério Público: Robson Renault Godinho, Susana Henrique da Costa. 6 v. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

FERNANDES, J. R. *A Constitucionalidade Da Ação Coletiva Passiva*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3303.pdf>. Acesso em 02-04-2020.

GIDI, Antonio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Revista de Processo, n. 108. São Paulo: RT, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. *Acciones Colectivas en Peru*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 205, Mar / 2012.

GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães. *Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016.

GRASSO, Eduardo. *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*. Rivista di Diritto Processuale, n.º. 1, Padova, CEDAM, 1983, pp. 24/56.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

INDACOCHEA, Gonzalo Bernales. *La tutela colectiva Del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: ¿Legitimación para obrar o representación procesal?*. 2017. Dissertação (Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad em Derecho Procesal). Pontificia Universidad Católica Del Perú, Perú, 2017.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1, p.202-205.

MAIA, Diego Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva. Coleção Direito Processual Coletivo*. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009.

MAIA, Diogo Campos Medina. *A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente*. cit., p. 338.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARSONS, A. Peter; Starr, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The unrealized viability of Rule23*.

PEREIRA, Rafael Caselli. *Ação Coletiva Passiva (Defendant Class Action) no Direito Brasileiro*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07->

2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro -
Acesso em: 02-abril-2020

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 149, jul. 2007.

ROSSI, Júlio César. *A ação coletiva passiva*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 198. 2011.

ROSSI, Thais. *Famílias que estavam no antigo prédio do IAPI ocupam novo local no Centro de Vitória*. ES HOJE, 2017. Disponível em: <http://eshoje.com.br/familias-que-estavam-no-antigo-predio-do-iapi-ocupam-novo-local-no-centro-de-vitoria-3/>. Acesso em: 02 abril 2020.

RUDINIKI NETO, Rogério. *Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

RUDINIKI NETO, Rogério. *Introdução ao Processo Coletivo Passivo: a experiência do direito norte-americano e a ações coletivas passivas no atual estágio do processo coletivo no Brasil*. Universitas JUS, v. 25, n. 2, 2014.

SHEN, Francis X. *The overlook edutility of the defendant class action*. *Denver University Law Review*, vol. 88, 2010, p. 76 Disponível em < http://www.law.du.edu/documents/denver-university-law-review/v88-1/Shen_FinalProof_21111.pdf > Acesso em 02-04-2020

TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016.

TARUFFO, Michele. *I limitis oggettivi Del giudicato e le class action*. Rivista di Diritto Processuale, nº. 1, Padova, CEDAM, 1969, pp. 609/636.

TARUFFO, Michele e HAZARD, Geoffrey C. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*, Bologna, ilMulino, 1993.

TOZZI, Thiago Oliveira. *Ação Coletiva Passiva: conceito, característica e classificação*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 205, mar. 2012.

VENTURI, Elton. *O problema da “representação processual” das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, maio 2016.

VIANA, Flávia Batista. *Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. “*Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos*” In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo - La Legittimazione ad Agire*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 272.

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

VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador. Juspodivm, 2016.

VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?*. Revista de Processo. Vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *O devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e commonlaw: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

YAZELI, Stephen c. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>> Acesso em: 03-04-20.

ZUFELATO, Camilo. "Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal." GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.