

LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI

**AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: REFLEXÕES SOBRE SUA
APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva

Dupla titulação com a Universidade de Salamanca

Coorientador: Professor Catedrático Lorenzo M. Bujosa Vadell

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI

**AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: REFLEXÕES SOBRE SUA
APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Prof. Dr. Homero Batista Mateus da Silva.

Dupla titulação com a Universidade de Salamanca -
Coorientador: Professor Catedrático Lorenzo M. Bujosa
Vadell.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

Catálogo da Publicação

Barbugiani, Luiz Henrique Sormani

Ações coletivas passivas: reflexões sobre sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro/ Luiz Henrique Sormani Barbugiani. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2016.
624f.

Orientador: Professor Dr. Homero Batista Mateus da Silva

Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Trabalho e da Seguridade Social, 2016.

Dupla titulação com a Universidade de Salamanca - Coorientador: Professor Catedrático Lorenzo M. Bujosa Vadell

1. Processo do Trabalho. 2. Ação Coletiva Passiva. 3. Coletividade. 4. Polo Passivo. 5. Sistema Jurídico Brasileiro. I. Silva, Homero Batista Mateus da. II. Título.

CDU

Dedico esta obra ao meu pai (*in memoriam*), à minha mãe, aos meus irmãos, à minha querida esposa, companheira de todos os momentos, e ao meu maior presente, à minha linda filha.

AGRADECIMENTOS

Aos meus orientadores, Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva e Professor Catedrático Dr. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, pela amizade, confiança e conselhos sem os quais a pesquisa não se concluiria.

A todos que, direta e indiretamente, colaboraram no aperfeiçoamento e execução deste estudo, em especial ao Professor Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel e ao Professor Associado Dr. Carlos Alberto de Salles pelas recomendações no exame de qualificação, bem como ao Professor Dr. João Paulo Fernandes Remédio Marques e ao Professor Dr. António José Avelãs Nunes.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Ações coletivas passivas: reflexões sobre sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro. 2016. 624f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RESUMO

As ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro têm sido objeto de inúmeros projetos com a tentativa da inserção expressa do instituto, por meio de códigos modelo ou anteprojetos de códigos, devido à necessidade de regulação dessa realidade social decorrente da lesão ou ameaça de lesão proporcionada por grupos, classe ou categoria a interesses dos demais membros da sociedade. Nas relações laborais, o embate entre a coletividade nos polos ativo e passivo de uma ação é fruto de uma longa experiência até a conformação das categorias patronal e obreira nas demandas denominadas dissídios coletivos, mas essas não são as únicas hipóteses em que a coletividade pode figurar no polo passivo de ações, o que implica na necessidade de averiguar a extensão da representatividade e dos limites subjetivos da coisa julgada nas decisões proferidas em processos em que grupos, ainda que não personalizados, figurem na relação processual por meio de um porta voz. No intuito de constatar a existência do fenômeno “ações coletivas passivas” no âmbito trabalhista, ponderando de maneira reflexiva a sua aplicabilidade, torna-se necessário abordar, no mínimo, três eixos temáticos a serem respondidos na investigação a ser perpetrada: a) existem ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico?; b) se existem, como se dá a abordagem da doutrina e da jurisprudência no direito processual civil e trabalhista? c) é possível um aprimoramento legislativo por meio de reformas pontuais ou a elaboração de um código de processo coletivo para regular a questão da coletividade no polo passivo ou, ainda, diante do arcabouço legislativo existente, não se demonstra necessária qualquer alteração? Esses serão os objetivos dessa pesquisa dividida em cinco capítulos tratando sobre: os aspectos gerais das ações coletivas passivas; a legitimidade e representatividade adequada nas ações coletivas passivas; a coisa julgada e outros elementos polêmicos das ações coletivas passivas; a situação específica trabalhista e as ações coletivas passivas e, por fim, as alterações possíveis e desejáveis para a sistematização das ações coletivas passivas não previstas na CLT.

Palavras-Chave: Ação Coletiva Passiva - Coletividade – Processo do Trabalho – Polo Passivo – Sistema Jurídico Brasileiro

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Passive collective actions: reflections of their application to the labor process in the Brazilian legal system. 2016. 624p. Doctorate degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

ABSTRACT

Defendant class actions in the Brazilian legal system have been the affair of numerous projects with the attempt at express insertion of the institute, through code models or code drafts due to the requirement for regulation of this social reality resulting from injury or threat of injury provided by groups, class or category in favor of other members of society interests. In labor relations, the conflict between collectivity in suits has been the result of a long experience up to the conformation of the employer and working-classes in demands named collective bargaining. However, these have not been the only hypotheses in which the collectivity can represent the defendant in trials. Thus, it implicates in the need to ascertain the extent of representation and subjective limits of res judicata in verdicts in which groups, even not yet personalized, are included in the procedural relationships through a spokesman. In order to verify the existence of a phenomenon in labor scope called "defendant class actions", considering reflectively its applicability, it is necessary to address at least three themes to be answered in the research in order to be perpetrated: a) are there defendant class actions in our legal system ?; b) if there are, how is the approach of the doctrine and jurisprudence in civil and labor procedural law? c) Is it possible to have a legislative improvement through specific reforms or the development of a code from collective process in order to regulate the issue of collectivity in the defendant or even on the existing legislative framework, it is not necessary any change? Thereby, these are the goals of this study which has been divided into five chapters: the general aspects of defendant class actions; the legitimacy and proper representation in defendant class actions; the res judicata and other controversial elements of defendant class actions; labor specific situation and defendant class actions and, finally, the possible and desirable changes to the systematization of defendant class actions not envisaged in the CLT Brazilian system.

Keywords: Defendant Class Actions – Collectivity – Labor Procedure – Defendant – Brazilian Legal System.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Azioni collettive passive: riflessioni sulla loro applicazione nel processo del lavoro nel sistema giuridico brasiliano. 2016. 624p. Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, 2016.

RIASSUNTO

Le azioni collettive passive nell'ordinamento giuridico brasiliano sono state oggetto di numerosi progetti con il proposito dell'inserimento espresso dell'istituto, per mezzo di codici modello e anti-progetti di codici, dovuti alla necessità della regolazione di questa realtà sociale decorrente da lesione o minaccia di lesione proporzionata da gruppi, classe o categoria per gli interessi di altri membri della società. Nelle relazioni lavorative l'incontro fra la collettività nei poli attivi e passivi di un'azione è frutto di una lunga esperienza fino alla conformazione delle categorie: patronale e lavorativa, nelle domande chiamate accordi collettivi, ma queste non sono le uniche ipotesi in cui la collettività possa figurare nel polo passivo delle azioni, il che implica la necessità di verificare l'estensione della rappresentatività e dei limiti soggettivi della cosa giudicata nelle decisioni proferite in processi in cui gruppi, anche se non personalizzati, figurano nella relazione processuale per mezzo di un portavoce. Col proposito di constatare l'esistenza del fenomeno "azioni collettive passive" nell'ambito del lavoro, ponderando in maniera riflessiva la sua applicabilità, diventa necessario abordare minimamente tre gruppi di temi da rispondere nella iniziata ricerca: a) esistono azioni collettive passive nel nostro ordinamento giuridico?; b) se esistono, come si approssimano la dottrina e la giurisprudenza nel diritto processuale civile e del lavoro? c) è possibile un miglioramento legislativo attraverso puntuali riforme o l'elaborazione di un codice di processo collettivo per regolare la questione della collettività nel polo passivo o, ancora, davanti ad una struttura teorica giurisprudenziale esistente, non appare necessaria qualsiasi alterazione? Questi saranno gli obiettivi di questa ricerca divisa in cinque capitoli trattando: gli aspetti generali delle azioni collettive passive; la legittimità e la rappresentatività adeguata nelle azioni collettive passive; la cosa giudicata ed altri elementi polemici delle azioni collettive passive; la situazione specifica del lavoro e le azioni collettive passive e, infine, le possibili e desiderabili alterazioni per la sistemazione delle azioni collettive passive non previste nel Diritto del Lavoro Brasiliano.

Parole chiave: Azione Collettiva Passiva - Collettività - Processo del Lavoro - Polo Passivo
- Sistema Giuridico Brasiliano.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Las Acciones colectivas pasivas: reflexiones sobre su aplicación en el proceso laboral en el sistema jurídico de brasil. 2016. 624p. Doctorado – Facultad de Derecho, Universidad de San Pablo, San Pablo, 2016.

RESUMEN

Las acciones colectivas pasivas presentes en el ordenamiento jurídico brasileño han sido objeto de inúmeros proyectos con el intento de inserción expresa del instituto, a través de códigos modelo o anteproyecto de códigos, debido a la necesidad de regulación de esa realidad social resultante del daño o amenaza de daño proporcionada por grupos, clases o categoría a intereses de los demás miembros de la sociedad. En las relaciones laborales, el choque entre la colectividad en los polos activos y pasivos de una acción es fruto de una larga experiencia hasta la conformación de las categorías patronal y obrera en las demandas denominadas abandonos colectivos, pero esas no son las únicas hipótesis en que la colectividad puede figurar en polo pasivo de acción, lo que implica en la necesidad de averiguar la extensión de la representatividad y de los límites subjetivos sobre la cosa juzgada en las decisiones dictadas en proceso en que grupos, aunque no personalizados, figuren en la relación procesal mediante un portavoz. A efecto de constatar la existencia de fenómenos “acciones colectivas pasivas” en el ámbito laboral, sopesando de manera reflexiva a su aplicación, se vuelve necesario abordar por lo menos tres ejes temáticos que serán contestados en la investigación: a) ¿hay acciones colectivas pasivas en nuestro ordenamiento jurídico? b) Si hay, ¿cómo se da el abordaje de la doctrina y de la jurisprudencia en el Derecho Procesal Civil y Laboral? c) ¿Es posible una mejora del legislativo mediante las reformas puntuales o la elaboración de un código de proceso colectivo para regular la cuestión de la colectividad en el polo pasivo o, aún, ante del andamiaje legislativo existente, no se demuestra necesaria cualquiera alteración? Esos serán los objetivos de esa investigación dividida en cinco capítulos tratándose sobre: los aspectos generales de las acciones colectivas pasivas; la legitimidad y representatividad adecuada en las acciones colectivas pasivas; la cosa juzgada y otros elementos polémicos de las acciones colectivas pasivas; la situación específica laboral y las acciones colectivas y finalmente las alteraciones posibles y deseables para la sistematización de las acciones colectivas pasivas no previstas en la CLT.

Palabras Claves: Acción Colectiva Pasiva - Coletividad – Proceso Laboral – Polo Pasivo – Sistema Jurídico Brasileño

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

AG – Agravo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

EUA – Estados Unidos da América

FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos

FECAM – Federação dos Caminhoneiros Autônomos do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina

FENABAN – Federação Nacional dos Bancos

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

NCPC – Novo Código de Processo Civil

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OJ – Orientação Jurisprudencial

RE – Recurso Extraordinário

RO – Recurso Ordinário

SDC – Seção de Dissídio Coletivo

SDI – Seção de Dissídio Individual

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UE – União Européia

UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

UNESA – Universidade Estácio de Sá

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	18
1.1. Antecedentes históricos gerais	20
1.2. Antecedentes históricos no Brasil	26
1.3. Amplo acesso à justiça	29
1.4. Crise dos códigos de processo baseados no individualismo	39
1.5. Denominação e diferenças de conteúdo dos institutos ação civil pública passiva e ação coletiva passiva como meios de tutela coletiva para fins meramente didáticos.....	46
1.5.1. Definição e delimitação da ação coletiva passiva	48
1.5.2. Classificação e modalidades das ações coletivas passivas.....	57
1.6. Experiência no direito estrangeiro	64
1.6.1. Ação coletiva nos EUA.....	64
1.6.1.1. Síntese dos fundamentos pró e contra as ações coletivas nos EUA	78
1.6.2. Ação Popular em Portugal, Brasil e Espanha.....	80
1.7. Hipóteses de ações coletivas passivas identificadas na doutrina e na jurisprudência brasileira: ponderação analítica.....	98
1.8. Precedente do Supremo Tribunal Federal	118
2. LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	125
2.1. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos	125
2.2. Legitimidade e interesse.....	133
2.3. Legitimidade <i>ad causam</i>	135
2.4. Capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo (legitimidade processual ou capacidade processual).....	136
2.5. Modalidades de legitimação.....	141
2.5.1. Legitimação ordinária, extraordinária e suas variações	141
2.5.2. Legitimação passiva da coletividade e a figura do litisconsórcio quase necessário do direito espanhol.....	146
2.5.3. Dificuldades do litisconsórcio necessário ativo e passivo e a concepção de parte complexa...	149
2.5.4. A eleição do representante adequado da coletividade no polo passivo: o exemplo americano.....	152
2.5.5. A representatividade adequada proposta em diversos projetos no Brasil e para os países Ibero-Americanos	154
2.6. Proposta doutrinária de reformulação do instituto da representação e a substituição processual segundo o artigo 18 do NCPC	162

2.7. Concepção diversa da coletividade no polo passivo e a maior fragilidade dessa posição processual: a representação processual coletiva.....	165
2.8. Assistência e consolidação do polo passivo nas ações civis públicas.....	174
2.9. Representatividade adequada da coletividade em juízo.....	177
2.10. A representação adequada como pressuposto processual de existência.....	188
2.11. <i>Querela Nullitatis</i>	192
2.12. Legitimidade e representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – modelos de legitimação.....	196
2.12.1. Representatividade das associações.....	202
2.12.2. Representatividade do Ministério Público.....	210
2.12.3. A representatividade de órgãos ou entidades públicas.....	217
2.12.4. A representatividade do grupo não organizado e dos entes despersonalizados.....	221
2.12.5. A representatividade de um indivíduo.....	228
2.13. A ilegitimidade passiva e o cuidado na eleição do grupo como réu.....	229
2.14. A legitimação de grupos despersonalizados no sistema processual espanhol e outros legitimados: uma experiência a ser considerada.....	232
3. A COISA JULGADA E OUTROS ELEMENTOS POLÊMICOS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS.....	246
3.1. A coisa julgada e suas implicações objetivas e subjetivas.....	246
3.1.1. Limites objetivos da coisa julgada.....	248
3.1.2. Limites subjetivos da coisa julgada.....	260
3.1.3. Coisa julgada e litispendência: efeito <i>in utilibus</i> na ação civil pública.....	267
3.2. Efeitos da coisa julgada como elemento circunstancial (vitória, derrota, insuficiência de provas): posição da doutrina quando a coletividade se encontra no polo passivo.....	280
3.3. Coisa julgada nas ações duplamente coletivas: sugestões da doutrina.....	292
3.4. Coisa julgada e justiça.....	295
3.5. Situação atual dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas passivas e civis públicas passivas: aplicação do sistema processual vigente.....	300
3.6. Institutos processuais de aplicação polêmica nas ações coletivas em atenção ao pressuposto da representatividade da coletividade em juízo e aos efeitos da coisa julgada.....	307
3.6.1. Reconvenção em ações coletivas e civis públicas passivas.....	307
3.6.2. Devido processo legal nas ações coletivas e civis públicas passivas.....	312
3.6.3. Defesa técnica.....	316
3.6.4. Necessidade de informações mais adequadas para delinear os contornos da coletividade no polo passivo: princípios potencialmente aplicáveis oriundos do sistema processual espanhol.....	319
3.7. A relatividade da insegurança jurídica da coisa julgada em face da coletividade: a potencial insegurança jurídica de outros instrumentos processuais.....	322
3.8. Os códigos modelo de processos coletivos e a representatividade da coletividade no polo passivo.....	332

3.9. A coisa julgada nos Códigos Modelo	348
-----------------------------------------------	-----

4. A SITUAÇÃO ESPECÍFICA TRABALHISTA E AS AÇÕES COLETIVAS

PASSIVAS	354
4.1. Os sindicatos e sua função como representante no âmbito trabalhista.....	354
4.2. A situação específica dos sindicatos na postulação dos interesses coletivos	360
4.3. Acordos e convenções coletivas e representatividade sindical	372
4.4. As ações judiciais e a representatividade sindical.....	376
4.4.1. Dissídio coletivo no Brasil: a prestação jurisdicional e sua função pacificadora	376
4.4.2. Dissídios econômicos e jurídicos.....	382
4.4.3. Poder criativo e normativo da justiça do trabalho: a revisão e extensão dos dissídios econômicos	393
4.4.4. Ação anulatória de cláusula de acordo e convenção coletiva	401
4.4.5. O sindicato como substituto processual no processo do trabalho	403
4.4.6. Questões polêmicas na substituição processual trabalhista	412
4.4.7. Mandado de segurança coletivo	415
4.4.8. Ação civil pública na Justiça do Trabalho: uma perspectiva diversa dos dissídios coletivos ...	418
4.4.9. Exemplos indiciários das ações civis públicas e ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho: diferenças da posição do sindicato dos empregados e dos empregadores.....	432

5. AS ALTERAÇÕES POSSÍVEIS E DESEJÁVEIS PARA A SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NÃO PREVISTAS NA CLT

466	
5.1. O mito das ações coletivas passivas: uma necessidade de superação dos estigmas.....	466
5.2. Fundamentos legais das ações civis públicas passivas e ações coletivas passivas no Brasil	469
5.3. Elementos legitimadores das ações coletivas passivas em geral: a teoria da responsabilidade por ato lícito e outros fundamentos	475
5.4. Medidas que visam maior justiça na prestação jurisdicional: aplicabilidade do NCPC de 2015 nas ações coletivas.....	482
5.5. Alterações culturais na percepção de justiça e na aceitabilidade das decisões.....	494
5.6. Direito consuetudinário como fonte processual para a viabilidade da coletividade no polo passivo das ações.....	496
5.7. Codificação ou alteração legislativa pontual para adequada sistematização das ações coletivas passivas.....	499
5.8. Proposta de alteração pontual simplificada do NCPC como primeiro passo para a consolidação das ações civis públicas passivas e coletivas passivas no ordenamento jurídico	506
5.9. As dificuldades na elaboração de um Código de Processos Coletivos.....	534
5.9.1. Problemas conjunturais	534
5.9.2. Problemas circunstanciais	537
5.10. Codificação futura balizada em tendências da legislação atual e suas propostas de aperfeiçoamento	537

5.10.1. Valorização da publicidade como método legitimador das decisões judiciais e integrante do devido processo legal enquanto elemento da representação processual coletiva	539
5.10.2. Órgão jurisdicional responsável pelo julgamento dos processos coletivos.....	540
5.10.3. Ponderação de princípios nas ações coletivas e o poder criativo do juiz.....	541
5.10.4. O princípio da verdade real (sistema inquisitivo <i>versus sistema</i> dispositivo) nos processos coletivos	543
5.10.5. O princípio da inércia da jurisdição e a posição da coletividade	553
CONCLUSÃO	555
REFERÊNCIAS	588
Doutrina	588
Legislação, Jurisprudência e dados dos Tribunais	604

INTRODUÇÃO

As ações coletivas em geral, ao discutirem em juízo interesses de grupos, classes e categorias e, numa acepção mais ampla, direitos difusos pertencentes a toda a humanidade, vêm gerando diversas polêmicas na doutrina e na jurisprudência que, com o passar dos anos, acaba, depois de certo período de maturação, sendo incorporada pela legislação dos países.

Essa situação consiste num constante aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos na medida em que após a consolidação do instituto num determinado país, por meio de influências típicas de uma sociedade globalizada, os conhecimentos e experiências são transportados para diversos ordenamentos jurídicos e incorporados ao sistema processual local, numa perene mutação e reformulação que não se encerra.

Esse fenômeno ocorreu com as ações coletivas que apresentam origem remota, contudo, apresentaram desenvolvimento diferenciado nos países anglo saxões, em especial na Inglaterra e nos EUA. Neste último país sofreu reformulações legislativas no intuito de resolver os conflitos de classe, entretanto, o preconceito e as diferenças aparentes entre os sistemas da *common law* e *civil law* impediram por muito tempo o estudo pormenorizado desse instituto no Brasil.

Com a abertura das fronteiras e a queda das barreiras decorrentes da evolução tecnológica, fato associado ao fenômeno da globalização e da ampla informação alimentadas pelos regimes democráticos, percebeu-se que as diferenças entre os sistemas são mais aparentes que reais, mas os problemas sociais que necessitam de uma solução são essencialmente semelhantes.

Diante da inserção dos processos coletivos ou mais precisamente das ações que procuravam pacificar o conflito entre grupos, classes ou categorias, salvo o dissídio coletivo no âmbito trabalhista, identifica-se que as demandas focavam apenas o polo ativo da relação processual, numa pressuposição de que os direitos dessa coletividade estariam sendo ameaçados ou lesionados.

Ocorre que, muitas vezes, é o grupo, classe ou determinada categoria que está ameaçando ou lesionando direitos alheios, não existindo no sistema processual brasileiro mecanismos efetivos de resolução desse tipo de conflito, o que tem sido trabalhado pela doutrina nas últimas décadas, no intuito de dar uma resposta adequada para a manutenção do harmônico convívio social.

Nessa seara, o uso da experiência colhida no direito comparado tem auxiliado pesquisadores a encontrar soluções para uma futura alteração legislativa, contudo, sem a eficiência necessária para aprovar as modificações em curto espaço de tempo.

Além disso, há uma evidente confusão de conceitos e compreensões acerca do instituto “ação coletiva passiva”, que devido à importância da questão com atos coletivos de grupos em detrimento de outros grupos ou da sociedade em geral, autoriza uma delimitação do que viriam a ser essas ações e a reflexão sobre a sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro.

Assim, diante de tema tão complexo cujo título é “ações coletivas passivas: reflexões sobre sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro”, a pesquisa divide-se em alguns eixos temáticos, englobando cinco capítulos com diversas subdivisões.

Basicamente para constatar a existência de um fenômeno como as ações coletivas passivas no âmbito trabalhista, ponderando de maneira reflexiva a sua aplicabilidade, torna-se essencial abordar, no mínimo, três eixos temáticos a serem respondidos na investigação a ser perpetrada: a) existem ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico?; b) se existem, como se dá a abordagem da doutrina e da jurisprudência no direito processual civil e trabalhista? c) é possível um aprimoramento legislativo por meio de reformas pontuais ou a elaboração de um código de processo coletivo para regular a questão da coletividade no polo passivo ou, ainda, diante do arcabouço legislativo existente não se demonstra necessária qualquer alteração?

A fim de dar organicidade ao estudo com um delineamento adequado das ponderações acima suscitadas, os cinco capítulos serão objeto de apreciação ampla de questões complexas e tormentosas na doutrina e na jurisprudência, mas que necessitam de discussão e delimitação para viabilizar, por meio de uma evolução da observação dos conceitos, definições, princípios e normas aplicáveis ao tema eleito, a construção de um raciocínio que permita uma legítima resposta para o objetivo traçado na tese.

No primeiro capítulo, os aspectos gerais das ações coletivas passivas e da tutela da coletividade em juízo serão esmiuçados, com a menção de seus antecedentes históricos, o conteúdo do princípio do amplo acesso à justiça, a crise dos códigos de processo baseados no individualismo, no intuito de traçar um conteúdo das mencionadas ações passivas nas circunstâncias atuais de nosso sistema processual civil. A forma de tutela das demandas coletivas nos EUA, por meio das *class actions*, e das ações populares em Portugal e na Espanha, com as diferenças desse instrumento de tutela coletiva no Brasil também exigem

menção e pormenorização. Como há exigência de delimitação do instituto ação coletiva passiva crucial, nesse capítulo, a reprodução da imagem retratada pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito civil para posteriormente verificar a sua potencial aplicabilidade para o meio processual trabalhista.

O segundo capítulo abordará a legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas passivas sob a perspectiva do direito processual, traçando diferenças com a postura adotada com a presença dos interesses e direitos da coletividade discutidos no polo ativo das ações. Para tanto será exigível a percepção dos conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, diferenças entre legitimidade e interesse, legitimidade *ad causam*, capacidade de ser parte e legitimidade *ad processum*. As modalidades de legitimação (ordinária, extraordinária, dentre outras) e o que poderia ser a legitimidade passiva da coletividade com a apreciação da figura do litisconsórcio quase necessário do direito espanhol e a compreensão da parte complexa do direito italiano serão destacados. No intuito de melhor compreender a eleição do representante adequado da coletividade no polo passivo será analisado o exemplo americano, bem como a representatividade adequada proposta em diversos projetos no Brasil e para os países Ibero-Americanos. A proposta doutrinária de reformulação do instituto da representação e da substituição processual para conceber uma representação de interesses e não de pessoas será da mesma forma abordada com uma análise crítica diante da concepção diversa da coletividade no polo passivo e da maior fragilidade dessa posição processual intuindo uma melhor adaptabilidade ao termo representação processual coletiva quando envolve parcela da coletividade. A figura da assistência e da consolidação do polo passivo nas ações civis públicas e a adequada representatividade da coletividade em juízo, esta última como pressuposto processual de existência, além dos mecanismos de invalidação da relação processual serão objeto de ponderações. Os modelos de legitimação e representação adequada dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneo, sem descurar dos efeitos da ilegitimidade passiva e o consequente cuidado na eleição do grupo como réu também serão objeto de análise. Ao final deste capítulo será investigada a legitimação de grupos despersonalizados no sistema processual espanhol e outros legitimados para apurar o tratamento dado à delimitação da coletividade nos polos ativo e passivo da lide.

A abordagem do terceiro capítulo restringir-se-á à coisa julgada e outros elementos polêmicos das ações coletivas passivas. A coisa julgada, seus limites objetivos e subjetivos e as posturas adotadas quando a coletividade se encontra no polo passivo da demanda serão averiguadas. Em atenção à polêmica dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas

almejando também discorrer sobre outros aspectos polêmicos das demandas coletivas serão observados aspectos da reconvenção, do devido processo legal, da defesa técnica e da informação para delimitação da coletividade no polo passivo. Algumas medidas que visam maior justiça na prestação jurisdicional presentes no NCPC de 2015 serão mencionadas, bem como a avaliação dos níveis de segurança jurídica por meio da coisa julgada nos conflitos coletivos. Da mesma forma, almejando ponderar sobre eventual opção a ser adotada por nosso sistema processual, obrigatória a menção à representatividade da coletividade no polo passivo das ações segundo os diversos códigos modelo de processos coletivos em âmbito nacional e ibero-americano, com a avaliação dos efeitos propugnados da coisa julgada para as situações objeto dessa pesquisa.

No quarto capítulo, a situação específica trabalhista e as ações coletivas passivas serão pormenorizadas para viabilizar a apuração se há aproximação entre as ações presentes no sistema processual brasileiro ou se as demandas trabalhistas tratam de coisas distintas com regulação específica, após o levantamento dos preceitos e conceitos do processo civil abordados nos capítulos anteriores. A situação do sindicato e sua função como representante no âmbito trabalhista, atuando não só em acordos e convenções coletivas, mas também nos dissídios coletivos e individuais consiste em ponto sensível à pesquisa. O poder criativo e normativo da justiça do trabalho e as questões polêmicas sobre a substituição processual no processo do trabalho, sem desatentar para as ações específicas, como as anulatórias de cláusula de acordo e convenção coletiva e o mandado de segurança coletivo, serão apreciados no decorrer da pesquisa. Ao encerrar o capítulo, será objeto de análise a ação civil pública na Justiça do Trabalho a fim de vislumbrar suas diferenças em relação ao dissídio coletivo e os exemplos indiciários das ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho.

No quinto e último capítulo, observar-se-ão as alterações possíveis e desejáveis para a sistematização das ações coletivas passivas não previstas na CLT, com enfoque na necessidade de superação dos estigmas e preconceitos, com a reflexão sobre a viabilidade de alterações culturais na percepção de justiça e na aceitabilidade das decisões, constatando, a partir dos elementos acima delineados, as respostas às indagações assertivamente elaboradas. No caso da primeira indagação ser afirmativa, no sentido de existirem ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico, será crucial a identificação da forma de percepção dessas ações pela doutrina e jurisprudência, possibilitando a reflexão pertinente a viabilizar um aprimoramento legislativo por meio de reformas pontuais ou a elaboração de um código de processo coletivo para regular a

questão da coletividade no polo passivo ou, ainda, diante do arcabouço legislativo existente, ponderar sobre a desnecessidade de qualquer alteração processual, seja na CLT, seja no NCPC.

Como opção de abordagem ao longo do texto, adotou-se, por se tratar de uma pesquisa em co-tutela entre a Universidade de São Paulo e a Universidade de Salamanca, a análise da questão no ordenamento jurídico brasileiro, conjugada com a menção de figuras semelhantes adotadas pelo sistema espanhol, traçando opções para o legislador nacional aprimorar o sistema de atuação da coletividade em juízo, adaptando os institutos ao nosso direito processual. Da mesma forma, a transcrição de normas nacionais e estrangeiras, ao se partir do pressuposto de que a pesquisa estará disponível para acesso em ambas as Universidades foi a opção, o que facilitará o entendimento e a compreensão da matéria, partindo de uma metodologia indutiva baseada em ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1. ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

As ações coletivas passivas são espécies do gênero ações coletivas, que, em nossa concepção, poderiam ter incorporado em seu conceito a ação civil pública passiva do ordenamento jurídico brasileiro, como se verificará ao longo dessa pesquisa.

A compreensão da utilidade pública do instrumento das ações coletivas para propiciar um mais adequado acesso à Justiça e a solução das controvérsias¹ pelos sistemas jurídicos aparentemente não está de todo consolidado na era hodierna, nos diversos ordenamentos jurídicos da *civil law*².

A lide é definida “como un conflicto (intersubjetiva) de intereses calificado por una pretensión resistida”³, sendo certo que “se distinguen así, en razón de la cualidad de la resistencia, la litis de pretensión contestada y la litis de pretensión insatisfecha. A la primera se le puede dar también el nombre de controversia”⁴.

A complexidade da lide surge exatamente pela existência da pretensão resistida uma vez que os interesses em conflito podem se referir a um indivíduo ou grupo presentes nos polos da ação, enquanto a pretensão e a resistência a outros⁵. Nessa seara ainda aparece

¹Há uma diferença apontada por Di Iorio entre conflito e controvérsia sendo que o primeiro aparece no “choque de intereses” em específica situação submetida ao Poder Judiciário enquanto a segunda envolve a discussão desse conflito em juízo que pode ocorrer ou não, pois se for incontroverso nem por isso deixará de existir o exercício da jurisdição (Cf. DI IORIO, Alfredo J. *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal*: propuesta de un derecho jurisdiccional. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 40-41).

O conflito pode ser entendido como “embate, oposição, encontro, pendência, pleito” e mais ainda “ato, estado ou efeito de divergirem muito ou de oporem duas ou mais coisas, choque, enfrentamento, discussão acalorada, desavença” (RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. *Conflitos coletivos de trabalho. IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 205, mar. 2014).

²“Certo é que a experiência dos processos coletivos nos países de *civil law*, ou ao menos em sua grande maioria, ainda não está consolidada. É impossível que, com o passar do tempo, a realidade da vida se encarregue de demonstrar a utilidade da ação coletiva passiva. Mas, certamente, por ora, as preocupações dos muitos dos nossos países passam ao largo dela” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 237).

³Essa é a posição de Carnelutti: “La pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio. La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno, y se distingue en contestación (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y lesión (no lo subordino) de la pretensión. La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetiva) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, [s.d.]. v. 1, p. 28).

⁴Id. *Ibid.*, p. 32.

⁵“Si una litis fuese simplemente un conflicto intersubjetivo de intereses, los sujetos de ella serían siempre y simplemente los dos hombres o los dos grupos a los cuales pertenecen los dos intereses en conflicto; pero la cosa se complica si se reflexiona que para constituir la litis tiene que agregarse a cada interés la pretensión o la resistencia, que son, como veremos, actos jurídicos. Se presenta así también respecto de la litis un posible desdoblamiento del sujeto, en el sentido de que una puede ser la persona a la cual corresponda el

a lide de categoria ou coletiva, em que são diversos os interesses no mesmo polo da ação em que há uma organização da categoria em caráter adequado para ensejar uma pretensão ou resistência, como ocorre com a classe dos trabalhadores na greve, o que exige uma capacidade de administrar e representar esses interesses⁶.

O alcance do patamar atual de importância dada pela doutrina brasileira acerca do instituto das ações coletivas é decorrência da evolução de fases estruturais pelas quais passaram os países, desde a instituição do processo civil como ramo autônomo do Direito até a sua desconexão com o individualismo reinante nos Códigos editados a partir da consagração do Liberalismo nas Constituições pós-revoluções francesa e americana, influenciados pelo iluminismo francês e demais correntes defensoras dos direitos individuais frente à coletividade identificada durante muito tempo com o próprio Estado.

A matéria atinente aos processos coletivos e as demandas de massa estão proliferando também no âmbito internacional, como se percebe na ampla discussão dos temas afetos a sua estruturação nos diversos países, como ocorreu durante a I Conferência Internacional e a XXIII Jornada Ibero-americana de Direito Processual, organizados pela Associação Internacional de Direito Processual e pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual, que aconteceram de 06 a 09 de junho de 2012, em Buenos Aires, com a exposição de temas relevantes, como as palestras de Ada Pelegrini Grinover e Samuel Issacharoff, acerca da experiência dos países da civil law e da common law com as demandas coletivas (processos coletivos e ações de massa), de Enrique Fálcon e de Astrid Stadler abordando a atuação dos magistrados e dos advogados no processo coletivo, a igualdade entre as partes no processo e os conflitos de interesse da classe. A legitimação dessas ações, a certificação e a representação adequada, bem como a ação coletiva passiva

interés y otra la persona a la cual remonte la pretensión o la resistencia, por ejemplo, el progenitor pretende el pago de un crédito de su hijo; el acreedor pretende del tercero la restitución de una cosa perteneciente a su deudor; el ministerio, al pedir que se declare la certeza de la nulidad de un matrimonio propone la pretensión al estado libre de cada uno de los cónyuges” (CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 29-30).

⁶“(…) puede ocurrir que la pretensión o la resistencia se refieran, no a un solo conflicto de intereses, sino a una serie indeterminada de conflictos similares; en tal caso se habla de litis colectiva o litis de categoría. El *quid novi* de la litis colectiva, consiste, por tanto, en la vinculación de la pretensión o de la resistencia, no con un conflicto singular, sino con una categoría de conflictos. Conflictos de categoría han existido siempre. Pero para que tales conflictos de potenciales pasen a ser actuales y adquieran, por tanto, aspecto de litis, es necesario que la categoría presente una cierta organización, de modo que una o más personas administren sus intereses (o como se suele decir, asuman su representación) y, por tanto, promuevan para la tutela de ellos la pretensión o le opongan la resistencia. Por tanto, la litis colectiva es un fenómeno que se ha delineado y desarrollado, cuando, ante todo en el campo de las relaciones de intercambio del trabajo, al desplazarse los conflictos de los individuos a las categorías, se inició el movimiento de organización de éstas y se fueron realizando actos de pretensión o de resistencia dirigidos a la tutela de una categoría entera de intereses. Esta evolución de la litis del conflicto colectivo, o en otras palabras esta transformación de la litis, del plano individual al plano colectivo ha tenido manifestaciones dramáticas en los llamados conflictos colectivos del trabajo, o mejor, en las formas que los tales asumieron mediante la huelga y mediante el cierre” (Id. Ibid., p. 41-42).

foram objeto da exposição de Neil Andrews e José Ovalle Favela. A temática também da prova e a concessão de medidas provisórias em processos coletivos foram abordadas por Kazuo Watanabe e Soraya Amrani-Mekki. Da mesma forma foram discutidas, por Teresa Armenta Deu e Santiago Pereira Campos, as dificuldades e os cuidados de um acordo coletivo, os efeitos da sentença e o alcance da coisa julgada, a liquidação e execução dos julgados afetados à demanda de massa e, ainda, as formas de instituição de honorários e custas, por Yukiko Hasebe e Ramiro Bejarano⁷.

No intuito de abordar essa evolução do direito processual passamos a verificar alguns antecedentes históricos que influenciaram no desenvolvimento das ações coletivas, sendo certo que devido à impossibilidade de identificar e isolar todos os elementos de contribuição para a formação desse instituto jurídico, restringiremos-nos a apresentar os principais sob a ótica dessa pesquisa, sem desmerecer outros, que numa multiplicidade de entrelaçamentos e interdependências, como é corriqueiro no Direito, auxiliaram nos contornos ora delineados.

1.1. Antecedentes históricos gerais

A origem remota das ações coletivas encontra-se no direito romano⁸, nas ações populares em que qualquer cidadão poderia apresentar a ação em defesa do interesse público, mas, nessa época, o instrumento era notoriamente privado devido à ausência de uma perfeita delimitação do Estado, em que a coisa pública era concebida como propriedade dos cidadãos⁹.

Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que “justamente pelo fato de a noção de 'Estado' não estar bem definida, o que havia era um *forte vínculo natural* entre o cidadão e a gens”, ou melhor precisando “a relação entre o cidadão e a *res publica* era calcada no

⁷VERBIC, Francisco. I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: procesos colectivos/class actions. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, n. 209, p. 397-401, jul. 2012.

⁸“Na verdade, foi em Roma que a Acção Popular teve a sua origem (Paulo, *eam popularem actionem dicimus qua suum ius populi tuetur*), conhecendo grande expansão, motivada, por um lado, pela interpenetração conceitual entre as idéias de Estado e Povo, acarretando uma conexão ou quase identidade entre os interesses do Estado e dos cidadãos, elementos constituintes do *Populus*, e, por outro lado, pela deficiente organização do Estado romano, que carecia do constante concurso dos cidadãos na afirmação da lei e na prossecução do interesse público. Surgem Acções Populares no campo penal, facultando a todos os cidadãos (*quivis ex populo*) a acusação processual dos delinquentes mesmo que nisso não tivessem um interesse directo e pessoal, mas também para serem utilizadas no caso de alguém restringir em seu proveito o uso de uma coisa pública (Acção Proibitória ou Retitutória), e ainda para exigir o pagamento de um legado pio feito a uma instituição de beneficência quando os administradores desta última o não fizessem por si próprios (*actio ad pias causas*), o que constitui o mais directo precedente da Acção Supletiva moderna”. (TORRES, Mario Jose de Araújo. A acção popular no direito português. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 7-8, abr./jun. 1997).

⁹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Acção coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8.

sentimento de que esta última 'pertencia' em algum modo a cada um dos cidadãos romanos”¹⁰.

Devido a diversos fatores, como a não conformação do direito processual como ramo autônomo da ciência do Direito e a perfeita concepção de Estado como concebemos hoje, não era possível perceber nas ações populares romanas o primeiro passo para se chegar ao que reconhecemos nos dias atuais como ação coletiva, pois não houve um desenvolvimento gradual do instituto até a contemporaneidade, como salienta Diogo Campos Medina Maia¹¹.

Alcides A. Munhoz da Cunha pondera que o individualismo presente no processo civil não foi uma adoção intencional dos processualistas, pois decorreu de mero reflexo da função instrumental do processo diante de um direito material preocupado com “as relações jurídicas interindividuais” em virtude de circunstâncias de cunho ideológico, histórico e social¹².

Originalmente idealizado para composição de conflitos individuais, o processo adaptou-se aos direitos supraindividuais por meio de poucas disposições, regulando as formas de tutela das relações plurissubjetivas com mais de uma pessoa no polo ativo ou passivo da ação devido a “interesses convergentes, justapostos, correlatos”, com as peculiaridades de indivisibilidade do objeto (bem jurídico) e a coordenação do interesse de diversas pessoas incidentes sobre esse bem, numa aparente soma de interesses individualizados em comunhão, como ocorre no condomínio e na herança. Essa circunstância era resolvida por meio de intervenção de terceiro, litisconsórcio e legitimação extraordinária, a fim de atender o anseio de vinculação pela coisa julgada de todos os interessados, contudo, não se tutelavam as pretensões de salvaguarda de direitos e interesses da coletividade que não detinha previsão legal de pleno exercício, visto essa pretensão, devido a sua amplitude, ser atribuída a um interesse de caráter público inerente ao Estado e não a grupos¹³.

Nesse período antecedente ao que vivenciamos era possível ajuizar ações individuais de indenização, em decorrência do consumo de produtos em prejuízo à saúde, mas jamais uma tutela coletiva em que tal produto fosse impedido de ser comercializado¹⁴.

¹⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

¹¹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 9.

¹²Cf. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 20, n. 77, p. 224-225, jan./mar. 1995.

¹³Cf. Id. Ibid., p. 225.

¹⁴Cf. Id. Ibid., p. 226.

No direito romano essas ações populares apresentavam efeitos *erga omnes*, o que depois de decidida impedia o ajuizamento de iguais ações por outros cidadãos na defesa dos mesmos interesses coletivos¹⁵.

Na era medieval, as ações populares caíram em desuso devido a menor influência do direito romano suplantado pelo direito anglo-saxão (Inglaterra) na defesa dos direitos supraindividuais em que se identifica a primeira versão da ação coletiva passiva, todavia, devido aos elementos políticos, sociais, culturais, da disposição geográfica e da concentração populacional havia uma maior facilidade para identificação dos direitos lesionados e de seus titulares e, por isso, a informalidade era a regra que permeava o processo em que se exercitavam essas ações¹⁶.

Além disso, no período medieval “naturalmente, uma tal simbiose cidadão-Estado não deve ter prosperado nos séculos obscuros da Idade Média, onde medraram o autoritarismo feudal, as monarquias absolutistas, a religiosidade ambígua e aterrorizante da *Santa Inquisição*”¹⁷.

Assim como na sociedade romana, a medieval estava restrita a estamentos sem grande mobilidade social, pautados por elementos de riqueza e nobreza em que as ideias de classe, como a concebemos na atualidade, era inviável, pois o estado social era imposto sem a organização dos grupos em prol da defesa de direitos lastreados numa verdadeira “consciência de classe”, que somente aconteceu após a Revolução Industrial, com as concentrações urbanas em detrimento do isolamento e da auto-suficiência das pequenas aldeias existentes no período medieval¹⁸.

A “consciência de classe” surge da concepção da classe sob o aspecto subjetivo, ou seja, na medida em que o grupo social percebe que se insere num segmento de pessoas agrupadas com interesses próprios e comuns e, por conseguinte, autodeterminado, que proporciona parâmetros aos estudos das ações coletivas em que o grupo figura no polo ativo e passivo da ação¹⁹.

No período medieval não existia uma separação do indivíduo da sociedade, uma vez que estava umbilicalmente ligado a sua comunidade, o que associado ao fato do direito processual confundir-se com um mero procedimento sem autonomia perceptível em relação ao direito material não se tratavam de questões relacionadas com as condições da

¹⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 09-10.

¹⁶Cf. Id. Ibid., p. 10.

¹⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, cit., p. 53.

¹⁸Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 10-11.

¹⁹Cf. Id. Ibid., p. 11-12.

ação, dentre elas a legitimidade própria da metade do século XIX, abordando-se o mérito das ações sem maiores preocupações com a configuração das partes (definição e representatividade), o que explica o aparecimento das ações coletivas já no século XII²⁰.

Nesse período do medievo observou-se, portanto, que as ações coletivas ativas e passivas acabavam seguindo o procedimento processual como se fossem meras ações individuais, o que facilitou a proliferação de ações coletivas passivas²¹.

Dentre as ações coletivas passivas do período medieval que se tem notícia, uma data de 1199, em que um pároco nominado Martin, da paróquia de Barkway, moveu em face dos paroquianos de Nuthampstead, na Corte Eclesiástica de Canterbury, objetivando a disposição de um pastor todos os dias para realizar atos religiosos, dentre outras coisas, na capela de Nuthampstead incorporada a sua paróquia^{22 23}, sendo o polo passivo ocupado por meros representantes da coletividade²⁴.

A doutrina menciona, no século subsequente (século XIII), o caso de ação coletiva passiva em que três comunidades participaram da lide, uma no polo ativo (Helpingham) e duas no polo passivo (Donington e Bykere), representando a primeira comunidade três membros da aldeia e a segunda, alguns aldeões residentes, que representariam as duas comunidades, discutindo a inércia delas em oferecer ajuda aos moradores da primeira para recompor os diques da região^{25 26 27}.

Outra ação é relatada pela doutrina mencionando um conflito que teria ocorrido entre os anos de 1307 e 1326, entre cidadãos pobres e burgueses, por meio da movimentação de poucos representantes da classe com menor poderio econômico, ao ajuizar demanda em face dos habitantes mais abastados de Scarborough²⁸ estes representados por alguns cidadãos nomeados, no intuito de obter uma declaração de exploração pelo último grupo dos integrantes do primeiro segmento social mencionado²⁹. Nesse período, a aceitação dessas ações era inconsciente, sem qualquer teorização, por exemplo, acerca da legitimidade e efeitos da coisa julgada, que apenas

²⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 12-13.

²¹Cf. Id. Ibid., p. 13-14.

²²Cf. Id. Ibid., p. 14.

²³Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

²⁴Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 103.

²⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 14.

²⁶Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 103-104.

²⁷Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 49-50.

²⁸Cf. Id. Ibid., p. 50.

²⁹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 104.

se iniciou no século XV³⁰.

Com o desaparecimento do feudalismo, o transcurso do período moderno e o início da era contemporânea, houve um destaque do indivíduo da sociedade, em especial após a Revolução Francesa, mas com algumas nuances num período de transição entre a era moderna e a contemporânea, com uma priorização ao indivíduo em relação ao grupo no convívio social, que ocasionou o desaparecimento das ações coletivas revitalizadas apenas com o desenvolvimento da “consciência de classe” e os consequentes conflitos de interesses coletivos ensejadores das ações coletivas passivas baseadas na ideia de representação existente desde o final do século XVII³¹.

Nos últimos anos da era medieval e com o aperfeiçoamento da concepção de representação em conjugação com a nominada “teoria das corporações”, há uma dicotomia entre o interesse do indivíduo e do grupo consolidado nessas corporações, diversamente do que acontecia nas comunidades até então, em que os interesses se entrelaçavam a ponto de não ser possível destacar o individual do coletivo³².

Assim, no transcurso do século XVIII, o liberalismo e os Estados, com receio da atuação dos grupos organizados, limitaram a formação de corporações e o ajuizamento de ações coletivas, situação que foi reformulada no século XX, com a coletivização das ações na Inglaterra e as *class actions* dos americanos³³.

Em 1868, com Oskar Von Bülow, foram se construindo as bases da atual teoria geral do processo, que proporcionou a separação do direito processual³⁴ do material, com aperfeiçoamento mais intenso nos sistemas romano-germânico do que no anglo-saxão, entretanto, seu rigoroso formalismo atrelado à concepção individualista da defesa de direitos e interesses em face do Estado não permitiu a restauração das ações coletivas³⁵.

Com a formação de um sistema processual autônomo do direito material somado ao destaque no indivíduo das comunidades aldeãs, só faltava um último ingrediente para permitir o retorno das ações coletivas: a “consciência de classe”, propiciando a união desses indivíduos em grupos por afinidade de interesses no intuito de angariar maior força para suas pretensões do que se pleiteassem individualmente seus direitos, gerando um corpo diverso do indivíduo e do Estado com necessidades homogêneas que propiciariam a

³⁰Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 50.

³¹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 15-16.

³²Cf. Id. Ibid., p. 17.

³³Cf. Id., loc. cit.

³⁴Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 108.

³⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 18.

justificativa para a criação ou revitalização de um mecanismo adequado para dirimir os eventuais conflitos entre essas classes e os demais elementos sociais³⁶.

Os primeiros a se organizarem foram os trabalhadores no século XIX, impelidos a reunião em virtude das condições precárias de trabalho que estavam submetidos e a concentração nos centros urbanos em decorrência da revolução industrial, potencializando sua posição frente aos empregadores para uma mais eficiente negociação e com mecanismos de pressão, como a greve que gerou a preocupação com eventuais formas de limitação ou controle de seu exercício e do próprio direito de reunião³⁷, por meio da edição de leis proibitivas ou mesmo o uso da violência³⁸.

Há relatos vinculando a origem das *class actions* no século XVII com o *Bill of Peace*³⁹, que possibilitava o ajuizamento de uma ação perante a *Courts of Chancery* com inúmeras pessoas no polo ativo e passivo, todos necessitavam estar na corte, mas, em situações que pela quantidade fosse impossível, surgiram os “representative plaintiffs” (“autores representativos”), que, por sua vez, tinham que comprovar uma representação adequada dos interesses de todos os ausentes para autorizar o efeito amplo da decisão a ser proferida⁴⁰.

Essa modalidade de ação coletiva passiva era uma exceção, sendo autorizada subsidiariamente em relação aos litisconsórcios necessários e exigiam, nas palavras de Felipe Silva Noya:

“o número de pessoas demandadas indicasse a possibilidade de algumas delas agir em nome de todos, ou que os interessados estivessem de tal forma distante que inviabilizasse ou dificultasse a demanda, ou, ainda, que alguns dos interessados fossem impedidos por alguma circunstância de serem trazidos a juízo”⁴¹.

Todavia, há posição que refuta essa origem, na medida em que, no período medieval, na Inglaterra, os cidadãos organizados em grupos de maneira formal ou

³⁶MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 18-19.

³⁷A organização do grupo é um tanto relativa, pois não se exige, por exemplo, para o exercício do direito de reunião um prévio acordo entre os interessados ou uma rígida estruturação interna, mas uma vinculação por “atração do objetivo comum” ainda que indefinido os limites desde que não se confunda com “mera curiosidade”. Como característica vislumbra-se uma direção, coordenação ou convocação anterior, sem contornos organizativos estruturadamente complexos. (Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. p. 267).

³⁸Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 19-20.

³⁹Segundo Nelson Rodrigues Netto os *Bill of Peace* eram “procedimentos de equidade das cortes inglesas de chancelaria” em que “uma corte de equidade poderia resolver uma controvérsia entre um indivíduo (chamado de adversário) e diversas pessoas (chamadas de multidão), quando houvesse questões de direito ou questões de fato, ou ambas, envolvendo cada um e todos eles, e não houvesse fundamento suficiente perante o *common law* para a formação de um litisconsórcio” (RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 149, p. 81, jul. 2007 – nota de rodapé nº 7).

⁴⁰Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 95.

⁴¹NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 167-168.

associados invariavelmente solicitavam soluções de situações comuns geradoras de prejuízo aos integrantes do grupo, como, por exemplo, “famílias poderosas intimidando a jurados” ou “mercaderes manipulando el mercado”⁴².

1.2. Antecedentes históricos no Brasil

A ação popular foi um dos primeiros mecanismos brasileiros de tutela de interesses coletivos, regulada pela Lei nº 4.717/65, em que o cidadão figurava como legitimado extraordinário⁴³, segundo Alcides A. Munhoz da Cunha, na defesa do patrimônio público, pois, em sua opinião, “atua em nome próprio para a preservação do patrimônio público, exerce também a defesa de interesse de outros tantos cidadãos que, a despeito de figurarem como parte no conflito ou lide, não são partes formais na ação”⁴⁴.

Na realidade, acredita-se que essa foi a primeira forma de representação presumivelmente adequada pela lei no Brasil na tutela do direito coletivo, uma vez que o cidadão não é terceiro alheio à lide que postula em nome próprio interesse ou direito alheio, pois também é interessado direto no deslinde da lide que o afetará enquanto membro da sociedade. Numa análise mais ponderada, poderia ser encarado como legitimado ordinário, pois todos os cidadãos possuem legitimidade para essa ação apenas necessitando comprovar a condição de cidadão.

Ocorre que antes da edição dessa norma do ano de 1965, o artigo 1º da Lei nº 1.134/50⁴⁵ já demonstrava a existência de demandas coletivas com representação da coletividade (funcionários e empregados públicos) em juízo em situação assemelhada ao parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 4.215/63, no tocante à defesa da Ordem dos Advogados dos interesses coletivos da classe de advogados. Além disso, a ação popular foi prevista na Constituição de 1934, suprimida na de 1937, presente nas de 1946, 1967, 1969 e 1988^{46 47}.

⁴²Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 96.

⁴³Essa concepção não é pacífica como tudo que envolve os processos coletivos sendo possível admitir como uma forma especial de legitimação ordinária com efeitos reflexos.

⁴⁴CUNHA, Alcides A. Munhoz da. op. cit., p. 227.

⁴⁵“Art. 1º Às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”. BRASIL. Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950. *Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1134.htm>. Acesso em: 04 jul. 2016.

⁴⁶Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11/12, p. 169-170, 2003/2004.

⁴⁷Havia também previsão da ação popular no artigo 157 da Constituição Imperial (Cf. MEIRELES, Edilton. As ações coletivas no processo do trabalho: normas aplicáveis do Código de Defesa do Consumidor.

Lorenzo M. Bujosa Vadell não vislumbra a necessidade do autor popular ter uma posição de ameaça ou de lesão a seu direito subjetivo, pois o instituto pretende a observância do previsto na lei, concluindo que “no hay una relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejercita, sino un mero interés en la defensa de la legalidad vigente, en terminología frecuente del Tribunal Supremo”⁴⁸, o que, de certa forma, possibilita a visão de defesa ampla da legalidade, que não atingindo o autor popular de maneira direta, o engloba indiretamente enquanto membro da sociedade. Nessa situação convém ressaltar que, apesar de inexistir uma relação direta do autor com o objeto da ação, essa relação não se dá no tocante a nenhum outro legitimado devido ao conteúdo dos direitos e interesses discutidos no processo, o que não permite o enquadramento do autor popular como terceiro exercitando em nome próprio direito alheio, pois a ele interessa o cumprimento das normas jurídicas e da legalidade.

Dada a importância da defesa dos interesses coletivos constata-se no Brasil até os dias de hoje a utilização da ação popular (Lei nº 4.717/65) e, em Portugal, de ação de mesmo nome, com funções semelhantes as das nossas ações civis públicas na defesa dos direitos difusos e coletivos.

No Brasil, as ações coletivas foram inseridas sem muita discussão no âmbito jurisprudencial ou doutrinário, pois o legislador, almejando uma mais adequada pacificação dos conflitos de massa, em associação a um reforço para os ideais de cidadania com o consequente amplo acesso das questões sociais ao Poder Judiciário, concebeu a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)^{49 50}, contudo, desde a publicação da Lei Complementar nº40/81, o artigo 3º, III, especificava a competência do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública nos termos da lei⁵¹ e para a recomposição de danos ambientais nos termos da Lei nº 6.938/81⁵².

A Lei da Ação Civil Pública de 1985 ampliou o número de legitimados para a defesa de interesses da coletividade e as possibilidades de bens coletivos tuteláveis, com discussão na doutrina se tal legitimação coletiva é ordinária ou extraordinária, sendo, na posição de Alcides A. Munhoz da Cunha:

Revista LTr, São Paulo, ano 57, n.9, p. 1079, set. 1993).

⁴⁸BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: José María Bosch, 1995. p. 286.

⁴⁹Cf. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. op. cit., p. 224.

⁵⁰Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 93.

⁵¹Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim Científico*, Brasília, v. 3, n. 10, p. 146, jan./mar. 2004.

⁵²Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 170.

“uma modalidade especialíssima de legitimação extraordinária, pela qual os entes chamados exponenciais, quando assumem a legitimidade para o exercício destas ações, defendem os interesses meta-individuais como se fossem exclusivamente seus, muito embora no plano do direito material estes interesses sejam dos membros dos grupos ou coletividades”⁵³.

Na Constituição brasileira de 1988, em diversas disposições, o legislador constituinte ressaltou a sua preocupação com os direitos supraindividuais, dentre elas os artigos 5º, LXXIII, LXX, 8º, III, 129, III e § 1º, da CF, entretanto, o maior marco para o direito brasileiro foi a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública consolidou um sistema específico de tutela dos interesses da coletividade⁵⁴.

Outras normas foram editadas acerca da proteção de interesses e direitos coletivos e da ação civil pública, como a Lei nº 7.853/89 (tutela dos portadores de deficiência), Lei nº 7.913/89 (reparação e prevenção dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), Lei nº 8.069/90 (tutela das crianças e adolescentes), Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados), Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), Lei nº 8.884/94 (Lei AntiTruste) revogada pela Lei nº 12.529/2011, Lei nº 9.870/99 (dispõe sobre o valor total das anuidades escolares) e Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)⁵⁵.

A importância do Brasil e seus instrumentos de tutela dos direitos coletivos em sentido amplo são reconhecidos pela doutrina internacional, tendo Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes asseverado que:

“Brasil es el primer país de *civil law* que ha atendido de forma detenida al fenómeno de la protección de situaciones jurídicas plurisubjetivas, es decir, tanto a los intereses supraindividuales en sentido próprio (colectivo y difusos), como a lo que allí se ha denominado, correctamente, intereses individuales homogéneos; y lo ha hecho con procedimientos que guardan una importante semejanza a los de los ordenamientos anglosajones”⁵⁶. (destaques no original)

Ainda não há nenhuma disposição legal ou constitucional que reconheça expressamente as ações coletivas passivas no Brasil, todavia, o Poder Judiciário vem se deparando com diversas demandas que ensejam a aplicabilidade desse novo instituto desconhecido, mas, mesmo assim, ocultamente presente em nosso ordenamento jurídico⁵⁷.

⁵³CUNHA, Alcides A. Munhoz da. op. cit., p. 227.

⁵⁴Cf. Id. Ibid., p. 229.

⁵⁵Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 171-173.

⁵⁶GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales*: colectivos y difuso. Elcano (Navarra): Aranzadi, D.L. 1999. p. 443.

⁵⁷Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 93.

Além das ações coletivas passivas encontram-se inúmeras situações de ações civis públicas passivas, cabendo à doutrina sistematizar e diferenciar esses dois instrumentos jurídicos, sendo esta uma das pretensões dessa pesquisa, o que nos leva obrigatoriamente a avaliar o princípio do amplo acesso à justiça.

1.3. Amplo acesso à justiça

O direito processual apresenta três fases evolutivas: a) privatista ou sincretista (período anterior a 1868) sendo “denominada sincretista porque havia a confusão metodológica entre direito processual e material e era denominada privatista porque o direito processual geralmente era compreendido e estudado pela ótica do direito privado”; b) conceitual ou autonomista (depois da obra de Oskar Von Bülow de 1868) quando se consolida o procedimentalismo científico baseado na autonomia do direito processual (relação jurídica processual) do direito material (relação jurídica material), possuindo objeto e métodos específicos (técnico jurídico em que o processo era um fim em si mesmo de caráter introspectivo e individualista); c) instrumentalista (acesso à justiça e efetividade do processo) em que se almeja alcançar resultados por meio do processo, vigorando na atualidade e lastreada na metodologia pluralista, abarcando aspectos não só técnico-jurídicos, mas também políticos, econômicos, históricos, sociais, culturais, dentre outros⁵⁸.

Na última fase evolutiva do direito processual, as “ondas renovatórias do acesso à justiça” surgiram em três períodos subsequentes, integrante da fase instrumentalista: a) “gratuidade da justiça aos pobres” (primeira onda) de caráter individualista, não concebendo os problemas coletivos na sociedade de massa; b) “representação em juízo dos interesses difusos” (segunda onda) entre as décadas de 60 e 70, que passou a preocupar-se com as questões que afetam a coletividade; c) “um novo enfoque sobre o acesso à justiça” (terceira onda) com diversas dimensões, englobando e ultrapassando as duas primeiras ondas (primeira dimensão), relacionando a efetividade e o acesso à justiça ao buscar uma “ordem jurídica justa”, influenciando, portanto, as concepções da teoria geral do direito e da filosofia do direito, alterando o método aplicável (segunda dimensão) e, por fim, reformas no direito processual com instituição de “meios alternativos de solução dos conflitos”, “tutelas jurisdicionais diferenciadas” e outras adaptações do sistema para atingir níveis aceitáveis de agilidade, justiça e eficiência (terceira dimensão).⁵⁹

⁵⁸Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 21-23.

⁵⁹Cf. Id. *Ibid.*, p. 23-24.

Essa visão decorre da doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que assim se expressam:

“O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária gratuita; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”⁶⁰

Os autores reconhecem acerca da terceira onda a obrigatoriedade de “verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de forma a desenvolver instituições efetivas para enfrenta-los”⁶¹.

O amplo acesso à Justiça tem encontrado dificuldades de várias ordens que são verdadeiros óbices à efetiva e adequada prestação jurisdicional, que Mauro Cappelletti dividiu em três ordens: econômica, organizativa e processual. A dificuldade econômica consiste na impossibilidade da população pobre acessar ao Judiciário, mantendo apenas uma aparência de seus direitos; a dificuldade organizativa decorre da necessidade dos direitos difusos e coletivos serem defendidos por meio de uma modificação do sistema processual, com a valorização de entidades e instituições organizadas que tutelem esses interesses em juízo e a dificuldade processual implica na necessidade de alteração dos procedimentos processuais clássicos que não foram concebidos para efetivar a tutela desses direitos⁶².

Diogo Campos Medina Maia ressalta ser um dos motivos do pouco desenvolvimento das *defendant class action* nos sistemas jurídicos da *civil law* a preocupação da tutela da coletividade, quando surgiu nos diversos ordenamentos, como vítima e não como ofensora de direitos ou interesses:

“A *ação coletiva passiva*, como era de se esperar, não se desenvolveu com a mesma intensidade do processo coletivo em geral. A ótica prevalente era a da *proteção* dos direitos metaindividuais. A visão da coletividade como vítima arrefeceu qualquer tentativa de desenvolver a ação contra a classe, de forma que o estudo do *processo* sob o vértice da lesão ou a ameaça a interesses e direitos das coletividades levou ao natural posicionamento do grupo no pólo ativo da demanda. Essa é a explicação histórica da inércia do desenvolvimento da ação contra a coletividade organizada no sistema processual romano-germânico”⁶³. (destaques no original)

⁶⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 12.

⁶¹Id. *Ibid.*, p. 27.

⁶²Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, n. 61, p. 148, jan./mar. 1991.

⁶³MAIA, Diogo Campos Medina. *op. cit.*, p. 29.

Essa justificativa é aferível também da posição externada por Mauro Cappelletti acerca das dificuldades de acesso ao Judiciário, defendida nas linhas acima.

Além disso, persiste uma tendência em focar o acesso à justiça num enfoque de solução de problemas para os órgãos de criação e aplicação da norma (Direito), concentrando-se nos anseios dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por consequência, sem a devida atenção à sociedade permeada pelos conflitos entre grupos e indivíduos, cujo atendimento dos objetivos desses segmentos poderia aproximar a aplicação do direito aos critérios de justiça⁶⁴.

Há uma evidente inter-relação entre os direitos humanos de primeira e segunda geração em que, ao se assegurar os direitos sociais, deve-se ter em mente que os de primeira geração devem ser pulverizados na sociedade, na medida em que permitem o acesso de todos os cidadãos ao processo e suas garantias constitucionais sem obstáculos aos grupos e indivíduos mais fragilizados⁶⁵.

Mauro Cappelletti denomina essa transformação das bases de sustentação do processo que deixa de focar na norma geral e particular (lei e decisão) para eleger como fundamental os “consumidores do direito e da justiça” de revolução copernicana baseada numa visão tridimensional que engloba várias etapas, dentre elas: o problema a ser solucionado por meio de uma resposta adequada; o procedimento a ser seguido e as entidades que promoverão a solução do problema e, por fim, a eficácia do resultado, ponderando os reflexos da solução aplicada no problema submetido à análise⁶⁶.

Essas transformações no âmbito processual foram absorvidas pelos ordenamentos jurídicos, tendo inserção em diversos textos constitucionais com interpretação ampliativa concedida pela doutrina.

No artigo 24 da atual Constituição italiana, o acesso à Justiça é amplo com várias acepções, como se depreende do posicionamento de Ferruccio Tommaso:

“L'art. 24 Cost. è norma densa di significati. Il suo primo comma, nello stabilire che *'tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi'*”, garantisce il potere d'azione, una situazione soggettiva che solo in apparenza ha struttura unitaria.

⁶⁴“A velha concepção, 'tolemaica' consistia em ver o direito sobre a única perspectiva dos 'produtores' e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade à perspectiva do consumidor do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades a instâncias e aspirações dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como 'produto' (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo. A última tentativa é aquela de aproximar o direito da sociedade civil, da qual tem estado há muito alienada” (CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 156).

⁶⁵Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 129, jan./mar. 1992.

⁶⁶Cf. Id. *Ibid.*, p. 130.

Invero, la norma da un lato attribuisce a *tutti* l'azione intesa come *diritto al processo* ossia come diritto d'accesso alla giustizia; dall'altro, ma solo a quanti abbiano determinati requisiti, garantisce l'azione intesa come *diritto al giudizio di merito*⁶⁷. (destaques no original)

A posição do autor ressalta “l'accesso alla giustizia non può essere escluso o limitato irragionevolmente” sendo evidente que “la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi è tutela necessaria e non può essere negata, fermo restando che il legislatore può ampliarne l'ambito estendendola a situazioni prive di copertura costituzionale quali, ad esempio, gli interessi diffusi”⁶⁸.

No mesmo sentido de amplitude do acesso à justiça encontra-se a posição de Mauro Cappelletti, reconhecendo a necessidade de atendimento dos direitos sociais presentes nas Constituições por meio do Poder Judiciário:

“(…) as Constituições modernas não se limitam mais de fato a afirmar os tradicionais direitos políticos e civis; têm se afirmado também os direitos sociais, e destes sempre emerge, fortemente, aquele do *acesso* e da *efetividade*; acesso à proteção judiciária (ver p. ex. O art. 24 da Constituição Italiana, nos arts. 19 e 103 da Constituição de Bonn, etc.), mas acesso também a todos aqueles outros bens sociais sob os quais se fundamenta, afirmo, o moderno Estado Social de Direito acesso à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, à previdência e assistência social, etc.”⁶⁹ (destaques no original)

Dentro dessa acepção é importante a abertura da via judicial aos cidadãos em geral⁷⁰, como bem observado por Ángela Figueruelo Burrieza, ao reproduzir o entendimento dos processualistas espanhóis, destacando o caráter instrumental do acesso à Justiça:

“Ahora bien, para intentar aproximarnos al concepto de tutela efectiva recogido por nuestros constituyentes, es necesario señalar con la doctrina procesalista que el derecho a la jurisdicción, como concepto instrumental del derecho fundamental de defensa jurídica, y modo de satisfacerlo, tiene un contenido que es el poder atribuido a todos los ciudadanos para provocar la actividad jurisdiccional y obtener a través del proceso una sentencia determinada”⁷¹.

Aliado à percepção de impossibilidade de veto ao acesso ao Poder Judiciário, soma-se a possibilidade de adaptação dos mecanismos existentes no direito processual para

⁶⁷TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2005. p. 229.

⁶⁸Id. Ibid., p. 231.

⁶⁹CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 154.

⁷⁰No caso específico da ação popular o Tribunal Constitucional espanhol em interpretação tendente a viabilizar a admissão do recurso de amparo abarcou o seu uso como direito a tutela efetiva reconhecendo que a defesa do interesse comum pode, em certas circunstâncias, implicar na defesa de um interesse pessoal e legítimo ao almejar justamente realizar essa tutela do direito comum. (Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico. *Revista del Poder Judicial*, n. 66, p. 522, 2002).

⁷¹FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (Art. 24.1 de la CE). *Revista de Estudios Políticos*, n. 33, p. 207-220, 1983. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3247>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

promover uma adequada prestação jurisdicional⁷², o que atinge o âmbito das ações coletivas enquanto gênero.

Lorenzo M. Bujosa Vadell esclarece o real sentido do artigo 24 da Constituição espanhola, ao garantir a tutela efetiva segundo a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional:

“En efecto, el ámbito de este derecho fundamental ha quedado delimitado por la jurisprudencia del TC como el derecho a una sentencia sobre el fondo fundada en el ordenamiento jurídico, así pues, más restringido que el derecho a una sentencia favorable, pero más amplio que el simple acceso a los tribunales”⁷³.

O artigo 24 da Constituição espanhola de 1978, ao não só resguardar o acesso aos Tribunais, mas também a tutela efetiva, demonstra uma evolução considerável e, segundo a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional, objetiva viabilizar o ajuizamento de pretensões perante o Judiciário e o exercício da prestação jurisdicional, com a observância de pressupostos e requisitos independentemente do resultado da demanda, que poderá gerar “indefensión” se esses critérios não forem adotados. Isso acaba por transformar o Tribunal Constitucional num fiscal da legitimidade do exercício da jurisdição⁷⁴, viabilizando o acesso à Justiça em caráter geral sem que decisões proferidas por magistrados obstem o exercício desse direito pelo cidadão.

⁷²Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 39-40.

⁷³BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 111-114.

⁷⁴“Dando un paso más en el comentario que estamos realizando, señalaremos que «el derecho a obtener la tutela efectiva» sería lo que la doctrina del Derecho Procesal conoce con el nombre de «derecho al proceso» (denominación expresamente empleada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1982, ponente Arozamena Sierra). Es decir, el derecho a un proceso que finalice con una sentencia sobre el fondo, lo cual depende de la concurrencia de ciertos presupuestos y requisitos. En esta misma línea se encuentra la sentencia de 31 de marzo de 1981, ponente Gómez Ferrer, donde se afirma que es el «derecho a que se dicte una resolución en derecho siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello». Con toda claridad se desarrolla este concepto en la sentencia de 8 de junio de 1981, ponente Latorre, que precisa: «el artículo 24, 1, reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas»; ahora bien, «esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor, y aunque normalmente recaiga sobre el fondo, puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra la de que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el artículo 24, 1, no puede interpretarse como un hecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas». La misma doctrina cabe apreciar en la sentencia de 29 de marzo de 1982, ponente Gómez Ferrer: «el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello». De este modo, queda de manifiesto que en la interpretación del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela efectiva no se reduce a garantizar el mero acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que se puede predicar un cierto entendimiento del mismo como «derecho al proceso» en el cual se integran el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a pedir tutela, la cual se entiende concedida cuando tras el desarrollo del proceso con arreglo a la legalidad, se obtiene una decisión judicial fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, sobre las pretensiones deducidas”. (FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. op. cit.).

Essa também é a interpretação dada ao artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira de 1988, conforme ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Nem por outro motivo o art. 5º, XXXV, da CF, garantidor do *acesso à Justiça*, vale-se do verbo 'apreciar', de conteúdo *axiologicamente neutro*, sinalizando que o jurisdicionado pode apresentar o *histórico de lesão* sofrida ou temida a um juiz competente e imparcial, abrangendo assim as pretensões fundadas como as infundadas, dado que esta valoração já concerne ao *meritum causae* e não ao juízo de admissibilidade, valendo lembrar que o direito de ação é *abstrato*, no sentido de ser disponibilizado assim a quem tenha como a quem não tenha razão segundo o direito material”⁷⁵. (destaques no original)

Essa tendência de tutela efetiva dos direitos, sejam individuais ou coletivos em sentido amplo, é reproduzida no artigo 20 da Constituição portuguesa em vigor:

“Artigo 20.º

Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”⁷⁶.

O direito a uma tutela judicial efetiva na solução dos conflitos mostra-se mais sensível quando se apresentam embates coletivos, motivo pelo qual a inafastabilidade da jurisdição preconizada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, apresenta relevância considerável também quando a coletividade deve integrar o polo passivo da ação, visto que um particular ou outra parcela da coletividade tem a mesma prerrogativa de acesso garantido num Estado democrático de Direito⁷⁷.

Além disso, o conteúdo da norma brasileira intui também “o direito de acesso à justiça e de obtenção de uma decisão jurisdicionalmente adequada” como uma garantia essencial da democracia⁷⁸ devendo eles serem continuamente defendidos e exercidos, sob pena de minoração desses valores e da perda de sua efetividade⁷⁹.

⁷⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, cit., p. 141.

⁷⁶PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

⁷⁷Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 39-40.

⁷⁸Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 29.

⁷⁹“(…). A leitura e o estudo da vossa Constituição tem sido para mim fascinante; e é lícito esperar que a 'hipertrofia' tradicional do poder executivo torne impossível no futuro; também o que não devemos mais esquecer é que as leis, e mesmo as constituições, tem pouco valor sem aquilo que os romanos já chamavam de 'constans voluntas'-os esforços, os sacrifícios, a coragem daqueles que devem aplicá-la”

O preceito constitucional em comento esclarece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, por conseguinte, com maior razão a ausência de lei regulamentadora do instrumento processual adequado não deve impedir a análise das questões em que a coletividade está no pólo passivo da demanda.

A mera “restrição relativa” de acesso ao Poder Judiciário não se confunde com a violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (restrição absoluta) que exige a autorização da admissão dos grupos organizados coletivamente no polo passivo da demanda, que pela impossibilidade de identificação ou multiplicidade de interessados deve ser reconhecido, uma vez que não há procedimentos específicos de caráter instrumental para a defesa e tutela das violações a esses direitos, como, por exemplo, ocorre na limitação do litisconsórcio para uma mais eficiente produção de provas na hipótese de diversas pessoas (identificadas) serem as lesionadoras de direitos, o que não macularia, em tese, o mencionado princípio, sendo uma demanda de caráter individual⁸⁰; pois não é impeditiva de outras ações em face dos demais, salvo se as peculiaridades do caso recomendarem a apreciação conjunta em virtude da unidade de conduta e de desigmo, o que passa a violar o amplo acesso e outros princípios.

A defesa irrestrita dos direitos individuais pelos sistemas jurídicos processuais somente foi ameaçada com o aparecimento dos direitos coletivos notadamente de segunda geração ou dimensão, especialmente após a revolução industrial, com a pressão da classe de trabalhadores, apesar da ótica de tutela ser ainda do individualismo reinante nos mecanismos processuais diante da determinabilidade dos sujeitos. A situação exigiu uma mudança drástica de paradigma subsequentemente com a proliferação dos direitos difusos de terceira geração ou dimensão⁸¹, em que o foco na coletividade sem contornos definidos exigiu uma modificação essencial na tutela desses interesses supraindividuais⁸².

Durante os conflitos sociais entre a classe trabalhadora e empregadores, mecanismos foram sendo criados para viabilizar a composição dos conflitos no intuito de

(CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 112, out./dez. 1990).

⁸⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 117-118.

⁸¹“Percebe-se que a primeira geração representa um não agir do Estado, a segunda uma atuação positiva estatal, enquanto na terceira e quarta geração podem existir direitos tanto da primeira quanto da segunda espécie, pois os direitos fundamentais não evoluem excluindo a espécie anterior, mas concretizando-a (por esta razão alguns autores preferirem o termo ‘dimensão’ à ‘geração’) (FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Anotações sobre o controle judicial de representação adequada nas ações coletivas e a ampliação da legitimação ativa coletiva para os membros do grupo individualmente considerados. *LTr*: Legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 45, n. 129, p. 617, 2009).

⁸²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 7-10.

que não fosse ocasionada uma instabilidade social e econômica em prejuízo do Estado e não propriamente do indivíduo, das classes sociais ou da sociedade como um todo.

Obviamente que todo o Estado em determinado momento segue uma ideologia e, até pouco tempo atrás, o liberalismo econômico entorpecia a visão dos políticos, contudo, ao se intensificarem os conflitos sociais, o ordenamento jurídico se adapta e, mesmo inexistindo normas específicas para tratar da matéria (direito material e processual), a jurisprudência por meio de interpretação das normas postas consolida uma *praxe* que proporciona a tutela jurisdicional⁸³.

Uma peculiaridade brasileira foi que a transformação legislativa que passou a reconhecer a tutela judicial dos direitos supraindividuais foi promovida por intelectuais (pesquisadores e professores universitários do Direito), influenciados pela perspectiva estrangeira e não em decorrência de clamor popular, provavelmente em decorrência da submissão dos cidadãos a um regime ditatorial e ao pouco ou nenhum desenvolvimento da “consciência política”⁸⁴.

Os direitos e interesses coletivos em sentido amplo foram tutelados de uma forma mais sistemática a partir de 1965, com a edição da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular e, aproximadamente 20 anos, depois pela Lei nº 7.347/85, com a inserção da ação civil pública em nosso sistema jurídico, visando à tutela dos direitos supraindividuais com uma extensão mais ampla dada pela Constituição de 1988, que, em seu artigo 129, III, legitimou o ingresso do Ministério Público com a medida para defesa de direitos coletivos e difusos de maneira geral e genérica, sem restrições. Passados alguns anos, surgiu o CDC, ampliando a tutela para os direitos individuais homogêneos⁸⁵.

Felipe Silva Noya assevera que depois do texto constitucional de 1988: “a regulamentação e a tutela dos direitos transindividuais e de tratamento homogêneo” inserem-se dentre os “fundamentos do Estado Democrático de Direito”, ao consagrar uma “verdadeira garantia de acesso à justiça e meio de concretização da dignidade da pessoa humana em especial de grupos vulneráveis coletivamente considerados”⁸⁶.

Aliás, na concepção da doutrina espanhola, o artigo 24 da Constituição do país exige a tutela efetiva, além do mero acesso aos Tribunais, o que, em tese, pode ser adotado pelo Brasil, para quem não admitir a concepção ampla de nosso texto constitucional, sob a visão de uma interpretação conforme os direitos fundamentais do artigo 5º, § 2º, da

⁸³Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 10.

⁸⁴Cf. Id. Ibid., p. 11.

⁸⁵Cf. Id. Ibid., p. 11-13.

⁸⁶Id. Ibid., p. 1.

Constituição brasileira, ao consignar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, em associação ao preconizado no inciso XXXV, quando dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Aliado a essas dificuldades de acesso à Justiça e de uma tutela efetiva dos direitos dos cidadãos, percebe-se uma ausência de informação acerca dos direitos⁸⁷ não só das pessoas individualmente consideradas, mas também em relação aos grupos que permeiam o tecido social. E ainda quando há informação deve-se atentar à necessidade premente de simplificação de seu conteúdo, a fim de que as massas possam compreender o conteúdo dos seus direitos e recorrer a órgãos de assistência jurídica⁸⁸.

Lorenzo M. Bujosa Vadell, ao analisar o sistema espanhol, esclarece que “se hace patente la necesidad de educación e información, principio ya reconocido en el Programa preliminar a los consumidores de la CEE para una Política de protección e información de los consumidores”, o que teria contribuído para a inserção no texto constitucional daquele país do artigo 51.^{89 90}

Carlos Alegre preconiza que: “o acesso ao conhecimento do direito deve ser generalizado, até como pressuposto da sua própria aplicação”, o que implicaria em considerar “este conhecimento como um direito – o <<direito aos direitos>>⁹¹”.

Complementa o autor afirmando que o acesso ao direito somente será alcançado com a libertação dos óbices de conotação psicológica, cultural e sócio-econômicas que

⁸⁷“existe un problema previo: la frecuente ignorancia de la ley, tanto material como procesal. Es posible que la persona afectada por la lesión o amenaza de su derecho o interés no sea consciente de la misma por desconocer cuál es la protección que le dispensa el ordenamiento: puede que no conozca sus derechos, o aunque no sea así, quizás desconozca la posibilidad de hacerlos valer ante los tribunales, o incluso conociéndola, no esté dispuesta a afrontarla” (BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 121).

⁸⁸“el que se encuentra en la situación de debilidad ignora la existencia de unos derechos e intereses que protegen su situación, como si, aún conociendo la existencia de tal reconocimiento normativo, la norma generalmente se ofrece excesivamente compleja y contradictoria a su entendimiento, en ambos casos es imprescindible el asesoramiento y la asistencia legal” (Id. Ibid., p. 139-140).

⁸⁹Id. Ibid., p. 138.

⁹⁰Artículo 51

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.” (ESPAÑA. *Constitución Española*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 09 abr. 2016).

⁹¹ALEGRE, Carlos. *Aceso ao direito e aos tribunais: anotações aos Dec.-lei no. 387-B/87, de 29 de dezembro, Dec.-lei no. 391/88, de 26 de outubro*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. p. 8.

afligem os indivíduos, recolocando os cidadãos em situação de igualdade na fase imediatamente anterior ao ingresso com a postulação judicial, sendo que sua efetividade dependerá da eficiência não só do aparato judicial, mas do pleno conhecimento dos seus direitos (informação e apoio jurídico por meio de assistência jurídica) e da possibilidade de exercê-los⁹².

Esses elementos externos também influenciam o magistrado enquanto órgão solucionador de controvérsias, uma vez que “el proceso decisório comprende diversas actividades psíquicas y, normalmente, también sociales, laborales, de la persona, del juez, que enjuicia el litigio, siendo la última de ellas la formulación de la decisión”⁹³.

Carlos Alegre ressaltava também a iniquidade do acesso ao Judiciário quando a prestação é tardia, ao expressar que “uma Justiça que não seja célere, adequada às circunstâncias do caso, não merece a designação de Justiça e só deslustra os órgãos de soberania - os Tribunais – que as produzem”⁹⁴.

Além da rapidez na solução da controvérsia, é essencial a adequabilidade do processo à realidade social, com efetividade para a promoção e proteção do direito e suas peculiaridades intrínsecas ao ramo específico de tutela a que se insere no ordenamento jurídico, como apregoa Gian Franco Ricci:

“La vera questione dei rapporti fra diritto e processo è invece un'altra ed è legata al problema dell'*effettività* della tutela giurisdizionale. Anziché cioè valutare la norma processuale in termini di strumentalità rispetto al diritto soggettivo, essa va considerata in termini di *efficienza* riguardo la difesa del diritto. Non è cioè sufficiente che si conceda agli interessati il potere di ricorrere al processo in vista della tutela degli interessi che quest'ultimo deve soddisfare, ma occorre che i poteri che sono concessi a costoro siano in concreto idonei alla tutela delle loro relative posizioni”⁹⁵. (destaques no original)

A celeridade preconizada nos processos em geral no intuito de consagrar o disposto no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao especificar “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” deve ser analisado de maneira conjugada com as demais disposições constitucionais, não se configurando num super princípio de valor mais elevado do que os demais, até porque foi inserido na Lei

⁹²Cf. ALEGRE, Carlos. op. cit., p. 10-11.

⁹³HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19.

⁹⁴ALEGRE, Carlos. op. cit., p. 10.

⁹⁵RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998. p. 16. Tradução livre do autor: "A verdadeira questão da relação entre o direito e o processo é um pouco diferente e está ligada ao problema da tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, em vez de avaliar a regra processual em termos de instrumentalidade em relação ao direito subjetivo, ela deve ser considerada em termos de eficiência sobre a defesa do direito. Não é suficiente que se conceda aos interessados o poder de recorrer ao processo para a proteção dos interesses que devem ser atendidos, mas sim que os poderes que lhes são atribuídos devem ser especificamente adequados para a proteção de suas posições relativas".

Fundamental apenas em 2004, pela Emenda nº 45.

Essa constatação ainda é mais evidente quando uma coletividade se encontra no polo passivo, sendo aplicável a ponderação de Ferruccio Tommaseo:

“Diritto d'azione e diritto di difesa ecco le due situazioni processuali giuridicamente rilevante che caratterizzano il fenomeno processuale: un processo troppo breve sacrifica inevitabilmente l'attuazione del diritto di difesa, viola il principio di parità delle parti davanti al giudice e provoca inconvenienti pari, se non maggiori, di quelli causati da un processo troppo lungo”⁹⁶.

A principal exigência de uma diferenciação de tratamento processual de acordo com os direitos substanciais que se pretende tutelar encontra fundamento no caráter instrumental do processo, mas se deve atentar também para a viabilização da aplicação da norma pelo juiz de uma forma mais adequada, sendo usual a variação de procedimento se a matéria de fundo envolver direitos disponíveis ou indisponíveis⁹⁷.

Assim, não se pode simplesmente suprimir fases do procedimento, mas assegurar que a alteração garanta efetividade sem prejuízo do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A questão da tutela efetiva consagrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos, por conseguinte, não implica numa decisão favorável, mas sim na apreciação do direito substancial com real pacificação das controvérsias, acolhendo ou não a pretensão do autor, desde que atendidos um mínimo de requisitos que propiciem a observância do devido processo legal, ou seja, sem irregularidades que comprometam a prestação jurisdicional.

Essa preocupação de acomodação e adaptação do procedimento aos direitos discutidos em juízo deve permear também a presença da coletividade no polo passivo dado os reflexos da decisão proferida no processo não se restringirem a indivíduos, mas sim a grupo, classe ou categoria.

1.4. Crise dos códigos de processo baseados no individualismo

A alteração na abordagem e concepção do acesso à justiça interferiu nas bases estruturais dos Códigos até então vigentes, nos diversos sistemas processuais presentes no Ocidente, o que implica numa crise ideológica e fundante do processo⁹⁸ para atingir o fim

⁹⁶TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 14-15.

⁹⁷Cf. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *La proliferación de procesos civiles*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 9-10.

⁹⁸“A idéia da autonomia da ação em relação ao direito substancial e do caráter público do processo a despeito de seu conteúdo ou objeto privado, permitiu conceber o processo, também civil, como coisa de interesse público e não mera 'coisa privada das partes', (...)” (CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição: civil law: common law: apontamentos histórico-comparativos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 434, dez. 2005).

de aplicação do direito material com a pacificação das controvérsias. Esse impacto na estrutura do processo foi sentida sobretudo a partir da década de 70 do século passado nos países da *civil law*⁹⁹.

Numa ponderação mais restrita, os códigos são relacionados com a ideia de sistema jurídico e, por conseguinte, devem ser compreendidos somente após o jusracionalismo e o iluminismo nos séculos XVIII e XIX, com a concepção de que eles inovam o ordenamento jurídico, criando uma nova normatização enquanto as consolidações são caracterizadas pela singela reunião de normas já existentes e em vigor. Estas últimas diferem da compilação (apresenta, muitas vezes, caráter particular e transcrevem as leis editadas de forma cronológica) pelo fato de serem instituídas pelo poder público, com certa organização por disciplina ou matéria, demonstrando um maior grau de sistematização¹⁰⁰.

Como datas relevantes para a evolução da sistematização do Direito, a doutrina aponta o Digesto de 529, com a consolidação do Direito Romano, e o Código Napoleônico de 1804, que propiciou o enfoque ao Direito europeu, neste último caso, reforçado pelo Código Civil da Alemanha de 1896, com maior grau de sistematização¹⁰¹.

Depois de um longo período, percebe-se que essas codificações eram fechadas, ou seja, não admitiam uma interpretação mais flexível tendente a adaptar-se à dinâmica social, o que vem incentivando os movimentos reformistas tendentes a instituição de novas codificações com esse perfil ou, ainda, a proliferação dos denominados microsistemas, que, ao lado dos códigos, tratam de maneira especializada setores mais sensíveis a mudanças da ciência jurídica¹⁰².

Os códigos editados após as revoluções liberais nos territórios americano (1776) e francês (1789) cunharam um positivismo lastreado nos ideais burgueses de igualdade e liberdade de conotação individualista, a fim de impedir a intervenção estatal na sociedade e na economia, o que atingiu não só os aspectos econômicos e sociais, mas também a

⁹⁹“Nos países de *civil law*, o estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu, na doutrina, em torno dos anos setenta. Em países como Alemanha, França e Itália floresceram os debates em torno do tema. Na Itália, Cappelletti, Denti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu os aspectos fundamentais dos interesses difusos, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 225-226).

¹⁰⁰Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 8-9.

¹⁰¹Cf. Id. Ibid., p. 10-11.

¹⁰²Cf. Id. Ibid., p. 12.

política e o próprio direito, que vinculava o juiz ao conteúdo da norma. Essa característica gerou a decomposição de sua legitimação social diante das constantes mutações no tecido da sociedade¹⁰³.

Um efeito dessa “instrumentalidade” do “direito processual de resultados” gerou no Brasil uma febre de reformas no CPC, com a formação de uma “incerteza jurídica” quanto à técnica empregada, com a consequente “crise da legalidade” decorrente de conflitos metodológicos que, por sua vez, ocasiona uma “crise de identidade”¹⁰⁴.

A tutela efetiva dos direitos é medida que se impõe, abarcando não só as questões individuais como as demandas coletivas, o que deveria influenciar as reformas legislativas implementadas nos Códigos de Processo ou as sugestões dos projetos apresentados no Poder Legislativo dos diversos países.

E, ainda que as reformas não sejam implementadas, torna-se obrigatória a admissão dos representantes dos grupos sociais em juízo, seja no polo ativo, seja no polo passivo, em virtude da incapacidade dos sistemas processuais conformarem-se à realidade social.

Nesse sentido se posiciona Lorenzo M. Bujosa Vadell:

“La insuficiencia de una tutela basada en el individualismo liberal decimonónico que inspira los principios informadores de nuestras leyes de enjuiciamiento hace necesaria la búsqueda de sujetos que sean portadores de estos nuevos intereses con una relevancia ya no meramente individual, y que como tales tengan acceso a los Tribunales de Justicia en demanda de tutela efectiva”¹⁰⁵.

No Brasil, encontrava-se em tramitação o Projeto de Lei nº 5.139/2009¹⁰⁶, que foi arquivado no ano de 2010, bem como o Projeto de Lei nº 282/2012^{107 108}, também

¹⁰³Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 15-19.

¹⁰⁴Cf. Id. Ibid., p. 131-132.

¹⁰⁵BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 21-22.

¹⁰⁶BRASIL. Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5498CDBBAA61BA8561EF9973C54B8107.proposicoesWeb2?codteor=651669&filename=PL+5139/2009>. Acesso em: 14 maio 2016.

¹⁰⁷BRASIL. Projeto de Lei nº 282/2012. *Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=112480&tp=1>>. Acesso em: 14 maio 2016.

¹⁰⁸O projeto do Senado incorporava diversas novidades defendidas pela doutrina em especial a “a tese do duty to mitigate the loss” conforme se depreende da posição de Vitor Guglinski: “consta do projeto outra inovação importante, que diz respeito às ações de reparação de danos, diretamente relacionada ao princípio da boa-fé objetiva. Trata-se da disposição contida no inciso II do art. 90-G, consistente na adoção de medidas objetivando minimizar ou evitar a repetição da lesão, independentemente de pedido da parte autora. Essa previsão relaciona-se com a tese do duty to mitigate the loss, cuja literalidade traduz-se “dever de mitigar a perda”, e possui lastro no art. 77 da Convenção de Viena de 1980. No direito doméstico, o duty to mitigate the loss encontra amparo tanto na doutrina (Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil) quanto na jurisprudência (STJ, REsp. 758518 / PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 28/06/2010). Da regra, pode-se extrair duas finalidades: uma de caráter reparatório, estatuindo um dever jurídico para o ofensor, consistente na tomada de ações para que o prejuízo suportado pelo lesado seja de alguma forma minimizado, servindo de lenitivo e (ii) outra de caráter pedagógico-preventivo, objetivando impedir que nova lesão seja causada ao consumidor” (GUGLINSKI, Vitor. *Ações coletivas na reforma do Código do*

arquivado, referente a alterações no Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁹, que almejavam aprimorar o sistema atual.

O Poder Legislativo brasileiro, até o presente momento, não aprovou nem ao menos um texto que trate de maneira expressa da ação coletiva passiva, sendo que o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que pretendia tratar da ação civil pública, em momento algum se referia à ação coletiva passiva¹¹⁰, nem o Projeto de Lei nº 282/2012.

Consumidor. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3452, 13 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23243>>. Acesso em: 15 maio 2016).

Nesse mesmo sentido encontra-se o artigo 25 do projeto de Lei nº 5.139/2009:

“Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstrução do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstrução dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita”.

¹⁰⁹“foi apresentado o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que pretendia substituir a Lei n. 7.347/85, trazendo todas as disposições a serem aplicadas à ação civil pública.

Inicialmente, almejava-se criar um código brasileiro de processos coletivos, que traria grandes avanços à tutela coletiva no Brasil, conectados com as descobertas científicas e com a massificação das relações sociais, porém, tal ideia não vingou.

O Projeto de Lei n. 5.139/2009 teve alterações, em seu texto original, formuladas pela Comissão de Juristas do Ministério da Justiça e, posteriormente, foram realizadas mudanças pela Casa Civil da Presidência da República, seguindo o texto para exame do Congresso Nacional e apresentação de sugestões por instituições que se demonstrarem interessadas.

O relator do projeto, o Deputado Antônio Carlos Biscaia, apresentou, então, parecer substitutivo ao projeto de lei, em setembro de 2009. Em novembro, foi apresentado o terceiro substitutivo ao projeto de lei da ação civil pública, incorporando 17 alterações, que resultaram dos debates travados no âmbito da Subcomissão Especial instituída para apreciar a matéria.

Após inúmeros debates na Subcomissão Especial, constituída para analisar o projeto, esse provocou discussões na Câmara dos Deputados, e, em 4 de março de 2010, adveio uma nova versão do Projeto n. 5.139/2009, acolhendo algumas emendas propostas e trazendo ao texto modificações, como o fim da previsão de submissão da sentença de improcedência ao reexame necessário e a previsão de crime para o retardamento ou omissão injustificados de dados técnicos essenciais à propositura de uma ação civil pública. No dia 17 de março de 2010, o referido projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em uma votação por maioria, de 17 votos a 14, ao fundamento de falta de debate e de discussão pública. Aqui, podemos ver mais um retrocesso para a tutela coletiva em nossa história, vez que o referido projeto acolhia diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais, além de ser fruto do trabalho de inúmeras entidades representativas, como forma de tentar por fim às polêmicas e às lacunas existentes, como a simplificação das regras de competência e a criação de um cadastro coletivo de ações.

Apesar desse desfecho lamentável, surgiu mais um fio de esperança. Em 2011, foram apresentados projetos de alteração do Código de Defesa do Consumidor. Um deles, o Projeto 282, tratava, justamente da tutela coletiva, hoje regulada pelos arts. 81 a 104 do texto em vigor.

Contudo, a esperança durou pouco. Em 27 de março de 2013 o Senado Federal concluiu a análise dos Projetos de modernização do CDC e aprovou apenas as regras sobre superendividamento e comércio eletrônico. Foram excluídas as disposições do PLS 282, que tratavam da ação coletiva e das hipóteses de acordos em tais ações.

Este fato, aliado à rejeição do PL 5139/09 parece deixar bem clara a posição refratária do Parlamento às ferramentas da tutela coletiva” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 09 abr. 2016).

¹¹⁰Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 198, p. 260, ago. 2011.

O veto ao artigo 333 do Novo Código de Processo Civil foi o mais recente afastamento dos processos coletivos do renovado sistema processual, sendo que o dispositivo apresentava o seguinte teor:

“Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado”¹¹¹.

Na Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015, da Presidência da República, consta:

“Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”¹¹².

As opiniões da doutrina sobre a inovação e especialmente sobre o veto variam do repúdio à idolatração de uma ou de outra medida, tendo posição favorável ao veto José Rogério Cruz e Tucci, comparando a manutenção do instituto aos problemas já apontados por procedimento assemelhado junto ao Tribunal de Estrasburgo, dentre os quais a imposição ao autor individual já penalizado com a longa duração de um processo que tenha que aguardar a solução coletiva para todas as pessoas em situação idêntica ao solicitante

¹¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 mar. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

¹¹² BRASIL. *Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

por parte do Estado a critério do Tribunal¹¹³ ou, ainda, a indevida interferência no direito do autor submeter a sua demanda ao Poder Judiciário e ter apreciado seu processo de caráter individual¹¹⁴.

Somam-se a essa vertente, além da mácula à inafastabilidade da jurisdição, outros fundamentos, como a desconsideração da opção ou faculdade do autor individual continuar com seu processo, como resguardado no artigo 104 do CDC¹¹⁵.

¹¹³“Já sob outro enfoque, à luz da comparação jurídica, tem sido muito criticada uma novidade, introduzida pelo Protocolo 14, de 2009, no âmbito da Corte Europeia dos Direitos do Homem (Tribunal de Estrasburgo), consistente no processo de ‘arrêt pilote’ — julgamento piloto.

Provocada a Corte Europeia por um jurisdicionado, contra ofensa ao seu direito perpetrada por um dos países signatários da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, a demanda individual pode ser convertida em processo coletivo, destinado a examinar a matéria e condenar o Estado requerido a regulamentá-la de forma genérica, em prol de todos os cidadãos potencialmente interessados.

Anote-se que a coletivização da demanda individual fica ao exclusivo critério do Tribunal Constitucional: ‘l’effet collectif n’est pas organisé par les requérants, il l’est unilatéralement para la Cour’ (cf. Affef Ben Mansour, *Un processus inédit: les arrêts ‘pilotes’ de la CEDH*, Les actions en justice au-delà de l’intérêt personnel (obra coletiva), Paris, Dalloz, 2014, p. 223).

Pendendo outros processos análogos, determina-se o sobrestamento destes, que ficam na expectativa do ‘julgamento piloto’, cuja decisão projetará eficácia em relação a todas as eventuais demandas individuais.

Em tom crítico, a doutrina estrangeira de um modo geral, tece crítica à suspensão dos processos, impedindo que a parte interessada possa influir na construção da decisão da demanda afetada, por livre escolha da Corte Europeia. Na verdade, os processos suspensos sequer serão examinados. A inexorável demora causada pelo procedimento mais complexo, nestas hipóteses, também vem apontada como fator negativo. É que, julgado precedente o pedido em relação a todos os que estiverem em situação idêntica ao autor da demanda, este deverá aguardar que o Estado réu tome providência global, muito mais ampla, custosa e demorada, do que atender à necessidade imediata de um único interessado, que cuidou de ajuizar demanda individual. O requerente deve esperar a execução pelo Estado das medidas gerais a fim de evitar a persistência da violação.

A suspensão das demandas similares colocam os respectivos requerentes, que já esgotaram todas as vias de recursos internos, em uma situação muito desconfortável, visto que não será cumprida a garantia da duração razoável do processo. Chega-se mesmo à seguinte indagação: o prolongamento do procedimento para estes requerentes não equivale a uma ulterior violação dos direitos do requerente de ver a sua causa julgada dentro de um prazo razoável?

Esta idêntica problemática também se reflete na infeliz novidade, introduzida no apagar das luzes da tramitação legislativa do novo CPC, sob a rubrica ‘conversão da ação individual em ação coletiva’” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil!, cit.).

¹¹⁴“Como é sabido, delinea-se invejável o nosso modelo jurídico de proteção aos direitos difusos e coletivos, investindo de legitimação ativa considerável número de sujeitos.

Considere-se outrossim que este referido ‘sistema processual de tutela coletiva’, que sempre se articulou de forma autônoma e independente, jamais se imiscuiu no âmbito das ações individuais.

Daí, porque totalmente inoportuna e desnecessária a ingerência que seria instituída, no âmbito do processo civil individual, no afã de obter um julgamento que pudesse abranger maior número de interessados, em flagrante afronta ao direito do cidadão, que, confiando na Constituição Federal, procurou advogado e ajuizou demanda própria, sobre a qual sempre teve ampla disponibilidade!

Toda vez que o juiz, de ofício, transportar para as fronteiras do processo o interesse particular ou público de outrem, estranho à relação jurídica deduzida em juízo, haverá nítida deturpação do princípio da autoridade, uma vez que transforma o juiz em protagonista, não simplesmente da direção do processo, mas, sim, da própria sorte do objeto litigioso, ferindo de morte a legalidade que deve nortear a realização de todos os atos processuais.

A tal propósito, lembro que Barbosa Moreira (*O futuro da justiça: alguns mitos*, Temas de direito processual, 8ª s., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 5), de forma enfática, procurou sintetizar o desejo de todos os operadores do direito e, de modo particular, dos jurisdicionados, no sentido de que a prestação jurisdicional venha a ser mais eficiente do que realmente é; no entanto, ‘se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço!’” (Id. Ibid.).

¹¹⁵Cf. MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Orgs.). *Processo coletivo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 417-418. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8).

Para Humberto Dalla Bernardina Pinho já é eficiente o disposto no artigo 139, X, do Novo Código de Processo Civil¹¹⁶, ao conceder ao juiz o dever de “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”, o que não exigia a inserção do artigo 333 do diploma ora vetado¹¹⁷ no sistema jurídico brasileiro, visto não existir necessidade da manutenção de um dispositivo contrário ao princípio de acesso à justiça “na medida em que um jurisdicionado será impedido de prosseguir com sua demanda, da forma como concebeu, sendo forçado a vê-la convertida a uma demanda coletiva”¹¹⁸.

Dentre os defensores de sua manutenção no sistema jurídico encontra-se Dalton Santos Moraes, que não vislumbra inconstitucionalidade no acesso ao Judiciário, na medida em que era permitida a continuidade do autor individual como litisconsorte e na parte não coletivizada da ação sua tramitação em autos apartados, bem como ressalta a ausência de violação ao artigo 104 do CDC, pois o autor poderia desistir de sua figuração como litisconsorte e ajuizar ação individual. Na mesma linha, o autor não identifica violação ao princípio da inércia, nem critério autoritário ou discricionário na conduta do juiz diante dos requisitos exigidos para a conversão ou, ainda, inconstitucionalidade com a “suspensão da pretensão individual”¹¹⁹.

¹¹⁶Disposição semelhante encontra-se no artigo 32 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero América e no artigo 7º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Ada Pellegrini Grinover que em seu parágrafo único determina a solução para a inércia do Ministério Público ao prever “Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao procurador-geral, e este ajuizará a demanda coletiva, designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz”.

¹¹⁷O artigo 32 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América assim se expressa:

“**Art. 32. Conversão de ações individuais em ação coletiva.** O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior”.

¹¹⁸O autor complementa seu raciocínio expondo: “Como se observa, esta norma prevê que o magistrado, dentro de suas funções gerenciais, deve monitorar o aumento o crescimento exponencial de determinadas demandas e notificar os principais legitimados para a ação civil pública.

Obviamente isto não impede que tais demandas venham a ser submetidas a regime de julgamento repetido, quer seja pela aplicação da rejeição liminar da demanda pelo magistrado ou pelo incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal, ou ainda pela técnica de julgamento repetitivo no STJ e no STF.

Na verdade, a norma busca um equilíbrio entre as técnicas de coletivização pelo julgamento (adotadas pelo CPC) e as de coletivização pelo ajuizamento da demanda (leis específicas da tutela coletiva relacionadas no tópico anterior deste trabalho)” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. op. cit.).

¹¹⁹Cf. MORAIS, Dalton Santos. op. cit., p. 418-420.

Observa-se que com o veto não será possível analisar no futuro se essa coletivização seria benéfica ou não à tutela dos direitos coletivos, contudo, filio-me à teoria do artigo 139, X, do NCPC, substituir a contento a situação se for bem aplicável, com a qualidade de propiciar aos legitimados para ajuizamento da ação civil pública um tempo adequado para a formulação dos pedidos, coleta de provas, inclusive por meio do inquérito civil, propiciando um uso mais assertivo da tutela jurisdicional coletiva. Se mantido o expediente vetado, as dificuldades na emenda à inicial poderiam prejudicar a defesa dos interesses da coletividade em juízo.

É bom ressaltar que o NCPC perdeu uma excelente oportunidade de regular a presença de grupos despersonalizados e da coletividade em geral no polo passivo das ações, uma vez que essa figuração pode dar-se numa relação jurídica material em que o autor postula um direito individual ou um direito coletivo, no intuito de consagrar a tutela efetiva das pretensões juridicamente protegidas pelo ordenamento jurídico.

1.5. Denominação e diferenças de conteúdo dos institutos ação civil pública passiva e ação coletiva passiva como meios de tutela coletiva para fins meramente didáticos

As ações coletivas em si são consideradas como o gênero dos quais se pode extrair uma gama ampla de modalidades de processos seja por meio da representação processual, seja pelo instrumento da substituição processual ou, ainda, por mecanismos similares que permitam num dos polos da ação um grupo considerável de pessoas, concreta ou abstratamente, postular ou em face delas se postularem direitos e interesses múltiplos sem a necessidade que cada um dos interessados figure pessoalmente no processo como parte.

A ação coletiva ativa ou passiva deve ser concebida como um gênero em que sua designação significa, em sentido mais estrito, tão somente que uma coletividade ou parcela dela encontra-se representada organicamente ou substituída ou, ainda, por algum mecanismo assemelhado esteja incorporada na relação jurídica processual e venha, por isso, a sofrer os efeitos da coisa julgada oriundos da decisão.

Na acepção mais ampla desse gênero, pode englobar a representação processual em qualquer dos polos por meio de autorização explícita (documento escrito e assinado por cada um) ou implícita (previsão estatutária na constituição ou adesão a associações) dos representados, mas esse tipo de representação se aproxima muito de um litisconsórcio.

Essa concepção traz a possibilidade de englobar em seu conteúdo as ações coletivas em geral tais como: a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, o dissídio coletivo, ação de cumprimento trabalhista, ação anulatória de cláusulas de

convenções e acordos coletivos (a coletividade se faz presente por meio da substituição processual ou método similar de caráter abstrato), bem como as ações promovidas por entidades associativas em defesa dos interesses de seus associados por meio da representação deles em juízo (a coletividade se faz presente por meio da representação processual, ou seja, em caráter concreto).

Quando a coletividade se encontra no polo ativo é possível diferenciar as ações coletivas com a mera representação das partes das ações civis públicas e outras decorrentes do uso de mecanismos similares a substituição processual, sendo um dos elementos principais utilizados para essa diferenciação a circunstância do legitimado coletivo utilizar-se de uma representação em juízo dos membros e dos associados da entidade que postula algo judicialmente para as primeiras e de uma substituição processual (ou algo similar nos direitos difusos e coletivos) a favor de todos os substituídos que se encontrem em determinadas situação na segunda, ao menos no que se refere aos direitos individuais homogêneos. Essa variação é facilmente identificada pelo pedido formulado que se dá em caráter amplo na substituição processual e numa acepção mais estrita na representação em juízo.

No que se refere aos direitos coletivos e difusos como veremos na sequência da pesquisa a legitimidade coletiva implica em eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* em relação a todo grupo, classe ou categoria (interesses coletivos) ou aos indivíduos em geral sem distinções (interesses difusos) e em ambos os casos sem limitações sob o aspecto subjetivo salvo aquelas pertinentes ao grupo, classe ou categoria.

Não se tem apresentado uma sistematização diferenciativa entre as ações civis públicas passivas e as ações coletivas passivas, ocasionando uma confusão no uso desses instrumentos em que, sob uma perspectiva generalista no sentido de hipóteses abarcadas e reducionista na construção de um conceito estrutural, defendem que sempre quando a coletividade ou seus segmentos encontram-se no polo passivo se trata de ação coletiva passiva. Essa concepção pode ser admitida enquanto gênero ação coletiva passiva, mas não permite confundir a presença da coletividade no polo passivo com o procedimento processual aplicável à ação.

Na realidade, o que se tem preconizado é a tutela coletiva como gênero dos quais se extrairiam diversas espécies das denominadas ações coletivas como a ação civil pública, a ação popular, o dissídio coletivo trabalhista, o mandado de segurança coletivo, dentre outros.

Em atenção a um ideal de delimitação dos institutos apresentam-se os argumentos abaixo delineados para fins meramente didáticos, uma vez que a denominação dessas ações em nada altera o potencial de tutela pretendido pelo pedido embasado na causa de pedir

apresentada na petição inicial. Além disso, o termo “passiva” apenas visa indicar a coletividade figurando de alguma forma no polo passivo da ação.

1.5.1. Definição e delimitação da ação coletiva passiva

A denominação ação coletiva passiva pode a princípio gerar certa confusão, uma vez que o termo ação coletiva não é totalmente preciso, devendo ser entendido como o gênero e não a espécie.

Assim, partindo-se do mesmo pressuposto não há sentido em diferenciar a ação civil pública da ação coletiva regida pelo CDC por diversos motivos, dentre os quais o fato da existência de diversos tipos de ação em que interesses coletivos são discutidos nos polos da ação, seja por meio de procedimento processual especial, seja via o procedimento comum ordinário.

A ação coletiva ativa ou passiva deve ser concebida como um gênero em que sua designação significa tão somente que uma coletividade se encontra representada organicamente (o que pode englobar a representação processual mediante representação se adotada a acepção mais ampla como visto acima) ou substituída ou, ainda, por algum mecanismo assemelhado esteja incorporada na relação jurídica processual e venha a sofrer os efeitos da coisa julgada oriundos da decisão.

Há inúmeras discussões, por exemplo, sobre a definição da ação civil pública no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo com a existência de uma norma de caráter legal a regulando, a Lei nº 7.347/1985. Ainda que haja a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, a denominação utilizada foi “Ação Civil Pública” independentemente das partes que a proponham, o que não justifica, ao menos academicamente, a designação proposta de Ação Coletiva¹²⁰ quando ajuizada por entidades particulares na defesa dos direitos difusos e coletivos¹²¹ ou quando tiver por base o CDC de meio instrumental¹²² ou a defesa de direitos individuais homogêneos.

O uso do termo ação coletiva é genérico, não podendo ser identificado em especial com algum procedimento processual.

¹²⁰Ada Pellegrini Grinover na nota 4 de um estudo ressalta a impropriedade do termo “ação civil pública” justamente pelo motivo de ser possível o ajuizamento por entes privados. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 40, abr./jun. 1996).

¹²¹Cf. SAVIO, Manuela Pereira. Ação civil pública e ação coletiva: problema terminológico. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/83-acao-civil-publica-e-acao-coletiva-problema-terminologico>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹²²Cf. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2008. p. 385.

Na hipótese de se justificar, como acima se propõe, a denominação da ação como coletiva em virtude da qualidade dos direitos postulados, diferenciando os difusos dos coletivos e, dentre esses últimos, os individuais homogêneos¹²³, é ponderável a sua não adoção sob uma perspectiva teleológica.

Nesse contexto, compreende-se que o termo Ação Civil Pública deve ser empregado indistintamente, destacando em qualquer situação a importância da defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. É ação porque é distribuída e tramita perante o Poder Judiciário, é civil, pois não se discutem questões penais e, por fim, é pública¹²⁴, uma vez que a matéria abordada, seja por sua substância, seja pela quantidade de pessoas atingidas, é de flagrante interesse público, portanto, a sua solução de maneira uniforme a todos os interessados justifica o designativo.

Rodolfo de Camargo Mancuso prega a desconsideração do aspecto subjetivo do polo ativo para a denominação Ação Civil Pública, mas sim o uso do objeto da demanda, “a proteção de interesses metaindividuais”, esclarecendo que “ela não é ‘pública’ *por que* o MP seja a ‘parte pública’ que pode promovê-la a par de outros co-legitimados, mas sim porque apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais”¹²⁵.

Gregório Assagra de Almeida, ao analisar o anteprojeto brasileiro, que foi absorvido pelo Ministério da Justiça relativo aos processos coletivos, indica como um dos deméritos do modelo a desconsideração do termo consagrado “ação civil pública”¹²⁶, apesar de parte da doutrina defender a designação de “ação coletiva” como a mais adequada¹²⁷.

Não se deve confundir a clássica definição de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos com a nomeação do instrumento jurídico de sua tutela, nem se deve confundir o efeito da coisa julgada de acordo com a amplitude desses direitos com a designação da ação. Ora, a restrição à denominação de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos e de ação civil pública para a tutela dos direitos difusos e

¹²³Cf. SAVIO, Manuela Pereira. op. cit.

¹²⁴Lorenzo M. Bujosa Vadell ao tratar da ação popular espanhola sintetiza bem a denominação do termo pública para ação “porque se persigue una finalidade pública”. (Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico, cit., p. 517).

¹²⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 16-18.

¹²⁶Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 121.

¹²⁷Cf. Antonio Gidi defende o termo “ação coletiva” afirmando que o uso do termo “ação civil pública” pela constituição federal foi atécnica (GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo*: a codificação das ações coletivas no Brasil, cit., p. 383).

coletivos não interfere sequer na sistemática processual da apreciação das matérias pelos juízes que possuem competência para apreciar as questões, variando poucas coisas como os efeitos da coisa julgada e os procedimentos de execução posterior da sentença, com ressalva das questões trabalhistas que apresentam sistemática própria.

A adoção de vários símbolos linguísticos para designar uma ação processual tende a aumentar as discussões e afastar a uniformidade de tratamento, sem que isso interfira realmente na substância do instituto ou de sua natureza jurídica.

Antonio Gidi assevera que “é quase uma questão de preferência estética, que não fará a menor diferença na prática”, podendo ser estipulado por uma nova lei qualquer dessas propostas¹²⁸.

A única consequência é a confusão entre a doutrina com várias posições¹²⁹ e a jurisprudência, sendo oportuna a edição de uma norma que, no intuito de colocar um final a celeuma, especifique de maneira mais clara que se trata de uma ação civil pública independente dos legitimados que a proporem ou dos direitos discutidos em juízo.

Diante dos termos do Projeto de Lei nº 5.139/2009, é possível inferir que há uma tendência do uso dos termos “ação civil pública” e “ação coletiva” como sinônimos¹³⁰, o que em si se amolda a nossa pretensão de valorizar o aspecto finalístico desse instrumento de defesa de direitos fundamentais consagrados não só nas normas infraconstitucionais como também na própria Constituição, contudo, nossa proposta é mais audaciosa.

O termo “ação civil pública” deve ser promovido e enraizado na sociedade como um instrumento de cidadania, em que os designativos civil e pública devem ser associados à ideia de amplo acesso à Justiça da mesma forma que se concebe a ação popular, sendo notável se, num futuro próximo, fosse possível admitir o ingresso dessas ações por uma pessoa física na representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em Portugal, a ação popular é utilizada de maneira assemelhada a nossa ação civil pública, na defesa de inúmeros direitos, demonstrando que, nesse caso, a opção legislativa

¹²⁸GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 383-385.

¹²⁹Cf. Id. *Ibid.*, p. 382-387.

¹³⁰“O Projeto de Lei nº 5.139/2009, por sua vez, utiliza o termo “ação civil pública” em seu próprio enunciado, bem como no *caput* do art. 1º. Contudo, no §2º do art. 1º faz uso do termo “ações coletivas”. Ocorre que ambas as expressões tutelam, de acordo com o Projeto, interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Além disso, o título do capítulo III do Projeto de Lei fala em condições da “ação coletiva”. Ainda é possível mencionar, dentre outros, o art. 5º, que trata da distribuição de uma “ação coletiva”; o art. 6º, que elenca os legitimados para propor “ação coletiva”; o art. 7º, que veda a intervenção de terceiros nas “ações coletivas”; o art. 10, que refere o procedimento da “ação coletiva”. Assim, o que se vislumbra é que o legislador optou por tratar as expressões “ação civil pública” e “ação coletiva” como sinônimas” (SAVIO, Manuela Pereira. *op. cit.*).

quanto à denominação do instituto não interfere em sua natureza, entretanto, o sistema português tem a vantagem de apresentar a “ação popular” como um instrumento jurídico mais valorizado e efetivo na defesa dos direitos difusos e coletivos. Assim, nessa ótica, se a opção do legislador brasileiro foi atribuir tal importância à ação civil pública devido às peculiaridades próprias das ações populares no país, que são associadas, muitas vezes, às disputas políticas e de diversos interesses desfocados, portanto, na atualidade, de seu principal objetivo e do fundamento essencial de sua origem em defesa da legalidade e da cidadania, frise-se, veementemente, a mencionada opção deve ser respeitada.

As figuras linguísticas utilizadas propiciam a valorização do instrumento enquanto meio de defesa de direitos e de prerrogativas inerentes à cidadania e ao bem-estar social, devendo atrelar a ideia de “ação civil pública” à defesa de direitos coletivos em sentido amplo.

Além disso, ao se concentrar a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na ação civil pública evita-se a confusão do gênero ação coletiva com a modalidade acima rechaçada de ação coletiva para a defesa exclusiva de interesses individuais homogêneos ou com a participação no polo ativo de entes particulares, apesar do uso do microsistema de tutela coletiva (CDC e LACP).

Assim, ainda que se possa realizar uma divisão para fins didáticos, não existe uma Ação Civil Pública Passiva, mas sim uma ação civil pública em que a coletividade será acionada também no polo passivo e, por conseguinte, tratar-se-á de uma ação coletiva passiva enquanto gênero.

Nesse momento é relevante a lembrança do posicionamento de Franco Bonsignori, ao tratar da definição do Direito, esclarecendo que “è un ente complesso che sta allo stesso livello degli enti potere, società, economia, ecc”, concluindo se tratar de “un fenômeno dela cultura e non dela natura, il quale coinvolge una generalità di situazioni e appartiene all’ambito dele idee e dei contegni anziché a quello dele cose”¹³¹, apresenta, portanto, uma complexidade exacerbada e interferências variadas na percepção dos seus elementos estruturais.

Na perspectiva de Diogo Campos Medina Maia, as ações coletivas passivas não se restringem à defesa de direitos difusos e coletivos, mas também aos individuais “homogeneamente lesionados ou homogeneamente ameaçados” por ato de uma coletividade, ou seja, “direitos individuais lesionados de forma coletiva”, o que amplia o rol dos direitos tutelados pelas ações coletivas passivas em relação às ativas, por não se confundir com os direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, na visão do autor,

¹³¹BONSIGNORI, Franco. *Concetto di diritto e validità giuridica*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 175.

vários atos (homogêneos), provenientes de vários agentes (coletividade), podem lesionar apenas um direito individual, além dos tradicionais direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo essencial para a caracterização a forma pela qual a lesão ou a ameaça é infligida¹³².

A definição proposta por Diogo Campos Medina Maia para as ações coletivas passivas, baseada na versão de Aluísio Mendes para as ações coletivas ativas, é:

“o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo ordinário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida do ordenamento jurídico, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses ou direitos homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independente de seu caráter individual ou coletivo”¹³³.

Ainda que possível esse entendimento, é necessário diferenciar a ação coletiva passiva decorrente de procedimento ordinário e especial da ação civil pública passiva, pois nesta última seriam discutidos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio do procedimento do microsistema dos processos coletivos (LACP e CDC) enquanto na primeira seria possível o uso, na atualidade, dos mecanismos de direito processual comum ou especial, como acima já exposto.

A ação civil pública passiva, diante dos elementos apresentados, para fins meramente didáticos deve ser considerada quando, numa ação civil pública, em que se discutam direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, encontre-se no polo passivo da ação, independentemente de quem figure no polo ativo (desde que sejam os legitimados para a ação civil pública), uma coletividade de pessoas ou grupo representados em juízo de maneira adequada por quem detenha íntima relação com as questões discutidas ou a lei atribua essa legitimação e, devido a isso, detenha legitimidade para realizar os atos processuais, respeitado o devido processo legal, sempre que adotada a sistemática prevista no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei nº 7.347/85, como regras procedimentais de tramitação do processo.

Diante disso, a construção desse conceito poderia ser sintetizada como um aspecto da ação civil pública instalada, em que o designativo “passiva” serviria apenas para indicar que no polo passivo da ação figura também interesses de grupos, classes ou categoria.

Em consequência, a ação coletiva passiva enquanto gênero vincula-se à defesa de interesses e direitos da coletividade no polo passivo da ação, independentemente do procedimento processual a ser seguido.

¹³²Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 50-53.

¹³³Id. Ibid., p. 53.

Júlio César Rossi admite o ajuizamento de ação coletiva passiva em face da discussão de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas não entra em maiores detalhes de como essa situação se dá em cada um dos tipos de interesses coletivos¹³⁴.

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz a define como “ação proposta contra a classe e não pela classe a fim de se tutelar um direito de natureza metaindividual”¹³⁵.

O relatório geral da professora Ada Pellegrini Grinover, com base nos elementos apresentados por Carlos Alberto Sales, originariamente para o XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, depois transformado em livro, ressalta que:

“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”.¹³⁶ (destaques no original)

Inúmeros exemplos na doutrina são mencionados, como a hipótese do “demandante se dirigiera contra un grupo de personas que vienen realizando actividades que dañan el medio ambiente, practicas discriminatorias, empleando mecanismos de producción por él patentados, etc”¹³⁷.

Fredie Didier, ao tratar da ação coletiva passiva, especifica que:

“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. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) — nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas”¹³⁸.

O autor apresenta uma série de exemplos para demonstrar as formas de abordagem de um direito coletivo em juízo, nos seguintes termos:

“Um direito coletivo pode estar correlacionado a uma situação passiva individual (p. ex.: o direito coletivo de exigir que uma determinada empresa proceda à correção de sua publicidade). Um direito individual pode estar relacionado a uma situação jurídica passiva coletiva (p. ex.: o

¹³⁴Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 266.

¹³⁵CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo - (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Brasília, v. 12, n. 47, p. 103, jul./set. 2013.

¹³⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 29-38.

¹³⁷GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difuso*, cit., p. 483.

¹³⁸DIDIER, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-26-abril-2011-freddie-didier.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

direito do titular de uma patente impedir a sua reiterada violação por um grupo de empresas). Um direito coletivo pode estar relacionado, finalmente, a uma situação jurídica coletiva (p. ex.: o direito de uma categoria de trabalhadores a que determinada categoria de empregadores reajuste o salário-base).¹³⁹”

Ricardo de Barros Leonel, em edições anteriores de sua obra *Manual do Processo Coletivo*, era refratário à aceitação das ações coletivas passivas, baseando-se no conteúdo dos institutos da representação e substituição processual que dependem da vontade do representado ou de determinação legal, situação associada ao fato da autorização legal existente apenas permitir a coletividade no polo ativo das ações civis públicas, salvo os dissídios coletivos trabalhistas. Todavia, acabou por rever seu entendimento diante dos casos que vem surgindo no Poder Judiciário, admitindo a sua presença em situações específicas¹⁴⁰, mas sem a amplitude defendida pela doutrina mais entusiasta.

A diferença entre uma ação coletiva passiva que siga o procedimento comum ou especial e a ação civil pública passiva encontra-se no fato da última ter como objeto da ação um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo imanente dos pedidos formulados na inicial.

Como na ação coletiva passiva em gênero se admite pedidos de direito individual em face da coletividade, o âmbito dessas ações é mais amplo e, até o presente momento, não permite o uso do microsistema de processos coletivos, apesar de não o proibir expressamente.

A confusão dos conceitos causa conflitos na aplicação dos institutos, sendo que esse uso genérico das ações coletivas passivas na tentativa de aplicar o microsistema de processos coletivos para a defesa inclusive de direitos exclusivamente individuais não deve vigorar sem uma lei específica, que regule adequadamente essa situação, devido a diversos problemas de compatibilidade.

Excluindo a defesa de direitos individuais, a própria tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em conflito é dificultada em nosso ordenamento jurídico, mesmo após a edição do NCPC de 2015.

O projeto brasileiro de processos coletivos que estava tramitando no Congresso brasileiro sequer definia o que seriam as ações coletivas passivas, o que seria ideal frente à construção meramente doutrinária e jurisprudencial não ser uníssona, podendo criar

¹³⁹DIDIER, Fredie. op. cit.

¹⁴⁰Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013. p. 208-214.

distorções de tratamento a situações assemelhadas¹⁴¹.

Gregório Assagra de Almeida refuta a adequação da denominação ação coletiva passiva, pois a tutela coletiva se infere do pedido e da causa de pedir da ação, ponderando ser mais oportuna a sua abordagem como substituição processual no polo passivo da ação, ao apreciar o conteúdo do Código Modelo Ibero-Americano de processos coletivos:

“A utilização da expressão ação coletiva passiva, constante do Capítulo VI (arts. 35 a 38) do Código-modelo, não é de boa técnica jurídica, pois o que define se uma ação é coletiva não é a sua legitimidade, mas o seu objeto material (causa de pedir e pedido). Adequado seria disciplinar, sendo o caso, hipótese de substituição processual no pólo passivo dos processos coletivos”¹⁴².

Essa concepção pode ser aplicada também à ação civil pública passiva que, na realidade, como já salientado nas linhas acima, é utilizada em nossa pesquisa apenas para designar a coletividade também no polo passivo da ação em comparação ao uso do termo ação coletiva passiva, apesar de concordarmos com a impropriedade da designação.

Ao avaliar o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo paulista, Gregório Assagra de Almeida critica mais uma vez a denominação de ação coletiva passiva, nos seguintes termos:

“O Capítulo III, que vai do art. 36 ao art. 39, disciplina a denominada *ação coletiva passiva*, que, na verdade, é a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas em face do grupo, categoria ou classe. Como já manifestamos anteriormente, não concordamos com a utilização da expressão *ação coletiva passiva*, nem também com o uso da expressão *ação coletiva ativa*, desprovidas da boa técnica jurídica, pois o que define uma ação como coletiva não é propriamente sua legitimidade ativa ou passiva, mas o seu objeto material, aferível na causa de pedir e no pedido”¹⁴³. (destaques no original)

Um dos maiores empecilhos à defesa da ação coletiva passiva em nosso sistema jurídico na atualidade é a ausência de previsão na norma de um legitimado passivo extraordinário para representar o grupo, como as normas estabeleceram para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor ao adotar o critério *ope legis*¹⁴⁴.

Ada Pellegini Grinover, nas conclusões de seu relatório geral sobre os países da *civil law*, expressa que “a ação coletiva passiva ainda é uma raridade nos países da *civil law*,

¹⁴¹“A proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, embora tenha previsto as ações coletivas passivas, apenas faz referência aos “direitos coletivos” (art. 4º do projeto de CBPC). Não há definição das situações jurídicas passivas coletivas, cujo conceito deverá ser extraído desse mesmo art. 4º, aplicado em sentido inverso: deveres e estados de sujeição indivisíveis (difusos ou coletivos) e deveres e estados de sujeição individuais homogêneos. Como sugestão para o aprimoramento do projeto, é recomendável que se acrescente um artigo com essas definições no capítulo sobre a ação coletiva passiva” (DIDIER, Fredie. op. cit.).

¹⁴²ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 97.

¹⁴³Id. Ibid., p. 101.

¹⁴⁴Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 32.

não se podendo apontar uma tendência para a sua adoção”¹⁴⁵

Apesar dessa dificuldade, encontra-se reconhecida a necessidade de admitir as ações coletivas passivas como exercício do amplo acesso à justiça, circunstância esta potencializada quando se refere à ação civil pública passiva dentro da ótica por nós defendida, merecendo destaque a previsão das primeiras no projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos em caráter geral, que acaba absorvendo as segundas em seu conceito, como se depreende da posição de Fredie Didier:

“Merece elogio a iniciativa do projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de admitir expressamente a ação coletiva passiva. 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. Evoluímos muito no estudo dos ‘direitos coletivos’”¹⁴⁶.

Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes ponderam que “hasta el momento, *las defendant class actions* han tenido una menor aplicación, pero podrían cobrar no poca importância en el caso de que llegaran a tenerla”¹⁴⁷.

Sem desconsiderar sua raridade no uso até mesmo pelos sistemas jurídicos que a admitem, é importante a sua admissão no ordenamento jurídico dos países, propiciando um mais amplo e adequado acesso ao Judiciário¹⁴⁸.

Apesar de ser um instituto de origem americana e, portanto, decorrente do sistema da *common law*, a ação coletiva passiva tem se expandido aos poucos pelo regime da *civil law*, não só devido ao Código Modelo Ibero-americano, como em virtude dos projetos elaborados pelo Brasil e Áustria, sendo certo que já vigora em Israel e na Noruega e decorrem, no Paraguai e na Colômbia, do próprio sistema, sendo admitidas academicamente no Chile e Argentina e aplicadas pela jurisprudência na Venezuela. Todavia, em alguns países vem sendo rechaçada, tendo como exemplo a França, onde deliberadamente se retirou a previsão em projeto pendente¹⁴⁹.

¹⁴⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 247.

¹⁴⁶DIDIER, Fredie. op. cit.

¹⁴⁷GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. op. cit., p. 483.

¹⁴⁸“A ação coletiva passiva, entendida como a ação promovida não pelo grupo, mas *contra o grupo*, correspondendo à *defendant class action* do sistema norte-americano, é certamente mais rara do que a ativa, mesmo nos sistemas que a adotam. No entanto, não se pode descartar a possibilidade de o grupo figurar no polo passivo da demanda, seja esta individual ou coletiva. Aliás, nas relações de trabalho, o sindicato, com alguma frequência, é demandado nos processos da área”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 236).

¹⁴⁹Cf. Id. Ibid., p. 237.

Nesse contexto, não é demais repetir ser possível a existência de ações coletivas passivas em paralelo com as ações civis públicas passivas, em que o diferencial será o pedido e a causa de pedir consignado na inicial. Identificada a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na inicial e o uso do microsistema de tutela coletiva da LACP e do CDC será uma ação civil pública passiva desde que no polo passivo também figure um grupo ou coletividade. Em todas as demais hipóteses em que um grupo ou coletividade encontre-se no polo passivo numa ação civil ou trabalhista ordinária ou em procedimento especial civil ou trabalhista será típico exemplo de ação coletiva passiva em gênero, mas não se confundirá com a ação civil pública.

Após todos os elementos apresentados, devemos compreender que as ações coletivas em gênero contemplam uma gama ampla de modalidades de processos (procedimentos comuns e especiais), seja por meio da representação processual (adotada uma acepção mais ampla), seja pelo instrumento da substituição processual ou, ainda, por mecanismos similares decorrentes da autorização do artigo 18 do NCPC de 2015 que permitam num dos polos da ação um grupo considerável de pessoas (físicas e jurídicas), concreta ou abstratamente representadas e, por conseguinte, integradas na relação jurídica processual em respeito ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa) para postular ou em face delas se postularem direitos e interesses múltiplos sem a necessidade de que cada um dos interessados figure pessoalmente no processo como parte.

A pesquisa que ora se desenvolve busca, dentre outros elementos, averiguar as possibilidades de viabilizar a participação da coletividade no polo passivo da ação civil pública e das ações coletivas em geral, especialmente com a abordagem da legitimação passiva e da identificação dos grupos, bem como dos efeitos da coisa julgada.

1.5.2. Classificação e modalidades das ações coletivas passivas

As ações coletivas passivas em sentido amplo são consideradas de acordo com as diversas formas que são propostas em juízo, ou seja, originárias (independentes) ou derivadas (dependentes) e ordinárias (simplesmente coletivas) ou duplamente coletivas.

As ações coletivas passivas podem ser de duas ordens, a depender se foram apresentadas originariamente contra uma coletividade ou se decorrem de outro processo de caráter coletivo, tendo a sua classificação em originárias ou derivadas em virtude do implemento das situações narradas¹⁵⁰.

¹⁵⁰Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 263.

As originárias são consideradas independentes de qualquer outra ação que tenha sido ajuizada pelos legitimados enquanto as derivadas pressupõem a existência dessa ação, configurando-se em ações rescisórias ou embargos à execução de uma ação em que a coletividade teve seu pedido atendido pelo Poder Judiciário¹⁵¹.

Nas ações coletivas derivadas ou incidentais há uma transposição dos polos ativos de uma ação originária para o passivo em virtude de instrumentos processuais específicos, como a reconvenção¹⁵², os embargos à execução ou de terceiro, a antiga ação cautelar¹⁵³ e

¹⁵¹Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 263-264.

¹⁵²É perceptível que a reconvenção passou a constar no NCPC de 2015 como um dos capítulos da contestação sem necessidade do uso de um peça em apartado, contudo sua natureza de ação é mantida no ordenamento jurídico brasileiro, como se depreende dos seguintes pronunciamentos:

“Anotese, já sob outro enfoque, que, a exemplo do que ocorria no regime do velho CPC de 1939, a reconvenção deve ser deduzida no bojo da própria peça de contestação (artigo 343, parágrafo 6º).

Não obstante, continua sendo preservada a autonomia da reconvenção em relação à demanda pendente, como se infere do parágrafo 2º do artigo 343: “A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção”.

Embora totalmente desnecessário, os subsequentes parágrafos 3º e 4º admitem a ampliação subjetiva (ativa e passiva) da demanda reconvenicional, podendo ser ela ajuizada pelo réu e um terceiro em face do autor e, inclusive, de um terceiro”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na resposta do réu. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/paradoxo-corte-codigo-processo-civil-traz-mudancas-resposta-reu>>. Acesso em: 27 jul. 2016).

“A modificação da legislação processual com a Lei 13.105/15 trouxe muitas novidades, dentre elas a maneira como a ação reconvenicional deve ser proposta. A reconvenção continua sendo uma ação incidental, mas deverá fazer parte integrante da contestação, não sendo mais manejada através de petição própria.

Percebe-se que a modificação legal teve como foco a economia processual. Aliás, é ela que justifica a existência da própria reconvenção como ação incidental, pois cumulando as ações e as instruindo conjuntamente tem-se uma prestação jurisdicional mais efetiva.

A reconvenção embutida na contestação continuará a ter os mesmos pressupostos gerais e específicos. Portanto, para ingressar com uma ação reconvenicional o reconvinde deverá ter legitimidade e interesse jurídico. A reconvenção deve ser: conexa com a ação em andamento ou com um fundamento da defesa; não ser proposta em juízo absolutamente incompetente; ser formulada na contestação e, portanto, no prazo dela; pode ser formulada sem haver contestação ou junto com ela, para evitar a preclusão consumativa e, finalmente, deve tramitar com o mesmo procedimento da ação “principal”.

A reconvenção é ação proposta em geral pelo réu contra o autor, no entanto, a legitimidade pode ser ampliada com a formação de litisconsórcio tanto no polo ativo como no passivo. A nova legislação também autoriza a propositura da ação reconvenicional contra o substituto processual, diferentemente do que ocorria no código anterior.

Mesmo estando contida na contestação, a reconvenção demandará uma narrativa de fatos específica com consequente fundamentação jurídica e indicação do valor da causa. Além disso, deverá fazer os pedidos e seus requerimentos específicos, juntamente com os da contestação. Caso o juiz entenda que os requisitos da peça não estão presentes, ele deverá mandar emenda-la antes de exercer o direito de indeferir a reconvenção de imediato.

Verificando a existência de reconvenção na contestação, o juiz deverá determinar a remessa dos autos ao distribuidor, para as devidas anotações e cálculo das custas.

O reconvinde deverá ser intimado, através de seu procurador, para que no prazo de 15 dias, se quiser, ofereça respostas. A nova previsão legal autoriza o autor-reconvinde a não só contestar, mas também reconvir novamente. Outra novidade foi a previsão expressa de que há a possibilidade de reconvenção sem a contestação, consolidando assim o posicionamento doutrinário predominante.

A reconvenção é diferente do pedido contraposto, embora os dois produzam efeitos reconvencionais. A reconvenção é mais ampla, em razão da possibilidade de ter conexão com a ação principal ou com o fundamento de defesa, enquanto para fazer o pedido contraposto, o réu terá que ficar limitado a fatos articulados pelo autor na petição inicial.

Com a Lei 13.105/15, a reconvenção ainda pode continuar em caso de desistência da primeira ação ou de

a superada ação declaratória incidental¹⁵⁴, dentre outras¹⁵⁵, merecendo uma abordagem

outra causa que a extinga sem resolução do mérito, portanto, mantém-se como ação autônoma.

A mudança de legislação, no que tange a reconvenção, não nos permite profundas discussões inéditas. Verifica-se que, assim como aconteceu com outros temas, na reconvenção o legislador de 2015 legitimou posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes. De qualquer forma, espera-se que com as mudanças seja possível alcançar as tão desejadas economia e celeridade processual” (MORAIS, Maria Lúcia Baptista. Reconvenção no novo Código de Processo Civil. *Páginas de Direito*, 16 nov. 2015 Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/319-artigos-nov-2015/7435-reconvencao-novo-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 25 jul. 2016).

¹⁵³Com a aprovação do NCPC de 2015 a ação cautelar se transformou em tutela de urgência cautelar não exigindo mais um processo distinto da demanda ajuizada. Essa tutela poderá ser solicitada de maneira antecedente ou incidente. Quando antecedente seja pelo artigo 303 (antecipada), seja pelo artigo 308 do NCPC observa-se que o pedido principal poderá vir conjuntamente na ação ou ser posteriormente aditado nos mesmos autos sem custas adicionais e a abertura de uma nova ação.

Há uma real aproximação entre a tutela de urgência antecipatória e cautelar incidental que serão solicitadas por mera petição nos autos do processo o que fragiliza os argumentos acerca da ação coletiva passiva. Juvêncio Vasconcelos Viana assim dispõe acerca das tutelas de urgência:

“As medidas poderão, pois, ser pugnadas em caráter antecedente; obtidas, poderá vir, depois, na mesma base processual, o pedido principal. É claro, ninguém esqueça a possibilidade de haver o fenômeno da estabilização da tutela (art. 304). Se de natureza incidental, a medida será requerida, por simples petição, nos autos já existentes, do mesmo modo pelo qual se pugna, hoje em dia, pela tutela antecipada” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela de urgência e de evidência no NCPC. *Nomos*: revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 35, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://200.129.29.202/index.php/nomos/article/view/2529>> Acesso em: 26 jul. 2016).

¹⁵⁴Com a aprovação do NCPC de 2015 a ação declaratória incidental deixou de existir conforme se depreende dos posicionamentos abaixo transcritos:

“O novo CPC eliminou a ação declaratória incidental com a finalidade de ampliar o âmbito da coisa julgada material. Preceitua, com efeito, o artigo 503, parágrafo 1º, que a coisa julgada abrange a solução da questão prejudicial incidental, expressamente decidida na sentença. É um exemplo típico de que o dispositivo dessa decisão não estará, do ponto de vista formal, na parte final da sentença. Localizar-se-á, em regra, entremeado na motivação do ato decisório.

A coisa julgada material, em tal hipótese, irá se estender não apenas ao dispositivo atinente à questão principal, mas, igualmente, àquele que resolveu, expressa e incidentalmente, a questão prejudicial.

A opção legislativa adotada autoriza, portanto, que se decida também com força de coisa julgada determinada questão jurídica logicamente subordinante daquela que constitui a questão principal, como, por exemplo, o reconhecimento de união estável, numa demanda em que se visa a partilha de bens comuns”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na resposta do réu, cit.).

“Outra hipótese em que o NCPC se afasta da teoria do isolamento dos atos processuais em matéria de direito intertemporal é o relacionado com o regime da coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial. Segundo a norma do art. 503, § 1º, do CPC de 2015, não há mais necessidade de manejo da ação declaratória incidental para que a resolução da questão prejudicial disputada incidentalmente no processo venha a revestir-se da força de coisa julgada material. Bastará que tenha sido submetida a contraditório e sobre ela tenha se pronunciado o juiz (que tenha competência para apreciá-la e solucioná-la). Esse novo regime criado pelo CPC/2015, todavia, somente será aplicado aos processos iniciados após a vigência do novo Código, como dispõe o seu art. 1.054. Aos processos ajuizados antes da lei nova, continuarão aplicáveis as regras do CPC/73, constantes de seus arts. 5º, 325 e 470, e que contêm a disciplina reguladora da ação declaratória incidental” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*: com particular referência ao processo de conhecimento. 2016. Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7710/4/Miolo_WEB_Cartilha_O%20Direito%20Intertemporal%20e%20o%20Novo%20CPC.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016).

Apesar desse posicionamento doutrinário há corrente que defende sua permanência no sistema processual, sendo certo que nada impede o ajuizamento da ação incidentalmente com pedido de distribuição por dependência com o pedido ou causa de pedir:

“Note-se que, embora não haja mais a ação declaratória incidente no Novo Código de Processo Civil para questões prejudiciais (apenas para falsidade de prova), as partes conservam a possibilidade de pedir expressamente o que entenderem pertinente - seja a desconstituição de um contrato nulo, seja a declaração de sua inexistência. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado 111: ‘Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental’ (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista*

mais pormenorizada.

Na realidade, na hipótese de ação coletiva ativa ou passiva é preferível se falar em reconvenção, embargos à execução, embargos de terceiro e ação rescisória em ação coletiva do que designá-la de ação coletiva dependente ou derivada, pois o procedimento dessas ações encontra-se plenamente regulado pela norma processual, tratando-se de ações específicas com direcionamento certo no polo passivo que se encontra relacionado com o autor ou as partes já delineadas no primeiro processo.

Na reconvenção, há uma preocupação com a economia processual, proporcionando um aumento dos contornos iniciais da demanda para solucionar questões relacionadas ao mérito da ação principal que devem ser analisadas de maneira diversa da ação rescisória e dos embargos à execução e de terceiro, estes mais preocupados com a justiça da decisão e a viabilização da ampla defesa, com menor oposição da doutrina e, para alguns estudiosos, justificativa da existência da ação coletiva passiva¹⁵⁶.

Numa análise mais atenta, a ação rescisória e os embargos à execução e de terceiro são facilmente admitidos, na medida em que no primeiro caso se desconstitui um título formado em que há um legitimado para representar a coletividade no polo ativo, motivo suficiente para permitir a desconstituição do título, bem como sua figuração no polo passivo também como representante da coletividade e, especialmente, como parte no processo principal, pois, sem sua presença, o título manter-se-ia indefinidamente numa concepção exclusivamente formalista. Esse mesmo raciocínio com pequenas alterações aplicam-se aos embargos à execução e de terceiros.

Num primeiro momento, poder-se-ia argumentar que essa legitimação passiva seria tolerada, pois, na pior das hipóteses, o título de alguma forma seria desconstituído, restando às partes o *status quo ante* do ajuizamento da ação, contudo, nesse caso, há uma falsa concepção da realidade, uma vez que nessas ações é possível o reconhecimento, em tese, da prescrição e decadência, que maculam o conteúdo material do direito da coletividade representada em juízo, salvo nas matérias em que esses institutos não se aplicam ou, ainda, a possibilidade de uma análise mais apurada do mérito, ensejando a

de Processo, ano 41, n. 252, p. 79-110, fev. 2016. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45017745/Os_limites_objetivos_da_coisa_julgada_no_novo_Codigo_de_Processo_Civil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1470474574&Signature=WLM%2BylJEfeiItM%2BGD%2BvRpgqZhk0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DOs_limites_objetivos_da_coisa_julgada_no.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2016).

¹⁵⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 122.

¹⁵⁶Cf. Id. Ibid., p. 123-124.

procedência dessas ações com reflexo direto nos interesses da coletividade. Um ponto importante a ser considerado consiste que a ação rescisória de uma demanda coletiva em nada difere do procedimento em relação a uma demanda individual.

Assim, todos os exemplos apresentados podem refletir ações cuja coletividade se encontre no polo passivo da ação seguindo a previsão legal do procedimento das demandas (embargos à execução e de terceiro e ação rescisória), visando desconstituir o título ou liberar o bem de terceiro com a declaração, desconstituição ou condenação da coletividade em caso de procedência.

A maior dificuldade encontra-se na reconvenção nas ações civis públicas, pois geraria um título executivo judicial em face da coletividade que, muitas vezes, é impossível de se formar devido à ausência de elementos de contraprova em posse do legitimado ativo, como ocorre, por exemplo, nas ações civis públicas relacionadas a direitos individuais homogêneos, o que ocasionaria uma sentença condicional e vedada em nosso ordenamento jurídico, ao menos sob a ótica do CPC de 1973. Essa dificuldade acaba sendo superada na medida em que o NCPC de 2015 permite o ajuizamento de reconvenção em face do autor e terceiros em litisconsórcio, bem como direcionada ao substituto processual, mas a questão não se encontra de todo pacificada.

Há inúmeros julgados abordando a legitimidade ou não do Ministério Público figurar no polo passivo de ações coletivas, como, por exemplo, na ação rescisória sob o argumento de que a legislação não autoriza essa posição processual ao órgão, que não detém personalidade jurídica e, mesmo que eventualmente fosse citado, o ente estatal federal ou estadual em que ele está inserido não haveria solução se esse mesmo ente se apresentasse como autor da respectiva ação, sendo a posição de Diogo Campos Medina Maia favorável a sua presença como legitimado passivo nessas hipóteses¹⁵⁷.

A ação rescisória nos moldes do Código de Processo Civil de 1973 ou nos termos do Código de Processo Civil de 2015 é uma hipótese de ação coletiva também derivada e se julgada procedente em face de um título judicial inicialmente favorável à coletividade, por exemplo, numa ação civil pública também afetará todos os membros da coletividade quando se tratarem de direitos difusos ou coletivos ao menos no plano coletivo, desde que ajuizada em face do mesmo representante que figurou no polo ativo da ação originária, podendo ou não ser realizado um novo julgamento do mérito da demanda a depender da discussão do caso concreto¹⁵⁸.

¹⁵⁷Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 124-126.

¹⁵⁸Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 276-277.

Ainda há a possibilidade de a ação coletiva passiva ser de caráter “duplamente coletiva” ou “simplesmente coletiva”, nas hipóteses de em ambos os polos se discutirem interesses de grupos ou tão somente no polo passivo¹⁵⁹.

No caso das ações civis públicas passivas, elas sempre serão duplamente coletivas, uma vez que no polo ativo os legitimados sempre defenderão direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que se conjugarão com a coletividade no polo passivo.

De acordo com as pessoas que figurarem no polo ativo da ação coletiva passiva, portanto, poderá ser ordinária ou duplamente coletiva. Como exemplo, indicam-se na primeira situação a demanda de uma empresa em face do sindicato para suspensão de um movimento paredista abusivo e, no caso da segunda, cogitam da hipótese do grupo de trabalhadores resolver promover o bloqueio de passagens públicas, o que, em tese, possibilitaria o ajuizamento da ação na defesa de direitos difusos e não meramente individuais¹⁶⁰.

Nas ações coletivas passivas ordinárias, um único indivíduo que foi lesionado ou ameaçado de lesão acionaria o Judiciário em face de uma coletividade, que defenderá os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em que a essência desses direitos consequentemente interferirá nos efeitos da coisa julgada, como se depreende da posição de Diogo Campos Medina Maia¹⁶¹.

Em nossa concepção, o conteúdo da ação civil pública passiva admite apenas a classificação de duplamente coletiva, uma vez que para o uso do microsistema de processos coletivos, os legitimados defendem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos também no polo ativo.

Quando se tratar de um único indivíduo defendendo um interesse particular em face da coletividade, os mecanismos processuais serão do direito processual comum ou especial e não do microsistema dos processos coletivos.

Há uma confusão na doutrina apontada por Júlio César Rossi sobre os limites da ação coletiva passiva, sendo comum a indicação de exemplos por ela do que seria, na realidade, uma mera ação coletiva ativa com a inversão dos polos tão somente por antecipação do réu receoso de ser demandado numa ação em defesa de direitos individuais homogêneos. Isso se aproximaria mais de uma ação coletiva ativa em que aquele que seria demandado provoca o grupo de indivíduos prejudicados a tomar uma postura processual¹⁶².

¹⁵⁹Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 264.

¹⁶⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 53-54.

¹⁶¹Cf. Id. Ibid., p. 141-142.

¹⁶²Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 264.

O mencionado autor, analisando os estudos de Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior, sobre os exemplos de ação coletiva passiva indicados por Pedro da Silva Dinamarco, relata a impressão daqueles doutrinadores, no sentido de se tratar de mera “ação coletiva ativa reversa”, na medida em que se pretende um provimento jurisdicional que declare a inexistência de poluição ambiental (a título de exemplo) e, por conseguinte, ataca a viabilidade de uma “situação jurídica coletiva ativa” e não comprova a presença da “situação jurídica coletiva passiva” própria das sentenças declaratórias positivas, constitutivas e condenatórias, não se demonstrando a vantagem para o interesse público em tratar essa situação numa demanda coletiva (como seria próprio da ficção dos direitos individuais homogêneos), o que diversamente ocorreria no dissídio coletivo interpretativo de um acordo coletivo definidor do conteúdo das “situações jurídicas coletivas ativas e passivas” no âmbito trabalhista¹⁶³.

Fredie Didier, em outra oportunidade, relata:

“Embora seja possível imaginar demandas coletivas passivas declaratórias negativas (p. ex.: declarar a inexistência de um dever coletivo), não é disso que tratam os exemplos de Pedro Dinamarco. Nos casos citados, temos uma ação coletiva ativa reversa. Busca-se a declaração de que não existe uma situação jurídica coletiva ativa (inexistência de um direito). Não se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, como acontece em ações coletivas passivas declaratórias positivas, constitutivas ou condenatórias. Não basta dizer, como pioneiramente fez Antonio Gidi, que tais ações são inadmissíveis por falta de interesse de agir ou dificuldade na identificação do legitimado passivo, embora a lição seja correta. É preciso ir além: rigorosamente, não são ações coletivas passivas. Para que haja ação coletiva passiva, é preciso, como dito, que uma situação jurídica coletiva passiva seja afirmada, o que não ocorre nesses exemplos”¹⁶⁴.

“Isso não significa que não haja ação coletiva passiva declaratória. No âmbito trabalhista, por exemplo, cogita-se da ação declaratória para certificação da correta interpretação de um acordo coletivo, em que são fixadas as situações jurídicas coletivas ativas e passivas”¹⁶⁵.

Percebe-se que os limites e contornos da ação coletiva passiva são disformes e indefinidos se comparados com a ação civil pública passiva.

Assim, constata-se que na ação civil pública passiva é possível aproveitar a classificação de duplamente coletiva acima descrita, pois um dos diferenciais de sua definição e delimitação é o uso do microsistema de tutela coletiva como instrumento processual de defesa do direito coletivo material.

É admitida nessas ações coletivas passivas “a formulação de qualquer pedido (declaratório, constitutivo ou condenatório)”¹⁶⁶, variando a compreensão da doutrina sobre o seu conteúdo, o que causa instabilidade no seu uso sem parâmetros processuais

¹⁶³Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 264-265.

¹⁶⁴DIDIER, Fredie. op. cit.

¹⁶⁵Id. Ibid.

¹⁶⁶Cf. Id. Ibid.

adequados que, por sua vez, justifica os projetos de regulamentação da matéria para aclarar a matéria.

1.6. Experiência no direito estrangeiro

Como há aparentes diferenças entre os sistemas *common law* e *civil law*, torna-se relevante a apreciação da peculiaridade da tutela dos interesses coletivos em dois países estrangeiros eleitos para essa pesquisa e representativos desse sistema.

O primeiro consiste nos EUA, representante da *common law*, conhecido como defensor dos direitos de classe por meio das multicidadas *class actions*.

O segundo, no intuito de demonstrar como funciona a tutela coletiva na *civil law*, foi Portugal devido às influências históricas e culturais que permeiam as relações com o Brasil e aproximam os ordenamentos jurídicos de ambos os países.

1.6.1. Ação coletiva nos EUA

As ações coletivas ativas e passivas são encontradas de maneira consolidada nos EUA e são denominadas respectivamente de *class action* e *defendant class action*¹⁶⁷, tendo amparo federal no artigo 23 do Código de Processo Civil e, ao tratar o autor e o réu sem diferenciações, permitiu o amplo desenvolvimento das ações coletivas passivas¹⁶⁸.

Na realidade, existem três classificações das ações segundo a presença do grupo nos polos ativo (*plaintiff class action*), passivo (*defendant class action*) e em ambos (*bilateral class action*)¹⁶⁹.

Os primeiros estudos sobre ações coletivas em território americano desconsideraram a ação coletiva passiva e são atribuídos ao juiz Joseph Story, que, ao analisar o caso de conotação individual *West versus Randal*, em 1820, passou a ponderar se havia uma forma de não integrar no processo todos os interessados numa espécie de ação coletiva, reduzindo um trabalho desnecessário com a infinidade de partes, sendo que, em sua concepção, aqueles que não participassem efetivamente do processo deveriam ser preservados, afastando-os dos efeitos da coisa julgada¹⁷⁰¹⁷¹

Em 1842, a Suprema Corte dos EUA, na *Federal Equity Rule 48*, apesar de impedir

^{167c}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, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 230).

¹⁶⁸Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 33.

¹⁶⁹Cf. CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. op. cit., p. 101.

¹⁷⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 33-34.

¹⁷¹Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 53.

que as decisões proferidas viessem a afetar negativamente os não participantes do processo, passou a acolher a ação coletiva ativa e passiva, na medida em que não fazia distinção entre os polos em que o grupo estivesse representado¹⁷².

Em sua versão original, a normativa de 1842 impedia que os ausentes na relação processual fossem alcançados pela decisão em prejuízo a seus direitos e interesses¹⁷³.

Essa norma era assim disposta:

"Quando qualquer das partes for muito numerosa, e não possa, sem manifesta inconveniência 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, a sentença não prejudicará os direitos e pretensões dos ausentes"¹⁷⁴.

Em que pese a inovação da concepção de ação coletiva e a fragilização dos efeitos concretos nos ausentes, no ano de 1853 (primeiro caso conhecido de *class action* nos EUA)¹⁷⁵, o Tribunal, no caso *Smith versus Swormstedt*, que englobava grupos coletivos em ambos os polos passou a estender a vinculação *erga omnes*¹⁷⁶ das sentenças, no intuito de impedir que a eficácia da prestação jurisdicional fosse prejudicada como critério de conveniência na corte de equidade. Esse julgado no polo ativo compreendia 1500 pastores da Igreja Metodista Episcopal do Sul e, no passivo, 3000 da Igreja Metodista Episcopal Nacional, em que os primeiros solicitavam a participação proporcional num fundo comum instituído pela segunda, que se recusava a repartir, com o pretexto de que a fragmentação com a instituição de nova entidade foi voluntária¹⁷⁷.

No ano de 1898, na ação *American Steel & Wire Co. Versus Wire Drawer's & Die Makers'Unions*, discutiu-se o exercício abusivo do direito de greve em prejuízo da empresa autora e, ao julgar a questão, a Suprema Corte atribuiu efeitos vinculantes a toda a coletividade¹⁷⁸, sem necessidade de notificação pessoal das partes interessadas, não havendo qualquer embaraço à presença do sindicato no polo passivo, pois estava apenas representando os sindicalizados, não havendo exigência que tivesse personalidade jurídica reconhecida legalmente, uma vez que estavam presentes os líderes da greve, especificando

¹⁷²Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 34.

¹⁷³Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 168.

¹⁷⁴RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 84 – nota de rodapé nº 27^o.

¹⁷⁵Cf. Id. Ibid., p. 85.

¹⁷⁶Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 168-169.

¹⁷⁷Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 34-35.

¹⁷⁸Nesse caso a ação objetivava desestimular os grevistas de impedirem o trabalho dos não aderentes ao movimento e de eventuais substitutos contratados com a presença dos líderes sindicais no polo passivo (Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil*, cit., p. 142).

que, ainda que a *Equity Rule 48* não permitisse afetar os que não estavam no processo, não poderiam desrespeitar a decisão do Tribunal, sob pena de desacato, numa cumplicidade com o descumprimento da ordem emanado do Poder Judiciário¹⁷⁹.

Em 1912, a Suprema Corte editou a *Equity Rule 38*, reformulando a anterior e consagrando o entendimento consolidado nas decisões anteriores, promovendo a eficácia geral das decisões para todos que componham a coletividade presente em qualquer dos polos da ação¹⁸⁰¹⁸¹, desde que haja questão geral ou comum a ser decidida e impossível o comparecimento de todos ao processo¹⁸².

A norma dispunha:

“Quando a questão é uma de interesse comum ou geral a muitas pessoas constituindo uma classe tão numerosa que torna impraticável trazer todas perante a corte, um ou mais poderão processar ou defender em nome de todas”¹⁸³.

Essa situação restou consolidada nos precedentes da época, como o conhecido *Supreme Tribe of Ben-Hur versus Cauble*¹⁸⁴.

A *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure*, no ano de 1938¹⁸⁵, instituiu diretamente na lei a previsão da coletividade ser representada no polo passivo da ação, expressando a necessidade de “representação adequada”, consolidando no texto a concepção jurisprudencial do instituto das *class action*, especificando três modalidades de ação denominadas de verdadeiras, híbridas e espúrias, sendo da compreensão jurisprudencial vigente que apenas estas últimas se restringiam às partes do processo, sem ampliação para os que não participaram da demanda, o que ensejou, para esclarecer a questão e as dúvidas acerca dos efeitos, da determinação dos tipos e imprecisão dos termos, um adendo¹⁸⁶ na norma, que se efetivou em 1966, reforçando a representatividade adequada¹⁸⁷.

Na realidade, apenas as *class actions* verdadeiras podiam abarcar os ausentes em qualquer hipótese, as espúrias só aqueles que optassem pela vinculação aos efeitos da

¹⁷⁹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 36-37.

¹⁸⁰Cf. Id. Ibid., p. 37.

¹⁸¹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 54.

¹⁸²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 170.

¹⁸³RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 85.

¹⁸⁴Cf. Id. Ibid., p. 86.

¹⁸⁵Essa norma unificou os procedimentos das ações civis que antes se dividiam em *in equity* (equidade) e *at law* (direito) desaparecendo com os de equidade nas ações coletivas. Esse diploma equivale ao nosso Código de Processo Civil e tem influenciado a legislação dos Estados americanos. (Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 87).

¹⁸⁶Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 170.

¹⁸⁷Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 37-38.

sentença e a híbrida permitia um efeito amplo tão somente em certas circunstâncias¹⁸⁸.

Como condições para o ingresso da ação, em 1966, ficou estabelecido que era necessário: a) um grande e expressivo número de partes litigantes; b) questões comuns de fato e de direito; c) postulação ou defesa própria dos representados; d) representação adequada¹⁸⁹¹⁹⁰.

Todavia, a classificação em verdadeiras, híbridas e espúrias foi abandonada, mantendo-se uma divisão de três modalidades em quatro situações que permitiam o ajuizamento das ações: a) a demanda se ajuizada individualmente poderia ocasionar discrepância (não uniformidade) no tratamento dado à matéria para cada um dos membros do grupo ou classe, propiciando conflito entre a conduta a se exigir da parte adversa; b) o ajuizamento individual de ações afete o resultado final para todos os membros, o que se denomina de “limited fund class action”, na medida em que a parte adversa não conseguirá saldar os danos de todos os integrantes da coletividade se pagar inicialmente apenas para alguns poucos que ingressaram em juízo; c) ação ou omissão da parte adversa, ao afetar todos os membros do grupo que enseja o ajuizamento de ação tendente a impedir que continue agindo dessa maneira, prevenindo em relação aos que ainda não foram afetados ou exigindo conduta diversa, também conhecidas como “injunctive class action”; d) a distribuição de uma ação coletiva por razões práticas venha facilitar a defesa dos interesses individuais do grupo lesado em juízo por meio de representante adequado para a recomposição dos danos ou a indenização almejada, conhecidas como *damages class actions* ou *mass tort cases*.¹⁹¹

Nas três primeiras situações, o juiz certifica a classe sem a necessidade de consultar os ausentes devido aos interesses envolvidos apresentarem caráter coletivo em sentido mais estrito, diante do entrelaçamento dos direitos de uns que podem influenciar no dos outros se a demanda for ajuizada individualmente, bastando que se comprove a representação adequada para que a decisão atinja toda a classe¹⁹².

Assim, o juiz, com a decisão de certificação da classe, delimita o objeto da ação e o conteúdo da classe que será afetada por sua decisão de mérito, sendo esse pronunciamento um dever de ofício lastreado na discricionariedade do juízo, mas vinculada aos requisitos

¹⁸⁸Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 96-97.

¹⁸⁹Cf. Id. *Ibid.*, p. 97.

¹⁹⁰Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 288-289.

¹⁹¹Cf. MEROI, Andrea A. *op. cit.*, p. 97-98.

¹⁹²Cf. Id. *Ibid.*, p. 98-99.

legais, ainda que as partes não a solicitem e, dessa decisão, a princípio não cabe recurso¹⁹³, salvo da decisão final do processo¹⁹⁴.

Na certificação é possível avaliar laudos particulares apresentados pelas partes em cognição sumária ou solicitar laudo pericial oficial para melhor embasamento do juízo além da apreciação de outras provas em instrução prévia¹⁹⁵.

A grande crítica que se faz à certificação consiste em que entre o ajuizamento da ação e essa decisão que interferirá nos efeitos do processo em média decorrem mais de dois anos¹⁹⁶.

Na última hipótese das *class action*, em tese, o ingresso de ações individuais pode ser promovido sem que isso tenha impacto direto nos interesses dos demais ou ocasione algum problema para eles, por isso, a certificação necessita de dois requisitos adicionais para se obstar as demais ações individuais: a) as questões comuns devem predominar sobre as individuais; b) a demanda coletiva seja preferível do que a individual na análise do caso concreto. Para isso os juízes devem se ater: a) às dificuldades dos trâmites processuais em decorrência da ação coletiva; b) às demandas individuais que seriam impactadas com a *class action*; c) a analisar qual o interesse das pessoas ajuizarem individualmente suas demandas¹⁹⁷.

A notificação dos membros da classe é essencial para exercer o direito de exclusão da ação e de seus efeitos, bem como para dar publicidade do conteúdo da demanda¹⁹⁸.

Se todos que fossem afetados pela coisa julgada tivessem que ser notificados, tendo em vista a infinidade de interessados, em algumas situações de difícil identificação prévia, chegar-se-ia ao absurdo de inviabilidade da ação por impossibilidade de custeio do processo, como aconteceu nos EUA, com o caso *Eisen*, em que eram mais de 5 milhões de pessoas¹⁹⁹.

¹⁹³Não há previsão expressa em lei de recurso de apelação, mas é admissível quando o processo é extinto ou se promoverá um esclarecimento de um questão fundamental de direito ou, ainda, se aumenta os riscos de litígio de forma tão substancial que o réu provavelmente vai sentir a pressão irresistível para resolver a questão. Dada a amplitude do efeito devolutivo o Tribunal poderá alterar total ou parcialmente a decisão de certificação, não podendo o juízo de primeiro grau modificá-la, salvo se determinado apenas o processamento provisório com a realização de instrução prévia para embasar a certificação (Cf. MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 140-142, jan./dez. 2010).

¹⁹⁴Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 108.

¹⁹⁵Cf. MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais, cit., p. 140.

¹⁹⁶Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 108.

¹⁹⁷Cf. Id. Ibid., p. 99.

¹⁹⁸Cf. Id. Ibid., p. 108.

¹⁹⁹Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 151-152.

Nesse caso emblemático, a indenização estava disposta entre 22 e 60 milhões de dólares, com aproximadamente 2 milhões potencialmente atingidos identificados prontamente, sendo a discussão referente à ilegalidade de uma percentagem cobrada nas operações na bolsa de valores inferiores a 100 ações em face de agentes da bolsa de Nova Iorque. O Tribunal do Distrito Sul de Nova York não admitiu a ação por diversos motivos, dentre os quais a incapacidade do autor arcar com o valor das notificações prévias, ausência de precisão do predomínio das questões de fato e direito comuns e outras dificuldades-problemas decorrentes do trâmite processual. O Tribunal de Apelação do Segundo Circuito manifestou-se de maneira mais flexível em relação às exigências para ingresso da ação, mas não liberou a necessidade de notificação pessoal dos interessados, decisão mantida pelo Tribunal Supremo, no sentido de que não poderia seguir por outros instrumentos sob o argumento de custo excessivo e poucos recursos²⁰⁰.

Essa decisão proferida no caso *Eisen versus Carlisle & Jacquelin*, em 1974, acabou gerando a decisão da Suprema Corte, consignando que os advogados deveriam suportar os custos da notificação pessoal²⁰¹ dos interessados razoavelmente identificáveis logo nos primeiros passos do processo, muito provavelmente influenciada pela pressão das mídias, em decorrência de uma “excessiva litigiosidade” estimulada pelas *Class Actions for damages* por meio dos advogados mais interessados em seus honorários do que na plausibilidade da discussão que prejudicava as empresas e a evolução dos negócios americanos, além de um aumento considerável da atividade dos tribunais²⁰².

Essa comunicação poderá dar-se de várias maneiras, mas no caso da exigência das *class action for damages* só poderá ser pessoal, enquanto nas demais basta o uso de um meio de comunicação de massa²⁰³. Na primeira hipótese, o conteúdo da comunicação tem que apresentar a informação do direito de exclusão expresso, sob pena dos interessados serem afetados pelos efeitos da decisão, o direito de contratar advogado integrando diretamente a demanda (situação restringida se o representante já é considerado adequado) e um resumo da natureza da ação e do conflito, bem como o endereço para se localizar o processo²⁰⁴.

²⁰⁰Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 201-202.

²⁰¹É o que ocorre na prática, pois a decisão ao determinar que as partes deveriam arcar com os custos não se manifestou sobre os fatos que abarcam essa situação, pois quem realmente acaba financiando as ações são as grandes firmas de advocacia que se assemelham a grandes empresas apostando no futuro da ação com o investimento em seus custos processuais, situação reforçada com a decisão proferida. (Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 108-109).

²⁰²Cf. Id. Ibid., p. 99-100.

²⁰³Cf. Id. Ibid., p. 109.

²⁰⁴Cf. Id. Ibid., p. 109-110.

Da decisão de certificação até a comunicação aos membros geralmente se promove em curto lapso temporal devido à forma que está prevista na lei, mas isso gera problemas de ordem estratégica para os autores (não sabem ao certo o potencial da ação antes de optarem pela exclusão) e réus (ficam com a imagem exposta com reflexos negativos no mercado)²⁰⁵.

Na década de 80, as demandas de massa surgiram de maneira revigorada devido ao desenvolvimento e evolução da tecnologia, atingindo consumidores, trabalhadores, dentre outras situações que irradiavam na sociedade e poderiam ser solucionadas com um único julgamento por meio da *damage class action*, vinculando todos os interessados que não optassem por sua exclusão da ação após a comunicação de seu ajuizamento e devida certificação. Essa situação ocasionou a atenuação pelos tribunais da exigência de que as questões comuns fossem preponderantes, passando a se admitir a discussão de prejuízos diversos em situações similares, porém não semelhantes com intensidades e naturezas variadas, tendo como marco a ação relativa ao agente laranja utilizado na guerra do Vietnã e, anos mais tarde, na certificação da ação sobre contaminação por asbesto²⁰⁶.

Curiosamente, no sistema americano, o caráter privado dessas ações é transparente, na medida em que “a ação deverá ser proposta em nome individual, devendo o interessado demonstrar em juízo que, mesmo que indiretamente, foi afetado pessoalmente”, bem como o denominado *justiciability* (uma série de requisitos para a admissão da ação em juízo relacionados à viabilidade da demanda em decorrência da análise de precedentes judiciais acerca das normas constitucionais também conhecidos como *cases and controversies doctrine*, ou seja, são indicativos de casos passíveis de uma apreciação judicial, sendo o mais importante o *standing* muito próximo da legitimidade de parte. O mencionado *standing* exige comprovação do autor da ação de que foi atingido por uma “lesão de fato” (*injury in fact*) e, portanto, detenha “uma posição de interesse no resultado do processo” (*personal stake*), contudo, numa acepção mais ampla do que em nosso ordenamento²⁰⁷.

Além da *justiciability* inerente a todas as ações, a Regra 23 americana condiciona a ação coletiva ao preenchimento dos requisitos de certificação como ação de classe presentes na subdivisão “a”, bem como adequar-se a uma das hipóteses da subdivisão “b”²⁰⁸.

Para a certificação da ação de classe, como vimos também no polo passivo

²⁰⁵Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 109.

²⁰⁶Cf. Id. Ibid., p. 100-101.

²⁰⁷Cf. SALLES, Carlos Alberto de. Class actions: algumas premissas para comparação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 174, p. 222-223, ago. 2009.

²⁰⁸Cf. Id. Ibid., p. 228.

(subdivisão “a”), torna-se necessária a observância de quatro elementos: a) *numerosity* (“numerosidade”)²⁰⁹ – o número de membros da classe seja em quantitativo que impediria a congregação de todos pessoalmente no polo da ação; b) *commonality* (“questões comuns à classe”)²¹⁰ – a questão vertente sob o aspecto fático ou jurídico seja comum à classe; c) *typicality* (“tipicidade”)²¹¹ ²¹² é obrigatória a presença de típicas solicitações e manifestações inerentes ao pedido e à defesa de uma classe; d) *representativeness* (“representatividade”)²¹³ em que se exige que os advogados responsáveis e os representantes da classe em juízo sejam aptos e promovam uma “adequada representação” de todos os membros da classe, ainda que ausentes e não mencionados no processo²¹⁴.

Na hipótese de uma ação coletiva passiva, as regras previstas na Regra 23, (a) e (b) devem ser adaptadas à conformação da coletividade no caso concreto, pois os elementos exigidos para certificação da classe devem ser comprovados pelo autor e não pelo grupo representativo, como ocorreria numa *class action* ativa. Dessa forma, evidente que maiores deverão ser as precauções para que não haja fraudes ou conluíus e, na circunstância de recusa do representante indicado pelo autor como o mais adequado para o grupo réu, a

²⁰⁹Cada caso deve ser analisado segundo suas peculiaridades pois, “não há um número mínimo de pessoas acima do qual o procedimento da ação coletiva estaria autorizado, uma vez que impraticabilidade não significa impossibilidade de litisconsórcio”. Nas ações coletivas passivas a interpretação desse quesito é mais flexível e no geral deve implicar na análise de fatores como: a) capacidade dos autores e réus de postular ou se defenderem em demandas individuais; b) economia na redução das ações; c) a capacidade econômica dos integrantes da classe; d) a “dispersão geográfica” dos componentes da classe; e) o impacto aos futuros integrantes da classe em decorrência de “pedido mandamental ou prospectivo” (Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 93-94).

²¹⁰Basta apenas uma questão de fato ou de direito e esse quesito se mescla em diversos outros elementos como a tipicidade e representação adequada (Cf. Id. Ibid., p. 94).

²¹¹O teor da postulação ou defesa apresentado não pode contrariar o interesse da classe ou ser de caráter individual do autor ou réu não necessitando ser idênticas, mas “substancialmente semelhantes” ao da classe como um todo, ou seja, mesmos fundamentos jurídicos. No caso da ação coletiva passiva é possível inferir a presença do requisito associado com a existência de um planejamento e conspiração dos réus para causar lesão ao autor ou autores e com o denominado link jurídico, ou seja, os réus se encontram “juridicamente relacionados suscitando uma solução única e expedita da disputa” “(Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 95-96).

²¹²William D. Henderson ressalta que esse elemento da tipicidade exige que o autor tenha em face de cada um dos réus na *defendant class action* uma lesão ou causa de pedir, contudo, inicialmente no âmbito público e posteriormente no privado, exceções doutrinárias surgiram como, por exemplo, a existência do “vínculo jurídico” no cumprimento ou aplicação uniforme de uma lei estadual por seus funcionários (artigo 23, b, 2) e o ato de coibir discriminação de empregadores atrelados por acordos coletivos (artigo 23, b, 2) atingindo mais recentemente as *punitive damages* do artigo 23, b, 3 com uma ação concertada dos réus. (Cf. HENDERSON, William D. Reconciling the Juridical Links Doctrine with the Federal Rules of Civil Procedure and Article III. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1347-1378, 2000. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1374&context=facpub>>. Acesso em: 18 out. 2016).

²¹³Esse elemento visa cumprir o devido processo legal na medida em que os interesses da classe são bem representados em juízo ensejando atendimento a razoabilidade e adequação (Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 96-97).

²¹⁴Cf. SALLES, Carlos Alberto de. op. cit., p. 228.

legislação permitirá ao juiz todos os mecanismos à disposição para a tutela da classe como, por exemplo: a) alteração do representante indicado pelo autor determinando a ele a substituição ou a nomeação de outro colaborador para atuar em conjunto; b) recusar a certificação da classe; c) exigir a notificação de todos os membros; d) manter o indicado pelo autor se houver provas de sua representatividade; e) divisão da classe em subgrupos, com afinidade de questões comuns e com reais possibilidades de defesa dos interesses em conflito²¹⁵.

As ações coletivas ativas e passivas nos EUA, por conseguinte, apresentam o mesmo regramento com algumas adaptações, uma vez que na fase de certificação quem deve comprovar os requisitos essenciais do réu é o autor, como também é salientado por Gutiérrez de Cabiedes e Caviedes:

“El procedimiento es el mismo que se ha descrito ya, pues la regulación es común; únicamente la escueta referencia contenida en el inciso citado permite distinguir las *plaintiff class actions* de las *defendant class actions*. Sin embargos, el hecho de que sea el grupo el demandado hace que este tipo de acción adquiera unas connotaciones peculiares.

El proceso comienza con la demanda del actor contra uno de los *class members*. Esta habrá de cumplir los *prerequisites* recogidos en esse mismo apartado (a) para que el órgano jurisdiccional pueda certificar la acción como una acción de clase. Es el demandante quien tiene la carga de probar su concurrencia”²¹⁶. (destaques no original)

No intuito de proteger o interesse dos ausentes, o Judiciário deverá adotar uma série de posições de acordo com as exigências de cada caso concreto, especialmente diante da demanda ter sido ajuizada em face de uma coletividade de pessoas ou grupo, dentre as opções, Gutiérrez de Cabiedes e Caviedes apontam as mesmas já relatadas nas linhas acima:

“a) crear subclases, de forma que se delimiten con mayor precisión las <<questiones comuns>> a cada una, y aquéllas puedan ser defendidas por los interesados,
 b) ordenar al demandante la designación de outro miembro de la clase para colaborar o sustituir al representante originariamente nombrado,
 c) ordenar la notificación a los demás miembros, aunque se trate de acciones basadas en la *Rule (b) (1) y (2)*, en las que ésta no se exige legalmente,
 d) denegar la *certification*, permitiendo al demandante proceder contra el demandado individual”²¹⁷. (destaques no original)

Dentro dos grupos mencionados como hipóteses de ações de classe (subdivisão “b”) que a situação em geral deve ser amoldada são em número de quatro: a) a regra 23, b, 1, a - pressupõe a probabilidade de, num universo de decisões a serem proferidas, haja

²¹⁵Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 142-143.

²¹⁶GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales*: colectivos y difuso, cit., p. 483.

²¹⁷Id. Ibid., p. 484.

contrariedade em relação às exigências ao réu como, por exemplo, a adequação dos níveis de poluição de uma indústria e, ao mesmo tempo, o seu sumário fechamento²¹⁸; b) regra 23, b, 1, b – parte da probabilidade de que o excessivo número de demandas individuais possa drenar os valores da indenização ou os recursos da empresa apenas para os que obtiverem as primeiras decisões favoráveis, o que recomendaria uma ação coletiva para não prejudicar membros da classe que poderiam ficar sem ressarcimento ou algum bem diante do exaurimento dos recursos do réu²¹⁹; c) regra 23, b, 2 – as ações de classe objetivem decisões declaratórias ou mandamentais almejando adequar e corrigir as condutas omissivas e comissivas do réu como, por exemplo, a discriminação em face de uma etnia ou raça no acesso à educação²²⁰; d) regra 23, b, 3²²¹ – as ações de classe se constituem numa técnica ou método mais efetivo do que outras a disposição das partes e as questões fáticas ou jurídicas de caráter comum sejam superiores às individuais²²².

Quando o juiz avalia o caso concreto e realiza a certificação da ação de classe, irá especificar em qual desses quatro tipos se insere, sendo certo que nas três primeiras não é possível o exercício do direito de exclusão (*opt out*) dos membros da classe, o que somente ocorre na última hipótese²²³, não recomendando o uso da regra 23, b, 3 para as ações coletivas passivas²²⁴, apesar de várias terem sido certificadas nessa configuração²²⁵ devido

²¹⁸Essa modalidade visa “impor um padrão de conduta para o autor compatível com todos os réus” muito utilizado em violação de patentes evitando o ajuizamento de inúmeras ações e se for perdedor o efeito da coisa julgada poderá ser alegado deslegitimando ações dirigidas aos membros do grupo representado no polo passivo. Neste caso, não será possível ao autor exigir e dispensar ao mesmo tempo a patente em relação ao grupo de violadores.

Outros exemplos encontram-se nas questões envolvendo valores mobiliários (Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 99-100).

²¹⁹A ausência dos réus em litígios em grupo poderá ensejar prejuízos aos membros ausentes sendo certificadas nos EUA as *interpleades* instituto semelhante a oposição do nosso sistema em que o autor postula “distribuir fundos de um trust para os réus”. Outra hipótese ocorre nos seguros por responsabilidade civil profissional em que há apólices vinculadas a um fundo comum o que poderia ser drenado por ações individuais diretamente em face dos segurados isoladamente ocasionando aos réus individuais futuros a responsabilidade exclusiva por eventual indenização. Também é admissível em situações em que se discutem direito de propriedade (Cf. Id. Ibid., p. 100-101).

²²⁰Essa modalidade decorre do objetivo do processo a uma tutela declaratória ou mandamental sendo comum as ações coletivas passivas discutindo direitos civis, discriminações sexuais, benefícios governamentais, moradia e propriedade. (Cf. Id. Ibid., p. 101-102).

²²¹Nessa hipótese há forte atuação no combate à violações antitrustes, de direitos dos consumidores e em face de fraudes de títulos como discorrem John J. Madden e Denise G. Pully (Cf. MADDEN, John J.; PAULLY, Denise G. Making the class determination in Rule 23 (b)(3) Class Actions. *Fordham Law Review*, v. 42, n. 4, p. 791-819, 1974. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4591&context=flr>>. Acesso em: 18 jul. 2016).

²²²Cf. SALLES, Carlos Alberto de. op. cit., p. 229.

²²³Cf. Id. Ibid., p. 230.

²²⁴Cf. BURTON, Donald E. The metes and bounds of the defendant class action in patent cases. *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* v. 5, 292 (2006). *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 3, p. 2, 2006. Disponível em: <<http://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=ripl>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²²⁵Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 102-103.

a alguns motivos, como uma responsabilização certa com alto grau de probabilidade aliado à redução dos custos na solução em um único processo²²⁶.

A doutrina americana diferencia “dois tipos básicos de *class action*”, denominadas de “*injunctive class actions* e *damages class suits*, conforme o pedido encerre, respectivamente, uma obrigação de fazer ou não fazer ou o ressarcimento de um dano”²²⁷.

A maior frequência das ações coletivas passivas dá-se na discussão de direitos civis, atos de funcionários públicos e inconstitucionalidade de leis de origem local ou estadual, apesar de inexistir limitações legais, o que permite tratar de assuntos relativos ao meio-ambiente, patentes²²⁸, questões antitrustes etc²²⁹.

Um exemplo de ação coletiva bilateral, ou seja, com um grupo em ambos os polos da ação ocorreu, em 2005, com a certificação do caso *MGM versus Grokster*, em que se discutia a ilicitude de compartilhamento pelos réus de *software* livre em violação ao direito autoral dos autores de músicas e dos estúdios. Esse caso, inicialmente, foi julgado improcedente pela aplicação do precedente *Sony versus Universal Studios*, reconhecendo que o videocassete não poderia ser considerado como violador do direito autoral, na medida em que apenas permitia a gravação de programas e filmes para assistir em momento posterior, aplicando a teoria do “uso justo”, contudo, essa decisão foi reformada pela Corte Suprema, afastando a aplicação da mencionada teoria, uma vez que seria impossível atuar diretamente contra todos os infratores sendo mais adequado direcionar a ação aos distribuidores dos dispositivos que apresentariam uma responsabilidade secundária, indireta e contributiva se de posse de informações da ilicitude do uso do produto não alteraram seu comportamento²³⁰.

Nos EUA, apesar da ausência de uma classificação dos direitos próxima à brasileira, há evidente defesa de direitos individuais homogêneos e coletivos que não se confundem com a *citizen suit* para a defesa de direitos difusos e coletivos. Nesta última modalidade de ação, o cidadão detém legitimidade para a defesa de matérias de interesse público, como o meio ambiente e o respeito às normas administrativas por meio de expressa autorização legal concedida para que ele “exija em juízo, o cumprimento das disposições legais

²²⁶Cf. HENDERSON, William D. op. cit., p. 1347-1378.

²²⁷Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. op. cit., p. 141.

²²⁸Ver estudo de Donald E. Burton sobre o uso da *defendant class action* na defesa de patentes com inúmeras ponderações acerca das facilidades e dificuldades proporcionadas ao autor para a certificação da classe (Cf. BURTON, Donald E. op., cit., p. 2).

²²⁹Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 91.

²³⁰Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. The use of defendant class actions to protect rights in the internet. *Panoptica*, v. 1, n. 05, 2007. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=The+Use+of+Defendant+Class+Actions+to+Protect+Rights+in+the+Internet+&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5> Acesso em: 18 jul. 2016.

previstas no *statute* respectivo”, muito semelhante à nossa ação popular. Todavia, devido às particularidades do sistema americano, a jurisprudência do país restringiu essa legitimidade geral e ampla da *citizen suit*, passando a exigir comprovação do *injury in fact* no *case Lujan versus Defenders of Wildlife*²³¹.

No ano de 1993, uma situação passou a dominar a preocupação dos estudiosos desse tipo de ação que consistia na fragilidade dos “reclamantes futuros”, que não pretendiam demandar quando a ação foi ajuizada porque, apesar de expostos à contaminação ou algo do gênero, não sabiam que seriam potenciais interessados, circunstância essa associada à repercussão negativa de composições que destinavam a entrega de cupons aos consumidores ofendidos influíram na proposta de reformas tendentes a: a) viabilizar a apelação imediata da decisão de certificação; b) exigir dos magistrados a análise do provável êxito e do significado da demanda ao certificar e c) para uma solução equânime e eficaz da demanda, a certificação não deveria ser meramente preferível mas exigível²³².

Ao decidir o caso da indenização por prejuízos futuros decorrentes do asbesto e, por conseguinte, desconhecidos, a Suprema Corte, no ano de 1997, rechaçou a demanda devido à impossibilidade fática de identificar os representantes adequados dessa classe de pessoas prejudicadas, bem como de comunicar a existência da ação aos integrantes dessa massa sem limites delineados²³³.

No ano de 2005, com a edição do *Class Action Fairness Act*, as ações de massa decorrentes da *damage class action* foram absorvidas em grande parte pela jurisdição federal, acalmando as vozes que solicitavam reformas urgentes no sistema, visto que os empresários foram agraciados com a restrição do espaço aberto para litigar num único órgão e os demais interessados com a maior fiscalização sobre os acordos e a estipulação de honorários advocatícios²³⁴.

Dentre as alterações, Carlos Alberto de Salles aponta:

“Criou-se uma segunda possibilidade de *opt out*, para o lesado individual que não quer se vincular ao acordo formulado, mantendo a obrigatoriedade de aprovação judicial do acordo, do compromisso e da extinção da ação, nos termos da Regra 23 (subdivisão e);

A Regra 23 (subdivisão g) prevê que a corte deve indicar os advogados que representaram a classe (o chamado *class counsel*), apresentando uma lista de critérios para esta escolha;

Solucionando antiga polêmica, no sentido de afirmar que em muitos casos o proveito da *class action* era maior para os advogados do que para os titulares do direito, passou-se a dar para a corte a possibilidade de fixar, com base em razões de fato e de direito, um valor razoável de honorários advocatícios, conforme a Regra 23 (subdivisão h)”²³⁵. (destaques no original)

²³¹Cf. SALLES, Carlos Alberto de. op. cit., p. 227-231.

²³²Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 101-102.

²³³Cf. Id. Ibid., p. 102.

²³⁴Cf. Id. Ibid., p. 102-103.

²³⁵SALLES, Carlos Alberto de. op. cit., p. 232.

A maioria das ações (*class action*) acaba por meio de transação (acordo), não havendo uma sentença de mérito de procedência, mas, quando existe, o juízo emite uma condenação em favor da classe como um todo, sendo o direito individualizado para os membros na fase de execução²³⁶.

Com a possibilidade de aplicação dos efeitos das decisões aos ausentes no processo, é essencial a homologação (aprovação) da transação (acordo) pelo juízo, segundo padrões jurisprudenciais (razoável, adequado e equitativo) e de eventual desistência, sendo que se esta última ocorrer antes da decisão de certificação, não há efeitos para os ausentes²³⁷.

Antes de aprovar o acordo, o tribunal determina a comunicação aos membros, o que geralmente tem ocorrido em conjunto com a decisão de certificação que acaba acompanhando um “projeto de transação”²³⁸.

No caso das ações terminadas por acordo ou sentença de procedência que, em execução, fará a individualização dos danos e prejuízos, os poderes dos juízes também são sensíveis, utilizando-se de diversos métodos e com a possibilidade de destinar para um fim especial o valor da indenização que não for distribuído às partes²³⁹.

Para distribuir a indenização entre os lesionados, o rateio do juiz amparar-se-á em variáveis tendentes a propiciar uma adequada recomposição do dano (noção de justiça), que oscilará entre o exato ressarcimento dos danos efetivamente suportados e o uso das *punitive damages*, no intuito de um exercício pedagógico tendente a impedir a reiteração de conduta ou anular o enriquecimento ilícito do réu²⁴⁰.

Dentre os mecanismos à disposição do juiz encontram-se o emprego de amostragem, média aritmética, estatísticas e o mecanismo denominado *fluid class recovery*, em que a sobra dos valores distribuídos não sejam rateados entre os membros individualmente, mas seja aplicado em benefícios para a classe como um todo, que poderá ser futuro, como ocorreu no caso *Darr versus Yellow Cab Co*²⁴¹.

O uso da técnica acima referida pode dar-se quando a indenização individual é muito pequena, o que não incentiva o pedido de reparação particular, bem como quando parte expressiva da classe não consegue demonstrar seus prejuízos ou, ainda, não há a precisa identificação dos integrantes da classe²⁴².

²³⁶Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 110.

²³⁷Cf. Id. Ibid., p. 111-112.

²³⁸Cf. Id. Ibid., p. 112.

²³⁹Cf. Id. Ibid., p. 113.

²⁴⁰Cf. Id. Ibid., p. 112.

²⁴¹Cf. Id. Ibid., p. 113.

²⁴²Cf. Id., loc. cit.

Para auxiliar na individualização das provas e facilitar a mensuração do dano podem ser utilizados instrumentos como o *proof of claim*, em que num documento escrito indica-se que o interessado pertence à classe e a individualização de valor de seus danos, mas tal ferramenta também pode auxiliar o juiz para a certificação da ação, sendo costumeiro a sua solicitação para averiguar a viabilidade da ação e a identificação da dimensão da classe²⁴³. Essas declarações passam por um comitê no qual os advogados das partes interagem e, em situações mais complexas, podem ser realizadas auditorias externas²⁴⁴.

Os honorários advocatícios que percebem os causídicos nessas ações são arbitrados pelo juiz do processo, utilizando da pressuposição de quem se beneficiará da condenação também deve contribuir com a remuneração do advogado e implica num pagamento de percentagem sobre o valor da condenação (algumas decisões aplicam as percentagens costumeiras de 25% a 30%), que pode variar segundo o impacto da decisão no meio jurídico ou fático, com potenciais alterações legislativas, modificação da conduta do mercado, valorizando o desempenho do advogado, bem como o valor da condenação, dentre outras, sem dedução dos gastos que o profissional teve a título de ressarcimento²⁴⁵.

Os honorários também podem ser estipulados nos acordos, como já se posicionou a Suprema Corte americana, e depois de um período de propostas de sua estipulação em relação às horas dedicadas em associação à complexidade da causa e à qualidade da defesa, por meio de um índice durante a década de 50, contudo, retornou ao sistema de percentagem nos anos 90²⁴⁶.

O estudo das *class actions* é um trabalho árduo, pois não se encontram amplamente divulgados os dados pertinentes a todas as ações que possam permitir um levantamento preciso sobre as situações fáticas, ou seja, o substrato material dos conflitos, os tipos específicos e o número absoluto das ações ajuizadas²⁴⁷.

No entanto, alguns dados podem ser extraídos de trabalhos doutrinários de pesquisa, havendo a indicação que, entre julho de 1987 e junho de 1988, dos 239.634 processos ajuizados na justiça federal 742 referiam-se à *Class Action*²⁴⁸.

Os advogados devem, ao se deparar com uma ação de classe, em potencial, selecionar o representante adequado e pesquisar os fundamentos fáticos da demanda para

²⁴³Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 112-113.

²⁴⁴Cf. Id. Ibid., p. 113.

²⁴⁵Cf. Id. Ibid., p. 114.

²⁴⁶Cf. Id. Ibid., p. 114-115.

²⁴⁷Cf. Id. Ibid., p. 95.

²⁴⁸Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 289.

impedir que o réu rechace a pretensão, afastando a representatividade, a amplitude da classe, a própria certificação ou o direito de fundo, sendo comum na pretensão de uma “representação nacional” a alegação da ausência de fatores comuns na medida em que as relações estão submetidas a diversos sistemas legais”²⁴⁹.

Ao analisar o modelo americano, observa-se que a figura do advogado e do juiz ganha conotações peculiares, com uma imensa participação de ambos no exercício da jurisdição tutelar coletiva.

Um ponto sensível ainda sem solução adequada no sistema americano é a eleição do representante da classe que, na maioria das vezes, não possui incentivo adequado para assumir essa função, buscando a vitória no litígio, uma vez que, além dos custos dos processos, somam-se a dificuldade da colheita das provas junto ao grupo representado, o tempo destinado à representação e inúmeros desgastes que refogem aos custos meramente pecuniários, atingindo, por conseguinte, aspectos psicológicos não mensuráveis, como pode ocorrer na demanda de combate à discriminação ao trabalhador em face de um grupo de empregadores. Como consequência do ajuizamento da ação represálias, perseguições e assédio moral poderão afligir o autor ao longo de sua atividade laboral, afugentando os mais aptos para desempenhar o mister se não forem instituídos benefícios, prêmios, compensações e técnicas de preservação do representante em decorrência de uma atuação mais eficiente no processo²⁵⁰.

Outro fator interessante das Class Actions é que adquiriram o apogeu na década de 50 do século passado, com o ativismo da Suprema Corte americano, tendo como baluarte o *case Brown v. Board of education*, em que as escolas divididas por raças foram suprimidas nos EUA, subsequentemente houve a defesa fervorosa por esse instrumento dos direitos civis, dos consumidores e do meio ambiente, num período conhecido como *Warren court*, situação que vem se atenuando no país em virtude da composição conservadora da mencionada corte²⁵¹

1.6.1.1. Síntese dos fundamentos pró e contra as ações coletivas nos EUA

Como argumentos favoráveis às *Class Actions* nos EUA apresentam-se: a) a permissão de sancionar as empresas que contam com o desinteresse das lesões de pequena

²⁴⁹Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 107.

²⁵⁰Recomendável a leitura de EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Incentive awards to class action plaintiffs: an empirical study. *Cornell Legal Studies Research Paper*, n. 05-037, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=869308>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²⁵¹Cf. SALLES, Carlos Alberto de. op. cit., p. 219-220.

monta aos direitos dos consumidores, pois, muitas vezes, não ensejarão ações individuais de indenização, devido ao pequeno valor isolado que, uma vez somado ao universo de afetados, alcança cifras consideráveis, em verdadeiro enriquecimento ilícito das organizações; b) a solução de demandas com uma infinidade de pessoas de maneira uniforme com o ajuizamento de um único processo; c) a facilitação da realização de composição entre a entidade ofensora de direitos e o público lesionado, solucionando no processo de uma só vez, evitando a proliferação de ações em face da organização; d) o estímulo das empresas a não descumprirem as normas, funcionando em caráter preventivo e pedagógico em relação a futuras lesões²⁵².

Indistintamente com a coletividade no polo ativo ou passivo, Nelson Rodrigues Netto arrola como benefícios a consagração dos princípios ou objetivos a seguir apontados: a) “economia de recursos processuais e judiciais”; b) “modificação ou dissuasão de comportamento”; c) amplo acesso à justiça; d) inexistência de decisões contraditórias em conflito; e) igualdade e isonomia entre os litigantes. Ainda é possível destacar inúmeras vantagens das ações passivas, sob a perspectiva dos autores, como, por exemplo: a) interrupção da prescrição; b) propiciar a discussão de valores pequenos; c) acobertamento da questão pela coisa julgada; d) evitar problemas com o ajuizamento de ações que tenham em sua multiplicidade de adequar-se a regras de competência e de jurisdição; e) precaver-se contra decisões contraditórias²⁵³.

A corrente que reputa as *Class Actions* perniciosas ao sistema jurídico americano aponta como motivos de sua exclusão: a) as ações foram corrompidas pelos advogados que, na pretensão de alcançar valores expressivos de honorários, fabricam casos, independentemente da plausibilidade da questão e dos interesses da classe; b) dedicam-se a contestar o descumprimento de normas inexpressivas, deixando de lado as mais relevantes; c) as indenizações são revertidas para os consumidores de serviços e produtos em decorrência do aumento dos valores de disposição deles no mercado; d) a instabilidade ocasionada com as ações atinge o mercado e a competitividade das empresas americanas, desestimulando as inovações; e) os acordos em benefício apenas dos advogados não resguardam os interesses da classe e não desestimulam a continuidade das práticas irregulares; f) diversidade de tratamento nas causas de valores pequenos e vultosos, em que os advogados acabam não deixando margem para o ajuizamento de ações individuais sequer na situação em que a indenização individual poderá ser maior do que a divisão de

²⁵²Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 105.

²⁵³Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 92.

uma soma entre os lesados; g) pressão para a realização de acordos em decorrência da exposição desnecessária da imagem da empresa, ainda que a causa seja baseada em provas irrelevantes e de origem discutível²⁵⁴.

Segundo Nelson Rodrigues Netto, como fatores prejudiciais podem ser inseridos a possibilidade do membro da classe se excluir do processo, o que fragiliza o uso desse mecanismo processual nas hipóteses do artigo 23, b, 3, da *Federal Rules of Civil Procedures*²⁵⁵.

Essas ponderações devem servir de direcionamento para a elaboração de qualquer projeto de codificação de um sistema processual coletivo, no intuito de potencializar os benefícios e evitar os malefícios.

Como aspectos positivos da coletivização dos processos existem vários aspectos indicativos de sua instituição no Brasil.

Se avaliadas as ações coletivas pelo viés da celeridade, percebe-se uma duplicidade de fatores de estímulo à aceleração da prática dos atos processuais, visto que, além da convergência de várias ações, que demandariam o ajuizamento de processos individuais em massa, o controle do juiz no processo pode impedir a realização de atos desnecessários e procrastinatórios, proporcionando uma prestação jurisdicional mais célere e escorreita²⁵⁶.

Além disso, nota-se que “a coletivização da demanda, seja no polo ativo, seja no polo passivo, é meio eficaz para a realização do acesso à justiça”, pois diante desse instrumento, observa-se que “além de reduzir os custos processuais, consubstancia-se em verdadeiro veículo para a concentração de litigantes em um polo, evitando-se os perniciosos litisconsórcios multitudinários”²⁵⁷.

Apresentadas essas premissas, podemos ponderar que os benefícios para a presença das ações coletivas em nosso sistema jurídico superam os malefícios, sendo certo que dificuldades e problemas existem em todas as ações e instrumentos processuais, cabendo às partes e ao Judiciário atentar para evitar o uso indevido da máquina judicial.

1.6.2. Ação Popular em Portugal, Brasil e Espanha

Como é natural numa pesquisa envolvendo o direito processual brasileiro, é relevante averiguar como funciona o ordenamento jurídico português, dada as proximidades culturais e históricas que permeiam ambos os países. Todavia, como a Espanha também apresenta uma relação intrínseca com a cultura ibero-americana,

²⁵⁴Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 103-104.

²⁵⁵Cf. RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 92.

²⁵⁶Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 3.

²⁵⁷Cf. Id. Ibid., p. 3.

servindo de modelo para vários países de nosso continente, recomendável a apreciação de suas disposições acerca da ação popular em comparação com os modelos português e brasileiro.

Diferentemente do que ocorre na Espanha, em que há norma constitucional regulando processos coletivos apenas para algumas matérias, Portugal segue o exemplo brasileiro, com disposições genéricas tratando da tutela coletiva na Constituição, sendo que os três países apresentam de “maneira geral” normas infraconstitucionais regulando as demandas coletivas²⁵⁸.

Ao avaliar o sistema português, a doutrina ressalta que os processos coletivos foram consignados na Constituição de 1976, no item 3, do artigo 52, mas, como o constituinte delegou ao legislador ordinário especificar as hipóteses e os termos em que a ação popular²⁵⁹ seria ajuizada, somente nos anos 80 iniciou-se uma atividade legislativa infraconstitucional, dando aplicabilidade ao dispositivo na defesa dos direitos coletivos, como meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e cláusulas contratuais, culminando com a edição da Lei nº 83/95, que veio a sistematizar a ação popular em caráter geral, instituindo um “verdadeiro sistema de processos coletivos”²⁶⁰.

A ação popular²⁶¹ portuguesa²⁶² é mais ampla que a brasileira, funcionando como um amálgama da ação popular nacional com a ação civil pública e demais instrumentos processuais com o *plus* de que, no Brasil, não há contencioso administrativo como em Portugal²⁶³, bem como inexistente a preocupação sob o aspecto penal prevista no artigo 25 da Lei nº 83/95²⁶⁴.

²⁵⁸Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 153, p. 203, nov. 2007.

²⁵⁹Na Espanha a Constituição de 1978 prevê a ação popular em seu artigo 125, mas relega às normas infraconstitucionais a sua regulamentação e amplitude que até o momento restringe-se ao âmbito penal (Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas, cit., p. 196).

²⁶⁰Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 40.

²⁶¹A ação popular é uma maneira dos cidadãos participarem diretamente nos negócios públicos defendendo valores o que demonstra seu caráter democrático. (Cf. SOTTO MAIOR, Mariana. O direito de ação popular na Constituição da República Portuguesa. *Documentação e Direito Comparado*: Boletim do Ministro da Justiça, Lisboa, n.75/76, p. 246-247, 1998).

²⁶²A ação popular portuguesa é o instrumento processual mais amplo nos ordenamentos jurídicos em vigor e no sistema europeu aparece na Itália e Espanha de maneira mais comedida, contudo, sequer é considerada na Suíça, Alemanha e França. (Cf. OTERO, Paulo. A ação popular: configuração e valor no actual direito português. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 59, n. 3, p. 874-875, dez. 1999).

²⁶³Cf. JUCOVSKY, Vera Lucia. Instrumentos de defesa do meio ambiente: ação popular e participação pública: Brasil-Portugal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 39, p. 84-85, jul./set. 1999.

²⁶⁴Artigo 25. Regime especial de intervenção no exercício da acção penal dos cidadãos e associações
Aos titulares do direito de acção popular é reconhecido o direito de denúncia, queixa ou participação ao Ministério Público por violação dos interesses previstos no artigo 1.º que revistam natureza penal, bem

Esse aspecto penal é reconhecido na Espanha, por meio do artigo 125 de sua Constituição de 1978²⁶⁵, sendo a principal função da ação popular naquele país, contudo, nesse caso, adequada a ponderação de Lorenzo M. Bujosa Vadell alertando para a preocupação da cominação de penas pecuniárias de caráter penal não atingirem a finalidade proposta em algumas situações específicas, pois a probabilidade de serem repassadas para as vítimas, por exemplo, quando se tratar de uma empresa que destina produtos ao mercado com pouca possibilidade de substituição por similares é considerável, anulando, portanto, o caráter pedagógico, repressivo e preventivo da sanção. Além disso, destaca-se a necessidade de observar “el principio de intervención mínima” também na ofensa aos direitos metaindividuais, apenando tão somente delitos de gravidade considerável como atentados à saúde, meio ambiente, “fraudes alimentários”, urbanismo, dentre outros²⁶⁶.

O mencionado autor ressalta que no sistema espanhol a titulatidade da ação penal é prioritariamente concedida ao Ministério Público, mas é possível a vítima ou qualquer cidadão ingressar com o processo em tutela de direito metaindividual, no segundo caso por interesse pessoal, pois é diretamente ofendido e no terceiro em defesa da legalidade. Essa abertura da legitimidade propicia “un instrumento de control social de la Democracia”, impedindo a inércia, acomodação e parcialidade do órgão público com “la vigilancia, complementación y suplencia” de sua atuação em juízo²⁶⁷.

A Ley de Enjuiciamiento Criminal prescreve em seu artigo 270 que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley”, enquanto o mencionado artigo 101 esclarece que “la acción penal es pública” acrescentando que

como o de se constituírem assistentes no respectivo processo, nos termos previstos nos artigos 68.º, 69.º e 70.º do Código de Processo Penal”. PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

²⁶⁵“Artículo 125 - Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.” ESPAÑA. *Constitución Española*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁶⁶ Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular. *Justicia*: revista de derecho procesal, n. 1, p. 106, 1990.

²⁶⁷Cf. Id. *Ibid.*, p. 115-117.

“todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”²⁶⁸.

Ainda, na Espanha, há restrições ao reconhecimento da legitimidade de pessoas jurídicas ou grupos despersonalizados para a ação popular devido à exigência de ser um “cidadão” pela legislação infraconstitucional, o que intuía referir-se a pessoa física, contudo, como o artigo 24.1 da Constituição não faz qualquer diferenciação em relação ao direito a uma tutela efetiva Lorenzo Bujosa se filia à corrente que propõe uma interpretação mais aberta dessa legitimidade em decorrência da necessidade de privilegiar a defesa dos bens transindividuais, que estaria por demais fragilizada se relegada a um único indivíduo isoladamente²⁶⁹, entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional, que permite, da mesma forma, autorizar às associações tutelarem no âmbito administrativo o meio ambiente, patrimônio cultural e histórico dentre outros direitos difusos²⁷⁰.

Não só no âmbito penal a ação popular espanhola é utilizada, pois apresenta uma ampla gama de eficácia no meio administrativo, como se percebe do teor do artigo 19.1 “h” da Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa com a legitimação de “cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes”²⁷¹ e o artigo 19.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial “los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley”, o que deixa ao critério do legislador infraconstitucional uma considerável discricionariedade para atribuir essa tutela aos direitos metaindividuais.

Curiosamente, na Espanha não há legitimação para o autor popular pleitear recomposição dos bens lesionados, indenização ou ressarcimento por meio de um processo civil²⁷², mas a reparação civil pode decorrer de uma sentença penal em delitos violadores de direitos difusos ou coletivos²⁷³.

²⁶⁸ESPAÑA. *Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁶⁹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular, cit., p. 118-119.

²⁷⁰Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico, cit., p. 527.

²⁷¹ESPAÑA. *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁷²Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico, cit., p. 523.

²⁷³Na Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola existem diversos dispositivos que demonstram a possibilidade da persecução penal propiciar reparação civil decorrente. O artigo 108 prescreve que “la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”. O artigo 111 dispõe que “las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviere

No âmbito administrativo, a tutela também é objetiva, vinculada ao interesse na preservação da legalidade dos atos da Administração, não sendo exigível “una posición subjetiva específica lesionada o amenazada”, sendo exemplo o caso da violação urbanística ou ao patrimônio histórico dispensar que o autor popular habite ou resida próximo ao foco da controvérsia (local do dano ou objeto da violação à lei)²⁷⁴.

No meio administrativo é possível apresentar, no intuito de preservar a integridade da legislação de tutela ao patrimônio cultural e urbanístico, a anulação de atos e disposições, o que pode gerar atos concretos de demolição, objetivando a recomposição ao *status quo*, mas também é possível imaginar determinações de fazer, diante da omissão do poder público ou de não fazer se há violação à lei em sua manutenção pela Administração Pública. Todavia, essas pretensões exercitáveis por meio de ação popular não podem ensejar a indenização ou composição dos prejuízos sofridos pelos particulares, nem a imposição de sanção administrativa aos infratores²⁷⁵.

Em geral, é possível citar diversas normas que regulam de maneira especial a ação popular no meio administrativo, como: a *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*²⁷⁶, *Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*²⁷⁷, *Ley 27/2006, de 18 de julio,*

pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los arts. 4.º, 5.º y 6.º de este Código”. O artigo 112 esclarece que “ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”, complementando que “si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal”.

Ao apreciar o artigo 115 constata-se que se o autor do delito vier a óbito somente poder-se-á solicitar a reparação civil por meio da jurisdição civil, bem como no artigo 116 que a absolvição não impede o ajuizamento de ação civil de responsabilidade, salvo se negar a existência do fato atribuído ao autor. Dentro dos requisitos exigidos para a sentença no artigo 142 consta a circunstância de que “también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio” situação reproduzida no artigo 742. No artigo 788 expressamente se consigna “no será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma”. Enquanto isso o artigo 989 assevera “los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. (ESPAÑA. *Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit.).

²⁷⁴Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico, cit., p. 520-521.

²⁷⁵Cf. Id. Ibid., p. 529-532.

²⁷⁶Artículo octavo 1. Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone. 2. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de lo bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español” ESPAÑA. *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534&tn=1&vd=&p=20151030&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁷⁷Artículo 109 1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y

por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)²⁷⁸, Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se

aplicación. 2. La Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador ya finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciadores los gastos justificados en que hubieran incurrido”. ESPAÑA. *Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18762&tn=1&vd=&p=20151211&acc=Elegir>>. Acceso em: 02 ago. 2016.

²⁷⁸«Artículo 3. Derechos en materia de medio ambiente.

Para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, todos podrán ejercer los siguientes derechos en sus relaciones con las autoridades públicas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil:

(...)

3) En relación con el acceso a la justicia y a la tutela administrativa:

a) A recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que contravengan los derechos que esta Ley reconoce en materia de información y de participación pública.

b) A ejercer la acción popular para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la legislación ambiental en los términos previstos en esta Ley.

4) Cualquier otro que reconozca la Constitución o las leyes”.

“Artículo 20. Recursos.

El público que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley en materia de información y participación pública podrá interponer los recursos administrativos regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y demás normativa aplicable y, en su caso, el recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Este artículo entra en vigor el 19 de octubre de 2006, según establece la disposición final octava.

Artículo 21. Reclamaciones y ejecución forzosa.

1. El público que considere que un acto u omisión imputable a cualquiera de las personas a las que se refiere el artículo 2.4.2 ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley podrá interponer directamente una reclamación ante la Administración Pública bajo cuya autoridad ejerce su actividad. La Administración competente deberá dictar y notificar la resolución correspondiente, la cual agotará la vía administrativa y será directamente ejecutiva, en el plazo que determine la normativa autonómica, o la disposición adicional décima, según proceda.

2. En caso de incumplimiento de la resolución, la Administración Pública requerirá a la persona objeto de la reclamación, de oficio o a instancia del solicitante, para que la cumpla en sus propios términos. Si el requerimiento fuera desatendido, la Administración Pública podrá acordar la imposición de multas coercitivas por el importe que determine la normativa autonómica, o la disposición adicional décima, según proceda.

3. La cuantía de las multas coercitivas a que hace referencia el apartado anterior se calculará atendiendo al interés público de la pretensión ejercitada.

Este artículo entra en vigor el 19 de octubre de 2006, según establece la disposición final octava.

Artículo 22. Acción popular en asuntos medioambientales.

Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2.

Este artículo entra en vigor el 19 de octubre de 2006, según establece la disposición final octava.

Artículo 23. Legitimación.

1. Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

*aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*²⁷⁹.

No Brasil, de outro lado, a ação popular restringe-se a desconstituir ou anular um “ato nocivo ao patrimônio público (lato sensu) e à moralidade administrativa, sendo decorrência da desconstituição a condenação na reparação dos danos”²⁸⁰, como se depreende dos artigos 1º, 6º e 11 da Lei nº 4717/65. A ação é direcionada em face da entidade pública ou privada, autoridades, funcionários, administradores e eventuais beneficiários do ato em geral, considerando-se como patrimônio público os “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” cuja legitimidade ativa restringe-se ao cidadão mediante apresentação do “título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”²⁸¹.

Há interpretação do inciso LXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira no sentido de que, ao expressar “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado

b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

2. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro a las que se refiere el apartado anterior tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita”. ESPAÑA. *Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13010&tn=1&vd=&p=20080126&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁷⁹“Artículo 5. Derechos del ciudadano.

Todos los ciudadanos tienen derecho a:

(...)

f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora”.

“Artículo 62. Acción pública.

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

Artículo 63. Acción ante Tribunales ordinarios.

Los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior, podrán exigir ante los tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas.” ESPAÑA. *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11723&tn=1&vd=&p=20151031&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁸⁰Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, cit., p. 49.

²⁸¹BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a ação popular*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” seria possível inferir legitimidade a um trabalhador enquanto cidadão para a “defesa do meio ambiente do trabalho”, atuando como representante da categoria em face de empregadores públicos ou privados e do poder público em virtude de atos ou omissões inerentes ao poder de polícia ambiental ou próprios do ente público ou assemelhado, contudo, não existe precedente conhecido fora o posicionamento de Raimundo Simão de Melo²⁸².

No âmbito lusitano é possível solicitar uma indenização em decorrência dos danos aos bens jurídicos protegidos, sendo que, ao não se poder identificar previamente os lesados, o valor é arbitrado globalmente com a estipulação de um prazo prescricional de três anos, com termo inicial do trânsito em julgado da sentença, sendo destinados os valores após esse prazo ao Ministério da Justiça, que os alocará em instrumentos de apoio em futuros ajuizamentos de ações populares, facilitando o acesso por parte dos titulares dos direitos violados aos tribunais na defesa desses mencionados direitos²⁸³.

Ao estipular a indenização globalmente, não se encontra previsto na legislação as formas de destinação dos valores, atribuindo ampla discricionariedade ao juiz²⁸⁴.

Em regra, a responsabilidade é subjetiva, como estipulado no artigo 22 da lei portuguesa, contudo, é possível a responsabilidade objetiva quando “acções ou omissões do agente tenha resultado ofensa de direitos ou interesses protegidos nos termos da presente lei e no âmbito ou na sequência de actividade objectivamente perigosa”, como determinado no artigo 23, sendo exigido um seguro obrigatório “sempre que o exercício de uma actividade envolva risco anormal para os interesses protegidos pela presente lei” de responsabilidade civil, funcionando “como condição do início ou da continuação daquele exercício, em termos a regulamentar”, segundo o artigo 24²⁸⁵.

O artigo 52 da Constituição portuguesa assim se expressa:

“Artigo 52.º (Direito de petição e direito de acção popular) 1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação. 2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária. 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos

²⁸²Cf. REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. Da eficácia das decisões do dissídio coletivo jurídico e da ação anulatória de negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v.74, n.11, p. 1315, nov. 2010.

²⁸³Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 41.

²⁸⁴Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, cit., p. 49.

²⁸⁵PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*, cit.

previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”²⁸⁶

A Lei da Ação Popular trata também da participação popular em procedimentos administrativos de interesse geral²⁸⁷ como, por exemplo, a realização de audiências públicas quando da construção de obras públicas em decorrência de seus impactos sociais, econômicos e ambientais, não se restringindo à ação judicial, o que se depreende do seu artigo 1º:

“Artigo 1.º

Âmbito da presente lei

1 - A presente lei define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de acção popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções previstas no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público”²⁸⁸.

É comum atribuir a divisão entre ação popular supletiva (a legitimação é típica substituição processual funcionando como “exercício privado de funções públicas”, pois há a defesa de bens e direitos da entidade pública que, após comunicadas, não atuaram no combate da ameaça ou lesão em prazo razoável, figurando terceiros no polo passivo) e ação popular corretiva (a legitimação decorre de “direito subjetivo, de natureza cívica e com carácter político”, visto o cidadão ser “titular de um interesse geral e objetivo na legalidade” impugnando os atos da entidade que se encontrará no polo passivo), mas com a revisão de 1989 surgiu uma terceira espécie, conhecida como “ação popular de massas” tendente a defesa de direitos e interesses difusos e coletivos²⁸⁹.

Todavia, após as revisões do texto constitucional português, podemos identificar além da divisão de ação popular individual e coletiva, em acréscimo as tradicionais supletivas e corretivas, outras ações populares de índole preventiva, repressiva e indenizatória²⁹⁰.

A lei em virtude da delegação constitucional permite a tutela dos direitos difusos,

²⁸⁶ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_pt_2005.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

²⁸⁷“A participação procedimental deve possibilitar que o cidadão intervenha, individual ou colectivamente, nas decisões administrativas, expressando os seus interesses ou de determinado grupo, em conexão com o princípio da democracia participativa”. (SOTTO MAIOR, Mariana. op. cit., p. 261).

²⁸⁸PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*, cit.

²⁸⁹Cf. SOTTO MAIOR, Mariana. op. cit., p. 250-256.

²⁹⁰Cf. OTERO, Paulo. op. cit., p. 876-879.

coletivos e individuais homogêneos²⁹¹, sendo o termo “nominadamente” utilizado no texto constitucional português equivalente a “exemplificadamente” o que intui interpretação ampliativa para a tutela desses direitos²⁹².

Da mesma forma, no artigo 12 da Lei da Ação Popular²⁹³ identifica-se a viabilidade de uma ação judicial civil preventiva, condenatória ou inibitória ou ainda uma ação administrativa e um recurso administrativo contencioso²⁹⁴ em face de atos lesivos e ilegais permitindo no polo passivo entes públicos e privados²⁹⁵.

Com a edição da Lei nº 83/95, como se pronuncia Paulo Otero, “a acção popular surge hoje também como instrumento processual de particulares contra acções ou omissões

²⁹¹Cf. JUCOVSKY, Vera Lucia. op. cit., p. 75.

²⁹²Cf. SOTTO MAIOR, Mariana. op. cit., p. 256-257.

²⁹³“Artigo 12.º Ação popular administrativa e ação popular civil

1 - A ação popular administrativa pode revestir qualquer das formas de processo previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

2 - A acção popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil”. PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*, cit.

²⁹⁴Os artigos 9º e 55 da Lei nº 15/2002 que trata do Código de Processo nos Tribunais Administrativos demonstram a legitimidade de qualquer interessado e do cidadão para impugnar decisões administrativas:

“Artigo 9.º

Legitimidade ativa

1 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte e no capítulo II do título II, o autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida.

2 - Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, assim como para promover a execução das correspondentes decisões jurisdicionais.

(...)

Artigo 55.º Legitimidade ativa

1 - Tem legitimidade para impugnar um ato administrativo:

a) Quem alegue ser titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos;

b) O Ministério Público;

c) Entidades públicas e privadas, quanto aos direitos e interesses que lhes cumpra defender;

d) Órgãos administrativos, relativamente a atos praticados por outros órgãos da mesma pessoa coletiva pública que alegadamente comprometam as condições do exercício de competências legalmente conferidas aos primeiros para a prossecução de interesses pelos quais esses órgãos sejam diretamente responsáveis;

e) Presidentes de órgãos colegiais, em relação a atos praticados pelo respetivo órgão, bem como outras autoridades, em defesa da legalidade administrativa, nos casos previstos na lei;

f) Pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º

2 - A qualquer eleitor, no gozo dos seus direitos civis e políticos, é permitido impugnar as decisões e deliberações adotadas por órgãos das autarquias locais sediadas na circunscrição onde se encontre recenseado, assim como das entidades instituídas por autarquias locais ou que destas dependam.

3 - A intervenção do interessado no procedimento em que tenha sido praticado o ato administrativo constitui mera presunção de legitimidade para a sua impugnação”. PORTUGAL. Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em 06 jul. 2016.

²⁹⁵Cf. JUCOVSKY, Vera Lucia. op. cit., 74-75.

de outros particulares”²⁹⁶.

O artigo 26-A do Código de Processo Civil português admitia como legitimados para ingresso da ação que venha a tutelar direitos difusos expressamente o Ministério Público e as autarquias locais, bem como qualquer cidadão, desde que esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos e civis e as entidades (fundações e associações) que defendam os direitos e interesses em discussão²⁹⁷.

Esse dispositivo foi reproduzido no artigo 31 do Novo Código de Processo Civil português (Lei n.º 41/2013):

“Artigo 31.º (art.º 26-A.º CPC 1961)

Ações para a tutela de interesses difusos

Têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei”²⁹⁸.

Na doutrina portuguesa e em julgados do Supremo Tribunal de Justiça consolidou-se o entendimento de que na ação popular o carácter genérico da abordagem da defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos permite inserir dentre eles os individuais homogêneos, na medida em que apesar de serem identificáveis apresentam uma grande gama de titulares cujos direitos foram lesados²⁹⁹.

Em semelhança ao que ocorre no Brasil, os direitos difusos apresentam uma aceção ampla (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e mais restrita (difusos)³⁰⁰.

O artigo 2.º da Lei da Ação Popular³⁰¹ trata da legitimidade para seu ajuizamento, não mencionando o Ministério Público. Contudo, vem se entendendo dispensável tal menção, em virtude da legitimação consagrada no antigo artigo 26-A do Código de Processo Civil³⁰², agora artigo 31 do Código de 2013.

²⁹⁶OTERO, Paulo. op. cit., p. 885.

²⁹⁷Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 41.

²⁹⁸PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. *Código de Processo Civil (Novo)*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 05 jul. 2016.

²⁹⁹Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 41.

³⁰⁰Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 193-194.

³⁰¹“Artigo 2.º Titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de acção popular

1 - São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

2 - São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição”. PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*, cit.

³⁰²Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 41.

Nesse dispositivo encontram-se diversos legitimados, tais como os cidadãos, as associações, as fundações e as autarquias locais, sendo oportuna uma rápida abordagem desses representantes.

Os cidadãos³⁰³, no sistema lusitano, tem ampla legitimação para ajuizar a ação popular, sendo que, mesmo diante desse quadro, o seu uso foi muito reduzido, o que, num futuro, poderá, diante de uma intensificação da prática, gerar problemas relacionados ao abuso desse direito, ensejando a preocupação dos estudiosos com meios de um controle mais adequado, no momento sendo possível a utilização dos princípios gerais de direito processual para correção dos desvios³⁰⁴.

O artigo 3º da Lei da Ação Popular exige que as entidades personalizadas (associação e fundação) possuam algo semelhante à pertinência temática solicitada pelos tribunais e doutrinadores brasileiros, ou seja, os direitos e interesses postulados em juízo sejam inerentes as suas atribuições institucionais ou nos estatutos das entidades estejam expressos como objetivos da instituição. Aliado a isso, ainda exige o legislador português que tais entidades não atuem no mercado, com atividades paralelas a profissionais liberais ou empresas, demonstrando preocupação com o uso indevido dessas ações para gerar benefícios não filantrópicos³⁰⁵. Ainda, diante da existência de restrições delimitadas pelas finalidades estatutárias, as ações populares portuguesas, por exemplo, ao tratar de direitos de consumidores apresentam limitações de acordo com a sua representatividade local, regional ou nacional³⁰⁶ no que difere da ampla substituição concedida pelo microssistema de tutela coletiva no Brasil por meio da ação civil pública.

Em Portugal, não há previsão de que entes despersonalizados possam ajuizar a ação popular, mas tal situação perde um pouco o sentido se todo cidadão pode ingressar com o processo e, na maioria das vezes, como também acontece no Brasil, esses cidadãos não vem em juízo defender interesses próprios e isolados, pois estão relacionados a grupos ou entidades que os apoiam logisticamente para postularem a tutela de seus interesses³⁰⁷.

As autarquias locais apresentam legitimidade (desde que o direito ou interesse a tutelar seja uma de suas competências previstas em lei) para as ações populares no intuito de defender os interesses de seus residentes, em decorrência de um abuso ou uma mácula

³⁰³O “cidadão” engloba pessoas estrangeiras e não exige, por exemplo, ligação com um determinado território nas causas relativas ao meio ambiente (Cf. ALMEIDA, António. A acção popular e a lesão dos bens ambientais. *Lusitana*: Revista de Ciência e Cultura, Série Direito, Coimbra, n. 1/2, p. 374-375, 2002).

³⁰⁴Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 42.

³⁰⁵Cf. Id., loc. cit.

³⁰⁶Cf. ALMEIDA, António. op. cit. p. 375.

³⁰⁷Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 42.

em potencial ou efetivamente promovida aos direitos em face dos mencionados residentes e nos limites territoriais de sua circunscrição³⁰⁸.

A situação do Ministério Público é peculiar no sistema português, pois apresenta legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas de conotação especial e não para a denominada ação popular comum prevista na Lei da Ação Popular, cabendo-lhe nessas ações diferenciadas a tutela no polo ativo do patrimônio cultural (Lei n.º 107/2001), dos direitos dos consumidores (Lei n.º 24/96) ou impedindo o uso de cláusulas contratuais gerais de carácter abusivo (Decreto-Lei n.º 446/85 e suas atualizações)³⁰⁹, mas o CPC português o contempla em carácter amplo apesar do designativo “nos termos da lei”.

É relevante recordar que o 27 da Lei de Ação Popular consigna que “os casos de acção popular não abrangidos pelo disposto na presente lei regem-se pelas normas que lhes são aplicáveis”³¹⁰, em que se acrescentam àquelas já indicadas nas linhas acima outras, como, por exemplo, a Lei n.º 19/2014, em artigo 7.º³¹¹, dispondo sobre a tutela do meio ambiente e a Lei n.º 25/2004, transpondo a Diretiva n.º 98/27/CE para o sistema jurídico português.

Na hipótese da ação popular comum, constatava-se, no artigo 16 da Lei da Ação Popular³¹², que o Ministério Público tão somente atuava como fiscal da lei, podendo assumir o polo ativo em caso de desistência injustificada do autor ou em situações em que perceba transação ou outra prática lesiva aos interesses da coletividade discutidos em

³⁰⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 42.

³⁰⁹Cf. Id. Ibid., p. 43-45.

³¹⁰PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular*, cit.

³¹¹“Artigo 7.º Direitos processuais em matéria de ambiente

1 - A todos é reconhecido o direito à tutela plena e efetiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos em matéria de ambiente.

2 - Em especial, os referidos direitos processuais incluem, nomeadamente:

a) O direito de ação para defesa de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, assim como para o exercício do direito de ação pública e de ação popular;

b) O direito a promover a prevenção, a cessação e a reparação de violações de bens e valores ambientais da forma mais célere possível;

c) O direito a pedir a cessação imediata da atividade causadora de ameaça ou dano ao ambiente, bem como a reposição da situação anterior e o pagamento da respetiva indemnização, nos termos da lei”.

PORTUGAL. Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril. *As Bases da Política de Ambiente*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&nversao=>. Acesso em: 05 jul. 2016.

³¹²“Artigo 16.º Ministério Público

1 - O Ministério Público fiscaliza a legalidade e representa o Estado quando este for parte na causa, os ausentes, os menores e demais incapazes, neste último caso quer sejam autores ou réus.

2 - O Ministério Público poderá ainda representar outras pessoas colectivas públicas quando tal for autorizado por lei.

3 - No âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa.”. PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=722&artigonum=722A0016&n_versao=1&so_miolo=>. Acesso em: 06 jul. 2016.

juízo^{313 314}.

No ano de 2015, o artigo supracitado foi alterado pelo Decreto-Lei nº 214-G/2015, passando a seguir a seguinte redação:

“No âmbito de ações populares, o Ministério Público é titular da legitimidade ativa e dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe são conferidos por lei, podendo substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa”³¹⁵

Percebe-se que o legislador lusitano corrigiu a incoerência, contudo, apenas dentro dos poderes conferidos pela lei se dará o exercício dessa representação e legitimidade do Ministério Público para o ingresso de ação popular.

Além disso, permite, no artigo 13, o denominado “regime especial de indeferimento da petição inicial”, diante da constatação da improbabilidade manifesta da procedência do pedido pelo juiz após a oitiva do Ministério Público e da realização de diligências adequadas^{316 317}.

Uma curiosidade do sistema português que merece aplauso é a previsão expressa no artigo 26 do Decreto-Lei nº 446/85, alterado pelo Decreto-Lei nº 220/95, a legitimidade dos sindicatos dos trabalhadores e dos sindicatos patronais para dentro de sua área de atribuição ajuizar ações tendentes a inibir o uso de cláusulas contratuais gerais de caráter abusivo³¹⁸.

Em Portugal, o relatório nacional elaborado em virtude do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual indicava que não há previsão legal no país sobre a ação coletiva passiva, não se conhecendo de hipóteses concretas que tenham ensejado nos tribunais a análise pelo Poder Judiciário de casos semelhantes, contudo o professor Carlos Manuel Ferreira da Silva, responsável pelas informações, não vislumbra obstáculos para a sua adoção no ordenamento jurídico português após a criação do instituto por lei³¹⁹.

Não é possível estabelecer os limites da coisa julgada de uma ação de defesa de interesses coletivos se não for adequadamente delimitada a amplitude da legitimação

³¹³Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 43.

³¹⁴Ada Pellegrini Grinover denomina essa legitimação de sucessiva. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, cit., p. 46-47).

³¹⁵PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular*, cit.

³¹⁶Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 199.

³¹⁷Ada Pellegrini Grinover compreende esse indeferimento da inicial relacionado ao *fumus boni iuris*. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, cit., p. 43).

³¹⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 44-45.

³¹⁹Cf. Id., loc. cit.

concedida à parte para representar os titulares desses interesses coletivos³²⁰.

O artigo 14 da Lei da Ação Popular portuguesa especifica um sistema denominado de regime especial de representação processual semelhante ao *opt-out*, determinando que o autor popular não necessita de mandato ou qualquer forma de autorização expressa para por sua própria iniciativa representar a todos os titulares dos interesses e direitos, desde que não optem pelo direito de exclusão permitido pela norma³²¹.

O artigo 15 da Lei da Ação Popular regula a forma de comunicação³²² propiciadora da vinculação³²³ aos efeitos da sentença por parte dos interessados para que venham a juízo participar mais ativamente do processo, exercitem seu direito de exclusão ou se mantenham inertes e sofram as consequências do resultado da demanda:

“Artigo 15.º

Direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa

1 - Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

2 - A citação será feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à acção de que se trate, à identificação de pelo menos o primeiro autor, quando seja um entre vários, do réu ou réus e por menção bastante do pedido e da causa de pedir.

3 - Quando não for possível individualizar os respectivos titulares, a citação prevista no número anterior far-se-á por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhes seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam, em qualquer caso sem vinculação à identificação constante da petição inicial, seguindo-se no mais o disposto no número anterior.

4 - A representação referida no n.º 1 é ainda susceptível de recusa pelo representado até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, por declaração expressa nos autos³²⁴.

Ao analisar esse dispositivo, pondera-se que, em Portugal, o mais adequado não é fazer distinção entre questões sociais e limitadas geograficamente para divulgação em mídia social ou edital, sendo recomendável o uso de meios de rádio e periódicos locais

³²⁰Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 44-45.

³²¹Cf. Id., loc. cit.

³²²Se não for efetivada a devida comunicação nos termos do artigo 15 da Lei da Ação Popular os interessados poderão impugnar o resultado e sua vinculação a ele visto que não tomaram conhecimento do processo não podendo intervir na ação (Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. *A Legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: LEX, 2003. p. 274-275).

³²³Ada Pellegrini Grinover não vê com bons olhos essa vinculação da sentença desfavorável aos detentores de direitos individuais homogêneos sob o argumento que é inaplicável no Brasil devido a sua dimensão territorial e aos problemas de informação e conscientização de nossa sociedade, ressalta também os problemas existentes nos EUA em que a Suprema Corte já se manifestou no sentido da mencionada vinculação pressupor intimação pessoal para o exercício da opção de exclusão. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*, cit., p. 45).

³²⁴PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular*, cit.

também para limites territoriais reduzidos, a critério do juiz, bem como essencial em qualquer hipótese a utilização do Diário Oficial e da internet³²⁵.

A intervenção do interessado é admitida na defesa de qualquer dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No caso da exclusão (opt-out) dos interessados a melhor opção para a viabilizar é compreender que ela só é possível em relação a direitos que atingem pessoas determinadas, não sendo adequada para os direitos difusos³²⁶.

O artigo 19 da Lei da Ação Popular portuguesa, com a atual redação dada pelo Decreto Lei nº 214-G/2015, manteve o sistema da exclusão da coisa julgada para declaração de improcedência da ação baseada em insuficiência de provas ou em hipótese de peculiaridades do caso concreto, mas, aparentemente, restringiu sua aplicabilidade à discussão de direitos individuais homogêneos, como se depreende do teor do dispositivo:

“Artigo 19.º

Decisões transitadas em julgado

1 - Salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, os efeitos das sentenças transitadas em julgado proferidas no âmbito de processo que tenham por objeto a defesa de interesses individuais homogêneos abrangem os titulares dos direitos ou interesses que não tiverem exercido o direito de se autoexcluírem da representação, nos termos do artigo 16.º

2 - As decisões transitadas em julgado são publicadas a expensas da parte vencida e sob pena de desobediência, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, à escolha do juiz da causa, que poderá determinar que a publicação se faça por extracto dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a publicação por inteiro.”³²⁷

Acreditamos que o dispositivo trata da coisa julgada em geral, apenas ressaltando que no caso da discussão de direitos individuais homogêneos é possível a exclusão do interessado ao exercer essa opção no momento oportuno e a forma da redação pelo legislador não foi das melhores, o que causa divergência na interpretação de seu conteúdo.

Diante disso, percebe-se que o legislador manteve a recomendação da doutrina portuguesa que, ante a redação anterior do dispositivo, já alertava sobre a viabilidade de exclusão da coisa julgada em circunstâncias especiais apreciadas pelo juiz da causa, como, por exemplo, uma atuação desidiosa do autor na defesa dos interesses coletivos ou mesmo sua inabilidade para conduzir o trâmite processual³²⁸ ou, ainda, quando a transação efetivada pelo autor popular não possa ser aplicável a todos, restringindo-se às partes, o número de exclusões demonstre se tratar de uma questão meramente individual ou, ao

³²⁵Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 45-46.

³²⁶Na visão de Miguel Teixeira de Sousa a possibilidade de exclusão abarca tanto os direitos coletivos como os individuais homogêneos sendo vedada nos direitos difusos e naqueles em que a decisão se equipara a um litisconsórcio unitário como na “limited fund class action” (Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. op. cit., p. 211-213).

³²⁷PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular*, cit.

³²⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 46.

longo do processo, as provas demonstrarem não ser um direito difuso ou coletivo, mas meramente individual do autor³²⁹.

De outro lado, as críticas que existiam na redação anterior no sentido de que havia grande dificuldade na delimitação do que era ou não matéria de fato na fixação dos pontos controvertidos da causa que influenciava na decisão final e seus efeitos se mantêm, exigindo maior cuidado do juiz com a apreciação dessa condição na sentença³³⁰, sendo possível a renovação da ação por outro titular na ausência de demonstração do fato constitutivo propiciador da improcedência pela insuficiência de provas (situação que atingirá o primeiro demandante) ou na hipótese de evolução tecnológica em que a constatação do fato que não era possível na época, o foi em momento futuro, não se podendo eternizar a improcedência da ação popular nesses casos³³¹.

A questão do surgimento de novas provas no direito lusitano seria, em tese, resolvida, na concepção de Carlos Manuel Ferreira da Silva, pela regra geral insculpida no artigo 771 do antigo Código de Processo Civil, com a possibilidade de impugnação da decisão pela revisão³³², com redação equivalente no artigo 696 no Novo CPC de 2013.

O pesquisador português sugere como medida adequada, a fim de evitar tratamento diferenciado às partes por meio de efeitos diversos da coisa julgada de acordo com o resultado da ação, a ampliação da admissão da revista para todos os interessados que foram comunicados (citados) do processo. Em sua visão, a eficácia deve ser ampla e geral, obstando novas ações, salvo se uma das partes propuser uma ação comum, demonstrando uma situação jurídica diferenciada e individualizada, exemplificando o autor com o julgamento pela improcedência de uma ação popular tendente a impedir a propagação de cheiros ou gases, que não impediria uma ação individual se houvesse a prova de que esses elementos foram a origem de uma doença do autor. Esse tem sido o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, em sua ótica, na medida em que não existe identidade jurídica entre uma ação popular (direitos difusos) e uma ação comum (direito individual)³³³.

A questão é polêmica na doutrina portuguesa, tendo F Nicolau Santos Silva posição favorável ao *secudum eventum litis* enquanto José Lebre de Freitas³³⁴ assevera que, se

³²⁹Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. op. cit., p. 275.

³³⁰Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 46-47.

³³¹Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. op. cit., p. 276-279.

³³²Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 47.

³³³Cf. Id. Ibid., p. 47-48.

³³⁴Em certa oportunidade o autor assim se manifestou:

“Atendendo, porém, a que a modalidade de citação necessariamente escolhida (por meio público de comunicação) não garante a sua chegada de conhecimento a todos os interessados, a constituição de caso julgado desfavorável contra eles, privando-os do exercício do direito de acção, viola em termo

fosse admitida a eficácia geral, a decisão improcedente por insuficiência de provas se violariam diversos princípios constitucionais, tais como o direito de acesso à justiça, o que leva grande parte da doutrina a admitir eficácia apenas em relação a quem tenha participado efetivamente do processo³³⁵.

Ada Pellegrini Grinover pondera que a regra no sistema português é a eficácia da decisão *erga omnes*, seja para a sentença favorável, seja para a desfavorável, exceto na improcedência por insuficiência de provas, sendo totalmente indiferente para quem exercitou o direito de exclusão³³⁶, mas isso foi antes da alteração legislativa.

No Brasil, a restrição do efeito *erga omnes* na ação popular na improcedência por “deficiência de prova” é geral, abrindo a possibilidade para o cidadão repropor a ação com prova nova.

O artigo 18 da Lei da Ação Popular estabelece que “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”, sendo certo que, diante da magnitude da matéria discutida, o artigo 19 determina para a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação há a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, ou seja, a decisão não produzirá efeito salvo após sua confirmação pelo tribunal. Na hipótese de procedência, a apelação apresentará efeitos suspensivos. Ainda em virtude da importância dos interesses discutidos nos autos o § 2º, do artigo 19, autoriza o Ministério Público e qualquer cidadão a recorrer das decisões em contrariedade a postulação do autor popular.

Ao analisar o artigo 19 da Lei da Ação Popular portuguesa, Carlos Manuel Ferreira da Silva preconiza que a ampla publicidade somente é atingida se houver uma divulgação no diário oficial, na internet, afixação de editais, empresas de radiodifusão e de televisão³³⁷.

Outro fator relevante da Lei da Ação Popular portuguesa encontra-se no maior empoderamento dos juízes, que, segundo o artigo 17, dispõe “na acção popular e no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes, cabe ao juiz iniciativa própria em

inadmissíveis o direito de acesso à justiça, pelo que só será constitucional facultar-lhes o aproveitamento do caso julgado favorável, nunca os afetando o caso julgado desfavorável”.

O autor acrescenta ao seu raciocínio ainda que as ações populares devem propiciar o acesso à Justiça na defesa do meio ambiente não sendo possível priorizar a redução dos processos ou das vezes que o poluidor terá que contestar uma ação em detrimento dos titulares de direitos e interesses legítimos (Cf. FREITAS, José Lebre de. A acção popular ao serviço do ambiente. *Lusitana*: revista de ciência e cultura. Série Direito, Coimbra, n. esp., p. 241, 1996).

³³⁵Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 47.

³³⁶Cf. Id. Ibid., p. 44.

³³⁷Cf. Id. Ibid., p. 48.

matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes”³³⁸. Assim, o juiz não pode alterar o objeto do processo, mas deverá apreciar e solicitar de ofício provas que o levem a uma convicção sobre a pertinência do pedido da parte³³⁹.

Em Portugal, mesmo se admitindo as inovações importantes do código modelo Ibero-Americano de processos coletivos em relação à ação coletiva passiva, concebe-se que não se poderá considerar ela uma ação popular em termos constitucionais³⁴⁰, mas não há uma resistência como ocorre na Espanha, onde o informe nacional apreciado no Congresso de Roma, de 2004, consignou expressamente entraves na adoção do sistema decorrente do anteprojeto de código modelo de processos coletivos, diante da diversidade da regulamentação vigente no âmbito nacional³⁴¹.

1.7. Hipóteses de ações coletivas passivas identificadas na doutrina e na jurisprudência brasileira: ponderação analítica

A posição doutrinária, como já mencionamos anteriormente, ao tratar de ações coletivas passivas, indicam uma ampla gama de questões que envolvam a coletividade no polo passivo e invariavelmente repetem os exemplos com poucas alterações, sendo oportuno mencionar a exigência de empresas associadas a uma entidade representativa que participem do processo para aposição de rótulos em seus produtos nocivos à saúde, invasões do movimento dos sem terra, desconstituição das torcidas organizadas³⁴², como Gaviões da Fiel, Mancha Verde e Tricolor Independente, todavia, nesses últimos casos, há uma pessoa jurídica por trás dos atos ilícitos perpetrados e ainda que seja exemplo de uma forma de contenção da ação ilícita de grupos coletivos que abusam do direito de associação, com reflexos indiretos nos direitos individuais de associação à entidade³⁴³, não é possível atingir toda a coletividade dos torcedores dos clubes de futebol, tratando-se de reflexos restritos aos membros componentes da associação ou à própria entidade, sem efeitos

³³⁸PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular*, cit.

³³⁹Cf. MACHETE, Rui. Ação procedimental e ação popular – alguns dos problemas suscitados pela Lei nº 83/95, de 31 de Agosto. *Lusitana: revista de ciência e cultura, Série Direito*, Coimbra, n. esp., p. 268-269, 1996.

³⁴⁰Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 49.

³⁴¹Cf. nota 84 do artigo MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas*, cit., p. 203.

³⁴²Exemplos da ação coletiva passiva podem ser colhidos na experiência de vários países: ações possessórias ajuizadas contra grupos organizados nas invasões de propriedade (como MST-Movimento Sem Terra brasileiro); ações intentadas contra “torcidas organizadas”, como as de times de futebol, de caráter inibitório ou até condenatório; processos ajuizados contra associações de fabricantes de produtos considerados nocivos, para que seus associados (e não a associação) sejam obrigados a colocar advertências nos rótulos; demandas contra categorias profissionais, para que seus membros se abstenham de exibir didascálias ofensivas a outras profissões” (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 236-237).

³⁴³Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 41-43.

externos. A questão difere da concepção de ação civil pública passiva ou de ação coletiva passiva, em que o representante deve substituir ou representar organicamente a coletividade (grupo, classe ou categoria) no polo passivo.

É possível reputar a questão como ação coletiva passiva em acepção ampla se o enfoque for atingir os associados por meio de mera autorização estatutária para as entidades promoverem a representação dos componentes de um grupo, no caso da torcida organizada seus associados, em juízo. Apesar disso, como visto anteriormente, essa modalidade se aproxima mais de um litisconsórcio do que a representação orgânica de um grupo.

No caso da Mancha Verde, conforme se depreende do acórdão proferido na Apelação Cível nº 27.381-4/0, julgada em 17 de março de 1998, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³⁴⁴, verifica-se que a sentença de primeiro grau decretou “a dissolução da associação requerida, com o conseqüente cancelamento do registro de seus atos constitutivos e respectivas alterações no cartório competente, (...) relegando para execução a liquidação de seu patrimônio”.

A Ação Civil Pública ajuizada baseou-se no artigo 670 do Código de Processo Civil anterior a 1973, que se mantinha com vigência em decorrência do conteúdo do artigo 1218 do *Codex* em vigor na época. No acórdão restou claro que a direção da entidade incentivava os atos dos seus membros, o que era o suficiente para embasar a dissolução da pessoa jurídica, conforme se extrai dos seguintes trechos:

“emerge do conjunto probatório a participação efetiva da diretoria da entidade apelante, quer pela coordenação das ações da torcida organizada, quer pelo espírito que procuravam incutir na massa de associados, quer pela ação efetiva de dirigentes, em particular do seu presidente, em episódios lamentáveis como o da agressão a funcionários do Metrô de São Paulo, e também no lamentável episódio, na manhã do dia 20 de agosto de 1995, na final de torneio de juniores”

“a cúpula diretiva da associação ré não era apenas conivente, mas estimulava e participava ativamente de atos de violência desmedida, quando o normal seria o de entrar em campo para apaziguar os ânimos e socorrer eventualmente os feridos”.

“Não se pode, outrossim, deixar sem registro que num levantamento de antecedentes criminais apurou-se que cerca de 1/3 do quadro de associados da entidade ré registra passagens por distritos policiais como autores de roubo, furto, e tráfico de entorpecentes, sendo assim lícito presumir que parcela expressiva de procedimentos violentos e agressivos pode ser atribuída a essa marginalidade que se infiltrou nas chamadas torcidas organizadas, sem exceção.

Tal perfil de associados não podia ser ignorado pela direção da entidade que, ao que consta dos autos, jamais cuidou de selecionar seus integrantes. Ao contrário, os gritos de guerra que os autos noticiam, mostram que a ordem era estimular tal agressividade inerente ao grupo, colhendo-se da prova testemunhal que os interessados em se associar eram submetidos a uma espécie de trote, sendo espancados, só sendo integrados ao grupo aqueles que resistiam bem a

³⁴⁴“DISSOLUÇÃO DE ASSOCIAÇÃO - torcedores que integram a chamada Mancha Verde - sentença de procedência - violência e atos agressivos não negados pela ré - elementos de prova que autorizam a conclusão de que a requerida, pela sua diretoria, contribuiu para tal violência, desviando-se de suas finalidades estatutárias – recurso improvido. (Relator(a): Ruy Camilo; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 10ª Câmara Direito Privado A; Data de registro: 27/03/1998; Outros números: 273814000).

tal espancamento. Não se pode ignorar também que em tais episódios a Polícia Militar, inúmeras vezes, apreendeu bombas de grande potencial ofensivo, armas de todo o tipo que autorizam a ilação de que tais ocorrências estavam a indicar não ações isoladas, mas procedimentos coordenados como se cuidasse de procedimentos estratégicos”.

O relator do acórdão, Desembargador Ruy Camilo, sintetiza a discussão, ao salientar que “o que importa para o deslinde da causa, é verificar se a requerida contribuiu para tal violência, desviando-se, assim, de suas finalidades estatutárias”, por esses motivos foi muito facilitada a extinção da entidade, com reflexos restritos a seus membros sem ampliação a toda a coletividade de torcedores, o que a diferencia da ação coletiva passiva sob uma perspectiva ampliada ao atingir todos os interessados. Nesse caso, caracterizado o abuso da pessoa jurídica a quem se reputavam atos de incentivo à violência, ela foi devidamente extinta e se pensarmos na associação como um ente personalizado que praticou um ilícito civil, o processo comum e o direito material individual seriam suficientes para permitir a responsabilização da instituição e a sua dissolução.

Na hipótese vertente seria possível identificar uma ação civil pública passiva se: a) o pedido inicial para encerramento das atividades da torcida fosse baseado em direitos difusos ou coletivos em sentido amplo; b) fosse utilizado o microsistema de tutela coletiva; c) o que se pretendia atingir era o grupo de torcedores representados pela entidade no polo passivo (grupo delimitado e responsável pelos atos ilícitos).

Se a questão circunscreve-se a uma ação de encerramento de atividades direcionado à associação enquanto pessoa jurídica por desvio de finalidade de seu estatuto, a questão é mais próxima do direito individual comum do que do coletivo.

No caso de se pretender com o uso de uma ação ordinária comum impedir que um grupo de torcedores, representados em juízo pela associação, independente de seu vínculo com a entidade ou de autorização expressa individual ou estatutária para essa representação, deixe de praticar atos de violência, essa abordagem consistiria em uma ação coletiva passiva.

A situação da Tricolor Independente, na Apelação Cível nº 30.133-4/6-00, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 01 de julho de 1998³⁴⁵, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, mantém a mesma linha da decisão proferida no caso da Mancha Verde, sendo oportuna a transcrição do trecho da manifestação do relator Desembargador Cesar Lacerda, para verificar que o foco principal da ação é a entidade em

³⁴⁵“Ação Civil Pública - Dissolução de Sociedade Civil - Torcedores que integram a denominada "Torcida Tricolor Independente" - Ação julgada improcedente - Prova suficiente, todavia, de existência de estreito liame entre a associação e os atos de violência noticiados nos autos, a evidenciar desvio das suas finalidades estatutárias – Recurso provido, para decretar a procedência da ação. (Relator(a): Cesar Lacerda; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data de registro: 04/08/1998; Outros números: 301334600)”.

si e não seus membros:

“Muito ao contrário do que pareceu ao Juízo Monocrático, a prova coligida estabelece nítida idéia de que os atos de violência noticiados nos autos do inquérito civil não constituem meras ações isoladas de alguns associados da "Torcida", mas refletem os rumos que foram eleitos por seus dirigentes, os quais jamais revelaram verdadeiro interesse em reprimir aqueles atos, a não ser em mera aparência, para depois contemporizar. O conjunto probatório não deixa dúvidas de que a associação vem sendo utilizada como elemento catalizador para que os associados dêem vazão à sua incontida agressividade, ofendendo a integridade física e o patrimônio alheio, sem que os seus dirigentes tenham tomado, ao longo do tempo, qualquer providência séria e suficiente para evitar essa prática, não havendo como dissociar os atos de violência da figura da associação em questão. Afronta o direito, que os integrantes da associação demandada, com a complacência de sua cúpula diretiva, nos dias de jogo de que participa o time de sua preferência, coloque em risco a integridade de qualquer pessoa, pratique agressões físicas e outros atos de brutalidade e violência, como saques a estabelecimentos comerciais e ambulantes, depredações em ônibus e metrô, dentro e fora dos estádios de futebol”.

Mais recentemente, o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 0039901-07.2012.8.26.0114, em 29 de maio de 2014, manteve a decisão de primeiro grau que dissolveu a torcida organizada Fúria Independente³⁴⁶.

O exemplo indicado por Diogo Campos Medina Maia, da cidade de Baturité, em que os comerciantes invadiram a calçada com a disposição de produtos, aproxima-se mais da ação coletiva passiva, uma vez que nem todos foram individualizados, mas apenas alguns, com o pedido do Ministério Público de citação por edital dos demais e de uma decisão ampla, no sentido de que todos os que se situassem no centro da cidade estavam impedidos de realizar tal prática sob pena de multa³⁴⁷, postulando a ampla comunicação da decisão e notificação dos interessados pelos meios de comunicação da localidade e por oficial de justiça. Fredie Didier considera esse relato “um claro exemplo de ilícitos individuais homogêneos, que geram deveres individuais homogêneos”³⁴⁸, mas, em nossa concepção, trata-se de singela conduta homogênea lesiva.

Exemplifica ainda Diogo Campos Medina Maia:

“(…), imagine-se a hipótese noticiada no Jornal *O Globo*: 'Cerca de 80 famílias de sem-teto invadiram na madrugada de ontem um prédio do INSS na Rua Alcino Guanabara 20, no Centro, próximo à Cinelândia'. A individualização dos desconhecidos componentes das 80 famílias citadas para que figurassem no pólo passivo de eventual ação judicial seria fisicamente inviável. Se não fosse admitida a figura do grupo como substituto processual da categoria, fatalmente o

³⁴⁶CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A EXTINÇÃO DE TORCIDA ORGANIZADA. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL DESTINADA À COMPROVAÇÃO DO NÃO ENVOLVIMENTO DA ASSOCIAÇÃO NA MORTE DE TORCEDOR. IMPERTINÊNCIA. CASO EM QUE A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO SE FUNDOU NA COMPROVADA PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO DEMANDADA EM EPISÓDIOS DE VIOLÊNCIA E DE VANDALISMO. EVENTUAL PROVA DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO HOMICÍDIO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR A CONCLUSÃO PROBATÓRIA HAVIDA NA DECISÃO. TEMA PRELIMINAR REJEITADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Relator(a): Vito Guglielmi; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/05/2014; Data de registro: 03/06/2014).

³⁴⁷Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 43-44.

³⁴⁸DIDIER, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas, cit.

prédio restaria ocupado indefinidamente. Questões sociais à parte, a interpretação restritiva do art. 6º do Código de Processo Civil daria ao grupo organizado um escudo protetor intransponível, até mesmo pelo Poder Judiciário.

No exemplo citado, foi ajuizada ação possessória pela União Federal em face dos 'integrantes do movimento sem teto', sem individualizar qualquer dos integrantes. Muito embora a questão da substituição processual não tenha sido enfrentada na decisão liminar, foi instaurado o regular contraditório e deferida liminarmente a reintegração de posse contra todos, em conjunto"³⁴⁹.

Os interesses individuais homogêneos decorrentes de uma origem comum sob o aspecto fático e jurídico³⁵⁰, por essa teoria da conduta lesiva homogênea, confundem-se com a causa de pedir quando submetidos ao crivo judicial, contudo, essa acepção de origem comum é mais extensa do que o dano decorrente de um único ato (sob o aspecto factual e temporal), pois pode decorrer de atividade assemelhada efetivada em momentos diferentes desde que adquiram contornos de unidade de conduta, como ocorre no direito penal nos crimes continuados, merecendo um julgamento conjunto para assegurar uma igualdade de solução material do conflito e maior rapidez na prestação jurisdicional, com economia decorrente da concretização dos atos num único processo judicial pelo menos até a sentença genérica^{351 352}.

Assim, ainda que possam ser considerados exemplos de ações coletivas passivas, não podem, só por essa circunstância, serem admitidos como ação civil pública passiva, pois é essencial que estejam em discussão direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no polo ativo, o uso do microsistema de tutela coletiva e os legitimados especificados na norma como representantes adequados da coletividade.

Na realidade, a compreensão da conduta do grupo presente no polo passivo não pode ser considerada apenas como ilícito individual homogêneo, pois isso seria uma forma de pré-julgamento da questão, na medida em que a ação não é apenas ajuizável em face de um ilícito quando pode ser tratada como um conflito de interesses, entre a coletividade ou o indivíduo, defendidos no polo ativo da ação e o grupo restrito presente no polo passivo da demanda, ambos exercitando interesses amparados, em tese, pela legislação.

Os demais exemplos indicados por Diogo Campos Medina Maia envolvendo o abuso de greve em face de associações e sindicatos também se aproximam da ação coletiva passiva, pois pretendem a vinculação de todos os membros do grupo, independentemente

³⁴⁹MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 73-74.

³⁵⁰No projeto de lei nº 282 de 2012 almejava-se inserir no conceito de direitos individuais homogêneos do CDC além da origem comum a determinação de que poderia ser de fato ou de direito e "recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela".

³⁵¹Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 17-20.

³⁵²Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas*, cit., p. 206-207.

de estarem ou não sindicalizados ou associados³⁵³, entretanto, os dissídios trabalhistas propriamente ditos (dissídios coletivos – jurídico, greve e econômico) apresentam peculiaridades que permitem classificá-los a parte desse sistema, diante do papel especial do sindicato em nosso ordenamento jurídico, somente sendo concebidos como ações coletivas em sentido amplo.

Jordão Violin narra outra hipótese de ação coletiva passiva envolvendo o Sindicómércio no Paraná e o Ministério Público estadual, em que o *parquet* solicitou por meio de ação civil pública que todos os postos de combustíveis do Estado limitassem sua margem de lucro a 30% no álcool e 11% na gasolina, tutelando o consumidor e a livre concorrência no segmento³⁵⁴, podendo este ser um exemplo de ação civil pública passiva.

Felipe Silva Noya menciona uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Associação Residencial Recanto das Canjaranas, “objetivando a remoção de obstáculos que impediam o livre fluxo de pessoas e trânsito de veículos em loteamento que representava”, apreciada pelo Tribunal de Justiça e outra ação de mesma natureza apresentada pelo *parquet* do Estado do Pará, que determinou o cancelamento do registro do Grêmio Recreativo e Social Terror Bicolor, estendendo a eficácia da decisão para todos os membros do grupo que não poderiam ingressar nos estádios de futebol com material inapropriado, sob pena de multa e crime de desobediência, ressaltando a impropriedade de utilização de pessoas jurídicas diversas para fraudar a execução da sentença pelos integrantes da torcida organizada³⁵⁵.

O supracitado pesquisador ainda indica o exemplo de um proprietário que ingressou com ação em face do Estado de São Paulo, que estava atuando na defesa do direito difuso ao meio ambiente (na concepção do doutrinador, os bens de uso comum como o meio ambiente por não ser público ou privado ensejam uma singela administração por parte do poder público, pois seu titular é a sociedade-coletividade). O autor da mencionada ação desejava que o ente estatal reconhecesse o seu direito de edificar num terreno situado em área de preservação permanente, bem como o cancelamento dos embargos e das infrações lavradas³⁵⁶.

Nesse último caso, apesar da relevância dos bens envolvidos, cremos que houve um ato do Estado que embargou a obra e lançou autos de infração no exercício de competências próprias de seu poder de polícia que, ainda que defendam interesses difusos, são de exclusiva competência do ente público, o que não é suficiente para admitir que se

³⁵³Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 44-45.

³⁵⁴Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 93-94.

³⁵⁵Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 190-192.

³⁵⁶Cf. Id. Ibid., p. 193-194.

tratava de uma legítima ação coletiva passiva, sob pena de qualquer ação distribuída em face do ente estatal ser considerada como dessa espécie diante das inúmeras atribuições e competências inerentes as atividades estatais que antes de representar a sociedade atua em juízo em nome do próprio Estado, defendendo o interesse público inscrito nas normas diante da reverência ao Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma seria a atribuição de natureza jurídica de uma ação coletiva passiva para o ajuizamento de uma ação individual de um sócio que deseja antecipar os lucros de uma sociedade mercantil contra ela quando os estatutos e o contrato de constituição estabelecem uma data específica a ser respeitada, o que, por óbvio, refere-se a uma ação cuja discussão restringe-se a interesses individuais.

Fredie Didier narra outro exemplo, a saber, uma invasão na reitoria da Universidade de Brasília:

“Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor, que estava sendo acusado de irregularidades. A Universidade ingressou em juízo, pleiteando a proteção possessória do seu bem. Trata-se de ação coletiva passiva: propõe-se a demanda em face de uma coletividade de praticantes de ilícitos. A Universidade afirma possuir direitos individuais contra cada um dos invasores, que teriam, portanto, deveres individuais homogêneos. Em vez de propor uma ação possessória contra cada aluno, “coletivizou” o conflito, reunindo os diversos “deveres” em uma ação coletiva passiva. A demanda foi proposta contra o órgão de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), considerado, corretamente, como o “representante adequado” do grupo. Neste caso, está diante de uma pretensão formulada contra deveres individuais homogêneos: o comportamento ilícito imputado a todos os envolvidos possui origem comum. Em vez de coletividade de vítimas, como se costuma referir aos titulares dos direitos individuais homogêneos, tem-se aqui uma coletividade de autores de ato ilícito”³⁵⁷.

Nesse exemplo é nítido tratar-se de uma ação coletiva passiva, apesar do autor afirmar que se trata de uma “pretensão formulada contra deveres individuais homogêneos” dos estudantes, cujos atos ilícitos apresentam origem comum desconsidera que a discussão envolve o direito de propriedade do autor e o de manifestação³⁵⁸ e protesto³⁵⁹ dos réus e

³⁵⁷DIDIER, Fredie. op. cit.

³⁵⁸Manifestação e passeata integram o conceito constitucional de reunião implicando numa “formação grupal passageira” visando “expressar uma vontade coletiva ou sentimentos comuns” em que a primeira pressupõe ausência de movimentação nos logradouros enquanto a segunda exige essa mobilidade (Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 267-268).

³⁵⁹Nesses casos é relevante salientar que nem mesmo o direito de manifestação de um grupo é puramente coletivo visto ser um direito individual com reflexos coletivos como muito bem aprecia José Afonso da Silva:

“(…) destacamos as *liberdades de expressão coletiva*, tais as de reunião e de associação. Mas aqui, em realidade, temos direitos individuais, porque imputáveis aos indivíduos como tal, e não a uma coletividade de indivíduos. Consideramo-los de *expressão coletiva*, porque, se eram direitos individuais, o eram em função de uma pluralidade de pessoas entre si vinculadas dentro de uma coletividade. Não nos escapava, assim, o interesse coletivo que fundamentava o reconhecimento desses direitos aos indivíduos”. (Id. *Ibid.*, p. 262).

não de uma mera coletividade de autores de ilícitos³⁶⁰, como já abordado nas linhas acima.

Na realidade, é possível em prol do acesso à justiça e da devida prestação jurisdicional pacificadora quando “a coletividade é numerosa e fluida”, circunstância em que “mostra-se absolutamente inviável identificar-se um a um os seus integrantes” o uso do mecanismo da citação por edital, como pondera Ricardo de Barros Leonel³⁶¹.

O interdito proibitório também é uma medida utilizada pelos entes públicos ou privados para impedir a ocupação nas rodovias federais e estaduais, sendo, durante anos, concedido pelos Tribunais em situação de manifestações e bloqueios.

No Estado do Paraná, por exemplo, existem vários precedentes:

a) Uma das concessionárias de rodovia paranaense conseguiu na Justiça a concessão de interdito proibitório para que um sindicato não interrompa o tráfego nas estradas, com base nas declarações do líder sindical aos jornais como prova suficiente de sua influência na massa, embasando com esse elemento a decisão de reconhecimento de sua legitimação passiva, conforme se extrai da fundamentação do acórdão:

“Observando os recortes jornalísticos anexados nos autos, constata-se que por mais de uma vez o presidente do SINDICAM manifestou-se na imprensa, questionando o aumento do preço do pedágio, levantando a possibilidade de reação dos caminhoneiros, afirmando inclusive que “não poderia prever o que iria acontecer” e que “uma nova paralisação da categoria não estaria descartada” (f. 89/90). Destarte, figurando como representante do Sindicato, deveria o presidente estar ciente de que tais declarações, com toda a certeza, exerceriam influência não apenas sobre os sindicalizados, mas sobre todos os caminhoneiros, instigando o inconformismo da categoria e reações como a eventual paralisação e ocupação das pistas das rodovias. Por conseguinte, não pode agora pretender se eximir da consequência de seus atos sob a alegação de que “não pode ser responsabilizado pelos atos gerados pela vontade popular, vontade coletiva da categoria”, pois tal “vontade coletiva da categoria” foi influenciada pelas declarações e comandos do Sindicato”³⁶².

³⁶⁰Como já salientado pelo STF o direito de reunião comporta uma liberdade meio para que a liberdade de livre pensamento seja atingida como liberdade fim salientando que:

“Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais, que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder” (ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014).

³⁶¹Nessa hipótese de citação por edital na realidade todos acabam se transformando em parte por ficção jurídica, sendo certo que a contestação que os indivíduos identificados na ação como réus, diretamente atuantes no processo, serve como defesa dos demais (desconhecidos e incertos) (Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 315).

³⁶² ADMINISTRATIVO. INTERDITO PROIBITÓRIO PROPOSTO POR CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS EM FACE DE SINDICAM - SINDICATO DOS TRANSPORTADORES RODOVIÁRIOS AUTÔNOMOS DE BENS NO ESTADO DO PARANÁ E DEMAIS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA CATEGORIA DOS CAMINHONEIROS. ALEGAÇÃO DE POSSÍVEL TURBAÇÃO, CONSUBSTANCIADA EM AMEAÇAS DE PARALISAÇÕES NAS VIAS E OCUPAÇÃO DAS PRAÇAS DE PEDÁGIOS, EM VIRTUDE DO AUMENTO DAS TARIFAS. CONFIRMADA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU A MEDIDA PLEITEADA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA QUE PODE VIR A TUTELAR A “POSSE” DO BEM PÚBLICO SOB SUA GESTÃO, QUANDO A INTEGRIDADE OU O ADEQUADO USO DO MESMO VIERAM A SER AMEAÇADOS POR

b) Diante do cumprimento da medida liminar impeditiva de manifestantes invadirem as praças de pedágio, o seu cumprimento não gera perda superveniente do processo com ônus de sucumbência para as concessionárias:

"No caso em liça fica bastante claro que a ação não foi apenas útil mas também, e principalmente, necessária à Rodovia das Cataratas S/A. Caso não tivesse manejado interdito proibitório não teria meios de se assegurar contra a iminente invasão das praças de pedágio, a qual estava sendo organizada pelo apelado e demais grupos de caminhoneiros, como forma de protesto contra o aumento do valor do pedágio, que ocorreria em março de 2000. Assim, o esbulho somente não foi levado a efeito tendo em vista a liminar de f. 125/126, a qual determinou aos então réus que "se abstivessem de ocupar a praça de pedágio nº 4, situada entre Laranjeiras do Sul e Nova Laranjeiras, sendo-lhes cominada a multa diária de R\$ 10.000,00, caso transgredissem o preceito".

Deste modo, verifica-se que a apelante somente não prosseguiu com o feito - vindo a desistir da ação - porque o apelado, impelido por mandado judicial, atendeu a pretensão contida na exordial. Desse modo, conquanto não tenha havido "perda do objeto", "a tutela exauriu-se antecipadamente", mediante a concessão da liminar. E, se assim sucederam-se os fatos, não há razão para condenar Rodovia das Cataratas S/A ao pagamento de honorários advocatícios. Invocando o princípio da causalidade, conforme visto acima, haveria inclusive de se impor os ônus sucumbenciais ao réu, já que este, embora pudesse evitar a lide, assim não o fez"³⁶³.

CONDUTA DANOSA DE TERCEIROS. AFASTADAS AS PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ILEGITIMIDADE ATIVA. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO CONTRATO DE CONCESSÃO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE LIDE. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CONFIGURADA A NECESSIDADE E UTILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL ORA CONFIRMADA. EXCERTOS JORNALÍSTICOS ANEXADOS NOS AUTOS QUE DERAM CONTA DO ENVOLVIMENTO DO SINDICATO COM OS FATOS. RECURSO DESPROVIDO.

Tendo em conta a condição da empresa concessionária de "gestora" de bem público (nos termos do contrato de concessão), admite-se a invocação da existência de "posse" quando o bem encontrar-se ameaçado pela ação danosa de terceiro. Trata-se então de uma "posse" balizada pelo interesse público, e que somente pode ser invocada contra determinado particular quando for justificada pela defesa dos interesses de toda a sociedade (e enquanto perdurar a concessão). Assim, embora o presente interdito seja titularizado pela empresa concessionária e sob o fundamento de defesa da "posse", tem como objetivo, em última ratio, a proteção do direito de uso do bem público pelos demais usuários. Há que se ressaltar que o exercício do direito de manifestação dos sindicalizados e demais caminhoneiros vai até o exato limite em que não ofende a esfera alheia de direitos, no caso, o dos usuários das rodovias federais que igualmente devem ter tutelado o direito de ir e vir.

(TAPR - Decima C.Cível (extinto TA) - AC - 238172-6 - Irati - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - - J. 12.08.2004).

³⁶³ PROCESSO CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. CONCESSÃO DE LIMINAR À EMPRESA CONCESSIONÁRIA. ORDEM PARA QUE OS ENTÃO RÉUS - SINDICATO E DEMAIS GRUPOS DE CAMINHONEIROS - SE ABSTIVESSEM DE PRATICAR ESBULHO EM PRAÇA DE PEDÁGIO. TUTELA QUE SE EXAURIU ANTECIPADAMENTE. AÇÃO QUE SE MOSTROU NÃO APENAS ÚTIL, MAS TAMBÉM NECESSÁRIA. INCABÍVEL ASSIM A CONDENAÇÃO DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE QUE, IN CASU, SEJA CONFERIDA INTERPRETAÇÃO LITERAL AO ART. 26, CAPUT, DO CPC. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. No caso em tela, não se pode condenar a apelante - empresa concessionária de manutenção e conservação de rodovias estaduais - ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista que a ação (interdito proibitório) foi-lhe não apenas útil mas também necessária. Não se registrou a "perda do objeto", senão, o exaurimento antecipado da tutela, mediante a concessão de liminar. Impelido por esta medida, é que o réu acabou por antender o pleito contido na exordial, exaurindo assim a finalidade do interdito. Portanto, a par de a apelante ter manifestado interesse em não mais prosseguir com o feito ("desistência da ação"), não se pode aplicar, in casu, a condenação em honorários, nos termos do "caput", do art. 26 do Código de Processo Civil.

(TJPR - 17ª C.Cível - AC - 377542-8 - Laranjeiras do Sul - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - - J. 28.02.2007)

c) As provas para propiciar a legitimação passiva são amplas, desde o fato notório até condutas anteriores do réu em relação aos manifestantes:

“É público e notório, outrossim, que os atos públicos de protesto convocados pela Ré não se circunscreveram a pátios de postos de combustíveis ou áreas assemelhadas, tendo se verificado também em pontos aleatórios das rodovias que compõem o "lote 4" do "anel de integração", sobretudo nas imediações das praças de pedágio, conforme deram conta de noticiar os canais de televisão, a imprensa radiofônica e escrita, além de muitos sites da internet, conforme a Autora se encarregou de demonstrar nos autos. Tais atos, embora o propósito lícito (o exercício do direito constitucional de expressar opinião), constituíram, no caso concreto, ato ilícito, na medida em que ofenderam o direito de posse da Autora e o de locomoção de um número indeterminado, porém expressivo, de cidadãos, merecendo, não sem razão, reprovação da lei. E nem se argumente que a impossibilidade de provar a vinculação à Ré dos caminhoneiros que participaram dos atos de turbação impede responsabilizá-la pelas ações destes, considerando que a ela era dado, em razão de episódios anteriores, saber que a incitação à realização do movimento paredista fatalmente resultaria em cometimento de excessos, até porque o objetivo desejado a intimidação da sociedade e, por extensão, de seus representantes políticos só seria efetivamente alcançado com a adoção de medidas extremas, a exemplo da interdição temporária de rodovias e da criação de embaraços ao funcionamento eficaz de praças de pedágio" (mov. 69.1, p. 4/5)”³⁶⁴.

Um exemplo de uma “pretensa” ação coletiva pode ser extraído do processo do TRF4, AC 5000838-79.2015.404.7210, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, em que uma empresa ajuizou uma ação de obrigação de fazer em face da União pretendendo que ela garantisse a livre locomoção e circulação de seus veículos e funcionários, mantendo a segurança deles até chegar a seu destino, diante da paralisação e bloqueio de caminhoneiros nas rodovias federais. Como a greve terminou, o processo foi extinto sem resolução do mérito pela perda superveniente do objeto, atribuindo os ônus sucumbências ao ente federal que, em tese, teria dado ensejo ao processo.

Apesar de o julgado ser exemplo de uma aparente ação coletiva, na realidade não é pelos motivos já abordados nas linhas acima, contudo, para se tratar de uma ação coletiva passiva deveria ter sido a ação direcionada ao grupo de caminhoneiros e não em relação à União, que dentro de seu poder de polícia administrativo não pode ser responsabilizada pelos atos de terceiros, estes sim os responsáveis pelos fatos que ensejaram o ajuizamento da ação. O ente público age de ofício, diante de atos ilícitos ou abusos e não pode ser instado a agir antes que tais atos ocorram ou haja indícios de ocorrer sob o argumento de

³⁶⁴ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INTERDITO PROIBITÓRIO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE MANUTENÇÃO DA POSSE. REIVINDICAÇÕES DOS CAMINHONEIROS CONTRA POLÍTICA GOVERNAMENTAL QUE ACARRETA EM TURBAÇÃO DA POSSE DA AUTORA E PREJUÍZO AO DIREITO DE IR E VIR DE OUTROS CIDADÃOS, AO INTERROMPER O TRÁFEGO DE VEÍCULOS NAS RODOVIAS EXPLORADAS EM REGIME DE CONCESSÃO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ QUE SE LIMITA AOS VALORES FIXADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DA MULTA COMINATÓRIA. ASTREINTE FIXADA EM VALOR SUFICIENTE PARA INIBIR O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. DESPROPORCIONALIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NÃO AFERIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 18ª C. Cível - AC - 1162821-8 - Ponta Grossa - Rel.: Denise Antunes - Unânime - - J. 05.11.2014).

que é seu dever coibir, especialmente se todas as providências ao seu alcance foram ou estavam sendo tomadas. Se havia um prévio conhecimento de quem seriam os responsáveis pelo bloqueio, a ação deveria, por lógica, ser direcionada a esse grupo, com a atribuição de multas e determinação de não fazer sob pena de subversão do nosso sistema jurídico. A União somente poderia ser responsabilizada por algo se, devidamente informado da paralisação, não tomasse nenhuma providência e tal fato causasse algum prejuízo potencial ou efetivo ao autor. A perda superveniente do objeto da ação, com atribuição de responsabilidade pela aplicação singela do princípio da causalidade é uma forma de se desviar do julgamento do mérito da ação e, no presente caso, de atribuir responsabilidade indevida ao ente público.

Além disso, a União foi acionada enquanto pessoa jurídica de direito público responsável constitucionalmente pela segurança pública e não como representante de um grupo ou da coletividade. Na hipótese vertente, a própria União poderia ingressar com ações coletivas ou civis públicas passivas em face do grupo de caminhoneiros.

Outro problema ocorre quando os entes públicos ingressam com ações civis públicas passivas ou coletivas passivas e o Poder Judiciário recusa-se a apreciar o mérito da demanda, seja julgando a pretensão improcedente, seja reconhecendo de ofício uma perda superveniente do objeto do processo, diante da demora em realizar o julgamento da causa ou apreciar o recurso em momento em que a paralisação já se findou³⁶⁵.

Uma forma das ações coletivas passivas ou ações civis públicas passivas exercerem um papel de pacificação dos conflitos sociais encontra-se na alteração da postura do Poder Judiciário, evitando a extinção dos processos sem resolução do mérito, pois a demora na solução do litígio não pode ser utilizada como instrumento para deixar de analisar o direito material discutido nos autos sob o argumento de perda superveniente do objeto. Dessa forma, estimula-se o julgamento do mérito mais rápido e antes que aconteça a perda de seu objeto, justificando-se em cada caso concreto a decisão de mérito atribuindo as

³⁶⁵ AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. PROTESTOS E BLOQUEIOS EM RODOVIAS ADMINISTRADAS PELO ESTADO. CAMINHONEIROS. PAUTA DE REIVINDICAÇÕES. PEDIDO LIMINAR DE MANDADO EXPROPRIATÓRIO INDEFERIDO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. PLEITO DE REFORMA.IMPOSSIBILIDADE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. FINDA A PARALISAÇÃO DESDE FEVEREIRO DE 2015. EMINÊNCIA DE NOVOS PROTESTOS. FATO QUE EXIGE NOVA AÇÃO JUDICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO."O fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, superveniente à propositura da ação deve ser levado em consideração, de ofício ou a requerimento das partes, pelo julgador, uma vez que a lide deve ser composta como ela se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional" (REsp 540.839/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 14/5/07). RECURSO PREJUDICADO. SENTENÇA REFORMADA, DE OFÍCIO, PARA JULGAR EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. (TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1457906-9 - Umuarama - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - - J. 16.02.2016).

responsabilidades a quem de direito ou reconhecendo ser de um terceiro alheio ao processo. Essa postura, além de manter os padrões de aceitabilidade da prestação jurisdicional aos olhos do cidadão, interfere no espírito do magistrado que sabe desde o início do processo que terá que analisar o mérito da pretensão, a fim de desestimular o comportamento futuro dos jurisdicionados e amadurecer a jurisprudência.

O processo do TRF4, AG 5008704-40.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, trata-se de uma típica ação coletiva passiva ajuizada pelo Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul em face da União, do Movimento União Brasil Caminhoneiro e da Federação dos Caminhoneiros Autônomos do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina (FECAM), em que foi concedida liminar nos seguintes termos:

“(a) a verificação da situação fática atual das áreas indicadas em ambas as petições iniciais, devendo o Oficial de Justiça averiguar: se os trechos mencionados na inicial, quais sejam: a BR 285, Km 458, em Ijuí e BR 392, Km 655, em Cerro Largo, estão total ou parcialmente obstruídos, bem como se é possível identificar grupos ou pessoas responsáveis pelo movimento que originou o bloqueio, além das Partes Réis qualificadas na peça inaugural;
(b) constatado o esbulho de rodovia federal mediante bloqueio total ou parcial, a intimação dos réus para que cessem imediatamente a obstrução do tráfego de veículos e, ainda, para que se abstenham de ocupar, obstruir ou dificultar a passagem de pessoas e veículos de qualquer natureza, localizados em qualquer trecho das rodovias federais abarcadas por esta jurisdição, a exemplo das BR 285 e 392;
(c) a fixação de multa diária no valor de R\$ 20.000,000, em favor da União no Interdito Proibitório nº 50006293720154047105, no caso de comprovado descumprimento da medida ora deferida (art. 932, CPC);
(d) a citação e intimação dos réus, sendo que servirá a presente decisão como mandado para o imediato cumprimento, devendo o referido mandado ser cumprido em regime de urgência no endereços declinados na petição inicial ou nos locais em que o representante do movimento puder ser encontrado, com cópia desta decisão e das respectivas petições iniciais, com a ressalva expressa que se tratam de duas ações, cada uma com ritos diferenciados e específicos, inclusive no concernente aos prazos processuais”.

A Federação dos Caminhoneiros Autônomos do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina (FECAM) ingressou com um agravo de instrumento em face da decisão, pedindo sua exclusão da lide por não ser responsável pela paralisação, o que foi acolhido pelo TRF4, contudo, em seus fundamentos, consagrou o entendimento que demonstra não se tratar de responsabilidade da União prestar segurança a alguns particulares, como se fosse escolta privada, mas sim à sociedade e manteve os demais entes arrolados no polo passivo da ação:

“É notório o movimento paredista dos caminhoneiros, bloqueando as rodovias brasileiras, em protesto, cujas reivindicações se relacionam com a alta do preço do diesel, a redução do preço do frete e o valor dos pedágios. Como vem sendo noticiado pela imprensa nacional, entretanto, a manifestação não conta com uma central de comando, o que, aliás, tem dificultado as negociações com o governo federal, na medida em que o estabelecimento de acordos não faz estancar os bloqueios das estradas.

Como tentativa de contornar a crise que tem afetado, sobremaneira, a economia brasileira, a Advocacia-Geral da União vem ingressando com ações na Justiça Federal, com pedido liminar, para que as estradas sejam desbloqueadas e sejam impostas multas aos recalcitrantes, para a

hipótese de descumprimento das decisões, cuja medida tem encontrado acolhida no Judiciário Federal.

Ou seja, as ações judiciais da União demonstram que o simples uso da força policial não está sendo suficiente para desbloquear as estradas. De fato, se se tratasse de ações isoladas, é certo que a Polícia Rodoviária Federal já teria permitido o livre trânsito pelas rodovias. No entanto, a magnitude do movimento inviabiliza o uso da força pelo Estado contra os manifestantes, sendo duvidosa até mesmo a conveniência de uma ação violenta. Nessas horas, a solução política é muito mais adequada do que o uso do aparato policial repressor.

(...)

Destaco, ainda, que a segurança pública é um típico direito que nasce da conflituosidade. Talvez nenhum outro direito esteja tão intimamente ligado com os conflitos sociais.

No entanto, a segurança garantida na Constituição Federal é a "pública", de modo que não cabe invocá-la para que o cidadão, isoladamente, reclame prestações individuais, quando é notório que muitos outros estão na mesma situação e o Estado está comprovadamente agindo com o fim de conter o conflito.

Não se pretende, aqui, justificar uma pretensa omissão do Estado no cumprimento de seu dever constitucional de prestar a segurança pública, sob o fundamento de inexistência de estrutura para o cumprimento das decisões.

Porém, não cabe ao Poder Judiciário deferir tratamentos individuais perante um conflito que atinge a todos. A liminar deferida, ao fim e ao cabo, confere ao Sindicato agravado um tratamento individual de segurança pública, passando, em última análise, a Polícia Rodoviária Federal (que seria, ao fim e ao cabo, a responsável pelo efetivo cumprimento da liminar) a funcionar como uma espécie de segurança privada de seus veículos, o que não se pode admitir. Pelo fato do movimento não ser estático, o cumprimento da liminar importaria em acompanhamento passo a passo dos veículos da entidade agravada, funcionando a Polícia Rodoviária como "escolta" dos caminhões agraciados com a liminar.

Nessas hipóteses de conflitos sociais, o dever do Estado é manter a segurança pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de ações que visem ao desbloqueio das rodovias, em favor de todos e não de algumas pessoas em particular”.

No processo TRF4, AG 5007976-96.2015.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, analisou-se um agravo de instrumento apresentado pela União referente a uma liminar concedida em ação ordinária movida pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL, direcionada a “pessoas incertas e não sabidas e União Federal”, no intuito de manter a circulação nas rodovias dos mais diversos produtos de seus associados, dentre eles os perecíveis, diante do anunciado bloqueio a ser realizado pelos caminhoneiros a título de protesto em abuso ao direito de manifestação contra o aumento dos combustíveis, dentre outras questões e violação à liberdade de circulação e de exercício da atividade econômica. O autor pleiteia a ponderação dos princípios constitucionais, com a exaltação do princípio da proporcionalidade tendente a que “os réus sejam compelidos a se abster de impedir ou obstaculizar ou dificultar a passagem dos caminhões que estejam trafegando por conta e ordem da autora e das empresas a ela associadas por qualquer rodovia federal”, bem como que “seja determinado à União, por meio da Polícia Rodoviária Federal a garantia do tráfego dos caminhões por conta e ordem da requerente e das suas associadas, tudo sob pena de multa diária por descumprimento não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por caminhão; a citação da União, sob pena de confissão e revelia e que seja determinado ao

Oficial de Justiça que identifique as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelos bloqueios, intimando-as para cumprimento da medida e citando-as para integrarem o polo passivo da demanda e contestarem a ação”³⁶⁶.

O juiz de primeiro grau concedeu a liminar, ressaltando que:

“O Judiciário é o último socorro a que podem acorrer as empresas e as pessoas quando veem seus direitos desrespeitados. Diante deste cenário, embora percebamos a dificuldade de cumprimento da medida, não podemos nos omitir. Nossa missão é de pacificar as relações sociais e de entregar às partes o valor supremo chamado Justiça. Diante da omissão dos demais poderes, há de se esperar do Judiciário uma atitude, sob pena de tornar letra morta os dispositivos constitucionais. Assim, deve entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais, em que não haja outro socorro para o indivíduo.

(...)

Sopesando os direitos em litígio, entendo que o direito à manifestação, embora garantido constitucionalmente, não tem o condão de impedir a realização do direito de ir e vir e do exercício da atividade empresarial, salientando que a livre circulação nas rodovias é relevante para toda sociedade no que tange ao abastecimento de combustíveis e supermercados, sendo crucial, em casos extremíssimos, também para garantir o direito à vida”.

Como determinação aos réus, especificou-se que:

“Diante do exposto, ponderando os direitos em questão, com base no princípio da razoabilidade, entendo presentes os requisitos legais para determinar que os réus se abstenham de impedir ou obstaculizar ou dificultar a passagem dos caminhões que estejam trafegando por conta e ordem da **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL e das empresas a ela associadas, conforme relação das empresas associadas que segue anexa a esta decisão**, por qualquer rodovia federal, mormente, BR 282, BR 163, BR 158, BR 116, BR 470 e BR 153 e que a União, por meio da Polícia Rodoviária Federal garanta o tráfego dos caminhões que trafegam por conta e ordem da **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL e das suas associadas (relação das empresas associadas anexa a esta decisão)**, tudo sob pena de multa diária por descumprimento no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por caminhão impedido de trafegar.

Determino ao oficial de justiça que cumprir esta ordem que identifique as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelos bloqueios, intimando-as para cumprimento da medida e citando-as para integrarem o polo passivo da demanda e contestarem a ação.

Intime-se a parte autora para que municie todos os caminhões das suas associadas com cópias desta decisão.

Requisite-se força policial para o cumprimento da medida, ressaltando que o cumprimento deve ocorrer de forma pacífica, devendo ser salientado aos caminhoneiros que este juízo se sensibiliza com as reivindicações da categoria”. (grifos no original)

³⁶⁶ EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE LOCOMOÇÃO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. MULTA DIÁRIA. 1. Restam inequívocos o interesse jurídico da autora e a legitimidade da agravante para figurar no polo passivo de ação em que se pretende justamente tornar efetivo o exercício do direito fundamental à livre circulação de pessoas e veículos em rodovias federais (bens públicos pertencentes à União). 2. A alegação de ausência de prova de que os caminhões da autora estão sendo impedidos de trafegar é igualmente infundada, porquanto a manifestação dos caminhoneiros e sua repercussão negativa na circulação de veículos em todo o território nacional é fato conhecido e notório, o que atrai a incidência, na espécie, da regra prevista no do art. 334, inciso I, do CPC. 3. Não obstante, é cediço que a União vem envidando esforços para manter a ordem e garantir a livre circulação de veículos nas rodovias federais em todo o país. A mobilização da PRF e o ajuizamento de diversas ações possessórias pelo país, para assegurar a desobstrução das rodovias bloqueadas, ainda que insuficientes (o que justifica a manutenção da ordem judicial ora hostilizada), demonstram o seu empenho para contemporizar os interesses em conflito. 4. Por essa razão, a cominação de multa diária (de valor tão elevado) não se afigura necessária, pelo menos nesse momento processual, sem prejuízo de eventual revisão desse posicionamento, caso haja efetivo descumprimento da ordem judicial ora confirmada. (TRF4, AG 5007976-96.2015.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 26/05/2015).

A decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que adotou a decisão de primeiro grau como fundamento para decidir, bem como o parecer do Ministério Público acerca da legitimidade passiva, sendo oportuna a transcrição dos principais trechos:

“Deve ser deferida a liminar pleiteada pela parte autora, independentemente de terem ou não razão os manifestantes em seu protesto, isto é, de serem ou não legítimas as causas do movimento. Isso por não ser admissível que uma empresa ou transportador de mercadoria, em um caminhão, seja impedido de ir e vir pelas rodovias. Cabe ao Estado proporcionar a todos esta liberdade de ir e vir. Se o Poder Executivo não está garantindo este direito, cabe a este Juízo, na esfera jurisdicional, fazê-lo, pois vivemos em um estado de direito em que as leis devem garantir a todos mínimas prerrogativas, entre os quais o direito de livremente circular, trabalhar e produzir.

Este caso é exemplar: sendo o Brasil uma democracia jovem, criou-se a equivocada idéia de que movimentos sociais não devem ser reprimidos. Hoje é 'politicamente incorreto' defender a repressão ao movimento social, não importa se o movimento é de sem-terra, indígenas, servidores públicos ou de algum setor econômico que esteja sofrendo alguma adversidade. A prática de invasões de prédios públicos, bloqueios de rodovias e até mesmo danos ao patrimônio público e privado vem sendo, em alguma medida, tolerados, num passado recente, neste contexto de má compreensão de que seja uma democracia. Cumpre lembrar que o Estado serve, em primeiro lugar, para preservar a vida, a liberdade, a propriedade. Se não consegue cumprir estas atribuições básicas, não cabe sequer falar das outras funções do Estado, que são muitas.

A Polícia Rodoviária Federal e o Estado, como um todo, devem sim reprimir iniciativas como esta de bloquear rodovias, inclusive com o uso da força, imediatamente, independentemente da necessidade de ajuizamento de uma ação judicial. É uma anomalia, própria de um país subdesenvolvido como o Brasil, a necessidade de o prejudicado valer-se do Poder Judiciário para ver respeitado um direito tão mínimo e básico como o de circular em uma rodovia. Mas infelizmente é assim que a história é escrita: hoje uma ação judicial é necessária para garantir a liberdade de ir e vir. Espera-se que, em futuro não muito distante, o Estado Brasileiro possa ser capaz de fazê-lo, num contexto democrático, com observância da Constituição Federal e das leis, por meio do Poder Executivo, sem que isso seja equivamente visto como autoritarismo ou totalitarismo.

É um grande equívoco inibir o Estado de cumprir o seu papel em razão do receio de promover-se uma 'recaída autoritária'. O Brasil viveu uma ditadura há poucas décadas atrás e, infelizmente, ainda vive o trauma desta realidade autoritária. Agora, vivendo em uma ordem democrática, revela-se o Estado, então, tímido e retraído no cumprimento de seu papel, vendo este Juízo a necessidade de ser buscada a tutela jurisdicional como um sintoma da inoperância estatal neste particular.

Seja como for, eis os fatos: a) é manifestamente ilícito o bloqueio da rodovia; b) O Poder Executivo é inoperante para reprimir com força e imediatidade os que estão promovendo o bloqueio, e; c) promoveu o prejudicado esta ação, cabendo a este Juízo conceder a tutela jurisdicional urgente e eficaz.

O pedido é de que a União, por intermédio da Polícia Rodoviária Federal, assegure o livre exercício do direito de locomoção na rodovia federal BR 285 dos caminhões pertencentes ou contratados pelas empresas associadas ao autor. Não esclarece a parte autora, porém, como, na prática, será isso providenciado. Obviamente é inconcebível que um Oficial de Justiça acompanhe cada caminhão ou motorista beneficiado para, individualmente, ser garantido o direito de ir e vir.

Considerando isso, é evidente que o cumprimento da decisão deve ocorrer mediante promoção do desbloqueio da rodovia, por meio de atuação das autoridades competentes, providência que, na prática, assegurará a tutela pretendida nesta ação.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE O PEDIDO DE LIMINAR determinando à parte ré que promova imediatamente o desbloqueio da rodovia federal BR 285, no trecho abrangido pela competência territorial desta Subseção de Passo Fundo.

Caberá a Polícia Rodoviária Federal liderar o cumprimento desta ordem, atribuindo este Juízo ao Comandante vinculado à Polícia Rodoviária Federal autonomia para negociar com os movimentos sociais a admissão de meia pista, manutenção de protestantes na faixa de domínio,

etc., se tais medidas possibilitarem o efeito prático desejado, qual seja, o tráfego de caminhões na rodovia em questão. (...)

(...)

Para arrematar, transcrevo parcialmente o bem lançado parecer do Ministério Público Federal na ação originária (evento 18):

(...)

Legitimidade passiva

A autora postula lhe seja garantido o direito constitucional de ir e vir em rodovias federais e, conseqüentemente, o livre exercício da atividade econômica, competindo à Polícia Rodoviária Federal o patrulhamento ostensivo em rodovias federais, cabendo-lhe a garantia do fluxo de veículos, segurança e direitos dos cidadãos que trafegam nessas rodovias (artigo 144, §2º, da CF e Lei n. 9.654/98).

Trata-se de órgão permanente, organizado e mantido pela União, sem personalidade jurídica própria, resultando manifesta a legitimidade passiva desta.

Com relação aos manifestantes, verifica-se que as paralisações ocorrem em diversos locais na área de atribuição desta Subseção Judiciária, não havendo notícias de lideranças e representantes definidos, tratando-se de elevado número de pessoas, o que inviabiliza a citação pessoal e autoriza a citação editalícia, prevista no artigo 231, I, do Código de Processo Civil.

(...)

Portanto, evidente a legitimidade dos responsáveis pelo desrespeito aos direitos da autora e autorizada a citação editalícia.

(...)

Com efeito, o descontentamento da população com determinadas políticas públicas não pode implicar em violação indiscriminada de outros direitos igualmente importantes, devendo as manifestações serem realizadas de forma pacífica. Não se pode taxar de pacífica manifestação que impede o direito fundamental de locomoção dos demais cidadãos, afetando-lhes o direito constitucional de liberdade. Centenas de pequenos produtores rurais estão perdendo suas produções, isto é, estão sendo tolhidos de forma arbitrária e ilegal de seu direito de propriedade. A população em geral está sofrendo com a falta de medicamentos, entre tantos outros efeitos deletérios da manifestação sem limites.

Registre-se, por oportuno, que o MPF também se sensibiliza com a pauta reivindicatória da categoria, em razão da notória elevação dos preços dos combustíveis e das dificuldades enfrentadas diariamente pelos caminhoneiros, como bem ressaltou o Juízo. No entanto, boa parte da população também sofre com os efeitos deletérios da mesma alta de preços - é verdade, porém, que o seguimento dos caminhoneiros, transportadores, dentre outros, são impactados de forma ainda mais intensa -, dentre outras medidas adotadas pelo governo, como a majoração da energia elétrica, somando-se ainda os prejuízos causados pelo exercício abusivo do direito de manifestação.

Contudo, a justiça da pauta reivindicatória de determinada categoria não pode se transmutar em autorização para a lesão indiscriminada a direitos de terceiros, a pretexto do exercício do direito de manifestação.

Nem se diga que as manifestações estão observando os direitos de terceiros, mediante autorizações para que veículos com cargas vivas, perecíveis, medicamentos, dentre outros, trafeguem normalmente. Isso porque tem sido divulgado diariamente na mídia que estão faltando combustíveis em postos de gasolina, medicamentos, pessoas estão sendo obrigadas a permanecer por dias paradas na BR, com prejuízo à sua liberdade individual. Outros tantos outros direitos estão sendo lesados, bastando simples consulta aos veículos de comunicação.

Aliás, tais fatos independem de prova, por serem públicos e notórios, nos termos do artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil.

(...)

Não obstante, é cediço que a União vem envidando esforços para manter a ordem e garantir a livre circulação de veículos nas rodovias federais em todo o país. A mobilização da PRF e o ajuizamento de diversas ações possessórias pelo país, para assegurar a desobstrução das rodovias bloqueadas, ainda que insuficientes (o que justifica a manutenção da ordem judicial ora hostilizada), demonstram o seu empenho para contemporizar os interesses em conflito.

Por essa razão, a cominação de multa diária (de valor tão elevado) não se afigura necessária, pelo menos nesse momento processual, sem prejuízo de eventual revisão desse posicionamento, caso haja efetivo descumprimento da ordem judicial ora confirmada.

(...)

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de atribuição de efeito suspensivo, para afastar, por ora, a pena de multa diária e restringir a abrangência do provimento liminar concedido”.
(grifos no original)

Dentre os elementos mais importantes da ação supracitada podemos extrair o reconhecimento da legitimidade de diversas pessoas indefinidas e indeterminadas que podem ser atingidas pela coisa julgada por meio de uma citação por edital que as viabilize participarem do polo passivo. Da mesma forma, resta claro pelo teor da decisão que há um grupo de pessoas que, ao exercer direitos constitucionalmente assegurados, pode prejudicar outros segmentos da sociedade que também detém direitos consagrados na Constituição, num conflito entre direito coletivo do lado dos manifestantes *versus* coletivo e difuso entre os demais cidadãos e as empresas no exercício de sua atividade econômica.

É necessário diferenciar o que é ação coletiva passiva do que é mera decorrência de atos das instituições baseados no ordenamento jurídico vigente, seja por meio de contrato ou de prerrogativas legais perpetrados por entidades perfeitamente constituídas que ensejam discussão de interesses de coletividades. O principal aspecto das ações coletivas passivas, ao menos no Brasil, consiste em atingir o grupo que não possa ser perfeitamente delimitado ou individualizado e não alcançar tão somente eventual pessoa jurídica ou física que tenha causado danos ou promova ameaça de lesão a direitos.

Pelas decisões acima narradas percebe-se que a coletividade sem contornos definidos pode causar dano a um particular ou a outro grupo.

Quando o dano tem origem em ato do Estado, este ente responde pelo ato por si mesmo e não em nome da coletividade, ainda que numa concepção sociológica represente, em tese, os interesses da coletividade, pois o ato em si é específico dele, não havendo necessidade de coletivização da demanda, que pode seguir os parâmetros do processo civil individual com pequenas modificações em decorrência das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo.

Em outra hipótese, se o Estado é réu em ações civis públicas em que se pretende o atendimento de competências próprias atinentes a direitos coletivos em sentido amplo pretensamente violados pelo ente estatal também atua em nome próprio, defendendo interesses e atribuições próprias.

Um exemplo de ação coletiva passiva seria quando o próprio Estado ingressa com uma ação civil pública passiva em face de uma coletividade (por exemplo, todos os membros de um bairro da cidade que resolvem com fundamento na ausência de segurança pública impedir o tráfego nas ruas da região, permitindo somente o acesso dos moradores),

sendo exigência do devido processo legal coletivo que os interessados possam potencialmente participar e influir na decisão do Poder Judiciário, daí a importância da ampla comunicação do ajuizamento da ação.

Em 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº 0004883-26.2014.8.26.0575, em que a Fazenda Pública do Município de São José do Rio Pardo figurava como apelante em face dos “proprietários de imóveis desabitados e fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador em todo município”, percebe-se que, apesar de reconhecer a existência da ação coletiva passiva, o Tribunal manteve decisão de rejeição da petição inicial, sob o argumento de que não teria sido indicado um “representante adequado” para representar a coletividade em juízo, num verdadeiro equívoco sob o ponto de vista da proteção da saúde pública, conforme se depreende da transcrição das razões abaixo reproduzidas:

“Conforme relatado na petição inicial, desde 2013 a população do Município vem sendo açoitada pelo aparecimento do mosquito *Aedes Aegypti*, transmissor da dengue. No intuito de combater a doença, a equipe de agentes de saúde vem sem esforçando para conscientizar os munícipes e erradicar focos de proliferação do mosquito.

Não obstante o trabalho realizado, a equipe de combate endêmico municipal muitas vezes se depara com imóveis ou terrenos abandonados que acumulam lixo e entulho, ou simplesmente tem seu acesso à residência negado pelo morador.

Por isso, o Município ingressou com a presente Ação Civil Pública com o fim de obter autorização judicial para que os agentes de saúde possam entrar nesses ambientes para combater a dengue.

Em que pese a relevância da medida pleiteada, a petição inicial se mostra inepta, não possuindo condições de formar uma relação processual válida.

Muito embora não possua previsão legal, as ações coletivas passivas são admitidas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

(...)

Muito embora seja possível a propositura de ação em face de uma coletividade, com o objetivo de proteger interesses difusos, é certo que esta deve possuir um representante determinado e adequado, para que se afigure uma hipótese de legitimação extraordinária, em que o representante agirá em nome próprio na defesa de interesses de terceiros.

No caso em tela, a ação foi ajuizada em face de todos os proprietários de imóveis desabitados e fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador em todo o Município. Trata-se, na acertada visão da Douta Procuradoria de Justiça de “... uma coletividade incerta e indeterminada, sem vínculos fáticos e jurídicos concretos entre seus integrantes (suposta comunhão de possuidores e proprietários de imóveis abandonados e desocupados), como neste caso, que não possui obviamente representantes legítimos.”.

Ante a falta de indicação de um representante adequado para a coletividade colocada no polo passivo é que se deve considerar a petição inicial inepta e a ação carente”.

O curioso da decisão do Tribunal de Justiça é o fato de reconhecer a possibilidade da ação coletiva passiva desde que haja um representante adequado da coletividade, mas em nenhum momento indica qual seria esse representante no caso concreto e, diante do formalismo exacerbado, permite danos à saúde pública de uma coletividade muito maior do que a que figura no polo passivo da ação em mácula a direitos difusos de envergadura muito superior em comparação com o direito de propriedade.

A solução possível seria a indicação precisa de alguns proprietários, com a determinação da citação dos demais por edital, dando plena publicidade da ação nos meios de comunicação e viabilizando aqueles que desejarem a apresentação de defesa do grupo em juízo.

A representação adequada é elemento essencial e pode ser entendida como a “consonância entre a relevância de um interesse dentro do ordenamento e a postura de seu porta-voz em juízo”, sendo exigência do devido processo legal³⁶⁷ o que seria atendido pela viabilidade de participação nos autos dos interessados no caso das residências abandonadas ou com a recusa de permissão para ingresso dos agentes de saúde.

É possível, ao contrário do externado no parecer do Procurador de Justiça militante no caso, extrair uma origem comum na lesão à sociedade decorrente do abandono dos imóveis em condições sanitárias que potencializam a proliferação dos focos de dengue, especialmente, diante da necessidade de atendimento da função social da propriedade, preceito este consagrado na Constituição Federal.

Ora, em tese, diante do exercício do poder de polícia sanitário, já seria possível admitir o ingresso dos agentes de saúde em residências abandonadas em virtude da prevalência do interesse público sobre o particular, entretanto, mesmo nesses casos o Judiciário não apresenta entendimento uniforme. Em nossa experiência jurídica no exercício da Advocacia Pública já nos deparamos com decisões judiciais que exigiam prévia autorização judicial para práticas como tais e outras que diante do pedido prévio promoviam a extinção do processo sem resolução do mérito sob o argumento da ausência do interesse de agir, diante da prerrogativa do exercício do poder de polícia da Administração Pública. Essa indefinição e contradição só causa prejuízos para a sociedade atrasando a tutela da situação jurídica submetida à análise em prejuízo aos cidadãos e a sociedade como um todo.

Diante dessas ponderações, observa-se a necessidade de uma regulação da matéria ainda que em linhas gerais, a fim de impedir interpretações como a apresentada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em notória violação aos interesses relevantes da sociedade em geral.

O inverso não pode ser considerado como ação civil pública passiva, pois o ente público exerce o ato em função de normas editadas pelo Poder Legislativo e baseadas num Estado democrático de Direito, em que suas atividades são lastreadas na lei, sob pena de invalidade.

³⁶⁷VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 76-77.

Devido a esses motivos andou bem o projeto de código de processo coletivo paulista que foi incorporado pelo Ministério da Justiça, ao excluir a possibilidade dos órgãos e entidades públicas figurarem no polo passivo como representante da coletividade³⁶⁸.

A inclusão de um ente público como representante adequado de uma coletividade no polo passivo acaba sendo um contrassenso, na medida em que como ente estatal deve defender o multiculturalismo sem discriminação, contendo uma infinidade de direitos e deveres sociais congregados em seu seio, é muito pouco confortável a sua presença no polo passivo quando existem outros representantes mais adequados para os interesses em debate. Além disso, muitas vezes, o ente público poderia ingressar com a mesma ação direcionada contra ele em face do grupo realmente interessado nessa posição processual. Um exemplo dessa situação seria em face de questões religiosas, em que o Estado é laico, mas, deve assegurar que todas as religiões convivam em perfeita harmonia. Nesse caso, se um grupo religioso ingressar com uma ação em face do Estado, afirmando que outro segmento religioso estaria discriminando seus seguidores, ao recusar postos de trabalho, ainda que essa seja a religião adotada pela maioria da população do país, a ação deve ser direcionada à entidade religiosa e não ao ente estatal. E mais um complicador, se a entidade religiosa opõe-se a essa prática por parte de seus membros não seria ela adequada para os defender, mas sim um elemento identificado do grupo ou mais de um elemento em conjunto.

Quando se pretende colocar no polo passivo de uma ação entes complexos que congregam interesses diversos, não é possível atingir uma representatividade adequada, devido a variados conflitos internos que deslegitimam a atuação, inclusive podendo ser tal fato utilizado como argumento para impugnar essa representação, o que instabiliza demais a relação processual.

Se até na eleição de um advogado para defender a causa prefere-se um que acredite em sua substância, com maior razão quando se trata do próprio representante da parte em juízo.

³⁶⁸Em sentido oposto, criticando essa exclusão encontra-se a doutrina de Felipe Silva Noya:

“Todavia, inexistente qualquer razoabilidade no dispositivo uma vez que se há a possibilidade desses entes serem idôneos à tutela do grupo quando demandam, não há como se reconhecer uma presunção absoluta de inadequação apenas porque a coletividade está no polo passivo. O local que o porta-voz ocupa não guarda relevância para a percepção de sua adequabilidade que é vista, como visto alhures, através de diversas características e da própria forma em que se porta durante o processo (NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 205).

1.8. Precedente do Supremo Tribunal Federal

A *defendant class action* e a sua admissão em nosso ordenamento jurídico já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento passível de utilização no Brasil, num mandado de segurança (MS 26750) relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013, ajuizado por interessados em litisconsórcio ativo em face do Conselho Nacional de Justiça, tratando da questão de fundo relativa à supressão de parcelas que ultrapassavam ao teto remuneratório constitucional dos juízes. Nesse expediente judicial foi determinado o afastamento da notificação por edital de todos os interessados no procedimento administrativo, que sendo previamente identificados com localização certa demandariam uma comunicação pessoal ou por meio de sua entidade representativa, no caso a Associação dos Magistrados Brasileiros. Ao apreciar a questão, o STF ponderou entre os princípios do contraditório e da ampla defesa de um lado (devido processo legal) e os princípios da celeridade, economicidade, duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional de outro lado, reconhecendo a legitimidade de intimação da entidade associativa como representante adequado da coletividade de magistrados no polo passivo, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial. A decisão do STF faz várias menções à *defendant class action* em sua fundamentação e a representação adequada no polo passivo da ação em respeito ao devido processo legal coletivo que dispensa o exercício do contraditório individualmente³⁶⁹.

³⁶⁹“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MAGISTRADOS. TETO REMUNERATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. VANTAGENS PESSOAIS. ART. 65, VIII, DA LOMAN. PERCEPÇÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS EXTRAVAGANTES E EM DESCONFORMIDADE COM A ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA NACIONAL. ILEGALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 133 DO CNJ. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO DE TODAS AS PESSOAS DIRETAMENTE INTERESSADAS NO DESFECHO DA CONTROVÉRSIA ADMINISTRATIVA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DA INTIMAÇÃO PESSOAL. POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO ANALÓGICA DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO DO DEFENDANT CLASS ACTION. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. APARENTE CONFLITO. PONDERAÇÃO. RACIONALIDADE. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, ECONOMICIDADE PROCESSUAL, CELERIDADE, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INTIMAÇÃO DA ENTIDADE DE CLASSE LEGITIMAMENTE REPRESENTANTE DOS INTERESSADOS. REQUISITO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. CONSTITUCIONALIDADE. RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS DA MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA NO PCA. MANDADO DE SEGURANÇA PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) 5. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do artigo 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, o qual previa a ciência ficta de quem pode ser alcançado por decisão administrativa. Precedente: MS 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.03.2009.

6. A existência de interessado na manutenção do ato atacado, com legítimo interesse jurídico direto, impõe ao CNJ dar-lhe ciência do procedimento de controle administrativo.

7. A eminência das garantias processuais acarreta a conclusão de que, identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da efetividade deste para produzir a defesa do ato atacado. Precedentes do Plenário desta Suprema Corte: MS 27.154, Rel. Min.

Joaquim Barbosa, DJe 08.02.2011; MS 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.03.2009.

8. A aplicação conjunta dos princípios ampla defesa e contraditório (CRFB/88, art. 5º, LV) e dos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economicidade processual, celeridade e duração razoável dos atos administrativos e judiciais (CRFB/88, art. 5º, LXXVIII), como resultado da ponderação de valores constitucionais, concretiza-se na possível intimação da entidade de classe representante dos interessados na conclusão da controvérsia administrativa.

9. O exame de procedência da demanda coletiva passiva (defendant class action), cabível tanto no âmbito dos processos jurídicos quanto administrativos, afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório.

10. In casu, a questão de fundo do procedimento de controle administrativo impugnado gravita em torno do corte de parcelas nos vencimentos dos impetrantes, determinado pelo Conselho Nacional de Justiça no afã de se manter o teto e eliminar adicionais considerados ilegais.

11. Mandado de segurança parcialmente provido, tão-somente para anular o acórdão prolatado nos autos do PCA nº 489, na ocasião da 13ª Sessão Extraordinária do CNJ, em 12.06.2007, para que o Conselho Nacional de Justiça proceda a intimação de todos os interessados no desfecho da controvérsia, ou intimação da entidade de classe apta a representar os interessados de forma legítima e efetiva no processo administrativo, in casu, a AMB Associação dos Magistrados Brasileiros.

12. Restabelecimento da higidez dos efeitos da medida liminar deferida pelo CNJ anteriormente à análise de mérito, concedida na ocasião da abertura do Procedimento de Controle Administrativo, mais especificamente na 6ª Sessão Extraordinária realizada em 06.03.2007.

(...)

Ato contínuo, os impetrantes alegam, ainda, a nulidade da intimação por edital promovida pelo CNJ: “Muito embora tal chamamento venha embasado no art. 95 do RICNJ, não pode, por óbvio, uma norma administrativa, de cunho eminentemente interno de uma instituição, qualquer que seja ela, se sobrepor a uma Lei Federal, formalmente perfeita e em plena vigência e eficácia, impondo-se, com a devida vênia, seja a intimação por edital declarada nula de pleno direito, para que outra, formal e legal, seja efetuada, para que os interessados todos possam lançar mão do devido processo legal. (fl. 07).”

(...)

Ora, se incumbe ao Conselho Nacional de Justiça proceder, nos casos concretos, a tal avaliação, é inelutável que, em se tratando de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão - in casu os administrados -, não pode exercer sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando o postulado da plenitude de defesa, pois é certo que qualquer medida imposta pelo Poder Público - inclusive medidas administrativas emanadas pelo CNJ de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do due process of law (CRFB, art. 5º, LV). Pois bem. A garantia constitucional do contraditório indubitavelmente pressupõe que, em regra, quem vier a sofrer as consequências jurídicas de uma decisão processual, não pode sofrê-las como sujeito alheio ao processo; há de, mediante conhecimento prévio, ter oportunidade de participar eficazmente de todo o trâmite processual para ajudar a preparar e formar a decisão final, exercendo seu direito ou a capacidade de influenciar ativamente na condução e resultado do processo (Nicolo Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, Milano, A. Giuffrè, 1974, p. 371 tradução livre).

Desse modo, como decorrência sistemática e evidente da explícita regra do contraditório - que, embora objeto de disposição autônoma, compõe o princípio constitucional do due process of law - exige-se, como pressuposto da garantia, que o interessado jurídico tenha ciência efetiva dos termos da causa para que possa exercer os ônus de participar ativamente no processo. Não pode, pois, satisfazê-la nenhuma técnica de comunicação ficta, que, como a da ciência por editais, só se justifica em casos de intransponível impossibilidade de informação real.

Isso significa, portanto, não se poder admitir que um procedimento administrativo contenha uma facilitação relativamente ao processo de intimação, ou seja, no processo judicial se exige a intimação de acordo com o devido processo legal e no procedimento administrativo se autoriza, em casos como esse, que haja intimação por edital. Em hipótese alguma passa-se pelo crivo da constitucionalidade e proporcionalidade.

(...)

Ademais, importante enfatizar que a inobservância do contraditório e da ampla defesa, quando tão bem caracterizada como no caso dos autos, não exige argumentação complementar que identifique, antes mesmo do ingresso na relação de processo, o efetivo prejuízo causado pela ausência, tendo por base o princípio do pas de nulité sans grief. É que, a eminência das garantias processuais acarreta a conclusão de que, identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da intensidade do potencial ou da aptidão do interessado para produzir a defesa do ato atacado. Eventuais abusos, como a apresentação de argumentos meramente protelatórios, podem ser combatidos pelos instrumentos legais existentes. Por outro lado, é certo que nenhuma norma constitucional,

nem mesmo a regra do *due process of law* ou do contraditório, pode ser interpretada isoladamente.

(...)

Em outras palavras, cabe ao intérprete conciliar as normas constitucionais cujas fronteiras não se mostram nítidas à primeira vista, assegurando a mais ampla efetividade à totalidade normativa da Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa. (Nesse sentido é a abalizada doutrina nacional, v.g.: José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 672-700; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 493-530; Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343-365, dentre outros. Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e de regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência.

(...)

E por não ser lícito, mesmo nessas hipóteses, a ablação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado do método ponderativo há de ser o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios em jogo, identificando-se o peso prevalecente de uma das normas com o devido balizamento por parâmetros interpretativos que reduzam a arbitrariedade e estimulem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório. Nesse caminhar, a controvérsia narrada nestes autos coloca em aparente rota de colisão princípios constitucionais garantidores da efetivação, no campo material, da intimação pessoal de todos os interessados no PCA mais de 3.000 (três mil) juízes e desembargadores (fls. 39-140). De um lado, verifica-se os já citados princípios da ampla defesa e contraditório (CRFB/88, art. 5º, LV) e, do outro, os princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economicidade processual, celeridade e duração razoável dos atos administrativos e judiciais (CRFB/88, art. 5º, LXXVIII). Desse modo, em se constatando aparente conflito de princípios constitucionais, há que se buscar uma correta ponderação que leve a um equilíbrio entre eles, mantendo assim uma racionalidade, controlabilidade e proporcionalidade na interpretação constitucional que deve ser dada ao caso. Esse sistema próprio de equilíbrio e ponderação entre princípios jurídicos provoca imperativamente uma análise científica daquilo que o Ministro Gilmar Mendes (Revista de Informação Legislativa nº 122/297), examinando decisões da Corte Constitucional alemã chamou de processo da ponderação. Com a lucidez que lhe é própria, disse o Ministro Gilmar Mendes que "no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Nesse aspecto, entendo que, da melhor análise conjunta dos princípios em aparente colisão, deve-se resgatar o que **a experiência norte-americana denomina *defendant class action*, instrumento maior da ação representativa, na qual os titulares do direito, ou os interessados na resolução da lide, o que ocorre in casu, são representados em juízo, ainda que no âmbito administrativo, por legitimados para tanto, que defendem o direito da classe em nome próprio. Importante frisar que, apesar de polêmico, o tema não é bem uma novidade no direito positivo brasileiro. A partir de uma interpretação sistemática, o ordenamento jurídico admite claramente seja incluída a entidade representante de classe na posição de legitimado passivo nas demandas coletivas.** Apenas à guisa de exemplos, vale apenas conferir o que dispõe o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao afirmar que Art 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, assim como o art. 5ª, § 2º, da Lei nº 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública, que faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes, verbis: Art. 5º, § 2º - Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. Não discrepa deste entendimento a doutrina de Kazuo Watanabe (Código brasileiro de defesa do consumidor. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 828), o qual salienta, com a lucidez característica de suas obras, que o ordenamento jurídico brasileiro permite seja incluída a classe na posição de legitimado passivo, desde que observado o requisito da representatividade adequada. Antes de adentrar no mérito deste instituto, que a doutrina e uma parte recente da jurisprudência nacional vem dedicando seus esforços para compreender e utilizar analogicamente a prática norte-americana no âmbito das lides judiciais, faz-se necessário enfatizar que seu foco de atuação é específico das ações coletivas tuteladoras de interesses individuais homogêneos, nos quais a entidade de classe representante de seus afiliados integra - tanto ativamente (*plaintiff class action*) quanto passivamente (*defendant class action*) - um dos polos de determinada lide para defender ou buscar determinado interesse daquela coletividade. Não por outro motivo, entendo que tal instituto também merece lugar quando em tela processos de natureza administrativa - nos quais as questões de fato e de direito sejam comuns a todos os membros da classe representada -, pois

consiste em buscar o melhor interesse dos administrados em termos de economia e celeridade processuais, acesso à justiça e efetividade do direito material, sem deixar de lado o princípio do devido processo legal e seus derivados. Pois bem. Estabelecida essa premissa, necessário se faz ressaltar o fato de que a devida **caracterização de uma class action deve-se ter, como elemento essencial, a existência de um vínculo de representação entre as partes que defendem os interesses do grupo e os integrantes da classe representada, os quais são chamados, doutrinariamente, de membros ausentes. Por certo, a existência de um vínculo de representação conduz à uma relativização da liberdade de escolha e da autonomia típica dos litigantes quando em tela a tutela individual** (v.g., participar diretamente do processo e contratar advogado para elaborar defesa própria). **Assim é que, para manter a ponderação adequada entre os princípios constitucionais invocados e preservar sobremaneira o due process of law, faz-se necessário que esteja preenchido o que requisito de admissibilidade específico, denominado representatividade adequada (adequacy of representation), vale dizer, necessário se faz que os membros ausentes tenham sido.**

Convém, neste particular, colacionar o magistério de Ada Pellegrini Grinover (Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 57-58), que preleciona que: “Com efeito, a cláusula da representatividade adequada tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria. Por ela, a parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando concretamente o grupo titular do interesse, que terá exercido seus direitos processuais, através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao representante. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ultra partes, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da causa, mas configuraria, antes, um novo conceito de representação substancial e processual, adaptado às novas exigências emergentes na sociedade.” É com base nesse entendimento que entendo que a necessária ponderação conduz à impositiva oportunidade que todos os interessados devem possuir de tomar ciência dos atos processuais que possam vir a lhes afetar a situação jurídica, e que possam, desde que queiram, apresentar suas razões de defesa. Contudo, para que se preserve o princípio da efetividade e da duração razoável dos atos administrativos, a necessária defesa de interesses se concretiza, da forma mais célere, eficaz e menos dispendiosa possível, com a intimação da entidade de classe representante daqueles interessados, a qual deverá ser capaz de defender adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo, ou melhor, os pontos de defesa da entidade de classe devem ser os mesmos dos interessados. De fato, não seria razoável imaginar o contrário. Sendo certo que as entidades de classe de âmbito nacional possuem legitimidade ad causam inclusive para propor ação direta de constitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 103, IX), não faria sentido que não se permitisse também a presença de tais entidades no polo passivo das ações coletivas, ainda quando em se tratando de processos administrativos, como visto acima, na defesa dos interesses coletivos da categoria. In casu, não parece haver dúvidas que a entidade de classe representante para a defesa dos interessados no PCA, ora impugnado, é a Associação dos Magistrados Brasileiros AMB, pois resta mais que evidente o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais de tal entidade com o conteúdo fático-jurídico do procedimento de controle administrativo. Dessa maneira é que se pode afirmar que a AMB poderá (e deverá) se assim entender o CNJ -, na medida do possível, atuar em defesa dos interesses coletivos de tal maneira que o resultado final o julgamento do PCA em nada se alteraria caso todos os interessados tivessem apresentado, individualmente, suas defesas. Tal entendimento possui embasamento na autorizada doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (Ação Civil Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 141) que, em percutiente análise, defende o seguinte, verbis: “Se é possível admitir somente para algumas pessoas a condição jurídica para utilização desse específico instrumento protetivo, não teria sentido fixar qualquer restrição no que toca à legitimação passiva. A ofensa aos interesses difusos e coletivos, que justifica a posição de parte legítima passiva para a causa, pode muito bem derivar não apenas de atos e fatos do Poder Público, incluindo-se aí as pessoas da administração indireta, como ainda de práticas imputáveis a particulares. A legitimação passiva, desse modo, haveria que ter toda a amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que os vulnerasse.” Assim é que entendo que a obrigatória observância do chamado devido processo legal coletivo (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada Teoria Geral das Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2006, p. 269 e s.), não exige a intimação prévia - equivalente à citação no processo jurisdicional - de todos aqueles que poderiam ser prejudicados pelos efeitos da decisão, vale dizer, de todos os desembargadores e juizes, ativos e inativos, pertencentes ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, mas sim que eles sejam ao menos representados de forma adequada. Além disso, certo é que o exame de procedência da demanda coletiva passiva (defendant class action) - desde que os interessados sejam legitimamente representados pela entidade de classe - afeta a esfera individual dos associados

Diante de todos os julgados supracitados, o que mais se aproxima do real conteúdo da ação coletiva passiva e da *defendant class action* é a posição externada pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a representatividade da coletividade num procedimento administrativo, mas nada impediria a sua utilização na via judicial, como o próprio Pretório Excelso reconheceu.

Na Espanha, há um princípio denominado de *doctrina de los actos propios*, que impede que um órgão ou entidade depois que reconheceu a representatividade de alguma outra entidade (em geral no âmbito administrativo) venha a se escusar de reconhecê-la em juízo, contudo, sempre pode ser possível ao Judiciário analisar de ofício matéria de ordem pública³⁷⁰.

Além disso, resta claro pelo teor do voto que essa representação visa vincular todos os interessados pela presença da associação de magistrados no polo passivo administrativo, sem que o procedimento fosse uma ação civil pública, ou seja, sem o uso do microssistema

independentemente do exercício pessoal do contraditório. Nesse diapasão é a preciosa lição de Ada Pellegrini Grinover (Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos versão eletrônica), “a ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na *defendant class action*, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.” Andre Vasconcelos Roque (*Class Actions*, Rio de Janeiro: JusPodivm, 2013, p. 133) também se debruçou sobre a questão, observando com agudeza que: “O controle da representatividade adequada possui duas funções muito importantes: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros.” Portanto, a *defendant class actions*, indubitavelmente aplicável ao caso, representa a saída que o mecanismo da ponderação entre os princípios constitucionais proporciona para a solução do caso, mantendo hígida a sempre necessária observância do devido processo legal. Desse modo, para favorecer a devida economia processual e permitir que sejam apreciadas pretensões que, de outra forma, jamais seriam concretizadas, é que se admite processos administrativos (e judiciais) de natureza representativa. A conclusão se faz evidente. Como seria materialmente impossível que todos os envolvidos participassem ativamente do processo administrativo, admite-se que eles atuem através da entidade de classe representante, que deverá tomar as decisões sempre buscando os reais interesses de seus membros, valendo-se de todas as providências processualmente cabíveis. Por derradeiro, ressalto que a concessão da segurança pretendida deve se ater, tão-somente, à garantia do contraditório e da ampla defesa, e, portanto, versar os atos estritamente dependentes do vício formal apontado. Não se constrói a concessão desta ação mandamental de modo a impedir o Conselho Nacional de Justiça de apreciar novamente a questão que lhe foi submetida com o PCA nº 489, neste mesmo processo ou em outro, desde que sanado o reconhecido vício de intimação. Ex positis, **CONHEÇO da ação e CONCEDO PARCIALMENTE a segurança, tão-somente para anular o acórdão prolatado nos autos do PCA nº 489, na ocasião da 13ª Sessão Extraordinária do CNJ, em 12.06.2007, para que o Conselho Nacional de Justiça proceda a intimação de todos os interessados no desfecho da controvérsia, ou a intimação da entidade de classe apta a representar os interessados de forma legítima e efetiva no processo administrativo, in casu, a AMB Associação dos Magistrados Brasileiros**. Finalmente, por entender que o tema de fundo do PCA resta juridicamente incólume, pelas razões acima expostas, entendo por bem RESTABELEECER, como consequência do provimento parcial desta ação, com esteio no art. 250 do Código de Processo Civil, a higidez dos efeitos da medida liminar deferida pelo CNJ anteriormente à análise de mérito, concedida na ocasião da abertura do Procedimento de Controle Administrativo, mais especificamente na 6ª Sessão Extraordinária realizada em 06 de março de 2007. Publique-se. Int.. Brasília, 11 de novembro de 2013. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente. (MS 26750, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013, publicado em DJe-225 DIVULG 13/11/2013 PUBLIC 14/11/2013) (omissões e destaques nossos).

³⁷⁰Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 183-184.

dos processos coletivos, nem se discute variação de efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*. Essa representação independe dos juízes estarem ou não associados à entidade.

No exemplo citado, se o CNJ administrativamente dá razão aos fundamentos dos magistrados, nada impediria a discussão da questão em juízo.

Ora, qualquer que seja o expediente utilizado deve ser consagrada a representação adequada, havendo necessidade efetiva do uso de uma ação civil pública para impor a todos os magistrados a supressão dos valores percebidos a título de remuneração que exorbite do teto constitucional, uma vez que diante do interesse público (difuso e coletivo imanente) sob a perspectiva do polo ativo, essa seria a medida adotada, por exemplo, pelo Ministério Público para determinar a suspensão desses pagamentos, o que atrairia o uso do microsistema dos processos coletivos.

Nesse contexto, resta claro que quando se usa o instrumento da ação civil pública somente os legitimados pela lei poderão ingressar em juízo e direcionando a ação em face da Associação Brasileira dos Magistrados (Ação Civil Pública Passiva), diante do interesse público que implica não só em interesse coletivo, mas também difuso no respeito aos princípios da moralidade e legalidade, dentre outros em afronta à Constituição e à sociedade, os efeitos da coisa julgada ficariam condicionados ao sistema do CDC conjugado com a LACP. Nada impediria que a pessoa jurídica de direito público responsável pelo pagamento desses valores fosse arrolada no polo passivo para que suspendesse esse pagamento se houvesse recusa em proceder com a interrupção do pagamento dos valores administrativamente.

Em atenção aos objetivos da presente pesquisa, deve-se salientar que, ao final deste primeiro capítulo, respondeu-se em parte as duas primeiras indagações apresentadas na introdução quais sejam: a) existem ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico?; b) se existem como se dá a abordagem da doutrina e da jurisprudência no direito processual civil e trabalhista?

Por opção metodológica restringiu-se a abordagem, nesse primeiro capítulo, ao processo civil no intuito de traçar os parâmetros gerais necessários para uma avaliação analítica do processo do trabalho, dada a aplicação subsidiária daquele neste último, a ser realizada no quarto capítulo após se esgotar o estudo essencial da legitimidade, da representatividade e da coisa julgada no segundo e no terceiro capítulo acerca dos direitos coletivos em sentido amplo e as alterações promovidas pelo NCPC de 2015 em cotejo com as propostas de reforma existentes.

No intuito de uniformizar o tratamento dado à matéria e viabilizar uma perspectiva analítica facilitadora do uso do instituto, propõe-se uma definição de ação coletiva em sentido amplo, ora reproduzida:

As ações coletivas em gênero contemplam uma gama ampla de modalidades de processos (procedimentos comuns e especiais) seja por meio da representação processual, seja pelo instrumento da substituição processual ou, ainda, por mecanismos similares decorrentes da autorização do artigo 18 do NCPC de 2015 que permitam num dos polos da ação um grupo considerável de pessoas (físicas ou jurídicas), concreta ou abstratamente representadas e, por conseguinte, integradas na relação jurídica processual em respeito ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa) para postular ou em face delas se postularem direitos e interesses múltiplos sem a necessidade de que cada um dos interessados figure pessoalmente no processo como parte.

Esse conceito mais amplo englobaria também a representação processual que, na realidade, aproxima-se mais do litisconsórcio, contudo, como visto nas linhas acima, a aceção das ações coletivas numa concepção mais restrita limitar-se-ia à presença abstrata da coletividade no polo ativo ou passivo, afastando a representação processual e, por conseguinte, admitindo apenas a substituição processual e a representação orgânica da coletividade.

Assim, após essa definição, cabível a averiguação de alguns dos seus principais elementos, dentre os quais a legitimidade de parte e sua representatividade em juízo, que se dará na sequência.

2. LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

O devido processo legal coletivo é um conjunto amplo de elementos tendentes a possibilitar uma sentença de mérito sobre determinada situação coletiva visando à pacificação do conflito, mas para isso ser alcançado o primeiro e talvez mais importante elemento processual consiste na legitimidade e na representatividade adequada, que será abordada nesse capítulo e influenciará o subsequente, na medida em que a coisa julgada depende dessa representação da coletividade no polo passivo da demanda coletiva.

As circunstâncias mais relevantes da coletividade no polo passivo englobam a análise de aspectos essenciais, como a viabilidade de se aplicarem aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos os limites subjetivos da coisa julgada e a representação adequada³⁷¹.

Nos estudos e projeções de normatização constata-se uma maior preocupação com a representação adequada e com os efeitos da coisa julgada³⁷².

Assim, no intuito de delimitar essa legitimidade e representatividade, é necessário percorrer uma série de institutos jurídicos, objetivando compreender o conteúdo desses elementos.

2.1. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Há diversas teorias sobre a natureza dos interesses supraindividuais, demonstrando a variedade de motivos (terminológicos ou conceituais) que derivam na catalogação desses direitos por correntes doutrinárias como privado ou público, sendo mais facilmente identificável os individuais homogêneos com os privados, apesar da polêmica acentuada persistir em relação aos demais³⁷³.

O artigo 81 do CDC assim dispõe:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de

³⁷¹Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva, cit., p. 260.

³⁷²Cf. Id. Ibid., p. 263.

³⁷³Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 54.

peças ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
 III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Na concepção de Ada Pellegrini Grinover existem duas espécies principais de direitos coletivos: os direitos difusos e os individuais homogêneos, os primeiros subdividem-se em difusos em sentido estrito e coletivos em sentido estrito. Os difusos em sentido estritos são titularizados por “coletividade de pessoas indeterminadas” enquanto os coletivos em sentido estrito, apesar de indeterminadas as pessoas, estão ligadas entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica base, o que os torna potencialmente identificáveis e determináveis. Ambos difusos e coletivos em sentido estrito são indivisíveis enquanto os individuais homogêneos são divisíveis e vinculam pessoas perfeitamente determinadas, que podem dispensar a tutela coletiva e ingressar com ações individuais³⁷⁴.

Os interesses difusos e coletivos encontram-se numa posição intermediária com limites imprecisos entre os interesses públicos³⁷⁵ (o gozo e o exercício dos direitos ou interesses por um indivíduo não restringe o exercício desses mesmos interesses pelos demais) e os individuais (admite a apropriação exclusiva e, por isso, o usufruto de um restringe o de outros indivíduos), circunstância esta que os moldaram num terceiro gênero que depende da análise da *relevancia colectiva y la participación*, cujo caráter heterogêneo dos mencionados interesses de grupos³⁷⁶ em sentido amplo prejudica uma perfeita delimitação de sua divisão entre os integrantes do grupo devido à multiplicidade de situações que impedem uma ponderação isolada do individual frente ao coletivo³⁷⁷.

Como bem ressaltou Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(...) se originariamente a ordem jurídica podia ser concebida em termos da *summa divisio* – público/privado-, em nossos dias já não é mais assim, sobretudo devido à ascensão dos chamados *corpos intermediários*, que se intercalaram entre o Estado e os indivíduos, acarretando o aparecimento de uma *zona cinzenta*, insuscetível de perfeita redução aos campos ‘público’ ou ‘privado’³⁷⁸. (destaques no original)

³⁷⁴Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 229-230.

³⁷⁵Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 30-31.

³⁷⁶“(…), por un lado nos encontraríamos con un grupo de intereses propiamente individuales, referidos a bienes divisibles, susceptibles de apropiación y goze diferenciados, pero que por razones de protección se unen y, por outro lado, estarían lo que llamábamos intereses de grupo, o intereses difusos y colectivos, propiamente dichos, referidos a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva, son intereses de cada uno y a la vez de todos los miembros del grupo, en los que todos son titulares pero ninguno de ellos es propiamente el titular en sentido clásico” (BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 97).

³⁷⁷Cf. Id. Ibid., p. 211-212.

³⁷⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, cit., p. 23.

Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, ao apreciar os interesses coletivos oriundo das relações sindicais e econômicas, pondera que se consolidaram como pertencentes a “una categoría particular, un interés verdaderamente particular que no tiene que ver con el interés público”, desmembrando-se da relação conflitual restrita ao interesse individual *versus* interesse público próprio do Estado Liberal³⁷⁹

O mesmo autor identifica nos interesses difusos uma origem “en grupos más vastos, vienen sentidos por el ciudadano mismo y son próximos al interés público, se dice que son un nuevo modo de entender el interés público”, que não mais é exclusivo do Estado (enquanto entidade isolada do contexto social), mas implica no regime democrático a ser “fruto de la mediación de los intereses sociales”³⁸⁰.

Há diferenças entre a compreensão de interesse comum e interesse coletivo, pois a base estrutural entre eles sustenta-se em direitos individuais ou do grupo, classe e categoria, o que propiciou a Lorenzo Mateo Bujosa Vadell estabelecer o comum como “interés que tiene singularmente cada miembro del grupo, que se repite y es coincidente con el de los demás”, divergindo do coletivo que consiste no interesse que “es de uno y también de los demás componentes del grupo, de uno y de todos”³⁸¹.

Os interesses difusos e coletivos em sentido estrito aproximam-se materialmente do interesse público, mas não subjetivamente, pois, ao mesmo tempo, todos os integrantes da coletividade ou de uma determinada classe são titulares e isoladamente nenhum indivíduo o é, pois o foco é o grupo enquanto titular³⁸².

Alcides A. Munhoz da Cunha, ao definir os direitos difusos, esclarece que:

“A característica da indeterminação dos sujeitos, que são os co-titulares dos interesses difusos, evidencia-se porque estes sujeitos estão ligados entre si tão somente em virtude de circunstâncias de fato. Vale dizer, os co-titulares dos interesses difusos não possuem vínculos jurídicos formais com a parte contrária (com aquele ou aqueles que estão lesando ou ameaçando de lesão os interesses que se quer preservar). E, de outro lado, precisamente porque estão unidos entre si apenas por circunstâncias de fato, não tem condições de se organizar em grupo, classe ou categoria de pessoas de modo a abranger todos os possíveis interessados (art. 81, I, do Código do Consumidor)”³⁸³.

Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, ao analisar os “interesses de grupo”, assevera que “es un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco”, sendo necessário, portanto, uma delimitação substancial e não exclusivamente conceitual em associação com instrumentos de índole processual mais afetos a uma tutela efetiva de seu conteúdo, visto que as normas

³⁷⁹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 64-65.

³⁸⁰Cf. Id. Ibid., p. 65.

³⁸¹Cf. Id. Ibid., p. 97.

³⁸²Cf. Id. Ibid., p. 212.

³⁸³CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 232.

de proteção existem no sistema jurídico³⁸⁴.

A tutela dos interesses difusos na concepção de Mauro Cappelletti é uma das mais complexas, diante das demandas de massa decorrentes das relações sociais e da interação dos vários interesses de grupo em algumas situações em conflito³⁸⁵.

Diversas são as formas de denominação dos direitos difusos e coletivos pela doutrina, indicando tratar-se de interesses: metaindividuais, supraindividuais, superindividuais, dispersos, de classe, anônimos, sem dono, profissionais, de categoria, sociais, coletivos, de grupo, difusos, propagados, difundidos, fragmentários, sem estrutura, dentre tantos outros, ora pressupondo as designações como sinônimas, ora com limites distintos numa multiplicidade de conceitos³⁸⁶.

Andrea A. Meroi, sobre o uso de diversas designações para a mesma realidade (direitos difusos), expõe:

“Ostensiblemente, la *multivocidad* y *equivocidad* terminológica en el tratamiento de este tema ha sido y es uno de los factores que más ha entorpecido su comprensión. Parece entonces evidente que sólo acordando primero en el significado de esas locuciones o, al menos, en la descripción del fenómeno (más allá de las preferencias terminológicas) habremos recién habilitado el debate sobre el próprio problema y sus posibles soluciones”³⁸⁷.

Não é sem razão que a doutrina costuma designá-los como “difusos, profusos e confusos”, sendo essencial a diferenciação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos para um mais preciso tratamento pelo direito processual, bem como a consolidação desses institutos e seu caráter tutelar³⁸⁸.

Ferruccio Tommaseo os concebe como “*interessi non soggettivati*”, agregando que “*appartengono a tutti in generale ma a nessuno in particolare*”³⁸⁹.

Lorenzo Bujosa Vadell identifica bem essa dificuldade de estabelecer limites precisos e bem delineados entre os direitos coletivos em sentido amplo, ao afirmar que “no es tarea fácil delimitar dónde en concreto puede considerarse que empieza a existir una certa organización o una determinabilidad suficiente para que se trate de intereses colectivos y no de intereses difusos”³⁹⁰.

Na realidade, “o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base

³⁸⁴Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 55-56.

³⁸⁵Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 150.

³⁸⁶Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 59-60.

³⁸⁷MEROI, Andrea A. op. cit., p. 44.

³⁸⁸Cf. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difuso*, cit., p. 441.

³⁸⁹TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*, cit., p. 86.

³⁹⁰BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 148.

das pessoas entre si ou com a parte contrária”³⁹¹.

Os interesses difusos e coletivos em sentido estrito são transindividuais sob uma perspectiva subjetiva e indivisíveis numa ótica objetiva, em que neste último caso “a indivisibilidade deve ser apreciada a partir da pretensão deduzida, ou seja, dos objetos imediato e mediato do pedido formulado”. Nesse contexto de indivisibilidade (material ou jurídica), a solução enseja um “tratamento unitário” típico dos litisconsórcios unitários como no pedido imediato (tutela jurisdicional) tendente à declaração de anulação de ato jurídico ou no mediato (bem jurídico) ao preservar o meio ambiente³⁹².

No caso dos interesses individuais homogêneos, os titulares são as pessoas isoladamente consideradas, mas com empecilhos à defesa desses direitos, por conseguinte, necessitam do apoio do grupo para fortalecer a sua posição no processo, variando a doutrina ao estipular tais interesses como uma simples soma dos pertencentes a cada indivíduo (interesse imediato dos indivíduos) ou uma amálgama deles (interesse mediato dos indivíduos e imediato do grupo), contudo, independentemente do enfoque, há sempre uma constante “toma relevancia el grupo en su conjunto, por lo que se tiende a considerar a aquellos intereses em su globalidad”³⁹³.

Esses direitos individuais homogêneos, em que pese poderem ser exigidos diretamente pelos particulares, percebe-se que, diante da magnitude da lesão, atingindo massas de pessoas de maneira progressiva em relações jurídicas típicas da era da globalização, também ensejam uma tutela coletiva, sendo oportuna a transcrição dos posicionamentos da doutrina.

Gutiérrez de Cabiedes e Caviedes afirmam:

“Ahora bien, sin perder de vista que nos encontramos ante derechos individuales, particulares de personas concretas que han sufrido determinados perjuicios como consecuencia de una actuación ilícita y de que son sólo ellos quienes pueden y deben disponer de los mismos, cabe preguntarse si no es posible (dadas las dificultades de acceso a la justicia y de defensa atomizada de las posiciones jurídicas de cada uno de ellos, a las que aludimos en un momento anterior) la articulación de mecanismos procesales que hagan factible la tutela conjunta de las mismas, que les permita una defensa simultánea, con economía de tiempo y de esfuerzos, valiéndose de la asistencia de quien tiene mayor disponibilidad y medios que cada uno de los particulares aisladamente.

La respuesta a este interrogante ha de ser, en nuestra opinión, afirmativa. Lo es ya con los instrumentos de que nuestro ordenamiento jurídico vigente dispone, pero éste habrá de afrontar las reformas necesarias para que esta defensa pueda articularse de modo más definido y eficaz”³⁹⁴.

³⁹¹MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 181.

³⁹²Cf. Id. Ibid., p. 174-180.

³⁹³Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 212-213.

³⁹⁴GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. op. cit., p. 442.

Mauro Cappelletti identifica como fragmento dos direitos difusos, o que para nós aproxima-se dos direitos individuais homogêneos, salientando a situação indefesa do indivíduo que, ao ser vítima de um produto defeituoso, não detém “suficiente motivação, informação, força econômica” e, na hipótese de obter êxito na demanda, o impacto no violador dos direitos seria insignificante diante da pouca representatividade de sua ação individual, ensejando a continuidade das práticas ilícitas³⁹⁵.

Na concepção de Alcides A. Munhoz da Cunha, os direitos individuais homogêneos não se constituem num terceiro gênero de direitos supraindividuais, mas sim numa “peculiar modalidade de interesses difusos ou coletivos”:

“Tem-se dito que nestes casos os interesses são individuais e não meta-individuais, porque a própria lei os qualifica como individuais, porém homogêneos, por ter origem comum. Todavia, a despeito deste *nomen in iuris*, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que tem origem comum”³⁹⁶.

O estudioso identifica que a divisibilidade e a individualização do direito somente ocorrem na liquidação³⁹⁷ e execução individual ou coletiva, com a necessidade de definição do *quantum debeat*, já que a condenação genérica já determinou o dever de pagamento, pois para a formação da mencionada condenação almeja-se “um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção da condenação”³⁹⁸.

Esse interesse individual homogêneo de origem comum que aproxima seus titulares e não se confunde com outros de natureza coletiva em sentido estrito, em que só a satisfação do todo ou grupo alcança o indivíduo é salientado por Bujosa:

“El interés común supondría que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar a los demás miembros, pero no se impide que cada uno de ellos pueda obtener individualmente la satisfacción de su interés; frente a ello hay otros intereses de grupo en que la satisfacción del individuo está limitada: sólo podrá satisfacer su interés en los límites en que sea satisfecho el interés de los demás, hay pues una recíproca interdependencia”³⁹⁹.

³⁹⁵Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 150.

³⁹⁶CUNHA, Alcides A. Munhoz da. op. cit., p. 233.

³⁹⁷Amauri Mascaro Nascimento diverge do entendimento de que a sentença genérica possa ser esmiuçada na fase de liquidação afirmando que “se o juiz tiver de apreciar situações individuais específicas, a sentença não será genérica” ponderando que ao aprecia essas questões na fase de execução estar-se-ia limitando a possibilidade probatória transferindo para essa fase matéria própria do conhecimento. (Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa do direito coletivo em ação civil pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 97, p. 8, maio 2008).

³⁹⁸Cf. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. op. cit., p. 233-234.

³⁹⁹BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 97.

Apreciando a questão, pode-se concluir que as demandas intercalam direitos difusos⁴⁰⁰, coletivos e individuais homogêneos, em que a sentença de pacificação da controvérsia irá apresentar vários capítulos, a depender dos direitos e interesses discutidos. Diante disso, se forem especificadas obrigações de fazer ou não fazer, há necessidade de averiguar o que se pretende resguardar para identificar o direito protegido, situação muito comum no direito do trabalho em que as decisões apresentam inúmeros tópicos. Da mesma forma, se for especificada uma condenação genérica, a indenização poderá afetar a esfera individual de um interessado não integrante da lide⁴⁰¹ ou a própria sociedade, como acontece com o instituto do dano moral coletivo.

Assim, nos interesses individuais homogêneos, justifica-se o tratamento coletivo da matéria, possibilitando uma linha comparativa com o dissídio coletivo no direito do trabalho que abstraída as peculiaridades do procedimento ao discutir melhores condições de trabalho e de remuneração, almeja uma espécie de sentença genérica que vinculará todas as partes e interessados (sindicatos e trabalhadores), influenciando nos contratos individuais de trabalho, apesar do caráter constitutivo do dissídio econômico. Ainda em relação ao direito do trabalho é difícil delimitar onde inicia e termina o direito individual homogêneo e o direito coletivo da categoria.

Numa acepção ampla, os direitos trabalhistas, nesse caso, mesclam-se especialmente com os coletivos e os individuais homogêneos, pois os trabalhadores poderão ingressar com ações trabalhistas solicitando o não pagamento de um direito instituído no dissídio coletivo econômico por meio de uma ação de cumprimento por si só ou mediante os sindicatos como substitutos processuais. Ao mesmo tempo em que somente por meio de suas entidades de classe alcançou-se um conjunto de normas tendentes a propiciar melhores condições de trabalho.

Pedro Paulo Teixeira Manus, de maneira abalizada, propõe uma diferenciação baseada na titularidade do direito em discussão, ou seja, pertencente à categoria como um todo ou aos trabalhadores individualmente considerados⁴⁰², mas mesmo assim permanece a

⁴⁰⁰“(…), os interesses difusos, como interesses comunitários, são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 226).

⁴⁰¹Cf. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 234.

⁴⁰²“(…), no âmbito do Direito do Trabalho, fica clara a distinção entre direitos individuais e coletivos. Toda

questão do entrelaçamento acima narrada, com uma dificuldade acentuada para delimitar em compartimentos estanques os direitos trabalhistas postulados em juízo, dada a sua maior permeabilidade e entrelaçamento.

Diante da fragilidade individual da defesa do direito difuso ou coletivo, propugna-se a organização do grupo ou da categoria, a fim de proporcionar uma melhor administração de seus interesses, criando um “ator ideológico” para atuar na defesa desses interesses⁴⁰³.

Na concepção de Mauro Cappelletti, essa fragilidade compõe o que denomina de “pobreza organizativa”, em que o indivíduo isolado (a pobreza está na fragilidade e não na ausência de bens ou numerários) não possui força suficiente para enfrentar, por exemplo, os fabricantes de produtos adulterados ou as indústrias poluidoras e, nesse caso, por se tratar de uma demanda de massa, apenas a organização das vítimas ou potenciais ofendidos pode equilibrar o desnível existente na defesa de seus direitos em juízo por meio de “formas associativas de tutela” que destoam das clássicas adotadas pelo processo civil⁴⁰⁴.

No tradicional exemplo doutrinário de conflito de interesses na introdução de uma indústria poluente numa área com potencial de agressão ao meio ambiente, em que estariam em conflito, no mínimo, três interesses: Estado (geração de receita por meio de tributos); habitantes da região (aumento dos postos de trabalho e injeção de recursos na economia) e o da população em geral (preservação do meio ambiente)⁴⁰⁵, percebe-se que a situação não se restringe apenas a essas três posições, pois como os direitos da coletividade são complexos, com limites pouco definidos, há um entrelaçamento de seus conteúdos que impedem uma classificação precisa.

vez que se cogita de direitos que dizem respeito a uma categoria ou parte dela, direitos que transcendem o plano individual e que, portanto, são indivisíveis, cogitamos de direito coletivo. São expressos, normalmente, pelas cláusulas constantes de acordos ou convenções coletivas, no caso de negociação direta entre empregados e empregadores, exprimindo uma forma de autocomposição de um conflito coletivo do trabalho. Do mesmo modo, cada cláusula de sentença normativa expressa um direito coletivo atribuído a certa categoria, em determinado espaço de tempo (prazo de vigência da norma) e em determinado espaço físico (base territorial da categoria). Trata-se de direito coletivo expresso pela via heterônoma de solução de conflito coletivo de trabalho, que é a arbitragem compulsória pela Justiça do Trabalho. Já o direito de um empregado, individualmente considerado, ou de um grupo de empregados, ou mesmo de todos os empregados, mas sempre considerados concretamente pertencentes a cada um, significa cogitar de direitos individuais homogêneos e nunca de direitos coletivos.” (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Substituição processual no processo do trabalho. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 15, ago./nov. 1996. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20394/substituicao_processual_processo_trabalho.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016).

⁴⁰³Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 151.

⁴⁰⁴Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, cit., p. 131-132.

⁴⁰⁵Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 31.

No mencionado exemplo, ainda que haja interesse do Estado no aumento de receita tributária, deve-se recordar que o vazamento de poluentes ou o prejuízo ambiental trará reflexos na saúde dos cidadãos que residem na região, que estarão expostos a riscos que se consolidados ocasionarão maiores gastos dos cofres públicos com o Sistema Único de Saúde, que, por sua vez, se incapacitantes, as consequências poderão ensejar aposentadorias custeadas pela Previdência Social, demonstrando reflexos difusos que autorizariam o próprio ente estatal impedir a instalação do complexo industrial.

Da mesma forma, os habitantes do local ainda que interessados na disponibilização de maior número de empregos também por receio de serem afetados em outras atividades econômicas, como o turismo ambiental e em relação à saúde dos integrantes da comunidade podem rechaçar essa instalação, ou seja, as posições não são estáticas e perfeitamente definidas em zonas de interesses diante da multiplicidade de interação desses interesses no caso concreto.

Além disso, pode-se conceber ausência de unanimidade em relação aos pontos de vistas, sendo factível imaginar dentro da própria comunidade grupos de habitantes que defendam a abertura da indústria, pois interessados na melhoria econômica da região, bem como outro grupo defensor do meio ambiente ou mesmo da saúde dos residentes no entorno da fábrica.

Talvez o único interesse mais estático seja o econômico do empresário que pretende se instalar no local, mas, mesmo nessa hipótese, se previsível o impacto ambiental com as multas e as indenizações para recomposição, a pretensão inicial poderá ser alterada, afastando o investimento do local.

Nesse contexto de multiplicidade de interesses é perceptível a dificuldade de identificação de um representante adequado para atuar como legitimado na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, mas nada é impossível e, por isso, partimos para avaliar aspectos gerais da legitimidade e do interesse para propiciar a construção de nosso raciocínio, em especial quando a coletividade se encontra no polo passivo da demanda.

2.2. Legitimidade e interesse

O direito de ação implica no “direito” a uma atividade jurisdicional prestada pelo ente estatal com instituição de órgãos especializados nessa seara associada à garantia e à viabilização de acesso dos cidadãos para a tutela de seus direitos e, por conseguinte,

decorre da impossibilidade das partes exercitarem a autotutela desses interesses⁴⁰⁶.

Esse direito de ação como um instrumento independente e destacado do direito material com condições próprias de existência é reconhecido em outros ordenamentos, como ocorre no sistema jurídico italiano que como condições da ação reputa apenas a legitimidade de parte e o interesse de agir, não admitindo a possibilidade jurídica do pedido, como no sistema brasileiro oriundo do CPC de 1973⁴⁰⁷.

Essa situação parece ter influenciado o NCPC, que partiu desse pressuposto com a disposição do artigo 17, especificando que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, em associação ao inciso XI, do artigo 337, indicando a possibilidade de arguição da ausência desses requisitos como preliminar de contestação e o inciso VI, do artigo 485, determinando a impossibilidade de resolução do mérito pelo juiz do processo quando se deparar com a inexistência desses elementos.

Como admite Ferruccio Tommaseo “si afferma che l' interesse ad agire non è soltanto condizione d'esistenza dell'azione ma anche requisito generale per l'esercizio dei poteri processuali delle parti”, mas isso não impede o “interesse a difendersi”, uma vez que “non si può quindi negare alla parte il diritto di difendersi sul presupposto che non vi ha interesse, poichè a tutti dev'esser riconosciuto il diritto di difendersi contro ogni domanda giudiziale, qualunque ne siano contenuto e fondatezza”, situação diversa do “interesse a contraddire”, que pode ser exercitado por meio de uma reconvenção⁴⁰⁸.

Assim, constata-se a relevância da viabilização de mecanismos de defesa para a coletividade quando ela se encontra no polo passivo de uma demanda.

Carmine Punzi ressalta o caráter objetivo do “interesse processual” e o subjetivo da “legitimidade processual”:

“E si disse che mentre l'interesse è una situazione oggettiva che giustifica l'azione, la legittimazione è una situazione soggettiva una relazione di un determinato soggetto col provvedimento che viene invocato dal giudice. Ciò sia attivamente che passivamente, perchè alla legittimazione attiva (ad agire) si fa corrispondere la legittimazione passiva (a contraddire)⁴⁰⁹.”

⁴⁰⁶Cf. MONTORO-BALLESTEROS, Alberto. *Conflicto social, derecho y proceso*. Murcia: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1993. p. 32-33.

⁴⁰⁷Ferruccio Tommaseo depois de esclarecer acerca da autonomia do processo em relação ao direito material assevera: “Quanto alle fonti, è stato osservato che il diritto d'azione è regolato dalla legge processuale quanto all'esistenza e quanto all'esercizio, mentre il diritto azionato è regolato dalla legge sostanziale. Quanto all'esistenza, il diritto d'azione dipende dalle condizioni dell'azione, ossia dalla legittimazione e dall'interesse ad agire, le quali debbono sussistere affinché il giudice possa esaminare il merito della controversia: le condizioni d'esistenza dell'azione sono quindi condizioni per la trattazione nel merito della causa” (TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*, cit., p. 237).

⁴⁰⁸Id. Ibid., p. 245-246.

⁴⁰⁹PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM, 2000. p. 138.

Na realidade, ao menos nos processos coletivos, a legitimidade e o interesse de agir são agregados numa mesma condição de interdependência, uma vez que dificilmente pode-se antever a presença de um desses elementos sem o outro devido à necessidade de representação adequada, em especial no polo passivo.

Como a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo implica em tutela do grupo ou da coletividade de interessados determináveis ou indetermináveis que para atuar coletivamente em juízo por não possuírem os titulares contornos bem definidos dependem de um representante de seus interesses, qual seja, o legitimado que uma vez eleito deve apresentar o interesse de agir intrínseco na própria legitimação. Melhor explicando: a legitimação do representante ou “porta-voz” do grupo só faz sentido se há o interesse processual de acionar o Poder Judiciário para alcançar o resultado benéfico ao grupo.

Exemplificando, mesmo na defesa de direitos individuais homogêneos, o interesse do legitimado coletivo é pressuposto, na medida em que os sub-elementos necessidade e adequação não podem, a princípio, serem negados, diante do grande número de pessoas representadas em juízo. No caso de uma das pessoas terem ou não alcançado o bem almejado, o fato de outras em potencial não o terem, impede o reconhecimento da modalidade ausência de necessidade da medida. Da mesma forma, a modalidade inadequação da medida eleita perde o referencial, pois a própria tutela coletiva exige a condução da ação ou dos instrumentos coletivos por meio de um legitimado e representante adequado para movimentar o processo. Assim, se a medida processual eleita é inadequada, significa, na maioria das vezes, que o autor não é o legitimado para a ação. Quando se trata dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito fica ainda mais evidente a confusão da legitimidade com o interesse, pois sem o legitimado coletivo sequer os interessados poderão ter os seus direitos enquanto grupo ou coletividade defendidos em juízo.

2.3. Legitimidade *ad causam*

A legitimidade *ad causam* em sua origem estava relacionada a uma justificativa ou demonstração de que a pessoa detinha a titularidade ou a faculdade do exercício de um direito atinente à execução de um ato em conformidade com a norma vigente⁴¹⁰.

Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que a apreciação das condições da ação, dentre elas a legitimidade, não implica em antecipação do julgamento do mérito, pois se referem a “juízo de razoabilidade e de plausibilidade”, não existindo preclusão nessa

⁴¹⁰Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y titisconsorcio en el proceso civil: estudio jurisprudencial práctico*. Madrid: Colex, 1998. p. 91.

avaliação, pois consiste num “juízo favorável de admissibilidade *in abstracto* da ação” decorrente “daquilo que vem *afirmado* pelo autor”⁴¹¹.

A teoria da asserção ganhou força para explicar as condições da ação, uma vez que se fossem analisadas em caráter mais profundo tratariam de mérito propriamente dito ou, eventualmente, de pressupostos processuais de existência da relação processual, por isso “propõe que a análise das condições da ação, como questões apartadas do mérito, sejam restritas ao juízo de admissibilidade da demanda postas em juízo, levando-se em conta exclusivamente as alegações do autor contidas na peça vestibular”⁴¹².

No mesmo sentido, Ferruccio Tommaseo diferencia “l'esistenza dell'azione dalla sua fondatezza”, asseverando “invero, l'azione è fondata quando sussistono le condizioni per l'accoglimento della domanda ossia per una pronuncia favorevole”, ou seja, “tali condizioni si riducono a una sola: l'esistenza della situazione soggettiva affermata nel processo di cui à stata chiesta la tutela giurisdizionale”⁴¹³.

De outro lado, o processo em si existe mesmo que a demanda seja julgada improcedente, não vigorando mais a teoria substancial da ação⁴¹⁴ (estado de defesa do direito material frente uma violação ou ameaça de violação), mas sim a teoria processual da ação, em que a existência ou não do direito material da ação não interfere em sua existência, o que se depreende da permissão de ajuizamento de demandas por legitimação extraordinária em que o substituto processual defende em nome próprio direito alheio e a viabilidade do ajuizamento de “azioni d'accertamento negativo”⁴¹⁵.

Essa compreensão também permitiu a possibilidade de defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo desconectando a relação jurídica material da relação jurídica processual.

2.4. Capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo (legitimidade processual ou capacidade processual)

A capacidade de ser parte, numa concepção mais integrada com a realidade processual, sugere a possibilidade da mencionada parte vir a sofrer os efeitos da sentença e

⁴¹¹Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, cit., p. 142.

⁴¹²Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 121.

⁴¹³TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 237.

⁴¹⁴Na Itália há corrente doutrinária que defende a diferenciação da concepção de parte de “giusta parte” sendo esta última a verdadeira detentora da titularidade do direito material o que incide no mesmo equívoco da teoria substancial da ação para a definição da parte no processo (Cf. PUNZI, Carmine; SATTÀ, Salvatore. op. cit., p. 99-102).

⁴¹⁵Cf. TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 237.

de seu trânsito em julgado numa acepção abstrata, diante da viabilidade de ser autor ou réu, ou seja, sujeito de direitos, deveres, obrigações e ônus processuais⁴¹⁶.

Ocorre que as diferenciações estipuladas pela doutrina e absorvidas pela legislação de muitos países desconectam a capacidade de ser parte da capacidade de estar em juízo, mas, em sua essência, salvo se houver circunstâncias impeditivas, ambas caminham juntas.

A capacidade de ser parte processual identifica-se com a personalidade jurídica reconhecida pelo direito substancial, porém não se confunde em sua integralidade, pois permite que entes despersonalizados a possuam, consistindo no “poder ser titular de derechos y facultades procesales, de asumir los correspondientes deberes y cargas y de ser beneficiario de los efectos favorables de la sentencia que se dicte o perjudicado por la sentencia condenatoria y sufrir los efectos que de ella se derivan: cosa juzgada y ejecución forzosa”⁴¹⁷.

É oportuno esclarecer que essas distinções da capacidade de ser parte e de estar em juízo geram confusões na inteligência do conceito de parte, na medida em que “la distinzione è frutto di un malinteso, perché, essendo la parte il soggetto concreto del processo, la capacità di essere parte non può non identificarsi che con la capacità di stare in giudizio”, portanto, na realidade, “il diritto processuale stabilisce soltanto le condizioni per cui il soggetto dell’interesse può agire o contraddire in giudizio”, motivo pelo qual a capacidade de ser sujeito de direito no âmbito civil apenas se identifica e não corresponde em sua integralidade com a capacidade de ser parte que para ser exercida em juízo depende dos requisitos da capacidade processual no intuito de viabilizar com segurança “stabilità della sentenza dalla accettazione della parte, solo la persona capace può, tacitamente o esplicitamente, effettuare l’accettazione”⁴¹⁸.

Com exceção da pessoa física em que a situação de sua capacidade de ser parte e de estar em juízo (processual) é mais facilmente identificável no ajuizamento da demanda, as demais partes acabam sendo admitidas de início, pois a análise de sua representação ganha maior importância e, praticamente, será no momento de sua averiguação que também se discutirá a capacidade processual e de ser parte do ente personalizado ou, ainda que sem personalidade, detentor de capacidade processual⁴¹⁹.

A capacidade processual ou *legitimatío ad processum* pressupõe “la capacità d’agire, intensa como capacità di stare in giudizio per compiere validamente gli atti del processo

⁴¹⁶Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 28.

⁴¹⁷Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). *Tratado práctico del proceso civil: disposiciones generales y proceso ordinario*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008. t. 1, p. 115.

⁴¹⁸Cf. PUNZI, Carmine; SATTÀ, Salvatore. op. cit., p. 102-103.

⁴¹⁹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 160-161.

riservati alle parti”, concluindo-se que ela deve ser analisada em concreto e não meramente em abstrato, pois deve-se constatar se a parte além da capacidade de agir em geral detém a “disponibilità del diritto controverso”⁴²⁰.

Assim, a capacidade processual resume-se na “aptitud para <<comparecer>> en juicio”⁴²¹, nesse caso, confunde-se com a “capacidad que es necesario tener para ser sujeto de una relación procesal, sin la cual no puede entrarse en el conocimiento de la cuestión de fondo”⁴²².

De outro lado, muitas pessoas ou entes que possuem capacidade de ser parte por algum motivo não podem pessoalmente participar dos atos processuais, pois não apresentam o pleno exercício de seus direitos e, conseqüentemente, capacidade de estar em juízo, o que enseja a designação de um representante processual que pode ser legal (incapaz), *organico dell'ente collettivo* (pessoas jurídicas) ou negocial (procurador - ato voluntário de celebração de um contrato de representação)⁴²³.

O representante orgânico das pessoas jurídicas ou dos entes despersonalizados que possuem legitimidade de ser parte são especificados pela lei ou seus estatutos, como o que representará processualmente a entidade, exercitando a capacidade de estar em juízo “in nome e per conto dell'ente”, promovendo a “rappresentanza esterna di enti per mezzo di persone che sono titolari di organi e hanno quindi *anche* la funzione di formare o di concorrere a formare la volontà dell'ente”⁴²⁴.

Há uma figura no ordenamento jurídico italiano denominada de *autorizzazione*, que “deve essere chiesta, nei casi previsti dalla legge, sia dai rappresentanti processuali legali sia da quelli organici e non concorre ad attribuire a costoro la legittimazione processuale, che già loro appartiene, ma soltanto a consentirne l'esercizio nel caso concreto”⁴²⁵.

Assim, se a condição para estar em juízo no ordenamento italiano (artigo 75 do Código de Processo) não for preenchida pelo detentor do direito substancial somente poderá exercer a capacidade processual mediante representação, assistência ou autorização, conforme os termos da legislação que regular a situação concreta⁴²⁶.

⁴²⁰Cf. TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 171.

⁴²¹Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 81.

⁴²²Cf. Id. Ibid., p. 94.

⁴²³Cf. TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 172.

⁴²⁴Cf. Id. Ibid., p. 174-175.

⁴²⁵Id. Ibid., p. 176.

⁴²⁶Cf. REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 73.

O representante legal representa o absolutamente incapaz (*incapace totale*), o assistente atua em conjunto com o relativamente incapaz (*incapace parziale*) enquanto a denominada “*autorrizzazione non riguarda la capacità soggettiva della parte, ma i limiti del suo potere, in relazione all’opportunità e alla convenienza del giudizio, cioè a una valutazione objetiva delle controversie*”⁴²⁷.

Esse último instituto jurídico poderia com uma ampliação do conceito justificar a representatividade adequada do autor da ação por meio de uma decisão do juiz, autorizando, desde que preenchendo os requisitos previstos na lei, a certificação para o exercício da ação de classe.

Da mesma forma, a representação orgânica dos entes despersonalizados poderia ser ampliada para abarcar as coletividades, propiciando a sua atuação em juízo aliando a especificação da capacidade de ser parte do grupo ao reconhecimento do representante desse grupo em juízo.

Da mesma forma, no sistema jurídico italiano existe a figura do *falsus procurator*, em que aquele que não detém poderes para representar a parte não pode ensejar efeitos processuais ou jurídicos em face do virtual representado, devendo o processo ser reputado “inesistente” devido a mácula ao princípio do contraditório⁴²⁸.

Ainda, no que se refere ao *falsus procurator*, corrente doutrinária substancial preconiza a possibilidade de aproveitamento da representação por parte do representado se, por exemplo, a sentença proferida lhe foi favorável⁴²⁹, o que se coaduna com o princípio em geral da tutela dos direitos coletivos em sentido amplo seja no polo ativo, seja no polo passivo.

Quando se trata de representação dos interesses da pessoa física em juízo, o instituto da representatividade adequada é facilmente constatado e avaliado, especialmente porque a legislação estabelece como se dá essa representação processual e especifica quem a exercerá durante o processo, não se confundindo com os institutos da assistência e da representação legal tendentes a proteger os relativamente ou absolutamente incapazes e da representação voluntária na hipótese da pessoa ser capaz.

Tanto na representação voluntária como na legal “é necessária a emissão de vontade em nome do representado e dentro do poder de representação por ele outorgado ou pela lei”⁴³⁰. A voluntária decorre geralmente do contrato de mandato, corporificando-se na

⁴²⁷Cf. PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. op. cit., p. 104.

⁴²⁸Cf. TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 180.

⁴²⁹Cf. PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. op. cit., p. 106.

⁴³⁰Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 554.

procuração, enquanto a legal não se restringe à curatela ou à tutela dos incapazes, pois pode adquirir outros ares especificados pela lei sempre que ela estabeleça as hipóteses, os poderes de administração e disposição em nome do representado, delimitando seus contornos. Existe, ainda, como representação anômala a que se dá para fins processuais, como ocorre com o síndico de condomínios e o inventariante ou de representação judicial quando o juiz designa durante o processo administradores de bens, como o próprio depositário, além da denominada “representação especial” também conhecida como gestão de negócios em situações emergenciais especificada em lei, podendo ser convalidada no futuro em representação voluntária⁴³¹.

Enrico Redenti, sobre o mandatário, assim se expressa:

“In giudizio si può stare anche per mezzo di un mandatario *ad negotia*, munito di procura. Nel quale caso, invertendo secondo il solito i termine, non è errôneo dire che il mandatário sta in giudizio in nome e per conto altrui e cioè in nome e per conto del mandante”⁴³².

Outro instituto jurídico curioso é o nomeado “núncio”, também conhecido como mensageiro responsável pela comunicação da vontade de alguém, não se tratando de representação, visto o indivíduo não interagir no ato apenas funcionando como “porta-voz”, ao apresentar: um documento com a reprodução da vontade da pessoa, uma gravação de voz, promovendo a leitura de uma declaração elaborada pelo sujeito da relação ou a reproduzindo oralmente. Nesse caso é muito importante a forma de apresentação do indivíduo ao “receptor da mensagem”, não podendo dizer na compra de uma mercadoria, por exemplo, que “adquiro isso para João”, pois seria representação, devendo dizer “João me encarregou que viesse aqui comprar isto para ele”, por conseguinte, apresenta uma diferença qualitativa com o representante⁴³³.

A representação da pessoa jurídica não se assemelha com o instituto de defesa do interesse dos incapazes, pois sua ação pressupõe a interferência do ser humano que dará concretude a sua vontade, o que Sílvio de Salvo Venosa denomina de “presentação”, ao consignar “a pessoa jurídica presenta-se (ou se apresenta) perante os atos jurídicos, e não se representa, como ordinariamente se diz”⁴³⁴, uma vez que não se confunde com a “representação típica” diante da circunstância dos diretores atuarem “como se fossem a própria pessoa jurídica”, não existindo “duplicidade de vontades”⁴³⁵.

⁴³¹Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 356-359.

⁴³²REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. op. cit., p. 77.

⁴³³Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 555-556.

⁴³⁴Cf. Id. Ibid., p. 239-240.

⁴³⁵Cf. Id. Ibid., p. 359.

Diante desse aspecto, identifica-se o uso pela doutrina do termo órgão da empresa e não mero representante, uma vez que “a pessoa natural não é mero porta-voz da pessoa jurídica, nem simples intermediária de sua vontade”, visto o administrador da entidade apresentar vontade desconexa com a da pessoa jurídica, funcionando como mero instrumento de expressão da instituição e de sua vontade autônoma⁴³⁶.

A dificuldade ocorre justamente quando quem terá seus interesses representados em juízo será uma coletividade com contornos definidos, como uma pessoa jurídica, ou indefinidos, como grupos sem personalidade jurídica. De qualquer forma, essa representação entrelaça-se com a legitimação *ad processum* visto ser por meio desses representantes que a coletividade externa sua vontade e participa da relação processual, seja no polo ativo, seja no polo passivo.

Assim, além da previsão na legislação processual da capacidade de ser parte da coletividade (grupo, classe ou categoria) necessária a previsão de sua capacidade de estar em juízo por meio de uma representação orgânica similar a que ocorre com as pessoas jurídicas e os entes despersonalizados, a fim de permitir com maior segurança jurídica a instalação da relação processual, reduzindo a multiplicidade de entendimentos e a desconformidade das interpretações doutrinárias e judiciais sobre a presença da coletividade no polo passivo das ações.

2.5. Modalidades de legitimação

Como já salientado nas linhas acima, a separação da relação jurídica material da relação jurídica processual propiciou o surgimento da substituição processual e mecanismos equivalentes de legitimação, possibilitando a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo. Diante da importância do tema serão analisadas as diversas modalidades de legitimação.

2.5.1. Legitimação ordinária, extraordinária e suas variações

A legitimidade e a capacidade para estar em juízo são essenciais para viabilizar que o processo judicial alcance uma decisão de mérito com efetividade de pacificação dos conflitos sociais, contudo, no caso dos processos coletivos, essa preocupação é ainda mais intensa e orbita entre os meios de substituição processual ou representação adequada, no intuito de promoção de uma melhor tutela associada à vinculação da decisão a todos os interessados, sendo que quanto mais próximo dos interesses em discussão, melhor será a

⁴³⁶Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 240.

representação da parte em juízo pelo representante⁴³⁷.

Quando o legitimado para defesa dos direitos coletivos comparece em juízo deve comprovar a existência em potencial da relação jurídica material afirmada e a sua vinculação com a situação determinada pela lei ou reconhecida pelo Poder Judiciário para promover a tutela desses interesses por meio da substituição processual ou mecanismos assemelhados de legitimação quando não se tratar de legitimação ordinária.

A substituição processual, se bem instituída, proporciona “segurança jurídica” e “celeridade”, priorizando a igualdade no trato das questões jurídicas em atenção às peculiaridades das demandas de massa, que por serem solucionadas de maneira uniforme, ensejam uma melhor conformação social dos grupos de afetados que não terão parâmetros diversos, ou seja, distorções no tratamento que são o foco da discórdia e de demais controvérsias⁴³⁸.

No intuito de acelerar a identificação antecipada da legitimidade, economizando tempo com o estabelecimento de procedimentos em cada caso concreto para definição da legitimidade, cunhou-se o critério *ope legis* para definição da legitimidade, especialmente para o polo ativo, como acontece no Brasil⁴³⁹, em que há uma presunção de adequada representação enquanto o *ope judicis* é realizado caso a caso pelo Poder Judiciário, identificando uma real e mais efetiva representatividade no processo em concreto, avaliando critérios subjetivos que ultrapassam o limite da parte e alcançam o próprio advogado indicado⁴⁴⁰.

A legitimidade ordinária (direta) no polo ativo pertence ao “titular del derecho”⁴⁴¹ enquanto a extraordinária (indireta) é uma exceção à regra, em virtude de “razones de orden público, social, privado, o meras motivaciones de utilidad o conveniência” oriundas da lei ou de uma interpretação jurisprudencial⁴⁴².

Acrescenta Ferruccio Tommaseo que “è di carattere straordinario anche la *legittimazione degli enti esponenziali* a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti: l'ente agisce per far valere interessi diffusi che, non avendo la fisionomia del diritto soggettivo, non hanno soggetti legittimati a farli valere in via ordinaria”, ao que

⁴³⁷Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 107-108.

⁴³⁸Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 3.

⁴³⁹O projeto original da Ação Civil Pública denominado de “projeto Flávio Bierrenbach” previa o *ope judicis* para a representatividade adequada que foi substituído posteriormente mediante proposta do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo *ope legis*. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, p. 5, maio/jun. 2002).

⁴⁴⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 108-109.

⁴⁴¹Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 107.

⁴⁴²Cf. Id. Ibid., p. 110.

acrescenta também a legitimidade do autor popular⁴⁴³.

Ferruccio Tommaseo pondera que a legitimidade extraordinária decorre da necessidade do legislador adotar meios alternativos para a tutela de interesses privados ou públicos, que não poderiam ser resguardados pelo método tradicional da legitimação ordinária⁴⁴⁴.

Júlio César Rossi entende que a legitimação do artigo 5º, da Lei nº 7.347/95, é extraordinária⁴⁴⁵.

Bujosa recomenda a adoção de legitimidade de grupo ou legitimidade coletiva em sentido amplo, englobando a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴⁴⁶.

Um dos termos mais utilizados para designar essa forma de legitimidade para a defesa de interesses supraindividuais é “legitimação coletiva”, mas mesmo esse vocábulo não é de compreensão uniforme, pois pode ensejar interpretações relacionadas à caracterização do legitimado (aspecto subjetivo) ou ao objeto do processo, ou seja, à defesa de direitos transindividuais (aspecto objetivo)⁴⁴⁷.

Dentro do conceito ou definição de “legitimação coletiva” podem surgir, por conseguinte, diversos aspectos, sendo necessária uma maior precisão para sua identificação, pois a demanda poderá apresentar uma série de características plurais e ainda assim ser uma ação meramente individual.

Dentre as características que uma ação pode apresentar é possível identificar: a) a pretensão e a situação jurídica protegida que será individual ou transindividual; b) os legitimados podem ser pessoas físicas, pessoas jurídicas, órgãos despersonalizados ou mais precisamente apresentar um caráter individual ou pluri-individual; c) a participação no processo pode ser exclusiva, alternativa, concorrente ou compartilhada; d) o caráter particular ou público de quem vem a juízo solicitar a tutela dos interesses em discussão⁴⁴⁸.

De todos esses elementos, o que caracterizará a legitimação coletiva é a pretensão formulada em juízo na defesa de interesses e direitos supraindividuais ou uma equivalente situação jurídica tutelada.

⁴⁴³TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 243.

⁴⁴⁴Cf. Id. Ibid., p. 243.

⁴⁴⁵Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva, cit., p. 266.

⁴⁴⁶Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 263-264.

⁴⁴⁷Cf. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difuso*, cit., p. 185.

⁴⁴⁸Id. Ibid., p. 187.

A adoção da teoria da legitimação extraordinária⁴⁴⁹ simplifica a questão, mas não resolve as situações em que o interesse do grupo é exatamente idêntico ao direito do legitimado e, ao defender seu interesse específico, também estará protegendo, em tese, o do grupo.

Creemos que a legitimação extraordinária em sentido estrito (direitos individuais homogêneos) poderia conviver harmonicamente com uma legitimação extraordinária autônoma, concorrente e disjuntiva^{450 451} (difusos e coletivos) e uma legitimação autônoma reflexiva, pois, na primeira, a substituição processual⁴⁵² dá-se geralmente por uma pessoa ou entidade que não é a titular do direito com predeterminação dos substituídos, na segunda, não se pode determinar os substituídos que sequer podem ingressar no processo como litisconsortes, enquanto na terceira seria possível admitir que a defesa dos interesses próprios pudessem vincular todo o grupo a que pertence, com a ligação da legitimidade própria com a “representação adequada” nas ações coletivas que não pode ser confundida com o instituto processual da representação, em que uma entidade representa seus associados sem atingir terceiros alheios ao processo por ato voluntário dos representados ou de integrativo da vontade dos representados, como ocorre no instituto de direito civil.

Na hipótese de figuração da coletividade no polo passivo, a forma mais adequada seria a identificação de um representante adequado de maneira assemelhada ao que ocorre com o autor popular dentre os membros do grupo e do segmento social apreciável em cada caso concreto devido à multiplicidade de situações imponderáveis que poderão acontecer no mundo jurídico.

⁴⁴⁹Apesar da maioria da doutrina admitir a teoria da legitimação extraordinária há diversas variantes: a defesa de José Carlos Barbosa Moreira, antes do NCPC, de uma substituição processual decorrente do sistema jurídico e não da lei; a posição de Kazuo Watanabe propugnando a legitimação ordinária dos entes associativos para a tutela dos direitos relacionados a suas finalidades institucionais; e, Nelson Nery admitindo a substituição processual para os direitos individuais homogêneos e uma legitimação anômala para a defesa dos direitos coletivos e difusos (Cf. FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Anotações sobre o controle judicial de representação adequada nas ações coletivas e a ampliação da legitimação ativa coletiva para os membros do grupo individualmente considerados, cit., p. 621).

⁴⁵⁰Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 68.

⁴⁵¹“A doutrina, também menciona que no Brasil a legitimação ativa para as ações coletivas é: a) *disjuntiva*, pois qualquer dos legitimados previstos na lei podem propor ações coletivas independente da presença dos demais; b) *concorrente*, porque todos os legitimados podem propor ações coletivas conjunta ou separadamente, respeitados os limites processuais da coisa julgada, litispendência etc. c) *exclusiva*, já que somente os legitimados previstos no rol da legislação podem propor ações coletivas. (FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. op. cit., p. 621).

⁴⁵²Uma corrente doutrinária defende que a substituição processual somente ocorre quando o legitimado ordinário se omite e, por esse motivo, o legitimado extraordinário assume a condição de parte em seu lugar havendo um caráter mais amplo na legitimação extraordinária que seria o gênero do qual a substituição processual é espécie, podendo ambas figurarem no mesmo processo (Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 116-117).

Dentro dessa linha de pensamento em relação à legitimação de um integrante do grupo como o autor popular que defende não só interesse alheio como o próprio, Rodolfo de Camargo Mancuso assim se expressa:

“Realmente, parece que a postura processual do autor popular não permite enquadrá-lo, exatamente, nos lindes da legitimação extraordinária, enquanto substituto processual. Primeiro, o autor popular não atua, propriamente, numa 'substituição' das posições jurídicas dos demais cidadãos integrantes da coletividade, já que seu móvel precípua é a tutela judicial do direito público subjetivo à administração proba e eficaz; naturalmente, em sendo bem sucedido nessa empreita, os *demais cidadãos* disso se beneficiarão por via reflexa, o que aliás é bem típico dos interesses difusos, onde se dá uma espécie de *solidariedade*, em que a vantagem de um se desdobra em proveito de muitos. Em segundo lugar, ao contrário do que usualmente ocorre na substituição processual, não há vínculo jurídico entre o autor e os demais cidadãos, o que permite que estes venham a juízo como litisconsortes (Lei 4.717/65, art. 6º, §5º), numa demonstração, portanto, de que o autor popular não 'substituiu' aos demais outros cidadãos”⁴⁵³.

No mesmo sentido Bujosa ressalta que na *class action* “la legitimación del adecuado representante se entiende como ordinaria”, admitindo a legitimidade extraordinária (direitos individuais homogêneos) em harmônico convívio com a legitimidade para a defesa de interesses coletivos e difusos, em que o legitimado atua em verdadeiro “litisconsorcio cuasinecesario”⁴⁵⁴ previsto no ordenamento espanhol, numa espécie de legitimação ordinária *sui generis*, pois não são nem representantes, nem substitutos processuais ao pretender atender um interesse próprio e alheio ao mesmo tempo, caracterizando-se como “gestor autónomo del interés colectivo y también, junto a los demás miembros de la coletividad, titular del mismo”⁴⁵⁵.

A teoria da legitimidade extraordinária autônoma para a defesa dos interesses coletivos parte do pressuposto da ausência de substituídos pré-definidos que não integrarão oficialmente o processo e a da legitimidade autônoma, que não se trata de ordinária ou extraordinária, mas um terceiro gênero, justamente pela ausência de determinação dos substituídos, sendo defendida ainda a equiparação da representação adequada para aferição da legitimação como opção mais acertada⁴⁵⁶.

⁴⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, cit., p. 178.

⁴⁵⁴ O litisconsórcio denominado de quase necessário no ordenamento jurídico espanhol difere do necessário que obriga o ajuizamento por todos ou em face de todos os vinculados com a relação jurídica na medida em que numa única ação se “está en presencia de una legitimación individual, que faculta a cualquiera de los interesados a impetrar su acción individualmente, sin el concurso de los demás (sócios, obligados solidarios)” nas palavras de Romero Seguel que conclui “pero la sentencia que se dicte afectará a todos los obligados por igual; esto es, alcanzará a todos los sujetos vinculados por el derecho material, aunque no hayan litigado en el proceso”. (Cf. ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La acumulación inicial de acciones en el derecho procesal español*. Barcelona: Cedecs, 1999. p. 146-149).

⁴⁵⁵ Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 265-269.

⁴⁵⁶ Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 45-46.

Como bem salientam Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes: “si el concepto de legitimación es ya, de por si, controvertido en la doctrina y la jurisprudencia, lo es más si ha de contemplarse desde el prisma de la protección de los intereses colectivos y difusos”⁴⁵⁷.

Assim, se pensarmos em uma coletividade no polo passivo, a situação agrava-se ainda mais, tornando-se mais complexa.

Diante disso, percebe-se que não há verdades absolutas, contudo, o mais importante nessa questão é a promoção da defesa dos direitos coletivos em sentido amplo e a viabilização do amplo acesso à Justiça.

2.5.2. Legitimação passiva da coletividade e a figura do litisconsórcio quase necessário do direito espanhol

Se ao se estipular como se implementa a legitimidade da defesa dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo no polo ativo já é uma questão espinhosa, a situação agrava-se quando o enfoque se direciona ao polo passivo. Como obrigar uma massa sem contornos definidos figurar como réu?

Felipe Silva Noya ressalta: “ponto um tanto tormentoso no ordenamento jurídico brasileiro está em se estabelecer a possibilidade de uma atuação coletiva no âmbito passivo” e ocorrem “quando uma pessoa física ou jurídica demanda em face de um grupo, categoria, ou classe”⁴⁵⁸.

Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes asseveram:

“Las mayores particularidades de este tipo de acción aparecen con respecto al requisito de la adecuada representación, ya que el <<status>> de *class representative* no es, en este caso, <<voluntario>>: es el demandante quien tiene la facultad de señalarlo. Esta circunstancia, al tiempo que aumenta las posibilidades de eventuales fraudes procesales, provoca que en muchas ocasiones quien ha sido designado para esta función se oponga a ello (habrá de soportar mayores gastos y el ámbito de su responsabilidad - en el caso en que la tuviera - no se verá disminuido por haber defendido a los demás)”⁴⁵⁹. (destaques no original)

Há polêmica sobre a característica dessa legitimação para os processos coletivos em que grande parte defende o instituto como legitimação extraordinária, em que a norma processual (artigo 6º do CPC de 1973) autorizava a defesa de direito por terceiros, ao expressar que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, na concepção de que ainda que se defendam direitos próprios, pretende

⁴⁵⁷GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. op. cit., p. 184.

⁴⁵⁸NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 165.

⁴⁵⁹GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. op. cit., p. 483-484.

a tutela preponderante dos interesses de pessoas alheias ao processo⁴⁶⁰.

Na Alemanha, há um instituto criado pela jurisprudência denominado de “substituição processual voluntária”, fundamentada na liberdade contratual em que o titular da relação jurídica transfere para um terceiro, alheio ao processo, a condução do expediente, no intuito de que além de defender um interesse próprio possa também atuar na postulação do alheio⁴⁶¹, mas isso para a coletividade no polo passivo seria impraticável diante da impossibilidade de prévia identificação do representado e de sua vontade que pudesse autorizar esse terceiro.

A realidade e a interação dos direitos difusos e coletivos não se amoldam à aplicabilidade sem adaptações consideráveis dos institutos preconizados pela lei processual comum prevista para solucionar conflitos individualizados, sendo exatamente esta a situação do artigo 6º, do CPC, de 1973 (artigo 18 do NCPC), que pressupõe sujeitos determinados e não indeterminados como substituídos, sendo mais facilmente adotada para os direitos individuais homogêneos⁴⁶².

A forma de vincular o grupo deve se acomodar a uma legitimação representativa que defenda o interesse de todos, acobertando os efeitos da coisa julgada a todos os membros do grupo e, nessa seara, acreditamos ser possível o empréstimo de alguns institutos estrangeiros não apenas oriundos do direito americano, como também do ordenamento jurídico espanhol, em especial, nesse último caso, o denominado litisconsórcio quase necessário.

Como define a doutrina, “puede convenirse que el término litisconsórcio se obtiene de la unión de las palabras latinas <<Lis>>(litis), <<cum>>y <<Sors>>(sortis), comprendiendo “comunidad de suerte en juicio” ou seja “la misma suerte para todos”⁴⁶³.

O Litisconsorcio “cuasi-necesario” é uma construção doutrinária que apresenta certas divergências de posicionamento, mas, em síntese, reconhece que sua formação dependerá da decisão da parte autora, possível nas obrigações solidárias geralmente decorrentes da responsabilidade extracontratual em que “la pluralidad de partes, siendo también originaria, se convierte en eventual”, ou seja, “cuando la legitimación pasiva corresponde a varias personas, pero no de manera necesariamente conjunta; en estos casos se permite la existencia del proceso entre dos únicas personas, limitándose a exigir la norma que, en el supuesto de que más de una persona sean simultáneamente demandadas,

⁴⁶⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 48-50.

⁴⁶¹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 283.

⁴⁶²CF. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 45.

⁴⁶³Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 150.

deben serlo conjuntamente”, partindo-se do pressuposto de que “tratándose de una única pretensión y de un único proceso que finalizará también con un único pronunciamiento”⁴⁶⁴.

Juan García Castillo assevera que decorre da relação de direito material uma possibilidade de ajuizamento de uma demanda apenas em desfavor de um ou alguns dos titulares da mencionada relação identificados pela mesma pretensão, com o proferimento de sentença que abarcará todos os titulares, mesmo aqueles que não participaram da relação processual, vinculando-os aos efeitos da coisa julgada e, apesar da doutrina atrelá-lo às obrigações solidárias, existem outras hipóteses admissíveis⁴⁶⁵.

No mesmo sentido é a posição de Carmen Samanes Ara, identificando a presença desse tipo de litisconsorcio dito “cuasi-necesario” na parte final do artigo 12, da Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶⁶, ao expressar “salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”. Para a autora “no se exige la concurrencia de todos como partes en el proceso” quando a relação jurídica material comporta essa postura por envolver “relaciones jurídicas plurisubjetivas, y estando en consecuencia legitimados todos os integrantes de aquéllas”⁴⁶⁷.

O denominado litisconsórcio quase necessário é uma evolução da concepção de listiconsórcio necessário, que já apresentava atenuação em relação às ações de caráter declaratório e condenatório, sendo adotada em sua integridade apenas na hipótese de pretensões de natureza constitutiva quando a lei expressamente não exigisse a formação da relação processual integrativa.

Nesse sentido é o escólio de Liebman:

“Pero ¿cuándo es necesario el litisconsorcio? Hay, ante todo, algunos casos en los que la ley dispone expresamente en tal sentido. (...). Así pues, cuando la ley no resuelve la cuestión, el litisconsorcio deberá considerarse necesario cuando la providencia que se pide sea de tal naturaleza que pueda ser pronunciada solamente si será eficaz simultáneamente frente a varios sujetos, y esto acaece cuando la demanda está dirigida al pronunciamiento de una sentencia constitutiva, la cual opere un cambio en una relación o estado jurídico que sea único para varias personas, ya que no podría cambiarse o extinguirse sino para todos sus participantes. En todos los otros casos, el litisconsorcio no es necesario, porque una sentencia de declaración de certeza o de condena pronunciada respecto de alguno solamente de los titulares de la relación jurídica tendría, sin embargo, siempre alguna utilidad y, en ausencia

⁴⁶⁴Cf. MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007. p. 258-259.

⁴⁶⁵Cf. GARCÍA CASTILLO, Juan. *Las partes en la ley de enjuiciamiento civil: 1/2000 de 7 de junio*. Córdoba: Católica, 2005. p. 72.

⁴⁶⁶**Artículo 12. Litisconsorcio.**

1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.

2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 11 mar. 2016).

⁴⁶⁷Cf. SAMANES ARA, Carmen. *Las partes en el proceso civil*. Madrid: La Ley, 2000. p. 132.

de un vínculo de ley no se puede limitar la libertad de obrar del actor”⁴⁶⁸.

Roland Arazi denomina essa legitimação de anômala devido a presença do direito e da legitimidade serem concedidos a pessoas diferentes, exemplificando com a possibilidade de credores solidários de obrigações indivisíveis exigirem o conteúdo integral da obrigação, mesmo possuindo apenas parcela do direito substancial em discussão ou “cuando la relación jurídica sustancial tenga lugar no entre dos solos sujetos, sino entre una pluralidade de sujetos activos o passivos”⁴⁶⁹.

Essa posição é razoavelmente aplicável quando o indivíduo é o legitimado para o ajuizamento da ação em defesa de interesses difusos ou coletivos devido à indivisibilidade do objeto, contudo, a situação se modifica quando um terceiro-intermediário como uma associação detém essa legitimidade, pois deve demonstrar sua representatividade adequada. Nesse último caso, uma opção seria considerar, dentro das diversas entidades que defendem interesses de grupo, uma legitimada para compor o polo ativo ou passivo enquanto representante da parcela do segmento de interessados, mas sem a necessidade de outras entidades igualmente representativas desse setor da sociedade comporem o mesmo polo ativo ou passivo.

Nesse caso de litisconsórcio quase necessário é mais fácil trabalhar com legitimados pessoas físicas ou associações privadas, não se podendo, a princípio, acionar entes estatais com a pretensão de este ser o representante adequado de toda a sociedade, pois, como veremos nos próximos tópicos e já abordamos brevemente em linhas atrás, essa amplitude demasiada desfigura os direitos coletivos e interesses discutidos em juízo. Dentro de um grupo muito amplo haverá várias posições contraditórias, sendo pouco prático eleger um ato como de responsabilidade de toda coletividade se vários segmentos dela se opõem a esse ato objeto do processo e, por conseguinte, poderia, até mesmo, auxiliar o autor, ingressando como assistentes simples ou até mesmo litisconsorcial.

2.5.3. Dificuldades do litisconsórcio necessário ativo e passivo e a concepção de parte complexa

O litisconsórcio necessário deriva de determinação legal (próprio) ou de construção jurisprudencial (impróprio), no sentido de exigir que pessoas detentoras de um legítimo interesse venham a juízo em uma união de esforços e de maneira conjunta decorrente de

⁴⁶⁸LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980. p. 78-79.

⁴⁶⁹Cf. ARAZI, Roland. La Legitimacion como elemento de la accion. In: MORELLO, Augusto M. *La Legitimación: homenaje al professor doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 26.

um nexos direto com o objeto da ação para serem afetadas pela decisão judicial e, conseqüentemente, pelos efeitos da coisa julgada em virtude da natureza da questão de fundo material discutida no processo⁴⁷⁰.

O interesse direto e legítimo no resultado da ação que caracteriza o litisconsórcio necessário passivo é reconhecido pelo Tribunal Supremo espanhol, que desconhece essa possibilidade com a mera afetação indireta ou mais precisamente reflexa de terceiros em relação ao processo pelo conteúdo da sentença que ensejaria, no máximo, uma intervenção adesiva e não litisconsorcial⁴⁷¹.

Rechaça-se a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, visto ser impossível “obrigar a litigar ni solo ni unido a outro”, tendo a parte autora ampla liberdade para ingressar em juízo em face de quem reputar violar seus direitos e interesses⁴⁷².

Aliás, esse é o entendimento consagrado na súmula 406 do TST⁴⁷³.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, embasa-se o litisconsórcio passivo necessário em três princípios com amparo constitucional: a) audiência bilateral fulcrada na *oportunidad de ser oído*, de defender-se no processo exercendo o contraditório até o julgamento final da demanda; b) segurança jurídica no intuito de evitar decisões contraditórias e não executáveis c) presunção da coisa julgada ter conteúdo verídico que não atinge terceiros não participantes do processo⁴⁷⁴.

Analisando os fundamentos do litisconsórcio necessário, percebe-se que seu uso, em tese, seria perfeito para os objetivos da tutela dos direitos coletivos, contudo, ainda que haja uma compatibilidade jurídica defensável para a aplicação do instituto, a sua inviabilidade prática recomenda o uso de outros mecanismos, como o litisconsórcio quase

⁴⁷⁰Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 151.

⁴⁷¹Cf. Id. Ibid., p. 156-157.

⁴⁷²Cf. Id. Ibid., p. 151.

⁴⁷³“Súmula nº 406 do TST

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 SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

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 objeto. Já em relação ao pólo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide. (ex-OJ nº 82 da SBDI-2 - inserida em 13.03.2002)

II - O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário. (ex-OJ nº 110 da SBDI-2 - DJ 29.04.2003)” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-406>. Acesso em: 07 abr. 2016).

⁴⁷⁴Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 152-153.

necessário do direito espanhol quando a coletividade se encontra no polo passivo.

Na Itália, há um instituto denominado de *parte complessa*, que deve ser observado quando se trata especificamente do conceito de parte, que essencialmente não pode se restringir tão somente ao titular do direito substancial em discussão, ao menos para fins processuais, sendo a posição de Salvatore Satta e Carmine Punzi, no sentido de alertar para a necessidade de compreensão dessa complexidade que envolve a definição de parte:

“Piuttosto conviene accennare che quando si parla di parte e si fa, giustamente, riferimento al titolare dell’interesse, non si deve dimenticare che nel processo si può avere una serie di soggetti che tutti concorrono, ciascuno secondo una sua attribuzione, a formare la parte, onde si è parlato di *parte complessa*. Così il rappresentante e il rappresentato, così la parte e il difensore. Questi soggetti sono tutti insieme la *parte*, onde non possono, come terzi, testimoniare nella causa, e la sentenza è astato nei loro confronti”⁴⁷⁵. (destaques no original)

De outro lado, não devemos nos esquecer de que o termo “parte complexa” também compreende as pessoas jurídicas e físicas que para manifestação válida de sua vontade e, conseqüentemente, para deter a capacidade para estar em juízo, necessitam da participação de outras pessoas, como apontado por Francesco Carnelutti:

“La distinción entre partes simples o partes complejas se refiere a un punto de vista no frecuente todavía en la teoría de los sujetos del derecho, en la cual se acostumbra a hablar, en cambio, de capaces o de incapaces y de personas físicas o de personas jurídicas. La verdad es que tanto en el caso de los llamados incapaces como en el de las llamadas personas jurídicas, la diferencia en comparación con las personas capaces o con las personas físicas está en que el sujeto jurídico, en vez de ser una persona sola, está constituido por una organización de personas, cuales son, por ejemplo, el menor y su administrador (padre, tutor), o los socios de una anónima y el consejo de administración; de ahí la distinción, totalmente obvia, entre personas simples y personas complejas”⁴⁷⁶.

Essa complexidade da parte é um instituto que pode muito bem se amoldar à realidade contemporânea, permitindo que os grupos, classes e categorias venham a integrar o polo passivo de demandas coletivas.

Como Manuel Navarro Hernán alerta: parte é um termo oriundo do latim *partem*, cujo conteúdo expressa *porción de un todo*⁴⁷⁷. Nessa concepção, poderíamos compreender um legitimado ativo e passivo para a ação não só como um dos elementos que compõem o processo, mas também em relação à própria posição da parte autora e ré, como uma espécie de parcela legitimada para representar em juízo em acepção ampla os interesses coletivos e difusos de um todo maior e mais complexo.

Nesse caso, geralmente a titularidade não é propriamente da associação, mas sim de seus integrantes enquanto indivíduos, salvo em situações em que o ente se encontra na

⁴⁷⁵PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. op. cit., p. 102.

⁴⁷⁶CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., v. 1, p. 181-182.

⁴⁷⁷Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 21.

defesa de um interesse comum às pessoas jurídicas em si, como, por exemplo, o livre e amplo direito de criação autorizado pela Constituição, que estaria sendo violado em caráter amplo por outras entidades públicas ou privadas que não estivessem reconhecendo personalidade jurídica a instituição.

Todavia, por convenção social e ficção legal, as associações e outras entidades são consagradas como representantes dos interesses coletivos em sentido amplo e quando suas finalidades institucionais assim dispõem podem funcionar como representantes dos interesses coletivos.

Na visão de Bujosa, a representação adequada e a legitimidade da parte não se confundem, pois para a “legitimação coletiva” bastaria constatar por meio de critérios prévios a relação que se afirma possuir “entre o grupo – o seu adequado representante – con el objeto del proceso”, que poderá ser extraordinária (individuais homogêneos) ou ordinária (difusos e coletivos)⁴⁷⁸. Em nossa concepção, uma legitimação extraordinária simples ou em sentido estrito (individuais homogêneos), extraordinária autônoma, concorrente e disjuntiva (difusos e coletivos) e autônoma reflexiva quando a defesa dos direitos difusos e coletivos se dá por um indivíduo, como na ação popular.

O exemplo americano, já analisado nas linhas acima, também seria uma opção, mas como depende de alteração legislativa sensível para evitar interpretações divergentes e desconformes, deve ser implementado por meio de reformas na legislação brasileira apesar de compreendermos que eventualmente tais critérios possam auxiliar o jurista a interpretar e aplicar a legislação vigente para impedir a negativa de prestação jurisdicional, como ocorreu no MS 26750, relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013 e já analisado linhas atrás, em que se promoveu uma ponderação entre os princípios constitucionais e admitiu-se a representação de uma coletividade por uma associação no polo passivo, mediante a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, uma vez identificada a representatividade adequada.

2.5.4. A eleição do representante adequado da coletividade no polo passivo: o exemplo americano

Um dos requisitos para a certificação da ação como ação coletiva nos EUA é a representatividade adequada da classe em juízo, como já apreciado em tópico próprio nas linhas acima.

⁴⁷⁸Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 276.

Nelson Rodrigues Netto alerta para alguns problemas adicionais na eleição do representante adequado para as ações coletivas passivas, merecendo a devida menção:

“(i) a escolha é feita pelo autor da ação; (ii) as despesas do litígio são desproporcionais ao interesse do eventual representante, de modo a não haver incentivo para qualquer réu suportar os custos da defesa em nome de toda a classe; (iii) a dificuldade de se compensar o advogado pelo benefício que ele confere à classe”⁴⁷⁹.

A tendência numa situação como esta seria o autor indicar, em sua ação, como representante da classe demandada, um ente ou pessoa com menores possibilidades de vitória judicial, contudo, o sistema americano possui medidas de contenção, como a ampla possibilidade de impugnação pelos membros da classe que se encontram ausentes no processo, circunstância que impedirá a execução de eventual sentença de procedência e os poderes de direção do juiz mais efetivos e amplos do que no sistema brasileiro. Ao identificar irregularidade, o magistrado poderá substituir o indicado na presença de conflito de interesses ou ausência de defesa, bem como admitir mais um representante para reforçar a defesa dos interesses da classe, o que também pode atingir o advogado nomeado pelo representante⁴⁸⁰.

Uma forma de estimular o advogado seria a criação de um instrumento que permitisse uma adequada remuneração por seu desempenho na defesa judicial dos interesses da classe⁴⁸¹.

Quanto ao representante adequado para figurar no polo passivo como réu seria possível estimular sua participação com o pagamento de valores a título de recomposição de seus gastos ou mesmo do pagamento de um numerário em decorrência da eficiência de sua defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, que poderia ser destacado de um fundo criado exatamente para essa finalidade, podendo açambarcar também os honorários advocatícios.

No caso da representatividade adequada no polo passivo, importante o pronunciamento de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que é “condição *sine qua non* para a admissibilidade da ação contra a classe, em qualquer ordenamento jurídico”, conceder ao magistrado poderes específicos, no intuito de “identificar a referida classe”, a fim de proporcionar uma vinculação de todos os membros, ainda que não participantes diretamente do processo⁴⁸².

⁴⁷⁹RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira, cit., p. 97.

⁴⁸⁰Cf. Id. Ibid., p. 97-98.

⁴⁸¹Cf. Id. Ibid., p. 98.

⁴⁸²Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 6.

É importante compreender o contexto dessa representação em que o denominado representante “equipara-se à inteireza do grupo, categoria ou classe, na relação jurídico-processual”⁴⁸³.

Assim, o modelo americano não pode ser negligenciado, dada a experiência e maturidade no trato dessas demandas, mas necessitaria de uma ampla alteração legislativa para incorporar seus mecanismos em nossa legislação, dando maior segurança a sua aplicabilidade, ainda que possível inferir em determinados casos o uso do direito comparado como forma de preencher a lacuna de nosso ordenamento, especialmente em virtude da impossibilidade da negativa de prestação jurisdicional diante de lesão e ameaça a direito.

2.5.5. A representatividade adequada proposta em diversos projetos no Brasil e para os países Ibero-Americanos

O Código Modelo Ibero americano⁴⁸⁴ fundiu os conceitos de direitos difusos e coletivos presentes no ordenamento brasileiro, denominando ambos os interesses em difusos, mas absorveu o conceito e a denominação dos direitos individuais homogêneos à semelhança do nosso sistema.

Esse código exige para a consagração de uma ação coletiva destinada à defesa de direitos difusos a “representatividade adequada do legitimado” e a “relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas”.

Quando se tutelam direitos individuais homogêneos ainda se exige a “aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto”.

Essa maior amplitude dos poderes de apreciação dos requisitos da demanda pelo magistrado ensejaram a manifestação do responsável pelo relatório espanhol no sentido de incompatibilidade da sistemática com o regime adotado no país em que esses critérios são estipulados e valorados pela lei, cabendo ao juiz apenas averiguar a subsunção da hipótese ao modelo legal da ação coletiva sem ponderações de conotação subjetiva⁴⁸⁵.

⁴⁸³Cf. CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo - (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 105.

⁴⁸⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; GIDI, Antonio (Rel.). *Código-Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=11_16&shop_detail=241> Acesso em: 30 jan. 2016.

⁴⁸⁵Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas, cit., p. 211.

A figura que mais nos interessa nesse momento é a representatividade adequada que será aferida pelo juiz no caso concreto, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, a partir da ponderação de certos elementos: a) “a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado”; b) “seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe”; c) “sua conduta em outros processos coletivos”; d) “a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda”; e) “o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

Uma vez identificada a ausência de representatividade, o juiz comunicará o Ministério Público e outros legitimados, viabilizando a substituição daquele que se demonstrou ser ilegítimo para defender os interesses coletivos.

Dentre os legitimados ativos, além dos legitimados presentes na legislação nacional, incluem-se a pessoa física, o Defensor do Povo, os sindicatos e os partidos políticos. Admite-se que o Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, a qualquer tempo e grau de jurisdição, compareça em juízo para auxiliar o representante da coletividade ou denunciar sua representação inadequada.

No intuito de assegurar a representatividade adequada dos legitimados que se apresentam para a ação, exige-se a notificação por meio de “publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes”, ao receber a inicial e determinar a citação do réu. Nessa seara é possível ao juiz expedir notificação especial para entidades e órgãos de tutela dos direitos coletivos, comunicando o ajuizamento da ação e seu trânsito em julgado, possibilitando, com isso, o controle da representatividade e a liquidação e execução da sentença. Essa providência será adotada pelo magistrado na hipótese de viabilidade de execução provisória, quando houver julgamento parcial do mérito sem recurso ou antecipação de tutela irrecorrida. O cuidado com a publicidade é ressaltado pela possibilidade de exigir que o réu divulgue nos meios sociais de comunicação informações da demanda a suas expensas.

No Código de Processo Civil Coletivo idealizado por Antônio Gidi⁴⁸⁶ também ocorre a fusão das definições de direitos difusos e coletivos, com a designação ampla de direito difuso, mantendo os individuais homogêneos com uma concepção de ação coletiva “cabível em tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e

⁴⁸⁶GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18368-18369-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas” focando no grupo como elemento essencial dessas demandas na medida em que também é admissível “contra um grupo de pessoas”.

Essa proposta de codificação admite basicamente os mesmos legitimados do direito brasileiro para a ação pública, com exceção da Defensoria Pública, mas inova ao exigir um prazo de dois anos para a constituição das associações, bem como elastecer a exigência da pertinência temática para os órgãos e entidades da administração pública. Além disso, possibilita “quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo” que o juiz admita membros do grupo como legitimados e dispense as exigências de pertinência temática e pré-constituição. Deixa claro que a associação representa o grupo e seus membros e não seus associados, da mesma forma que o Advogado que não defende os interesses do contratante. Igualmente, o Fundo dos Direitos de Grupo poderá comparecer a qualquer tempo e grau de jurisdição para auxiliar na tutela dos direitos coletivos ou denunciar a representação inadequada, demonstrando a necessidade de substituição do polo ativo.

O mencionado projeto para admitir a tramitação de uma ação coletiva exige cumulativamente as seguintes condições: a) “houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva”; b) “o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros” e c) “a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática”.

A identificação do representante adequado fica a critério do magistrado que observará diversas condições não só do autor ou réu, mas também de seus advogados, mencionando, a título exemplificativo: a) “a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; b) “o histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo; c) “a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores”; d) “a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva”; e) “o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo”.

Caso o juiz constate que o representante é inadequado e nas hipóteses de desistência infundada ou abandono deverá notificar a coletividade, a fim de viabilizar a assunção do polo ativo por outro legitimado e só se não aparecerem habilitados adequados a promover a extinção do feito sem resolução o mérito.

É permitido também no projeto a todo “legitimado coletivo” intervir na ação em qualquer momento ou grau de jurisdição para reforçar a defesa dos interesses coletivos ou no intuito de “demonstrar a inadequação do representante”.

Ao analisar o processo, o juiz poderá diante da facilidade de identificação dos integrantes do grupo que se apresenta em número reduzido na demanda, conformar o processamento da ação como individual, ao não certificar a ação coletiva, a admitindo como individual, autorizando a intervenção dos interessados diretamente em litisconsórcio.

A notificação ampla e adequada ganha um destaque especial no Código idealizado por Antônio Gidi, estabelecendo vários momentos em que ela é devida antes, durante e depois do processo. No início do processo, o juiz solicitará o auxílio das partes para comunicar ao grupo e seus integrantes, aos legitimados coletivos, atingindo minimamente “o Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis” dentro de parâmetros de eficiência, economicidade e amplitude possível de acordo com cada caso concreto. Dentre os métodos de notificação adequada eficiente promoverá “anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo”.

O projeto estabelece a comunicação e delimitação do grupo e dos órgãos e entidades mais relevantes, como uma responsabilidade conjunta das partes e do juiz, cabendo seu custeio ao representante do grupo e, em situação excepcional de dificuldades e altos custos, poderá ser atribuída inicialmente ao réu, mediante futuro ressarcimento do representante que figurar na autoria da ação.

A princípio, as minúcias do Código projetado por Antônio Gidi podem parecer desnecessárias, mas para profissionais que militam na área são de crucial importância para balizar a atuação do Poder Judiciário e das partes, não dando margem para declaração de nulidades devido a prejuízos decorrentes de violação ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Isso também assegura com certa eficácia que o representante do grupo seja constantemente fiscalizado por todos os interessados, o que privilegia a adequada representatividade e a substituição do autor, se necessário.

Esse objetivo transparece quando exige que o representante do grupo divulgue todos “os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado”, abrindo a possibilidade do magistrado, ao identificar a fragilidade da comunicação, realizá-la formalmente acerca dos eventos que reputar essenciais ao conhecimento da coletividade.

O projeto exige que essa comunicação seja “transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias”, ressaltando a necessidade de apresentar todos os elementos informativos relevantes para o caso discutido em juízo, dentre os quais deve figurar: a) “a definição do grupo”; b) “a identificação do réu”; c) “a identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo”; d) “a descrição da controvérsia coletiva, com um resumo dos fatos”; e) “a pretensão coletiva e o objeto do processo”; f) “as consequências do processo coletivo para o grupo e seus membros”; g) “o caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo”; h) “cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes; e i) “instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo”.

Apesar da possibilidade do magistrado delegar a redação da notificação ao representante do grupo, ela sempre será encaminhada com o designativo de tratar-se de ato judicial e sua confecção, nesse caso, ficará sob a fiscalização do juiz e do réu, a fim de preservar a neutralidade e imparcialidade do texto redigido.

No intuito de evitar as discussões e problemas existentes no sistema americano, o projeto deixa claro que: a) se o ajuizamento da demanda coletiva for amplamente divulgada, a ponto de adquirir notoriedade e na hipótese de ser extremamente custosa para ser financiada pelo representante, o magistrado poderá “reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo”; b) será possível ao juiz “ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva”; c) não se deve realizar a comunicação “se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada”; d) o magistrado, apreciando a causa, poderá restringir a comunicação inicial apenas aos “legitimados coletivos mais significativos”, no intuito de “evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo”, relegando a ampla divulgação para momento posterior quando obter a plena “convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva”; e) “o pagamento dos honorários do advogado do grupo poderá ser condicional ao resultado obtido na ação coletiva, mas o advogado não poderá financiar o litígio”

O projeto também apresenta a virtude de se adaptar à atual realidade social que presenciamos, com o uso dos meios de comunicação e da internet como um diferencial de nossa geração. Assim, sensível a essas circunstâncias, o juiz poderá, ao constatar que o réu tem o costume de enviar correspondência aos integrantes do grupo, edita periódicos, possui sítio na internet e outros meios de comunicação identificando na demanda “probabilidade

de sucesso da pretensão coletiva”, determinar o uso desses mecanismos para “notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas”.

Ainda nessa concepção de aproveitamento das facilidades da tecnologia, permite-se ao magistrado a determinação de confecção de um sítio eletrônico na internet com todas as informações sobre a demanda coletiva, principais peças processuais e histórico da causa. Essa página deverá ser divulgada amplamente, com inserção de links, se possível, nas páginas eletrônicas “do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo”, constantemente alimentada com os dados do processo e as informações acerca dos trâmites, com solicitação periódica de auxílio aos membros do grupo para produção de provas, análise de uma proposta de acordo, dentre outras situações.

Da sentença também se dará a mais ampla e adequada divulgação aos integrantes do grupo e à coletividade de interessados.

O diferencial no projeto de Antônio Gidi é uma preocupação com a aplicação prática da norma, na medida em que aparenta não só sistematizar as questões, mas também, a partir da experiência americana, sanear os principais problemas que se identificaram ao longo de anos de experiência com as *class actions* americanas.

No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁴⁸⁷ oriundo dos estudos de Ada Pellegrini Grinover, no âmbito da Universidade de São Paulo e absorvido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pelo Ministério da Justiça, mantém-se a divisão direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Além dos legitimados ativos já previstos na legislação nacional (Lei da Ação Civil Pública e CDC), tem como principal inovação incluir “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos” e “o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos”, obviamente “desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada”, que será aferida mediante diversos critérios, tendo como parâmetros exemplificativos: a) “a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado”; b) “seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos”.

Nessas hipóteses, a aferição ficará a cargo do juiz que poderá reanalisá-la em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo, ao constatar inadequação da representatividade, comunicar o Ministério Público e outros legitimados para que, se

⁴⁸⁷ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ministério da Justiça - última versão - Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e Órgãos do Governo Federal. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015.

houver interesse, venham a substituir o autor ilegítimo, o que também se efetivará diante de um abandono ou desistência infundada da causa.

Pelo projeto paulista ainda são legitimados os partidos políticos “com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais”, bem como “as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria”. Acaba restringindo a atuação: a) do Ministério Público “para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social”; b) da Defensoria “para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem necessitados, do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem, ao menos em parte, hipossuficientes”; c) das pessoas jurídicas de direito público interno “para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos”. Da mesma forma, aclara a legitimação das “entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados” e “as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros”. Estas últimas poderão ser dispensadas do “requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada”.

Como requisitos específicos da demanda coletiva, o projeto estabelece a demonstração pelo legitimado da “existência do interesse social” para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como para esses dois últimos “a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda”.

Na hipótese dos direitos individuais homogêneos ainda é necessária a “aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto”.

Outro diferencial que valoriza a legitimidade dos defensores dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo é a possibilidade concedida a eles de recurso da determinação de arquivamento de um inquérito civil ao Conselho Superior do Ministério Público.

Corrigindo distorções que poderiam ser alegadas acerca da substituição da recomposição do dano ou a condenação no resultado prático equivalente, o projeto paulista esclarece que, independente de pedido do autor, será isso buscado em face do dano ao bem jurídico indivisível e também a conversão em indenização decorrente da impossibilidade, não depende de manifestação do autor.

Com o objetivo de dar publicidade aos interessados, o anteprojeto concebe a publicação de edital resumido, propiciando a ciência da demanda coletiva, após recebimento da inicial, com a viabilidade de admissão deles como intervenientes no processo, vedado o debate de “suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento”. Nessa mesma linha de transparência e ampla divulgação, o juiz expedirá notificação para as entidades e órgãos de defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, comunicando o ajuizamento da ação e o seu trânsito em julgado. Essa notificação também será implementada quando disponível a execução definitiva ou provisória aos órgãos e aos demais interessados, estes por meio de edital publicado no órgão oficial custeado pelo réu, que deverá utilizar-se dos instrumentos de comunicação social para replicar qualquer nova informação relevante.

Um último aspecto em reforço à legitimidade das partes em prol desses interesses de impacto social refere-se à previsão expressa no anteprojeto paulista sobre, além da liquidação e execução coletiva pelos legitimados, a possibilidade dessas fases serem “promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras no processo de conhecimento”, funcionando não como substitutos, mas sim como representantes comuns dos indivíduos, o que ressalta a proteção do hipossuficiente.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, capitaneado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁸⁸, oriundo da pesquisa implementada no seio da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio de Sá, não se desvia

⁴⁸⁸ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Apresentação do Anteprojeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bXbGSY3uBbgJ:www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc+%cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=es>> Acesso em: 30 jan. 2016.

do supracitado anteprojeto, com a maioria dos dispositivos muito semelhantes em seu conteúdo, com pequenas variações.

No que se refere aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos mantem a divisão tradicional brasileira e os legitimados de acordo com o anteprojeto cunhado por Ada Pellegrini Grinover, com alteração mais relevante em relação às associações, vez que não se exige prazo de pré-constituição, mas excluiu as fundações de direito privado.

Como requisito da ação coletiva arrola a representatividade adequada e “a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas”.

A identificação da representatividade adequada pelo juiz dependerá dos seguintes dados, em caráter exemplificativo: a) “a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado”; b) “seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe”; c) “sua conduta em outros processos coletivos”; d) “a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda”; e) “o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe”.

A representatividade dos legitimados é ponderada a qualquer tempo e grau de jurisdição e uma vez identificada alguma inadequação, abandono e desistência infundada comunicar-se-á o Ministério Público e outros legitimados para eventualmente assumirem a causa.

Em relação ao projeto paulista, neste carioca mantém-se a opção pelas perdas e danos na esfera do autor de maneira alternativa à impossibilidade da tutela específica ou resultado prático equivalente, elastecendo por demais os poderes do representante.

Todas essas são propostas que ainda não foram aprovadas, mas apresentam flagrante influência não só do sistema americano como também do brasileiro, que se consubstancia num excelente repertório de ideias e normas para serem aproveitadas num futuro pelo legislador nacional.

2.6. Proposta doutrinária de reformulação do instituto da representação e a substituição processual segundo o artigo 18 do NCPC

Há uma proposta doutrinária de alteração do foco da representação apresentada por Jordão Violin de “representação de pessoas” para “representação de interesses”, o que, ao se propiciar uma representação adequada, vincularia todos os interessados sem a necessidade de notificação pessoal de todo universo de indivíduos interessados e do uso

dos critérios de inclusão e exclusão de pessoas no processo para serem atingidos pelos efeitos da coisa julgada, na medida em que a possibilidade de participação foi disponibilizada a todos⁴⁸⁹.

Na representação de pessoas, identificam-se diversos problemas na opinião do supracitado autor: os gastos com a notificação muitas vezes prejudicam a continuidade do trâmite processual, seja pela multiplicidade delas, seja pelas nulidades em sua concretização que são potencializadas pelo número expressivo de atos realizados; dificuldades na realização dos atos processuais em decorrência do litisconsórcio multitudinário; a representação de pessoas afeta apenas aos que estavam no convívio social e não as gerações futuras que ainda não nasceram, dentre outras dificuldades⁴⁹⁰.

O cerne da defesa da “representação de interesses” preconiza a dispensa da comunicação pessoal dos interessados, pois, proporcionando uma representação adequada desses interesses em juízo, todos seriam atingidos (efeitos *pro et contra* da coisa julgada), especialmente se as discussões envolvem pessoas indeterminadas ou em número impraticável para participarem do processo sem prejuízos à duração razoável do trâmite e a uma tutela judicial efetiva, ou seja, o foco deixa de ser a pessoa e passa a ser diretamente o interesse defendido, daí a importância da postura adotada pelo representante em aspectos amplos em sua atuação na defesa efetiva desses interesses⁴⁹¹.

Acreditamos que os interesses só existem porque as pessoas os detêm, o que, em tese, não legitimaria sua desconexão delas. Ainda em relação aos interesses é possível argumentar que eles se alteram de geração em geração, não apresentando caráter estático de perenidade, ensejando a alteração do tratamento dado à matéria ao longo dos anos.

Diogo Campos Medina Maia pretende, por meio de uma interpretação construtiva ao substrato do artigo 6º, do CPC, de 1973, propor que o dispositivo deve ser aplicado em ambos os polos da ação, inferindo de *lege lata* as ações coletivas passivas em nosso sistema jurídico, conformando a representação adequada com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, na medida em que identifica a ausência de norma legal proibitiva da coletividade ser representada em juízo por um ente ou pessoa, bem como atrelando a compreensão que a exceção legal à legitimação ordinária é de conotação ampliada e não se limita a norma-lei, mas engloba o “sistema legal” ou “conjunto de normas”⁴⁹², com anteparo na Constituição Federal e seus princípios, que não podem ser

⁴⁸⁹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 46-47.

⁴⁹⁰Cf. Id. Ibid., p. 48-49.

⁴⁹¹Cf. Id. Ibid., p. 50-51.

⁴⁹²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 123-124.

violados em seu núcleo essencial pelas normas infraconstitucionais. Na ponderação dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e segurança, com a inafastabilidade da jurisdição, este último não poderá ser amesquinhado com restrição ao seu núcleo essencial, ocasionando a negativa de acesso ao Poder Judiciário⁴⁹³.

Ao que parece, essa ponderação já sensibilizou o STF, no MS 26750, relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013, ao promover uma ponderação de princípios constitucionais e a análise sistemática de nosso ordenamento para admitir a representação dos juízes pela Associação Brasileira dos Magistrados em processo administrativo no Conselho Nacional de Justiça.

A nosso ver, a posição de Diogo Campos Medina Maia é mais adequada para a abordagem da matéria, pois é inferida de nosso sistema e decorre da nova redação do artigo 18 do NCPC, mas a dificuldade na eleição do representante adequado ainda é sensível, não sendo possível simplesmente inverter os polos, com a alocação de quem é legitimado para a defesa desses interesses e direitos no polo ativo também para o polo passivo.

Na realidade, é possível inferir que a substituição processual decorre, na maioria das vezes, de uma conexão entre o substituído e o substituto, seja por um dever funcional ou estatutário de proteger esses interesses por parte do substituto, seja por expressa determinação da lei⁴⁹⁴.

O novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 18, altera de maneira substancial o conteúdo da legitimação extraordinária, substituindo a exigência da lei pela autorização genérica do ordenamento jurídico, permitindo a intervenção processual do substituído como assistente litisconsorcial⁴⁹⁵. O dispositivo não deixa dúvidas quanto à legitimidade extraordinária das associações sindicais devido ao lastro constitucional (artigo 8º, III, da CF) dessa previsão, que não se circunscreve à letra da norma infraconstitucional, mas decorre do ordenamento.

Evidente que o supracitado dispositivo do NCPC não trata propriamente da situação das entidades sindicais, que está longe de se estabilizar apesar da posição do STF acenar

⁴⁹³Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 67-73.

⁴⁹⁴Com posicionamento assemelhado Carnelutti preconiza: “Hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ésta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio.

Según el art. 81, “fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio un derecho ajeno”; esto quiere decir que nadie puede pedir en su propio interés la tutela de un interés ajeno. La regla es, pues, que la sustitución sólo es posible cuando esté expresamente consentida” (CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 176-177).

⁴⁹⁵“Artigo 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

para uma ampla substituição processual, pois, com especial destaque à doutrina italiana, tendo como expoente Francesco Carnelutti, há uma tendência em reconhecer nessas ações de índole sindical, como nos dissídios coletivos, algo próximo da legitimidade ordinária quando a entidade age na defesa dos interesses da categoria:

“La fundamental coincidencia de la parte en sentido material con la parte en sentido procesal se infiere del art. 81, según el cual ‘fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso, en nombre propio, un derecho ajeno’; no constituye una excepción a esta regla el que el arto 411 atribuya cualidad de parte en el proceso colectivo a las ‘asociaciones sindicales legalmente reconocidas’, ya que el sindicato está constituido por la ley como sujeto de los intereses de categoría”⁴⁹⁶.

Acrescente-se também que nos dissídios coletivos trabalhistas não se admite que o trabalhador intervenha como assistente litisconsorcial, o que demonstra a titularidade da defesa dos interesses da categoria pertencer ao sindicato em situação assemelhada aos direitos difusos e coletivos no polo ativo de uma ação civil pública. A diferença extraível do dissídio coletivo é que devido às peculiaridades do procedimento previsto na CLT, a categoria é representada por sindicatos em ambos os polos e as decisões em si almejam melhorias para os trabalhadores e não para os empregadores.

Além disso, ao ampliar a autorização da substituição processual da lei para o ordenamento jurídico, o legislador perdeu uma ótima oportunidade de esclarecer que essa situação se daria no polo ativo e passivo das ações, contudo, diante da menção ao “ordenamento jurídico” como um todo, abre-se a possibilidade de deduzir essa possibilidade sob uma perspectiva de amplo acesso à Justiça. Todavia, a substituição no polo passivo exige temperamentos e especificidades diversas da decorrente do polo ativo.

2.7. Concepção diversa da coletividade no polo passivo e a maior fragilidade dessa posição processual: a representação processual coletiva

A representação da coletividade no polo passivo exige maiores garantias do que a sua legitimação no polo ativo, pois, assim como o direito de ação difere do direito de defesa, é certo que quando a mencionada coletividade se defende, as perspectivas processuais se alteram.

A definição de legitimidade extraordinária para defesa dos interesses coletivos em sentido amplo também se altera, uma vez que não basta a lei estabelecer quem são os legitimados de maneira estática se a sociedade e a aglutinação de grupos é notoriamente dinâmica.

⁴⁹⁶CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 175.

Assim, nada impede que a lei estabeleça quem seriam os legitimados passivos para eventuais ações em que a coletividade seja demandada, mas essa construção deve levar em conta a “necessidade obrigatória de defesa”, o que difere quando ela está no polo ativo em que se procura facilitar o acesso ao Judiciário para a tutela do direito coletivo em sentido amplo.

O nível de importância dos direitos difusos e coletivos discutidos em juízo não pode ser restringido às técnicas processuais individualistas de identificação do legitimado para a promoção dos interesses pertinentes à coletividade em juízo, por isso, os institutos foram flexibilizados a ponto de permitir que, nas *Class Actions*, o representante adequado possa assegurar de maneira eficiente os interesses dos grupos, diante da ausência de uma organização consolidada ou, ainda que parcialmente estruturada, tal circunstância não fragilize sua posição no ajuizamento de ações judiciais, portanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa evoluíram ou adaptaram-se à exigibilidade de uma garantia essencialmente coletiva⁴⁹⁷.

Quando existe um grupo perfeitamente delimitado inserido numa organização estruturada que apresenta personalidade jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico, com convergência de todos os afetados por uma lesão ou ameaça de lesão coletiva para seus quadros, a representatividade da entidade será aferida externamente tão somente pelos mecanismos internos (estipulado nos estatutos e nas normas legais) de identificação da vontade da coletividade, que pode ser uma assembleia geral ou outra forma de colheita da opinião de seus integrantes⁴⁹⁸.

Deparando-se com um grupo fragmentado sem estruturação orgânica e indeterminação de seus integrantes, ainda que eventualmente determináveis, o ordenamento jurídico, por meio das leis ou de uma construção jurisprudencial para viabilizar o acesso ao Judiciário, estabelece uma forma de seleção de um representante qualificado desses interesses em juízo a fim de propiciar efeitos *erga omnes*⁴⁹⁹.

Quando uma associação pretende representar uma coletividade em juízo geralmente um dos mais básicos critérios consiste na exigência de adequação entre seus fins institucionais consolidados no estatuto em conjunto com outros elementos, podendo-se citar: na Áustria, uma Lei, de 1979, estabelecendo de maneira taxativa as associações que se considerariam representantes adequados dos consumidores; em Portugal, no ano de 1981, a norma de proteção dos consumidores delimitou a associação que, além da previsão

⁴⁹⁷Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 186.

⁴⁹⁸Cf. Id. Ibid., p. 186-187.

⁴⁹⁹Cf. Id. Ibid., p. 187.

em seu estatuto, deveria ter ao menos 7.500 associados e direção por órgãos eleitos por votação secreta e universal sem discriminações ou restrições de participação⁵⁰⁰; na Itália, em 1986, editou-se a Lei nº 349, criando o Ministério do Meio Ambiente, que, após a análise de vários critérios (previsão estatutária de tutela do bem jurídico e organização interna democrática, caráter nacional da representatividade, relevância externa e continuidade das atividades), por meio do chefe da pasta, poderia ou não reconhecer, via decreto, depois de prévia oitiva do Conselho Nacional para o Meio Ambiente, as associações que poderiam intervir nas questões atinentes aos danos ambientais⁵⁰¹.

Nas *Class Actions* americanas estabeleceu-se uma representação de “grupos de personas situadas en una similar posición jurídico material”, com uma modificação do que se entende classicamente como representação, pois “el representante es a la vez representante y parte”, sem necessidade de procuração dos demais, mas vinculando todos os ausentes enquanto “actúa en nombre e interés ajeno, como todo representante, defendiendo el interés de terceras personas ausentes del proceso”, entretanto, “con la particularidad que éstos terceros ocupan una posición jurídico-subjetiva similar a la del representante, con lo cual al defender el interés de estos terceros defiende también el interés próprio y viceversa”⁵⁰².

Essa última realidade oriunda dos EUA tende a ser um modelo oportuno para a solução dos problemas nacionais em que a coletividade figura no polo passivo de uma ação civil pública passiva ou coletiva passiva, o que deve ser observado por qualquer proposta de regulamentação da coletividade no polo passivo.

Essa também é a opinião de Diogo Campos Medina Maia:

⁵⁰⁰Na atualidade o artigo 17 da Lei nº 24 de 1996 apresenta outros requisitos de representatividade para as associações em Portugal:

“Associações de consumidores

1 - As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objetivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados.

2 - As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua ação e tenham, pelo menos, 3000, 500 ou 100 associados, respetivamente.

3 - As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico:

a) São de interesse genérico as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral e cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados;

b) São de interesse específico as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados, cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.

4 - As cooperativas de consumo são equiparadas, para os efeitos do disposto na presente lei, às associações de consumidores”.

⁵⁰¹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 190-195.

⁵⁰²Cf. Id. *Ibid.*, p. 197.

“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*. Se o *representante adequado* ou *legitimado adequado* puder ser verdadeiramente avaliado por padrões previamente delimitados, são altíssimas as chances de se efetivarem no caso concreto as garantias do *devido processo legal*, da *segurança jurídica*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, bem como de se alcançar um provimento justo”⁵⁰³. (destaques no original)

Uma parte considerável da doutrina defende a possibilidade de aplicação *de lege lata* da “representatividade adequada real”, intuindo ser ela compatível com o atual sistema jurídico brasileiro, subdividindo-se em duas correntes: a) no intuito de recusar legitimação a entidades sem eficiência na tutela dos direitos coletivos, como Cassio Scarpinella Bueno e Antônio Gidi; b) na determinação de uma legitimação absoluta que proporcione não apenas a figuração no polo ativo como também no passivo, como Ada Pellegrini Grinover e Fredie Didier Junior⁵⁰⁴.

Essa situação, se transportada para o polo passivo da ação, implica em maiores poderes ao juiz na condução e direção do processo, zelando pela correta formação da relação jurídica processual.

Se mesmo quando atuam no polo ativo as associações devem demonstrar alguns requisitos, como, por exemplo, a pertinência temática e o *amicus curiae* que voluntariamente se apresenta para auxiliar o juízo na definição da solução jurídica também deve comprovar a sua representatividade para o caso concreto, com maior razão deve existir uma demonstração da representatividade de quem figura no polo passivo. Todavia, a prova, num primeiro momento, caberá à parte autora, mas ao réu deve ser dada a oportunidade de demonstrar ser outro o representante adequado ou reforçar as provas do autor para influir na convicção do juiz, ao certificar essa representação nos autos.

A ideia da representação como instituto do direito civil para integrar ou substituir a vontade de outra pessoa física ou jurídica especificamente determinada com base na lei ou na vontade das partes evolui para “una representación de los intereses de un grupo indeterminado de sujetos”⁵⁰⁵ ou, ainda que determináveis de difícil determinação, a que denominamos de representação processual coletiva quando não existem normas específicas determinantes dos legitimados para promover essa defesa em juízo, em especial nas hipótese em que há subgrupos dentro de uma coletividade ou seja parcelas de interesses antagônicos.

⁵⁰³MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 111.

⁵⁰⁴Cf. Id. *Ibid.*, p. 112-113.

⁵⁰⁵Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 186.

O Código Civil de 2002, no artigo 115, especifica que “os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado”, destacando no artigo 116 que “a manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”, sendo complementado pelo artigo 118, ao consignar “o representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem”. Dentro dessa perspectiva, só pela letra da norma, em especial o último dispositivo mencionado, é flagrante que o representante tem que demonstrar os seus poderes de representação para que seus atos possam vincular a esfera de direitos e obrigações do representado. Quando se ajuíza uma ação coletiva ativa esse ônus é do autor que pretende representar a coletividade, contudo, na hipótese da ação coletiva passiva, esse ônus não se transfere de maneira exclusiva ao réu, continuando com o autor, visto que deve comprovar a representatividade adequada da coletividade por aquele a quem indicou em sua petição inicial. Curiosamente, caberá ao réu demonstrar em juízo que não é o representante adequado da legitimidade, a título de auxílio ao magistrado, pois se apenas negar a circunstância, o ônus probatório da condição permanecerá com o autor. Apenas se o indicado como representante alegar fato modificativo, suspensivo, impeditivo ou extintivo da pretensão do autor, como, por exemplo, reconhecer que era o representante legítimo, mas, na atualidade, seria outra entidade que haveria, em tese, um ônus probatório carreado ao réu. Todavia, mesmo nessa circunstância, tal fato por si só não impede a prova da representação adequada do réu por parte do autor ou de ofício pelo juízo, dada a importância das matérias discutidas e a possibilidade futura de vinculação aos efeitos da coisa julgada por parte de toda a coletividade, não bastando uma mera confissão⁵⁰⁶ do réu de que é o representante, pois a matéria não se restringe apenas a fatos, pressupondo questões jurídicas complexas a serem avaliadas em conjunto pelo magistrado no caso concreto.

Quem comparece espontaneamente em juízo para defender um interesse coletivo deve ser tratado com menor rigor do que aquele indicado pelo autor para figurar como réu, daí a necessidade de publicidade dessas ações para permitir o ingresso voluntário de

⁵⁰⁶O *caput* do artigo 391 do NCPC esclarece que “a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”, bem como o *caput* do artigo 392 é claro ao especificar que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis” e seus parágrafos que “a confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados (§ 1º) e “a confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado” (§ 2º). Assim, se a própria confissão acerca de quaisquer fatos não pode ser realizada por quem não é representante a afirmação de que é o representante sem a efetiva demonstração não pode ser considerada como suficiente, especialmente quando a demanda refere-se a direitos indisponível que podem ser prejudicados de maneira reflexa pela atuação do autointitulado representante.

representantes adequados também no polo passivo, auxiliando na defesa da coletividade e, conseqüentemente, ressaltando o acima já mencionado acerca da “parte complexa”, em que a posição não se restringe ao indivíduo que afirma ou contra quem se afirma um direito, mas a um conjunto de fatores que consolidam a posição das partes em cada um dos polos antagônicos.

O réu é indicado pelo autor e, muitas vezes, pode nem ser interessado na questão, o que exige um maior controle por parte do juiz, que supera uma prévia especificação na lei dos legitimados extraordinários para defender a coletividade.

Quando o interesse coletivo está no polo ativo, o magistrado, ao admitir e julgar a lide, procura defender um bem maior, qual seja, o direito da coletividade numa situação positiva em que o autor afirma um direito no qual acredita existir e que estaria sendo violado. Essa mera convicção na postura do autor pressupõe que agirá de maneira pró-ativa, desenvolvendo os atos processuais na defesa dos interesses da coletividade até o final.

Muitas vezes as decisões sequer exigem uma autorização assemblear para essa defesa em juízo dos interesses coletivos quando se trata de uma associação almejando privilegiar a tutela do direito invocado, contudo, a melhor opção é seguir a linha dos dissídios coletivos na justiça do trabalho, que exigem a prévia aprovação da pauta de reivindicações antes da propositura dessas ações dando maior legitimidade ao autor.

No caso das associações, acreditamos que o melhor seria uma prévia aprovação por sua assembleia acerca do objeto do litígio e o instrumento processual a ser utilizado, legitimando sua atuação perante seus associados e, de uma forma simples, identificando a vontade do grupo. Em situações emergenciais seria possível a atuação imediata, como o ajuizamento de tutelas de urgência e ações tendentes a impedir a prescrição, mas tudo deveria ser submetido posteriormente ao referendo do órgão deliberativos dessas entidades, invariavelmente à assembleia geral. Esse procedimento tem a vantagem de criar maiores garantias para que a vontade do grupo seja representada adequadamente em juízo.

A situação modifica-se quando a coletividade está no polo passivo, sendo mais adequado o uso das entidades associativas ou mesmo os particulares com interesse comum, como representantes adequados devido a sua maior proximidade com os interesses envolvidos.

No caso das associações seria recomendável a manutenção de um sistema de consulta à assembleia geral para verificar se a entidade aceita ou não de bom grado a defesa no polo passivo dos interesses coletivos. Se essa consulta é recomendável para legitimar a atuação no polo ativo, em especial nos dissídios coletivos trabalhistas, com maior razão deverá ocorrer quando a entidade for inserida em seu polo passivo como

representante da coletividade. A recusa por parte da assembleia não vinculará a sua exclusão do polo passivo, pois caberá ao juiz analisar a situação e, se for o caso, solicitar que outras entidades também venham a ser incluídas no polo passivo devido à demonstração de má-vontade do ente associativo em promover a defesa do grupo. Todavia, se o órgão deliberativo aprovar a posição da associação no polo passivo será um forte indício, aliado a outros elementos, de que ela representará de maneira idônea e adequada os interesses coletivos em juízo.

A figuração da entidade no polo passivo é mais facilmente identificada quando se trata de interesse dos seus membros que as compõem na totalidade, o que permite uma representação direta desses interesses no processo, como, por exemplo, quando uma entidade organiza um piquete contra a aprovação de uma lei no congresso. O problema ocorre quando o piquete ou manifestação apresenta atos de vandalismo, mas, mesmo assim, se demonstrado que a entidade não incentivou isso e há um subgrupo responsável que destoa dos demais, nada impede e, na verdade, tudo recomenda, que esse grupo identificado seja acionado diretamente e não a entidade.

Embora a representatividade adequada não exija, em tese, mais de uma entidade ou pessoa física, não seria recomendável um único indivíduo no polo passivo, representando uma coletividade, como ocorre no polo ativo da ação popular, salvo se identificado como líder de um grupo de pessoas e elas sejam as atingidas pela decisão judicial, sendo menos salutar ainda quando as questões envolvam direitos ou interesses mais amplos, como os difusos e coletivos dada a maior fragilidade da posição passiva quando o assunto engloba interesses coletivos em sentido amplo.

Se o legitimado não for um representante adequado sequer terá acesso às provas ou saberá acerca do conteúdo da relação jurídica, dos direitos e dos interesses coletivos, daí a maior participação do juiz no controle e aferição dessa legitimidade atrelada à “representação adequada”.

Nas palavras de Felipe Silva Noya: “embora por uma perspectiva individual, os direitos difusos possuam titularidade não identificável e os direitos individuais homogêneos e os coletivos *stricto sensu* possuam-na identificável, ao se tratar de seu aspecto coletivo todos esses direitos possuem um titular certo e diferenciado daqueles”⁵⁰⁷.

Assim, cada uma das espécies de interesses coletivos em sentido amplo terá um representante ou “porta-voz”, que será o substituto do titular coletivo nos processos, devendo apresentar condições idôneas e adequadas aos olhos da legislação e da

⁵⁰⁷Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 22.

fiscalização do juiz⁵⁰⁸.

A adequabilidade do “porta-voz” enquanto representante dos interesses do grupo precede a legitimidade *ad causam*, mesmo que a sua caracterização dependa da avaliação de sua conduta no processo, pois não se pode dispensar as etapas iniciais para avaliação do todo⁵⁰⁹.

Diante disso, percebe-se a complexidade para se identificar o titular do direito e o seu substituto ou sujeito coletivo da relação processual, que deve estar atrelado ao objeto litigioso, ou seja, ao pedido e a causa de pedir⁵¹⁰.

Acreditamos que o microssistema de tutela coletiva engloba a LACP e o CDC, mas não admitimos o uso desse microssistema para identificar quem seria e quais os limites da coletividade no polo passivo.

A legislação vigente na LACP foi idealizada para propiciar representantes adequados *ope legis* para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo sob uma perspectiva inerente ao polo ativo da ação⁵¹¹.

Quando se discute o polo passivo da ação, a perspectiva se altera e a presença da coletividade em juízo exige um “representante coletivo” que poderia ser compreendido como um “porta-voz” da própria coletividade, como se ela mesma estivesse em juízo.

Nesse caso, não se trata de uma simples substituição processual ou mera representação voluntária oriunda do direito civil, mas se aproxima da representação orgânica em que uma coletividade ao praticar atos ou omissões deliberadas venham a ameaçar ou lesionar interesses de outras pessoas ou grupos. Essa representação que denominamos de representação processual coletiva apresenta em seu conteúdo diversos elementos que compõem pressupostos processuais e legitimidade *ad causam* para o ajuizamento da ação, delimitando o campo de abrangência dos efeitos da decisão na proporção da concretização de grupos, classes e categorias determináveis e não indeterminadas.

A representação mencionada é perfeitamente admissível em nosso sistema jurídico que comporta inúmeras figuras assemelhadas, como as já abordadas representação anômala do síndico de condomínios e do inventariante, a representação judicial quando o juiz

⁵⁰⁸Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 23.

⁵⁰⁹Cf. Id. Ibid., p. 25.

⁵¹⁰Cf. Id. Ibid., p. 25-26.

⁵¹¹No sistema processual português Miguel Teixeira de Sousa nas ações populares diferencia a representação unitária (necessária) da representação simples em que nesta última se admitem decisões diversas para os titulares dos direitos coletivos em sentido amplo havendo possibilidade de se excluírem do processo por opção enquanto a primeira não permite a exclusão e, por isso, também é reconhecida como representação necessária na medida que apenas podem intervir no processo coletivo, mas não se excluírem da relação processual (Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, cit., p. 213-214).

designa durante o processo administradores de bens, bem como a denominada “representação especial” decorrente da gestão de negócios em situações emergenciais.

É necessário ressaltar que a representação ou legitimidade coletiva não é um instituto da ação civil pública, pois também pode ser aplicável nos procedimentos ordinários e especiais quando compatível a presença da coletividade em um dos polos da ação. A definição do polo ativo da ação civil pública apresenta legitimados especificados na lei, o que impede a presença de uma representação processual coletiva como a concebemos no polo ativo, mas isso não ocorre nos demais procedimentos ordinários e especiais compatíveis com a coletividade em um ou em ambos os polos do processo que não se confundem com a substituição ou a mera representação processual decorrente de expressa autorização.

Assim, a amplitude da representação processual coletiva que estabelecerá os limites subjetivos da coisa julgada material, seja numa ação civil pública passiva, seja numa ação coletiva passiva em geral ou mesmo no polo ativo ao representar o interesse de grupos em procedimentos que não apresentam normas especiais de legitimação e, muitas vezes, na representação do interesse de subgrupos em posição antagônica.

Essa representação processual coletiva surgiria exatamente quando não haja norma específica determinando quem seria o indivíduo ou entidade com capacidade de estar em juízo para exercitar a postulação e a defesa de direitos na demanda, como ocorre na mera representação processual e na substituição processual expressamente previstas na lei em que as associações ora representam seus associados, ora toda a classe ou categoria. Aliado a isso, possibilitaria que subgrupos contidos num grupo maior possam defendem os interesses dessa parcelada da coletividade em juízo.

Com a análise das decisões judiciais presentes no primeiro capítulo e no MS 26750, relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013, constata-se que o ponto comum entre o reconhecimento da coletividade no polo passivo foi justamente a presença de uma categoria, classe ou um grupo com contornos de difícil determinação, mas determináveis, que permitiu o ajuizamento da ação e da prestação jurisdicional.

Diante disso, deve-se descartar a viabilidade de interesses difusos estarem presentes no polo passivo da ação, uma vez que a sua pulverização impede uma ação ou omissão deliberada lesiva a bens jurídicos. É inconcebível que o meio ambiente numa onda de calor devido às mudanças climáticas venha a ser acionado no Poder Judiciário para promover o ressarcimento do dano material na lavoura de uma determinada região. Situação diversa seria se por meio de provas técnicas se demonstrasse que um conjunto de empresas

presentes na mesma região, por meio de poluição de suas fábricas, teriam ocasionado a alteração climática, atingindo a agricultura local. Ora, a diferença das situações é visível, não se tratando de direitos difusos, mas sim de coletivos de determinado grupo de empresários ou, ainda, por meio de uma conduta homogênea lesiva na hipótese de uma invasão por pessoas da lavoura, destruindo toda a plantação.

Com base nessa percepção, apenas os direitos coletivos e individuais homogêneos poderão com o abuso de seu exercício gerar danos, lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos e, por esse motivo, apresentam indivíduos ou entidades que relacionados diretamente com o objeto da ação poderão atuar em juízo como representantes processuais coletivos em conjunto ou separadamente, diante da comunhão de interesses, desde que dada oportunidade aos demais vinculados à pretensão discutida em juízo participarem, se assim o desejarem, diretamente da relação jurídica processual em virtude da citação por edital e demais meios de notificação do ajuizamento da ação.

Essas devem ser premissas a serem observadas na elaboração de projetos ou de normas que pretendam promover uma regulação ampla do instituto, a fim de propiciar uma valorização do direito das minorias com mecanismos de representação adequados a defesa de seus interesses em juízo.

2.8. Assistência e consolidação do polo passivo nas ações civis públicas

No caso das ações civis públicas, como há discussão de direitos difusos e coletivos, ou seja, direitos de caráter transindividual e indivisível, há amplos debates sobre a impossibilidade de assistência simples por indivíduos interessados, pois, o reflexo no direito individual é meramente relativo (aproveita-se, caso procedente o pedido, e não apresentará efeito se improcedente em relação aos direitos individuais) e vários fundamentos impedem essa participação direta do interessado: a) a multiplicidade de assistentes prejudicaria o regular e célere andamento do processo; b) os indivíduos não podem ajuizar a ação nem intervir como assistentes litisconsorciais; c) ausência de interesse processual ou de relação com o assistido, dentre outros elementos elencados⁵¹².

No polo ativo das ações civis públicas, os demais co-legitimados poderão ingressar no feito para defesa de direitos difusos e coletivos como assistentes litisconsorciais, mas não o particular, sem que isso afete o devido processo legal ou a inafastabilidade da jurisdição devido à pressuposição legal de uma representação adequada *ope legis* e, em

⁵¹²Cf. GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n. 88, p. 269-270, out./dez. 1997.

tese, a coletividade seria a titular do direito em discussão, deixando ao particular apenas o interesse na solução da lide⁵¹³.

Quando se discutem direitos individuais homogêneos é possível a intervenção, com a assistência litisconsorcial ou verdadeiro litisconsórcio (unitário ou unitário facultativo ulterior), mas Antônio Gidi não vê com bons olhos essa participação dos indivíduos, recomendando um tratamento semelhante ao dado aos direitos difusos e coletivos, inclusive acerca dos efeitos da coisa julgada⁵¹⁴.

Na Espanha, existe a intervenção principal que se assemelha à oposição em nosso direito, a adesiva litisconsorcial e a adesiva simples. Na adesiva litisconsorcial “el tercero goza de plena autonomía procesal no introduce un objeto nuevo en el juicio, ni invoca un derecho ajeno, sino un derecho propio en cuanto afirma ser titular del derecho discutido, tener cotitularidad de la relación jurídica material que las partes originarias conducen en el proceso”⁵¹⁵.

Na adesiva simples “el interviniente se incorpora al proceso con el fin de apoyar las pretensiones de una de las partes, del demandante o del demandado originários, porque a él le conviene”, no intuito de “evitar el perjuicio jurídico que la cosa juzgada pudiera causarle” de ordem reflexa ou indireta⁵¹⁶.

Quanto à intervenção adesiva simples, não há uniformidade no entendimento doutrinário, visto que alguns consideram o interviniente parte, outros rechaçam ser parte principal enquanto, uma terceira corrente, reputa ser parte processual e não material⁵¹⁷.

Em que pese essas posições, é importante ressaltar que o interviniente simples detem certa independência em relação à parte principal, uma vez que sua participação no processo pretende evitar fraudes entre as partes que podem se reunir no intuito escuso de afetar os interesses reflexos do interviniente, bem como relevante ponderar que, ainda que não se suspenda o processo, a discussão sobre a sua admissão nos autos se, ao final, for deferida determinará o retorno do processo ao momento do pedido de intervenção, sob pena de mácula ao princípio da ampla defesa e do contraditório ou, como conhecido na Espanha, ocasionar “indefensión”, pois mesmo que não possa “disponer del objeto litigioso”, poderá requerer provas e apresentar fundamentos que poderão influir no julgamento, ainda que admitida sua participação mais limitada em comparação com a parte

⁵¹³Cf. GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas, cit., p. 270.

⁵¹⁴Cf. Id. Ibid., p. 270-271.

⁵¹⁵ NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil: estudio jurisprudencial práctico*, cit., p. 286-287.

⁵¹⁶Id. Ibid., p. 288.

⁵¹⁷Cf. Id. Ibid., p. 289.

originária diante dos efeitos meramente reflexos e indiretos da decisão⁵¹⁸.

A solução encontrada para não haver prejuízos para a demanda coletiva foi impedir que os particulares promovessem alteração no pedido ou outros atos, podendo apenas integrar o polo⁵¹⁹ para ser atingido diretamente pela coisa julgada nos casos de direitos individuais homogêneos⁵²⁰.

Toda essa construção doutrinária acima narrada foi idealizada para a assunção de uma posição no polo ativo da ação, não se podendo aplicar nas ações coletivas ou civis públicas passivas.

Quando a coletividade ou parcela dela encontra-se na posição de ré, a dinâmica é diferente, sendo possível admitir qualquer pessoa no polo passivo da ação, seja assistente simples, seja litisconsorcial, sempre na intenção de promover uma defesa mais abalizada dos interesses coletivos. Até mesmo o juiz deve incentivar e estimular essa assistência sem descuidar do controle da representatividade adequada e, à semelhança do sistema americano, deveria possuir poderes de direção do processo mais amplos, a ponto de chamar à lide outros réus para atingir níveis aceitáveis de representatividade dos interesses coletivos. Como não há uma normatização adequada sobre isso, percebe-se que o instituto do chamamento ao processo não se presta para ser utilizado por iniciativa do réu para indicar outros legitimados ou o mais adequado para a defesa dos interesses da coletividade, mas sim para garantir o direito de regresso do réu se for vencido quando, por exemplo, a obrigação é solidária⁵²¹, mas não se descarta o seu uso em determinadas situações.

Dentro dessa ótica de defesa e proteção dos interesses da coletividade, é possível admitir a presença do *amicus curiae*, previsto no artigo 138, § 2º, do Novo Código de

⁵¹⁸Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 290-291.

⁵¹⁹O artigo 21, §3º do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América dispõe que “os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento” admitindo a pessoa física como legitimado para a defesa dos direitos difusos (difusos + coletivos) e individuais homogêneos.

O artigo 6.2 do projeto de código de processo civil coletivo de Antônio Gidi expressa que “Os membros do grupo poderão participar do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos”.

⁵²⁰Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 42.

⁵²¹“Tratando-se de responsabilidade pela prática de atos ilícitos, de natureza solidária, pela indivisibilidade da obrigação decorrente da própria incidibilidade do bem jurídico lesado (os interesses são essencialmente ou acidentalmente coletivos e como tal materialmente – os primeiros – e processualmente –os últimos – indivisíveis), a reparação do dano pode ser exigida indistintamente de um, de alguns, ou de todos os colegitimados a figurar no polo passivo da ação.

A escolha pode recair, por parte do demandante, naquele que ostente melhores condições econômicas de arcar com o ressarcimento, ou sobre aqueles que foram identificados, se vários os responsáveis pela lesão e nem todos conhecidos.

Nada obsta, entretanto, a utilização pelo demandado do chamamento ao processo, a fim de trazer à ação de conhecimento os demais responsáveis em caráter solidário” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 205-206).

Processo Civil, de 2015, seja no polo ativo, seja no polo passivo, cabendo “ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. Esse interveniente poderá ser incorporado ao processo pelo magistrado “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”, em atenção ao pedido do interessado ou mesmo de ofício, podendo consistir em “participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”.

2.9. Representatividade adequada da coletividade em juízo

A representatividade adequada é o instrumento de origem americana cujo objetivo é atenuar os problemas dos efeitos da coisa julgada, ao afetar terceiros não participantes diretamente do processo, com um caráter ainda mais essencial na ação coletiva passiva, também conhecida como *defendant class action*, propiciando uma maior qualidade da representação, reforçando os preceitos de “seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado”⁵²².

Nos EUA, a representação adequada é analisada pelo juiz, ao apreciar as demandas submetidas ao Poder Judiciário, enquanto, em outros países, há uma estipulação na lei que rege as ações civis públicas, que acaba por delimitar a legitimação e os requisitos para entidades associativas, órgãos e entidades públicas ou mesmo pessoas físicas participarem do processo.⁵²³

Identifica-se uma tendência dos sistemas jurídicos da *civil law* em admitir a representação adequada segundo critérios legais, retirando a apreciação mais ampla dessa legitimidade do crivo do juiz, como se percebe do ordenamento jurídico da Suécia, Japão, Suíça, Portugal, Bélgica, França, Áustria, Colômbia e Chile, com pequenas exceções, como ocorre com a admissão pela jurisprudência no Paraguai e na Argentina e a legislação do Uruguai, sem mencionar a proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América⁵²⁴.

Ao analisar o artigo 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, em conjugação com o artigo 82, § 1º, CDC, constata-se que o sistema brasileiro, apesar de não instituir o controle de representatividade adequada por meio de uma fiscalização atribuída ao juiz, apresenta temperamentos excepcionais com a possibilidade da averiguação da pertinência temática

⁵²²Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 235.

⁵²³Cf. Id., loc. cit.

⁵²⁴Id. Ibid., p. 236.

das instituições públicas ou privadas para a aferição da legitimidade, tolerando um critério apreciável pelo juiz e, dessa forma, atenuando a legitimação ativa legal (*ope legis*) com uma postura judicial mais efetiva na atribuição da legitimação da entidade (*ope judicis*)⁵²⁵.

Defendem-se três motivos principais para impedir o controle da representação adequada do legitimado para propor ações coletivas no Brasil: a) coisa julgada em benefício dos indivíduos que compõem a coletividade; b) a previsão legal enseja uma presunção absoluta de representação adequada; c) a necessária atuação de *custos legis* pelo Ministério Público⁵²⁶.

Quanto à representatividade adequada, Gregório Assagra de Almeida salienta que “só é admissível para facilitar o acesso à justiça, nos termos das autorizações legalmente previstas (CDC, art. 82, §1º e LACP, artigo 5º, § 4º)”, ou seja, atribuída pela norma constitucional ou infraconstitucional, não admitindo a “americanização do sistema jurídico brasileiro”⁵²⁷.

O autor pondera ser inconstitucional o controle judicial efetuado pelo juiz em relação à representatividade adequada, ao restringir o acesso à justiça no polo ativo da ação:

“Entendemos que o controle judicial restritivo da *representatividade adequada* é incompatível com o sistema jurídico brasileiro. É mais uma tentativa de americanização do sistema do direito processual coletivo brasileiro. A cultura jurídica brasileira é diversa, bem como nossas conquistas constitucionais. A transferência mecânica de institutos do sistema norte-americano para o País poderá gerar incidentes indesejados, restringindo-se a garantia constitucional do acesso à justiça. No sistema brasileiro, existem meios próprios para o controle dos abusos e das distorções, tais como a condenação por litigância de má-fé prevista nos arts. 15 a 18 do CPC”⁵²⁸. (destaques no original)

Assevera, ainda, o mencionado doutrinador que, além de inconstitucional a discussão sobre esse controle da representatividade pelo juiz, geraria muitos incidentes processuais com a interposição de recursos⁵²⁹.

Não acreditamos ser inconstitucional esse controle da representatividade adequada pelo juiz, mesmo nas hipóteses em que a lei atribui legitimidade, pois nada deve ser reputado absoluto e, diante de elementos que demonstrem ausência de adequabilidade, a legitimidade obrigatoriamente deve ser questionada no caso concreto.

Assim, melhor compreender que a atribuição de legitimidade pela lei para a defesa dos interesses coletivos enseja uma presunção de representação adequada que pode ser

⁵²⁵Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 34-37.

⁵²⁶Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 65.

⁵²⁷Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 114-115.

⁵²⁸Id. Ibid., p. 115.

⁵²⁹Cf. Id. Ibid., p. 116.

ilidida no caso concreto, diante de elementos robustos do desvio de finalidade do instituto jurídico.

Ora, se a legitimidade atribuída por lei o foi para bem desempenhar a defesa da coletividade em juízo, se isso não ocorre há desvio de finalidade da norma e, ao não produzir o resultado “defesa adequada” dos interesses coletivos, deve ser rechaçada pelo ordenamento jurídico.

Enquanto não forem inseridas expressamente em nosso ordenamento jurídico as ações coletivas passivas, pode-se inferir do “microsistema processual coletivo”, que engloba a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, autorização para o controle da representação adequada do legitimado passivo nos mesmos moldes do ativo, ou seja, não se deve restringir-se ao “ope legis”, mas sempre o integrar com o “ope judicis”⁵³⁰.

A representação adequada é muito sensível nas ações coletivas passivas e civis públicas passivas como uma efetiva maneira de assegurar que o legitimado para a defesa do interesse do grupo defenderá os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de forma regular em prol do interesse coletivo, sem vícios que afetem o regular andamento do processo que tem como objeto um dever ou um estado de sujeição da coletividade⁵³¹.

Nas ações coletivas passivas há quem defenda na doutrina a necessidade de um sistema “sui generis”, em que a regra geral deveria ser o critério “ope judicis”, mas com a presença do critério “ope legis” em seu aspecto negativo, ao obstar que determinadas pessoas ou entidades possam atuar nessa representação, como, por exemplo, o Ministério Público⁵³².

Ainda que a demanda coletiva trate de direitos individuais homogêneos que, em tese, a improcedência não afetará o direito individual das vítimas, é incoerente encarar isso como um benefício, na medida em que algumas lesões são impraticáveis em ações individuais devido ao baixo valor das indenizações e aos custos do processo judicial que terão como efeito concreto a ausência de postulação individual⁵³³.

Na verdade, o benefício da coisa julgada aos indivíduos nem sempre ocorre no mundo dos fatos, uma vez que, se for julgado improcedente, a demanda acerca de direitos difusos e coletivos em sentido estrito com provas suficientes não se vinculará apenas as partes em juízo, como também os co-legitimados e as vítimas, que somente poderão pleitear

⁵³⁰Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva, cit., p. 270.

⁵³¹Cf. Id. Ibid., p. 265-266.

⁵³²Cf. Id. Ibid., p. 267.

⁵³³Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 69.

danos individualizados, pois sequer possuem legitimidade para a defesa dos interesses difusos e coletivos, circunstâncias essas que exigem um maior controle da representatividade adequada dos interesses submetidos ao crivo judicial e de amplitude coletiva⁵³⁴.

O controle da representatividade deve ser aferido pelo magistrado não só no início no processo, mas, evidentemente, no decorrer do trâmite processual, averiguando a posição e as precauções tomadas pela parte que representa a coletividade na demanda⁵³⁵.

O Ministério Público, apesar de funcionar como fiscal da lei, não pode de maneira imparcial fiscalizar a própria instituição, o que, por conseguinte, não impediria uma ação civil pública inadequada em sua condução ajuizada pelo órgão ou, ainda, se identificar uma irregularidade na diligência da parte influir na decisão do juiz efetivamente para afastar o autor da ação reputado como representante inadequado⁵³⁶.

Na percepção da representatividade adequada, a figura da legitimação necessariamente passa por figuras típicas de direito civil, pois a capacidade de ser parte (personalidade jurídica) se identifica com a aptidão de ter direitos e obrigações na órbita civil, enquanto a capacidade processual (estar em juízo) consiste na “aptitud para realizar actos válidos y eficaces en el proceso”, ou seja, de exercer esses direitos, porém essa semelhança não é perfeita, na medida em que a capacidade civil é mais restrita que a processual por necessidade ou conveniência para a tutela ou exercícios de direitos em juízo⁵³⁷.

Ocorre que além da observância da capacidade de ser parte e de estar em juízo na representatividade adequada é analisada a capacidade da representação dos interesses da coletividade ser escoreita e, por conseguinte, adequada à consecução de seus fins, o que também, interfere na legitimidade *ad causam*.

Essa representação adequada deve ser analisada com maior rigor quando se elege uma entidade ou pessoa para figurar no polo passivo na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, pois quando atua no polo ativo goza das presunções legais de representatividade adequada que só sede se demonstrada sua inexistência. Quando a representação ocorre no polo passivo essa adequada representação deve ser comprovada com base nos elementos e circunstâncias que envolvem o caso concreto.

Quando o interesse coletivo amolda-se perfeitamente a um ente com personalidade jurídica própria, como a Ordem dos Advogados do Brasil na defesa das prerrogativas da profissão, a situação se resolve devido à convergência de interesses de todos os afetados

⁵³⁴Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 66-70.

⁵³⁵Cf. Id. Ibid., p. 73.

⁵³⁶Cf. Id. Ibid., p. 73-74.

⁵³⁷Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 150-155.

para um mesmo ente, situação assemelhada ocorre com os sindicatos, em que as leis em vigor ou os estatutos internos prescrevem procedimentos adequados para “formación de la voluntad y de atribución de la representación”, contudo, a questão torna-se complexa quando não há essa identidade e existem conflitos dentro do grupo, classe ou categoria. Nesta última hipótese, o problema é estabelecer por meio de critérios objetivos quem representará esses interesses em juízo de maneira efetiva e legítima, diante da impossibilidade de ajuizamento pela coletividade que não apresenta personalidade definida⁵³⁸. Todavia, não podemos esquecer que a posição como réu é bem mais delicada.

Há diversas formas de representação segundo decisão, de 1982, do Tribunal Constitucional espanhol (S 70/82), que poderá se dar voluntariamente por parte da indicação do representado, decorrer da lei ou, ainda, a denominada “representación institucional implícita”, que seria propriamente o que acontece com os sindicatos, pois “el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categorías o grupos de personas” e, por fim, a “representación institucional explícita” na hipótese em que “a relación institucional se produce de modo voluntario, de manera que la adhesión a una institución comporta una aceptación de su sistema jurídico y, por tanto, de su sistema representativo”⁵³⁹.

Dentre as possibilidades de representação encontram-se as seguintes: a) o grupo organiza-se com perfeita delimitação integrando uma entidade com personalidade jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico (ex. Conselhos Profissionais), por isso a situação da representação em juízo resolve-se facilmente por meio da apresentação dos documentos que legitimam a mencionada representação embasada na lei de regência da entidade, na norma processual civil e nos estatutos da instituição; b) o grupo está bem determinado, contudo, consolida-se num ente não personalizado, que necessita de um representante a quem seja concedido poderes específicos por todos os integrantes ou a lei atribuir um representante (ex. “uniones sin personalidad” admitida na jurisprudência espanhola e o condomínio de edifício no Brasil); c) o grupo não é determinado e possui um ou mais representantes em potencial, o que demonstra a possibilidade do interesse deles não coincidirem com o dos integrantes da entidade de defesa de seus direitos (se uma associação foi instituída após a lesão a interesses a identidade é facilitada, o que não ocorre se é pré-existente ao dano), nesses casos é necessário, por meio de critérios objetivos, selecionar o representante adequado, especialmente quando há conflito de interesses entre

⁵³⁸Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 162-164.

⁵³⁹Cf. Id. Ibid., p. 165.

alguns representantes e os pretensos representados (ex. diversas associações de defesa do consumidor). Ainda nessa hipótese, deve-se identificar a pessoa que representará a entidade em juízo segundo a lei e seus estatutos, bem como a documentação da formação da vontade da instituição legitimadora da medida adotada. Na Espanha, a jurisprudência é tendencialmente *pro actione*, no intuito de estimular o ajuizamento com o reconhecimento da dispensa de autorização prévia (situação que se presume existir) de seus órgãos deliberativos para as entidades privadas (associação), salvo disposição expressa em contrário (é possível o ajuizamento pelo presidente da entidade e, se não houver concordância, uma deliberação do órgão colegiado competente poderá determinar a desistência do ato processo, mas essa posição não é pacífica), enquanto para as entidades de caráter público se exige a demonstração da deliberação autorizativa; d) o grupo não é determinado, não possuindo representação organizada, como acontece na violação de direitos de grupos religiosos, étnicos e sociais que foi autorizado a todos os integrantes do grupo efetuar a defesa não de seu interesse pessoal, mas de toda a coletividade, desde que adotados critérios de representatividade adequada para efeito amplo e geral da decisão judicial (ex. Caso Violeta Friedman na Espanha)⁵⁴⁰.

A representatividade, por sua vez, em si, destaca-se da “atuação adequada” que, em seu conjunto, formam a denominada representatividade adequada. Assim, a primeira infere-se de um “vínculo entre o representante e o representado, seja pela confusão entre interesses institucionais e pessoais, seja pelo consentimento” ou por outras teorias da representação (corporação de fato, hipossuficiência, interesse, institucional), enquanto a “atuação adequada” é mais extensa, englobando a representatividade e outros fatores⁵⁴¹.

A representação adequada (adequacy of representation) engloba um critério de indiferença que atinge a representatividade e de incompetência que se relaciona à “atuação adequada”. Dessa forma, se há indiferença, não existe representatividade, se há incompetência, não existe “atuação adequada”, sendo ambos os critérios essenciais para a representação adequada⁵⁴².

A Suprema Corte americana, no *case Hansberry versus Lee*, posteriormente reforçada no *case Amchem Prods. versus Windsor*, ao apreciar a representatividade da classe, consolidou o entendimento da necessidade de “um alinhamento entre os interesses do substituto e dos membros da classe”, em discussões típicas de direitos individuais

⁵⁴⁰Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 166-185.

⁵⁴¹Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 95-98.

⁵⁴²Cf. Id. Ibid., p. 99.

homogêneos, em que o indivíduo deve defender seus interesses à semelhança dos interesses da classe para que se possa vincular a todos os substituídos no processo⁵⁴³.

O problema desse critério da indiferença, ou seja, da necessidade de similaridade entre os interesses do indivíduo e da classe é que os integrantes da coletividade podem ter milhares de interesses diversos do indivíduo (autor-representante), o que gerou, por Jay Tidmarsh, a teoria do *No Harm*, implicando no uso do critério econômico de aferição, no sentido de que existindo igual ou maior vantagem com o ingresso de uma ação coletiva em relação a individual, o elemento representatividade estaria satisfeito⁵⁴⁴.

Dentre as críticas ao critério meramente econômico está a amplitude da representatividade no caso de dano individual insignificante, o que não poderia autorizar como representante qualquer pessoa que viesse a comparecer a juízo, podendo, quando muito ser um elemento inicial de aferição da representatividade, pois não se deve a pretexto de defesa de todos pleitear de maneira egoísta interesses particulares⁵⁴⁵.

Na presença de interesses diversos dentro de um mesmo grupo, a solução não é legitimar qualquer pessoa que venha a juízo a pretexto da vantagem coletiva ser maior do que a individual para afetar a todos, uma vez que outras soluções existem, como a fragmentação da representação em sub-grupos devido à complexidade da divergência (desde que não sejam hipotéticas e irrelevantes, como assentado no *case Blackie versus Barrack* e atreladas ao pedido e a causa de pedir), se for possível identificar essas diferenças, situação que permite o ingresso de representantes em polos opostos da demanda na defesa dos interesses dos mencionados sub-grupos, bem como se possível a formação de um único grupo devido às discrepâncias, a representação deve ser realizada por vários membros⁵⁴⁶.

A “atuação adequada” pressupõe o desempenho escorreito do representante na defesa dos interesses do grupo ou da coletividade em juízo, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem o ajuizamento da ação e a resistência a pressões externas dos mais variados tipos, motivo pelo qual os critérios utilizados para sua averiguação não podem ser taxativos e rígidos, devendo se adequar a cada caso concreto com poderes ao magistrado responsável pela fiscalização dessa postura do representante nos atos processuais⁵⁴⁷.

⁵⁴³Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 99-100.

⁵⁴⁴Cf. Id. Ibid., p. 100.

⁵⁴⁵Cf. Id. Ibid., p. 100-103.

⁵⁴⁶Cf. Id. Ibid., p. 103-105.

⁵⁴⁷Cf. Id. Ibid., p. 106-108.

Um elemento que, muitas vezes, pode ser considerado discriminatório e tem levantado polêmicas na aferição da “atuação adequada” consiste na “capacidade financeira do representante”⁵⁴⁸ para viabilizar o custeio do processo, o que se não for robusta pode ou paralisar indevidamente ou facilitar o uso da ação para fraudes por quem não detém capacidade de suportar os ônus sucumbências, mesmo atuando de má-fé, com a ressalva atenuadora da concessão da isenção de taxas judiciais e demais despesas decorrentes da gratuidade da justiça que, por princípio, devem permear esses processos. A capacidade econômica do representante interfere até na contratação do Advogado para a postulação em juízo dos interesses da coletividade e pode ser um diferencial em que não se discute tão somente matéria de direito, mas sim questões fáticas complexas, externando uma efetiva e adequada representação do legitimado, na medida em que elegeu o mais capaz profissional e por esse motivo mais caro⁵⁴⁹.

Outra questão polêmica na constatação da representação adequada consiste no controle da idoneidade do Advogado que defenderá em juízo, devido a sua capacidade postulatória, os interesses da coletividade, o que pode englobar membros do Ministério Público e Advogados Públicos em geral. A especialização e conhecimentos aliados a uma conduta profissional adequada é considerada essencial e deve ser averiguada a fim de que uma atuação desleixada não seja vinculante para toda uma coletividade a pretexto de que o devido processo legal foi observado, pois as questões e efeitos da sentença não podem depender de presunções absolutas de conduta profissional escorreita diante da magnitude dos direitos e interesses discutidos, vinculando diretamente pessoas que não estavam presentes na relação processual⁵⁵⁰.

Ainda, quanto à adequação da representação, indica-se a necessidade de identificação e delimitação da classe, questão mais afeta aos direitos coletivos e individuais homogêneos dada a indeterminabilidade nos direitos difusos, para propiciar a certificação necessária para o ingresso da ação de classe, demonstrando, por conseguinte, a “adequabilidade” do representante que detém o ônus de demonstrar por um “método realizável” os contornos e a delimitação do grupo que compõe a coletividade defendida, sob pena de desinteresse da prestação jurisdicional⁵⁵¹. Recorde-se que, a princípio, caberá

⁵⁴⁸Enquanto nos EUA os escritórios de advogados arcam com as despesas iniciais na Alemanha os sindicatos, associações e partidos políticos apresentam poder econômico para custear os causídicos e demais despesas relativas a prova dos interesses coletivos em juízo (Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 166).

⁵⁴⁹Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 108-110.

⁵⁵⁰Cf. Id. Ibid., p. 110-111.

⁵⁵¹Cf. Id. Ibid., p. 112-113.

ao autor também demonstrar que o representante do réu é adequado para a ação coletiva.

Diante da constatação de que o representante é inadequado em virtude da necessidade de pacificação dos conflitos e da importância da solução de demandas coletivas, é possível adotar as opções disponibilizadas aos magistrados americanos pela Regra 23, a fim de preservar a discussão sem extinção sumária do processo, esta utilizada como última opção, sendo possível: a) remodelar o grupo representado, redefinindo seus contornos para que a coisa julgada possa os afetar sem interferir nos demais membros estranhos ao interesse realmente discutido no processo; b) intimar possíveis legitimados para ingressar no polo ativo ou passivo da demanda, que possam em conjunto com o representante já atuante transformarem-se em um representante adequado (essa convocação é importante para se constatar e constituir a representatividade, nada impedindo que os demais legitimados demonstrem ao juízo a desnecessidade da inclusão no processo pelo fato do autor ou do réu deterem a legítima representação adequada); c) separar da discussão em várias ações com a divisão dos interesses discutidos em subgrupos visando à homogeneidade quando identificar interesses heterogêneos; d) transformar ou recepcionar a ação como individual ao vislumbrar que o interesse é meramente individual, podendo até chamar para o polo ativo ou passivo o real beneficiado ou detentor do bem jurídico; e) determinar a substituição do representante e, se for o caso, do advogado, no intuito de corrigir as distorções na defesa dos interesses coletivos, viabilizando a formação da coisa julgada e a observância do devido processo legal⁵⁵².

Felipe Silva Noya pondera que tais situações podem ser verificadas “a qualquer tempo sob o fundamento de uma alteração fática ou probatória”, concluindo que “não seria razoável a sua extinção após a regular instauração e processamento da ação coletiva, sendo mais condizente com os parâmetros processuais constitucionais a restrição da atuação e da coisa julgada ou a substituição do porta-voz coletivo”⁵⁵³.

A ação deve ser sempre priorizada enquanto instrumento de resolução de conflitos, por isso sua extinção sem resolução do mérito deve ser evitada ao máximo.

Na verdade, será o juiz quem definirá a “representatividade adequada”, tutelando “adecuadamente los intereses de grupo”, pois os integrantes do grupo ou da coletividade representada não concedem mandato ou aprovam previamente o representante nem mesmo atestam sua idoneidade para o processo no sistema americano⁵⁵⁴.

⁵⁵²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 139-140.

⁵⁵³Cf. Id. Ibid., p. 140.

⁵⁵⁴Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 106.

O advogado deve ser avaliado e certificado pelo Tribunal como uma das formas de garantia da “representatividade adequada”, avaliando sua conduta e carreira, os instrumentos utilizados para a efetivação da defesa e os conhecimentos específicos na área coletiva⁵⁵⁵.

Toda essa preocupação tende a respeitar o devido processo legal e a tutela dos interesses dos ausentes, por isso, não se restringe a preocupação do legislador com a “representatividade adequada” propriamente dita, mas acrescenta diversas exigências que, direta e indiretamente, criam uma zona de conforto ou de segurança para a discussão e solução única desses conflitos por meio de uma notificação da classe para conhecimento da ação, a possibilidade de exclusão do processo, a intervenção dos integrantes do grupo no processo, a divisão pelo juiz em subclasses de representantes, um rígido controle pelo juiz das desistências e transações a fim de coibir as fraudes⁵⁵⁶.

Esse conjunto de medidas aproxima-se do já salientando nas linhas acima acerca da concepção mais ampla de parte entendida no sistema italiano como “parte complessa”, em que se congrega uma série de atores em cada posição processual interagindo com o autor e o réu.

No sistema jurídico português, que é bem mais conservador do que o brasileiro, diante de sua impermeabilidade em relação aos institutos do *common law*, constata-se que, ao instituir a ação popular como um instrumento que alcança, ao mesmo tempo, a ação popular e a ação civil pública encontrada no Brasil, resolveu-se conceder legitimidade ao cidadão para figurar como legitimado, desde que tenha representatividade adequada do grupo ou da coletividade, atribuindo maiores poderes ao magistrado, que se entender “improvável a procedência do pedido” poderá, depois de parecer do Ministério Público, indeferir a inicial, como autorizado pelo artigo 13, da Lei nº 83/95, situação referendada pelo Supremo Tribunal de Justiça, que admite que “a própria classificação de uma ação civil como coletiva ou individual é matéria reconhecível de ofício”, com lastro no artigo 664 do CPC português. Da mesma forma, os artigos 15 e 19, do mesmo diploma, tratam da comunicação dos interessados para exercerem o direito de exclusão do processo (*opt out*) e dos efeitos da coisa julgada que poderão ser restringidos pelo juiz, ao proferir a decisão “quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto”, o que demonstra um controle da representatividade adequada inerente aos poderes do juiz de direção do processo⁵⁵⁷, situação reforçada pela prerrogativa do *parquet*

⁵⁵⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 105.

⁵⁵⁶Cf. MERIOI, Andrea A. op. cit., p. 106.

⁵⁵⁷Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 151-159.

“substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa”⁵⁵⁸.

Diante do conteúdo do artigo 267, IV e VI, do CPC de 1973 (situação reproduzida no artigo 485, IV e VI, § 3º do NCPC de 2016)⁵⁵⁹, que autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito na ausência de condições da ação e de pressupostos processuais, hipóteses reconhecíveis de ofício, é possível inferir um controle da representatividade adequado do legitimado. Nesse contexto, se pode ser extinto o processo sem manifestação, com maior razão, devido à magnitude dos interesses envolvidos, também deve ser saneado o processo com o retorno à fase inicial para uma tutela jurisdicional efetiva, sendo relevante a posição de Felipe Silva Noya, quando afirma “considerar que a legitimação dada pela lei seria por si só suficiente para dar a idoneidade na representação seria fechar os olhos para problemas práticos não previstos pelo legislador, além de significar a desconstrução da face substancial do devido processo legal”⁵⁶⁰, ressalvada a hipótese já prevista nos artigos 338 e 339 do NCPC.

Essa prioridade para o julgamento da lide é observada no artigo 139, IX, do NCPC, ao determinar ao juiz a obrigação de promover o saneamento dos vícios do processo e a regularizar os pressupostos processuais tendente, num raciocínio sistemático, a priorizar uma decisão de mérito.

Diante desses mandamentos, é possível identificar uma autorização ao juiz para controlar a representatividade adequada do réu nas ações coletivas ou civis públicas passivas também no Brasil, como veremos nas linhas seguintes.

No presente momento é importante ressaltar que a representação adequada implica na interdependência de diversos fatores, englobando a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade de defesa dos interesses discutidos nos autos e, portanto, compõem a legitimidade *ad causam* quando a coletividade estiver no polo

⁵⁵⁸Artigo 16.º

Ministério Público

1 - No âmbito de ações populares, o Ministério Público é titular da legitimidade ativa e dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe são conferidos por lei, podendo substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa” (PORTUGAL. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*, cit.).

⁵⁵⁹Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

⁵⁶⁰Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 164-165.

passivo. Quando a coletividade se encontra no polo ativo, a legitimidade *ad causam* e o interesse processual mesclam-se devido à vontade do exercício da prerrogativa de defesa dos interesses coletivos em sentido amplo autorizada pelo ordenamento jurídico e a necessidade e adequação da medida adotada para a tutela.

Nos termos expostos, a representação adequada confunde-se com a representação processual coletiva, em que não há uma pressuposição de representação adequada pela lei ao estipular previamente quem será o substituto processual ou legitimado extraordinário de interesses coletivos em sentido amplo em juízo, cabendo ao magistrado a sua aferição no caso concreto segundo os elementos de legitimação da atuação do representante, averiguando a sua representatividade e atuação adequada.

2.10. A representação adequada como pressuposto processual de existência

As definições sobre condições da ação e pressupostos processuais não são uniformes, com diversas variações, como se percebe da posição de Salvatori Satta e Carmine Punzi: “*condizioni dell’azione* sono quelle richieste per ottenere il provvedimento favorevole, *presupposti processual* sono quelli richiesti per la validità del processo, e quindi per ottenere una sentenza purchessia”⁵⁶¹.

Na visão de Chiovenda, as condições da ação podem ser compreendidas da seguinte maneira:

“Llamánse *condiciones de actuación de la ley* (o lo que es igual, *condiciones de la acción*) las condiciones necesarias para obtener una resolución FAVORABLE; y varían según la naturaleza de la resolución. Así, si se ha pedido una sentencia de condena, veremos que las condiciones para obtenerla son normalmente: 1. la existencia de una voluntad de la ley que garantice a alguno un bien obligando al demandado a una prestación; 2. la *calidad*, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona del demandado con la persona obligada; 3. el *interés* de conseguir el bien mediante los órganos públicos”⁵⁶² (destaques no original)

Segundo Calamandrei, os pressupostos processuais “son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer *sobre el mérito*”, ou seja, “son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda”⁵⁶³.

⁵⁶¹PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, cit., p. 134.

⁵⁶²CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Cassais Y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922. t. 1, p. 114.

⁵⁶³CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. v. 1. p. 351.

No mesmo sentido Chiovenda adverte “llámanse *presupuestos procesales*, como vimos, las condiciones por las que se obtiene cualquiera resolución FAVORABLE o DESFAVORABLE, sobre la demanda (competência, capacidad etc.)”⁵⁶⁴.

O mencionado autor ressalta a diferença entre pressupostos e condições da ação destacando a relação antecedente⁵⁶⁵ dos primeiros em relação as segundas⁵⁶⁶, bem como o fato de que “los presupuestos procesales deben existir en el momento de la demanda y están regulados por la ley procesal”⁵⁶⁷.

Assim, podemos em síntese conceber que as condições da ação de alguma forma se conectam com o direito material, ao menos numa análise superficial mediante cognição sumária no sentido da probabilidade de uma sentença favorável. Enquanto isso, os pressupostos processuais relacionam-se diretamente com o direito processual, sendo essencial para a formação da relação processual apreciáveis de ofício e em caráter antecedente em comparação com as condições da ação.

Esses conceitos são necessários para a abordagem que se segue, mas relevante ainda o acréscimo da concepção da própria substituição como pressuposto processual e não mera condição da ação, uma vez que sua abordagem antecede a apreciação da legitimidade *ad causam* e vincula-se à própria formação da relação processual⁵⁶⁸.

É impossível excluir-se alguém da coletividade quando se discute em juízo direitos difusos, dada a amplitude desses interesses, contudo, nos demais interesses coletivos é

⁵⁶⁴CHIOVENDA, José. op. cit., p. 115.

⁵⁶⁵“Lógicamente, pues, antes de investigar si existen o no las condiciones de la acción, conviene que el juez busque si existen los presupuestos procesales, lo cual debe hacer de oficio” (Id., loc. cit.).

⁵⁶⁶“Existe naturalmente entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales la misma diferencia que entre la acción y la relación procesal: estos deben existir independientemente de la existencia de aquéllas. Para que pueda pronunciarse sobre la demanda acogéndola o rechazándola, conviene que intervenga un juez competente, partes capaces jurídica y procesalmente etc, etc” (Id., loc. cit.).

⁵⁶⁷Id., loc. cit..

⁵⁶⁸“En cuanto a la capacidad para ser parte (para ser sujeto de derechos) afirman algunos (HELLWIG) que se trata de una condición de la acción, más que de un presupuesto procesal, porque negando la capacidad para ser parte, dicese, se niega la acción. Pero verdaderamente en este caso no se niega la acción, sino la existencia de una parte, esto es, una condición necesaria tanto para poder tener razón, como para lo contrario. Estamos pues, en el campo de los presupuestos procesales (1); la sentencia que niega la existencia de una parte, no tiende al reconocimiento de algún bien a la otra; si se ha negado la capacidad para ser parte al actor, el demandado por esto será prácticamente favorecido, *de rechazo*, pero no porque la sentencia le sea favorable. Análogamente, el mismo autor encasilla el poder de *sustitución procesal* (v. antes) entre las condiciones de la acción: Si X pide *en nombre propio* la actuación de la ley que garantiza un bien a Z, debe probar dos cosas: a) la relación que le da derecho de obrar en nombre propio; b) las condiciones de la acción que debería probar el mismo Z, si obrase. Quiere decir que existen dos condiciones diferentes, sobre el derecho de X y sobre el de Z, la primera cuestión debe resolverse necesariamente antes de la segunda: la existencia del derecho de X es una: condición para proveer acerca del derecho de Z sea en su pro o en su contra. Lo mismo puede decirse cuando la sustitución procesal tiene lugar con relación al demandado. Por esto hemos con siderado la *sustitución procesal* entre los presupuestos procesales (v. párrafo 36). Debemos sin embargo reconocer que este presupuesto es autónomo (Id. Ibid., p. 115-116).

provável essa situação, por exemplo, numa procedência em face de direitos individuais homogêneos, o particular que não pertence ao grupo pode pretender a sua exclusão, circunstância que também deve ser admitida nos direitos coletivos, diante da demonstração de que o indivíduo não pertence à classe, categoria ou grupo que, embora indeterminável é determinado, como, por exemplo, ao demonstrar que não é Advogado e, por isso, uma decisão em face dessa classe não o atinge⁵⁶⁹.

No aspecto coletivo, um outro legitimado pode ingressar em juízo para demonstrar que a coletividade não foi devidamente representada, ou seja, não houve “representação adequada”, que poderá ensejar a declaração de nulidade da sentença, motivo pelo qual a ampla publicidade almejada serve para viabilizar a fiscalização dos juízes, membros do Ministério Público, do autor da ação e dos legitimados para que a coletividade seja bem representada, o que não significa que a parte no processo tenha que ser responsabilizada pela não apresentação de provas novas que surgiram em momento posterior e, por si só, poderiam alterar o conteúdo da decisão, pois para isso existem outros mecanismos⁵⁷⁰.

Na opinião de Jordão Violin: “a ausência de representação resulta num processo inválido, por ausência de capacidade processual do réu”, pois “somente tem capacidade para estar em juízo aquele que for capaz de promover a defesa robusta da classe”, ensejando violação ao artigo 13, do CPC, de 1973 (artigo 76 do NCPC de 2015), o que atrairia a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória após o trânsito em julgado da decisão e seu reconhecimento de ofício antes desse marco devido à ausência de um pressuposto processual de validade⁵⁷¹.

Na visão de Manuel Navarro Hernán: “la falta de capacidad procesal, lo mismo que la falta de capacidad para ser parte, es insubsanable porque, obviamente, o se es capaz o incapaz”⁵⁷².

Como forma de averiguação da legitimação da parte em processos coletivos, Bujosa enumera os critérios presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos: a) inutilidade de critérios meramente patrimonialistas e individualistas (ex. direitos de pequeno valor econômico não ensejam o ajuizamento de ações individuais); b) critério da personalidade jurídica e fins institucionais (proporciona a identificação do sujeito com o objeto da ação); c) participação em processo administrativo prévio (presente no ordenamento espanhol que impede a Administração Pública recusar legitimidade judicial quando a admitiu na esfera

⁵⁶⁹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 148.

⁵⁷⁰Cf. Id. Ibid., p. 148-150.

⁵⁷¹Cf. Id. Ibid., p. 150-151.

⁵⁷²NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 86.

administrativa); d) critério da conexão territorial (decorrente da conexão estável do sujeito com um determinado meio ambiente natural, cultural e artificial em determinado território); e) legitimação estipulada pela lei (a próprio norma define os legitimados)⁵⁷³.

A posição de Felipe Silva Noya, aparentemente, resolve essa equação, no sentido de que, apenas por exceção, no processo individual, o legitimado ordinário não é quem encontra-se defendendo seus direitos materiais em juízo, sendo substituído pelo legitimado extraordinário, a perspectiva deve ser alterada para o processo coletivo em que a “substituição” é a regra, pois, por enquanto, segundo as concepções vigentes, a presença do sujeito individual (autor – substituto) atuando em favor do sujeito coletivo (titular substituído) é suficiente para a instauração da relação processual e uma vez identificada ausência de atuação adequada, o vício e a mácula do procedimento se restringe à invalidade⁵⁷⁴.

O autor continua seu raciocínio ponderando que a mudança de paradigma depende do controle judicial da representatividade adequada, transformando o “porta-voz” dos interesses do grupo em representante da coletividade e não mero substituto, inserindo o sujeito coletivo também na relação processual (polo ativo e passivo), abrindo, por conseguinte, caminho para “não apenas a participação formal no processo, mas, sobretudo, uma participação substancial dos afetados pelo ato final do Poder Judiciário”, atendendo, com isso, ao devido processo legal em que a atuação inadequada implicaria na ausência do sujeito coletivo na relação processual e, conseqüentemente, implicaria na falta de um pressuposto de existência da relação processual. Além disso, o contato do representante não é evidentemente apenas com o grupo (substituídos na visão da doutrina majoritária), mas sim com o próprio direito material discutido, pois, antes do processo, o mencionado representante já defende esses direitos titularizados pela coletividade⁵⁷⁵.

Em sua visão, o autor assevera ser “incorreto o enquadramento da atuação coletiva como legitimação para a causa, ou em outros termos, como condição da ação”, propondo uma reformulação a partir da constatação de que a relação jurídica processual coletiva somente existe com a coletividade (classe, grupo, categoria ou comunidade) em um dos polos da demanda discutindo um objeto também coletivo, em que o representante é a voz dos representados ausentes e somente é legitimado em face da coletividade pela atuação adequada. Diante desse quadro, defende que a representatividade adequada, ou “atuação adequada” é pressuposto de existência do processo e não de validade, pois, sem tal

⁵⁷³Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 273-275

⁵⁷⁴Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 128.

⁵⁷⁵Cf. Id. Ibid., p. 130-132.

elemento, não se configura o sujeito coletivo presente na ação e, portanto, ela não pode ser reputada de coletiva⁵⁷⁶.

Diante da transposição da representatividade adequada para o âmbito do pressuposto processual de existência e não de validade, a coletividade estará mais resguardada, visto que com a ausência de representação, inexistente a relação processual e, conseqüentemente, não se atribuem efeitos aos atos processuais produzidos. Essa medida evita a consolidação dos vícios de validade que se convalidam pelo trânsito em julgado sem a apresentação de ação rescisória, situação mantida se fossem consideradas apenas as condições da ação. De outro lado, sendo um pressuposto processual de existência, em tese, não atinge a coletividade que nem mesmo precisaria ingressar com uma medida de desconstituição da coisa julgada e a questão, quando muito, estaria afeta à ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis*), sem prazo e imprescritível⁵⁷⁷.

A representação processual coletiva confunde-se com a legitimidade *ad causam* viabilizando o ajuizamento da ação, mas permeia como pressuposto processual antecedente a formação da relação processual, uma vez que somente se consolida se há representação adequada da coletividade, fazendo parte de seu conteúdo a capacidade de ser parte, de estar em juízo e de defesa do grupo, classe ou categoria, sendo muito difícil a análise da questão de maneira apartada desse amálgama de valores consolidados na representação processual coletiva.

2.11. *Querela Nullitatis*

O cabimento da “querela nullitatis” também conhecida como ação declaratória de inexistência da relação processual é polêmico na doutrina, com posições extremadas de caráter restritivo e amplo⁵⁷⁸, tendo, apesar da ausência de disposição expressa regulando essa espécie de ação em nosso ordenamento, presença implícita⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 137-139.

⁵⁷⁷Cf. Id. Ibid., p. 141-144.

⁵⁷⁸“Desde já, apressamo-nos em dizer que os Douctos não são unânimes quanto ao tema. Encontram-se desde posições mais liberais – aquelas em que se admite a existência da “querela nullitatis” em muitas situações – como posições mais restritivas – onde pouquíssimas são as hipóteses de cabimento da ação.

Somente uma coisa é certa entre todos os tratadistas do tema: a “querela nullitatis” – embora sem previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico - ainda sobrevive no sistema, devendo o estudioso do direito, então, se esforçar para a definição de seu regime jurídico”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016).

⁵⁷⁹“(…) a exemplo do que ocorre em outros Estados, a querela nullitatis insanabilis subsiste de modo implícito em nosso Direito. Ela sempre ofereceu-se aqui como o meio mais adequado para o ataque de vícios extremos da coisa julgada inválida, ainda que para tanto tivesse de assumir outras roupagens jurídicas. Nada desaconselha, então, que se adotem iniciativas em favor do seu pleno ressurgimento, como teriam sido as

Gajardoni admite a “querela nullitatis” diante da ausência de pressupostos de existência (citação, procedimento, jurisdição e capacidade postulatória), pois para o autor “são aqueles requisitos mínimos para a própria constituição da relação jurídica processual, sem os quais essa não existe e, conseqüentemente, o fruto dela, a prestação jurisdicional veiculada na sentença, também não”, afastando-a para impugnação de pressupostos meramente de validade da relação processual, como, por exemplo, vício de nulidade na citação ou ausência de condições da ação ou de motivação da sentença, que devem se submeter ao prazo da ação rescisória ou a outros mecanismos previstos em lei (art. 741, I, do CPC de 1973)”⁵⁸⁰.

O processualista em comento admite a “querela nullitatis” na ausência de citação (inexistência de formação da relação processual), de petição inicial e de dispositivo de sentença (exemplos de procedimento desrespeitado), na decisão proferida por magistrado aposentado (ausência de decisão) e na postulação por indivíduo sem advogado (ausência de capacidade postulatória), neste último caso com a ressalva das exceções previstas em lei⁵⁸¹.

Desconsidera o autor supramencionado, por conseguinte, a posição de doutrinadores mais flexíveis, como Teresa Arruda Alvim Wambier, expressamente mencionada por ele, a qual pressupõe também a ação para a ausência de condições da ação, citação nula, dentre outras situações⁵⁸².

recentes modificações na legislação ordinária que tornaram inexigível o título judicial desconforme com a Constituição (CLT, art. 884, § 5.º, e CPC, art. 741, parágrafo único)”. (BATISTA, Deocleciano. *A querela nullitatis insanabilis* como meio perpétuo de impugnação da coisa julgada inválida. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4394/arquivo5567_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 fev. 2016).

⁵⁸⁰Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*, cit.

⁵⁸¹Cf. Id. *Ibid.*

⁵⁸²“Entre a mais liberal dos tratadistas, talvez esteja Tereza Arruda Alvim Wambier. Em profundo estudo sobre o tema, aponta a Professora que há íntima relação entre coisa julgada e rescindibilidade da sentença. Somente sentenças transitadas em julgado podem ser rescindidas, nos termos do art. 485 do CPC. Por outro lado, ao ver da autora, sentenças inexistentes por si só, ou aquelas frutos de processos inexistentes, em hipótese alguma transitariam em julgado, razão pela qual, nessas situações, seria cabível a ação declaratória de inexistência, que na verdade, ao nosso ver, outra coisa não é senão a “querela nullitatis”, 23 embora convenhamos ser preferível àquela nomenclatura a essa. Assim, partindo dessas premissas, a autora passa a discorrer sobre as hipóteses de cabimento da por ela chamada ação de inexistência, ressaltando antes, contudo, que segundo sua abordagem, as sentenças inexistentes, objeto da citada “actio”, o serão em virtude de terem sido proferidas em processos inexistentes ou em virtude de não possuírem elementos (intrínsecos ou extrínsecos) essenciais à sua constituição. Indica, ainda, que tais vícios, a par de poderem ser veiculados a qualquer tempo (ação imprescritível), podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz em qualquer outro procedimento. São as seguintes: a) sentenças com ausência de decisório; b) sentenças proferidas em processos instaurados por meio de uma ação, faltando uma de suas condições; c) sentenças proferidas em feito em que tenha faltado pressuposto processual de existência – citação, petição inicial, jurisdição e capacidade postulatória; d) sentenças em que teria havido citação nula aliada à revelia; e) sentença em que não tenha sido citado um litisconsórcio necessário unitário f) sentença que não contenha a assinatura do juiz ou que não esteja escrita” (Id. *Ibid.*).

As condições da ação em geral são reconhecidas como pressupostos de existência da ação, pois “si è visto che l'esistenza del diritto d'azione dipende dall'esistenza delle condizioni dell'azione, ossia della legittimazione ad agire e dell'interesse ad agire”⁵⁸³.

Ainda que estas circunstâncias influenciem na apreciação do mérito da demanda devem ser averiguadas, liminarmente, em juízo de probabilidade de acordo com o direito afirmado pelo autor em face de quem se pleiteia esse direito, como ocorre na legitimidade de agir (a *legitimatío ad causam* ativa e passiva), baseada na “*mera affermazione* d'esser titolari del diritto azionato e non anche l'effettiva titolarità del medesimo”⁵⁸⁴.

Na verdade, é muito difícil estabelecer, *a priori*, as possibilidades de aplicabilidade da “querela nullitatis”, uma vez que diante da proliferação de alterações legislativas que ocorrem nos sistemas jurídicos, especialmente com a inserção de meios mais adequados para a tutela das demandas de massa ou de caráter repetitivo, ou, ainda, a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que não afetam apenas as partes diretamente atuantes no processo.

Como sublinhado por Ferruccio Tommaseo: “il processo civile è un processo di parti e l'esistenza delle parti è requisito di esistenza dello stesso processo”, a ausência desse elemento (capacidade de ser parte) pode se objeto de “querela nullitatis”, visto se tratar de um “vizio radicale che può essere fatto valere anche con un'azione autonoma di accertamento negativo”⁵⁸⁵.

Mesmo para a corrente doutrinária que defende uma ligação estreita da legitimidade *ad causam* com a questão de fundo discutida no processo e não com aspectos meramente processuais como a extinção do processo sem resolução do mérito é perceptível que se admite em situações evidentemente ilegítimas o seu tratamento numa acepção meramente processual⁵⁸⁶.

Nesse contexto, talvez a melhor opção seja a análise de cada caso concreto, uma vez que seria extremamente difícil a elaboração de um rol restrito das possibilidades da ação em comento, o que reforça o reconhecimento de sua presença no sistema jurídico brasileiro, facilitada precisamente pela inexistência de normas legais rígidas delimitando o instituto⁵⁸⁷.

⁵⁸³Cf. TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*, cit., p. 239-240.

⁵⁸⁴Cf. Id. *Ibid.*, p. 240-242.

⁵⁸⁵Cf. Id. *Ibid.*, p. 169-170.

⁵⁸⁶Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *op. cit.*, p. 95.

⁵⁸⁷“A querela, como espécie do gênero *actio nullitatis*, é vista por muitos como mera curiosidade histórica que teria sido absorvida por outras formas de ataque à decisão judicial e à coisa julgada. Porém, ao contrário do que dá a entender o direito legislado moderno, a realidade forense mostra que ela subsiste de modo implícito em nosso Direito. Tanto que continua a ser admitida como o meio processual mais indicado para o ataque à coisa julgada inválida por parte considerável da doutrina e da jurisprudência mais seletivas.

É possível também identificar situações em que ainda que houvesse o decumprimento da norma processual, como, por exemplo, quando a lei exige a intimação de interessados ou das partes processuais para regularização da relação processual ou sua plena eficácia ela deixa de ser efetivada, mas a decisão acaba sendo proferida em benefício dos interessados não notificados para potencialmente intervir⁵⁸⁸, reforçando a obrigatoriedade de prévia análise do caso concreto.

Camile Cassiane Soares Correia e Rocco Antonio Rangel Rosso chegam a compreender a natureza jurídica da ação não como declaratória da inexistência da relação jurídica processual, mas como “ação desconstitutiva de sentenças inválidas”⁵⁸⁹,

O consenso tende, hoje, à aceitação de que os doutrinadores e legisladores não têm como esgotar em elenco exaustivo o rol de decisões judiciais que seriam inidôneas para passar em julgado. Nem mesmo o transcurso dos prazos ensejados para o exercício de eventual inconformismo bastaria para superar a invalidade e afastar a propositura, a qualquer tempo, da querela nullitatis insanabilis”. (BATISTA, Deocleciano. op. cit.).

⁵⁸⁸PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO.

AUSÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA SUBJETIVA. INCIDÊNCIA DO CDC. EFEITOS ERGA OMNES. ART. 94 DO CDC. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DE EDITAL INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

(...)

3. No que se prende à abrangência da sentença prolatada em ação civil pública relativa a direitos individuais homogêneos, a Corte Especial decidiu, em sede de recurso repetitivo, que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)” (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, DJ 12/12/2011).

4. Com efeito, quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada na ação civil pública, incide o Código de Defesa do Consumidor por previsão expressa do art. 21 da própria Lei da Ação Civil Pública.

5. Deste modo, os efeitos do acórdão em discussão nos presentes autos são erga omnes, abrangendo a todas as pessoas enquadráveis na situação do substituído, independentemente da competência do órgão prolator da decisão. Não fosse assim, haveria graves limitações à extensão e às potencialidades da ação civil pública, o que não se pode admitir.

6. A ausência de publicação do edital previsto no art. 94 do CDC, com vistas a intimar os eventuais interessados da possibilidade de intervirem no processo como litisconsortes, constitui vício sanável, que não gera nulidade apta a induzir a extinção da ação civil pública, porquanto, sendo regra favorável ao consumidor, como tal deve ser interpretada.

7. Recurso especial a que se dá provimento, a fim de reconhecer que a falta de publicação do edital previsto no art. 94 do CDC não obsta a concessão de efeito erga omnes ao acórdão recorrido. (REsp 1377400/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJE 13/03/2014) (grifos nossos)

⁵⁸⁹“A querela nullitatis é uma ação que tem por escopo anular uma sentença que se encontre maculada de alguma nulidade, podendo ser interposta a qualquer momento, sendo ineficaz contra a mesma os institutos da prescrição e decadência, mesmo após o trânsito em julgado da decisão final. É uma ação medieval que existe no direito moderno, renascendo como o ser mitológico da Fênix, já sendo reconhecido nas decisões dos egrégios tribunais brasileiros. Entendemos ser a citação um requisito de validade não um pressuposto de existência em virtude de que existem sentenças validas e eficazes sem a citação do réu, desde que a mesma sentença seja pronunciada em favor do revel, ficando de tal maneira ausente qualquer prejuízo. De tal maneira, teria a querela nullitatis à natureza jurídica de ação desconstitutiva de sentenças inválidas”. (CORREIA, Camile Cassiane Soares; ROSSO, Rocco Antonio Rangel. *Da querella nullitatis. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9540-9539-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016).

sendo como ação declaratória imprescritível⁵⁹⁰ em nosso sistema jurídico diverso do que ocorria no direito canônico⁵⁹¹.

A variabilidade das teses doutrinárias sobre o assunto não podem impedir o uso dessa modalidade de ação, que pretende preservar a justiça em detrimento da segurança jurídica, contudo, se não houvesse esse mecanismo, seria possível, até mesmo, inferir que o sistema não é seguro, maculando, por conseguinte, o próprio princípio que os opositores ao instituto pretendem defender.

2.12. Legitimidade e representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – modelos de legitimação

O rol dos legitimados para ingressar com ações civis públicas encontram-se na Lei da Ação Civil Pública, com as inserções promovidas pelo CDC, que é norma cronologicamente mais nova, trazendo expressamente a possibilidade de entes despersonalizados de origem pública, como o PROCON, para a defesa em especial dos direitos individuais homogêneos, excluindo a autorização assemblear para as associações, porém, essa medida é uma forma de legitimação da conduta da entidade, devendo ser atendida dentro de parâmetros razoáveis, não bastando a mera pertinência temática. As

⁵⁹⁰CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FAIXA DE FRONTEIRA. BEM PERTENCENTE À UNIÃO.

NULIDADE DO REGISTRO IMOBILIÁRIO EM NOME DE PARTICULARES. CONFLITO FEDERATIVO.

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO AMPARADO EM FUNDAMENTAÇÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA QUE EXTRAPOLA A ESTREITA VIA DO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SÚMULA. 329/STJ.

IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO. PRECEDENTES.

1. Ao afastar a existência de conflito federativo apto a ensejar a competência originária do STF para julgar a presente demanda, o Tribunal a quo amparou-se em fundamento eminentemente constitucional, escapando sua revisão à competência desta Corte no âmbito do recurso especial.

2. "Nos termos do Enunciado 329 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, 'O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público', cuja acepção compreende as áreas situadas em faixa de fronteira, pertencentes à União e, de modo indireto, a toda a sociedade, o que revela o interesse difuso da coletividade" (AgRg no REsp 1.174.124/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 17/8/2012).

3. "Não há prescrição para os bens públicos. Nos termos do art. 183, §3º, da Constituição, ações dessa natureza têm caráter imprescritível e não estão sujeitas a usucapião (Súmula 340/STF, art. 200 do DL 9.760/1946 e art. 2º do CC). Construção feita também com base na imprescritibilidade de atos nulos, de ações destinadas ao ressarcimento do Erário e de ações de declaração de inexistência de relação jurídica - querela nullitatis insanabilis" (REsp 1.227.965/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/6/2011).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1268965/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015).

⁵⁹¹No direito canônico era usada para afastar as nulidades da decisão com prazo de 30 anos se insanável ou um ano se sanável. (Cf. HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. 2. ed. La Plata: Libreria e Ed. Platense, 2006. p. 42).

normas especiais que regem a Lei do Mandado de Segurança Coletivo, o Estatuto da Criança e Adolescente, o Estatuto do Idoso, entre outras, por outro lado, quando restringem os legitimados não estão em conformidade com o microsistema de tutela coletiva, sendo salutar o uso dos habilitados no CDC, que é mais amplo e, portanto, finalisticamente mais adequado⁵⁹².

O artigo 6º, VII, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, mantinha a exigência de constituição prévia (um ano salvo “manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”) das associações e fundações privadas, a pertinência temática (defesa de seus fins institucionais), mas dispensava expressamente a “autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados e membros”.⁵⁹³ Esse projeto não foi aprovado, mas a atual LACP⁵⁹⁴ não prevê a necessidade de autorização, que também não é estipulada pelo CDC⁵⁹⁵, mas se encontra presente no artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97⁵⁹⁶.

Destaca-se o assento constitucional da “tutela processual dos interesses coletivos”, diante do teor dos artigos 129, III e 5º, LXX (mandado de segurança coletivo) e LXXI

⁵⁹²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 89-93.

⁵⁹³Inserir referência do projeto na internet

⁵⁹⁴Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência).

(...)

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014).

(...)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)”.
(...)

⁵⁹⁵Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁵⁹⁶Art. 2º A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

(ação popular), da CF. Alerta-se ainda que não só na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) defendem-se direitos coletivos, pois ainda existem diversas disposições infraconstitucionais, como: a Lei nº 12.016/2009, prevendo o mandado de segurança coletivo; a Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular; a Lei nº 7.913/89, acerca do mercado de capitais; a Lei nº 7.853/89, dispendo sobre a tutela das pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 8.069/90, instituindo o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.429/92, sobre improbidade administrativa; a Lei nº 10.741/2003, que estabeleceu o Estatuto do Idoso⁵⁹⁷; a Lei nº 8.884/94, visando tutelar a ordem econômica denominada de Lei Antitruste revogada pela Lei nº 12.529/2011; a Lei n. 11.340/2006, almejando a fiscalização dos estabelecimentos de atendimento à mulher em situação de violência⁵⁹⁸, dentre outros.

A legitimação adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é mista, uma vez que permite o ingresso de uma ação popular para a discussão de direitos coletivos por um indivíduo enquanto nas demais ações civis coletivas possibilita o ajuizamento por entidades públicas (modelo estatal) e privadas (modelo organizacional)⁵⁹⁹.

Assim, como há expressa disposição legal no Brasil, identificando os legitimados para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ações civis públicas, a polêmica acaba por se restringir a quem detém a legitimidade para promover a defesa desses interesses no polo passivo dessas ações.

Essas demandas que afetam o interesse de milhares de pessoas transformaram os institutos do direito processual, elastecendo os efeitos da coisa julgada e da legitimidade de proposição da ação⁶⁰⁰.

O devido processo legal coletivo pressupõe um representante para a defesa em juízo dos interesses coletivos em sentido amplo e para isso necessita legitimar-se em teorias que justifiquem essa intervenção, dentre as quais existem: a) teoria da corporação de fato (“agrupamento corporativista” tendente a viabilizar a representação dos integrantes do grupo independentemente de personalidade jurídica, ou seja, a legitimidade de agir em juízo – ex: o artigo 12, do CPC de 1973, ao conceder poderes ao administrador de entes despersonalizados e aos órgãos despersonalizados na LACP c/c CDC); b) teoria da hipossuficiência (diante da vulnerabilidade do substituído, busca-se um substituto com

⁵⁹⁷Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 34-35-36.

⁵⁹⁸Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto, cit.

⁵⁹⁹Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 34-37.

⁶⁰⁰Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 151-152.

maior empoderamento econômico ou técnico jurídico para postular em juízo ou quando o valor do dano individual é irrisório – ex: a tutela dos direitos individuais homogêneos no CDC); c) teoria do consentimento (consulta prévia dos interessados pelo representante aplicável apenas dos direitos coletivos e nos individuais homogêneos – ex: no CDC e LACP, em decorrência do artigo 5º, XXI, da CF, as associações quando atuam como representantes necessitam de autorização, mas essa consulta é polêmica na doutrina e na jurisprudência); d) teoria do interesse (exige similitude de interesse do representante e do grupo representado – ex: a pertinência temática exigida pela jurisprudência e por disposições legais, como no caso de associações, sindicatos e partidos políticos no mandado de segurança coletivo); e) teoria institucional (geralmente para defesa de direitos difusos, mas não exclusiva por designação legal ou constitucional em decorrência das atividades desempenhadas pelo ente – ex: Ministério Público e demais instituições representando a comunidade, que são dispensados de demonstrar vinculação com os direitos, mas não a adequação da pretensão com os interesses da comunidade, categoria ou grupo ou pertinência temática com os fins institucionais)⁶⁰¹.

Os modelos individuais de legitimação variam de acordo com o país, a ponto da única aproximação consistir em atribuir ao indivíduo a possibilidade de movimentar a máquina judicial na defesa dos direitos supraindividuais ou de um grupo apresentando, em suas complexas diversidades, as seguintes características: a) o direito a ser tutelado é de um grupo sem personalidade que merece proteção do ordenamento jurídico; b) os integrantes da coletividade afetada não são previamente identificados; c) a coletividade não organizada pode ser objeto de uma lesão ou ameaça de lesão e, por conseguinte, não necessita também criar uma pessoa jurídica para defender seus interesses; d) um dos integrantes da coletividade afetada pode ter a ele concedida a legitimidade para sua defesa em juízo, protegendo o grupo na medida em que defende seu próprio interesse; e) a coletividade ou grupo merece tratamento uniforme, com a aplicabilidade do conteúdo da decisão proferida devido a participação de um titular com legitimação ordinária para a tutela do interesse de todos⁶⁰².

O modelo orgânico privado é encontrado na Europa, basicamente consiste em que “la legitimación se extiende a sujetos privados colectivos, aunque el objeto del proceso no se refiera a derechos o intereses que les sean propios”, contudo, da mesma forma que o modelo individual, não há uniformidade, visto a diversidade de critérios para aferir a

⁶⁰¹Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 70-89.

⁶⁰²Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 77.

legitimação da entidade⁶⁰³.

Na Espanha, é possível identificar uma legitimação concedida às “organizaciones intermedias” para ingressar em juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos, conforme se depreende da legislação, em especial a Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário e a Lei de Ajuizamento Civil, apesar de não autorizar ao Ministério Fiscal nem ao Defensor do Povo essa prerrogativa⁶⁰⁴, contudo, já é possível identificar algumas modificações legislativas (Lei nº 39/2002), que, ao atender diretivas da União Europeia, inseriu a legitimidade do Ministério Fiscal na Lei de Ajuizamento Civil em defesa dos direitos difusos e coletivos dos consumidores e usuários em conjunto com outras entidades por meio da “acción de cesación”⁶⁰⁵.

O modelo orgânico público preconiza a atribuição de legitimação aos órgãos ou entidades públicas comum nos países nórdicos, numa tendência a evitar os conflitos entre os particulares para assunção dessa defesa, com a ampliação dessa prerrogativa a órgãos públicos, como o Ministério Público⁶⁰⁶.

Os interesses difusos e coletivos em sentido estrito (interesses de grupos), como diferem dos individuais homogêneos, tem certa aceitabilidade da doutrina e, muitas vezes, nas legislações de diversos países, identificando a atribuição de sua tutela por meio da legitimação aos órgãos ou entidades públicas, sob o argumento de que “la relación con el individuo es más bien mediata e indirecta, en ocasiones, para encontrar más fácilmente protección han sido acogidos como intereses públicos, de titularidad de los órganos públicos, facilitándose por medio de éstos su tutela procesal”. Essa aproximação também decorre da interconexão das relações sociais e sua penetração no interesse público, aumentando sua influência e participação nessa seara, evoluindo a atuação estatal de uma mera aplicação do “interés da Administración” para se aproximar dos interesses difusos e coletivos⁶⁰⁷.

A especialização de órgãos ou entidades públicas legitimadas para a defesa dos direitos supraindividuais teve início com o *ombudsman*, na Suécia, em 1809, inserido na Constituição do país, passando para diversos ordenamentos (Dinamarca, Finlândia, Noruega, Inglaterra, França, Portugal, dentre outros)⁶⁰⁸.

⁶⁰³Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 81.

⁶⁰⁴Cf. Id. Ibid., p. 83.

⁶⁰⁵Cf. Id. Ibid., p. 88-89.

⁶⁰⁶Id. Ibid., p. 85.

⁶⁰⁷Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 237-238.

⁶⁰⁸Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 86.

O importante é que a participação dos órgãos estatais não afaste os entes privados dessa legitimação para defesa de interesses metaindividuais⁶⁰⁹.

A resistência na legitimação desses órgãos ou entidades deve-se ao receio de que sua relação com o poder público, bem como um procedimento lento, burocrático e hierarquizado, a depender de processos decisórios complexos, não permitam a tutela adequada dos interesses relevantes que se pretende proteger, contudo, como ressaltado por Bujosa “la solución deberá venir a través de una adecuada combinación de poderes e instrumentos, es decir, la combinación de iniciativas privadas y públicas, que se somentan a una vigilancia recíproca”⁶¹⁰.

O modelo social é adotado basicamente nos EUA e na Inglaterra, mas se vislumbra uma considerável influência em outros países, como na Austrália⁶¹¹ e no Canadá, com adequações para suas peculiaridades na Colômbia e no Brasil, apesar da proximidade do instituto com a *common law*, lastreado no que se denomina *class action*⁶¹².

Esse modelo admite um maior poder ao magistrado para apreciar a demanda, com avaliação da legitimação da classe sem personalidade jurídica que é representada em juízo por uma parte no polo ativo ou passivo fulcrada na determinação de uma “representação adequada” e na “protección de los *ausentes*”⁶¹³.

No intuito de uma melhor compreensão da representação dos interesses coletivos em sentido amplo numa ação coletiva ou ação civil pública recomendável a análise pormenorizada de alguns representantes normalmente eleitos pela legislação dos países, apreciando a viabilidade ou não de figurarem no polo passivo da ação.

Dentro dos modelos apresentados, o mais propício para conter uma ação coletiva passiva são os modelos sociais, sendo possível a utilização do modelo orgânico privado e eventualmente do modelo individual. O modelo orgânico público, como já antecipamos, não se coaduna com a ação coletiva passiva, na medida em que os entes públicos congregam uma multiplicidade de interesses e, na maioria das vezes, encontra-se no polo

⁶⁰⁹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 253-254.

⁶¹⁰Cf. Id. *Ibid.*, p. 256-257.

⁶¹¹“En Atralia e Inglaterra existia sólo una forma limitada de *Class Actions*, conocida generalmente como <<representative action>>, limitada a reclamaciones <<for injunctive or declaratory relief>>, es decir en relación con condenas de hacer e no hacer, no <<for damages>, o sea no para casos en se pidan indemnizaciones dinerarias por daños y perjuicios. En Australia, las *Class Actions for damages* han sido recientemente introducidas, a partir de los Estados de Victoria (1986) y Austalia del Sur (1987). En Canadá, en primer lugar, se introdujo en la provincia de Quebec (1978) y posteriormente en Ontario (1990)”. (Id. *Ibid.*, p. 290).

⁶¹²Cf. MEROI, Andrea A. *op. cit.*, p. 91.

⁶¹³Cf. Id., *loc. cit.*

ativo das ações visando à pacificação de conflitos sociais. As teorias para fundamentar a presença do representante no polo passivo da ação que aparentemente podem ser utilizadas com maior razão seriam a da corporação de fato, do consentimento e do interesse, sendo possível em algumas situações a institucional, como ocorre nos dissídios coletivos na justiça do trabalho.

2.12.1. Representatividade das associações

Na Itália, há uma compreensão adequada da diferença entre os interesses dos titulares dos direitos difusos e coletivos e da entidade que os representa, com a identificação de “ente exponencial” (entidade organizada - pretende alcançar suas finalidades estatutárias, portanto, apresentam caráter instrumental na realização dos interesses do grupo) e “grupo exponenciado” (coletividade – detentora dos interesses), no início esses objetivos podem ser similares, entretanto, com o passar do tempo, o último varia, conforme as condições sócio-econômicas do momento enquanto os primeiros de acordo com a ideologia dos membros, o que recomenda a pluralidade de entes representativos da coletividade⁶¹⁴.

Antonio Gidi defende a preponderância das associações na defesa dos direitos coletivos em detrimento dos órgãos públicos, dentre eles o Ministério Público, especialmente quando há violação de direitos e interesses pelo Estado⁶¹⁵.

Diversas situações podem decorrer da representatividade de interesses difusos e coletivos por uma associação: a) o interesse de todo o grupo seja idêntico e convergente na mesma entidade (ex. atribuição legal de representatividade aos colégios profissionais, como a OAB, o Conselho Federal de Medicina etc.); b) a entidade não congrega todos os membros do grupo que estão desorganizados ou pertencem a outras entidades, ocasionando discrepâncias decorrentes dos interesses diversos em jogo, pois poderão representar interesses individualizados dos membros, específicos da própria entidade ou de um grupo maior que ultrapassa os membros da associação⁶¹⁶.

Lorenzo Bujosa Vadell destaca os vínculos de solidariedade que proporcionam a união e o fortalecimento do grupo, no intuito de melhor defender os interesses coletivos de maneira mais efetiva em juízo diante de uma parte adversa mais poderosa sob diversos aspectos:

⁶¹⁴Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 220-221.

⁶¹⁵Cf. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 404.

⁶¹⁶Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 221.

“El individuo, por su temor, su desconocimiento o su impotencia ante fuerzas más poderosas, como pueden ser las grandes empresas, se ve obligado, para defender sus intereses, a reforzar vínculos de solidaridad con aquellos que ostentan intereses próximos a los suyos. Por esta complejidad de la sociedad actual una mera tutela individual de los derechos e intereses legítimos y, por ello, las propias estructuras procesales clásicas, se muestran insuficientes para dar cumplimiento a la tarea que impone el art. 9.2 de la Constitución española, es decir, la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas para el individuo, pero también para los grupos en los que éste se integra”⁶¹⁷.

O autor ainda ressalta o papel das entidades congregadoras dos cidadãos como essencial para a defesa dos interesses coletivos em sentido amplo numa sociedade pluralista, sendo este um dos objetivos extraídos do texto constitucional espanhol:

“la concepción pluralista vigente en nuestro ordenamiento favorece la consideración de las formaciones sociales como instrumento apropiado para que los ciudadanos intervengan en la gestión de los intereses supraindividuales. Recordemos que el art. 9.2 CE encarga a los poderes públicos la función de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”⁶¹⁸. (destaques no original)

As pessoas jurídicas podem em sua intervenção no meio social defender direitos próprios da entidade, atingindo indiretamente o de seus membros, mas também podem pretender a tutela de direitos exclusivos dos integrantes, sendo difícil de separar onde se inicia um e outro interesse, dada a dificuldade dessa distinção, especialmente nas entidades formadas por pessoas sem finalidade lucrativa⁶¹⁹.

Bujosa esclarece a dificuldade de identificar a representatividade de uma entidade, visto que:

“en una asociación de perjudicados es probable que todos sean miembros del ente; pero en los casos en que la determinabilidad subjetiva de los interesados es más difusa, aunque la asociación acoja entre sus fines la protección de esos intereses de grupo será más difícil su representatividad, que exigirá la aplicación de algunos criterios de objetivación”⁶²⁰.

Na opinião de Diogo Campos Medina Maia, quando a pessoa jurídica defende interesses próprios da entidade exercita a legitimação ordinária⁶²¹ e quando atua na defesa de seus membros está embasado na legitimação extraordinária, que, por sua vez, também é conhecida como substituição processual. O autor apresenta como exemplo desta última situação uma associação de consumidores que ingressa com ação para angariar uma indenização para os integrantes lesionados por um determinado produto⁶²².

⁶¹⁷BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 21.

⁶¹⁸Id. Ibid., p. 148.

⁶¹⁹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 127.

⁶²⁰BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 154-155.

⁶²¹Corrente doutrinária defende a possibilidade de uma legitimação ordinária das associações se for compreendido que o interesse geral da coletividade destaca-se dos membros do grupo e passam a ser titularizados pela associação na defesa desses interesses (Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 124-125).

⁶²²Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 127.

É necessário complementar o raciocínio do autor, visto que somente quando a associação representar toda a coletividade de afetados pelo dano na relação de consumo que se trataria de legitimação extraordinária e não quando atua na defesa do interesse de seus membros (interesses individuais homogêneos) que, segundo entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, é hipótese de mera representação, salvo na hipótese de mandado de segurança coletivo em que se trata sempre de substituição processual.

A ementa do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, interpretativo do artigo 5º, XXI, da CF, foi editada nos seguintes termos:

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

(RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001) (grifos nossos)

O Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, curvou-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende das seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. EXTENSÃO DA DECISÃO, PROLATADA EM AÇÃO COLETIVA, AOS PARTICIPANTES E/OU ASSISTIDOS QUE NÃO SÃO FILIADOS À ASSOCIAÇÃO, AO FUNDAMENTO DE ISONOMIA. DESCABIMENTO. RELAÇÃO CONTRATUAL AUTÔNOMA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E RELAÇÃO ESTATUTÁRIA E/OU CELETISTA. VÍNCULOS CONTRATUAIS DISTINTOS, QUE NÃO SE COMUNICAM. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO A JUSTIFICAR O AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA, POR ASSOCIAÇÃO QUE TEM POR FIM INSTITUCIONAL APENAS A DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS, PARA DISCUSSÃO CONCERNENTE EXCLUSIVAMENTE À RELAÇÃO CONTRATUAL PREVIDENCIÁRIA. CONTUDO, EM VISTA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, CABE OBSERVÂNCIA AO QUE FORA DECIDIDO, EM DECISÃO SOB O MANTO DA COISA JULGADA MATERIAL, FIXANDO OS SEUS LIMITES SUBJETIVOS. AÇÃO COLETIVA MOVIDA POR ASSOCIAÇÃO EM FACE DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXI, DA CF, CONFERIDA PELO PLENÁRIO DO STF, EM DECISÃO COM REPERCUSSÃO GERAL, NÃO CARACTERIZA - À EXCEÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - A ATUAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO COMO SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL, MAS COMO REPRESENTAÇÃO, EM QUE É DEFENDIDO O DIREITO DE OUTREM (DOS ASSOCIADOS), NÃO EM NOME PRÓPRIO DA ENTIDADE.

(...)

5. No entanto, não pode ser ignorado que, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, sob o regime do artigo 543-B do CPC, o Plenário do STF proferiu decisão, com repercussão geral, perfilhando entendimento acerca da exegese do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, em que fez distinção entre a representação, conferida pelo mencionado dispositivo às associações, da substituição processual dos sindicatos.

6. **Com efeito, à luz da interpretação do art. 5º, XXI, da CF, conferida por seu intérprete Maior, não caracterizando a atuação de associação como substituição processual - à exceção do mandado de segurança coletivo -, mas como representação, em que é defendido o direito de outrem (dos associados), não em nome próprio da entidade, não há**

como reconhecer a possibilidade de execução da sentença coletiva por membro da coletividade do plano de benefícios de previdência privada que nem sequer foi filiado à associação autora da ação coletiva.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1374678/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015) (grifos e omissões nossas)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EFEITOS SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. RESTRIÇÃO AOS FILIADOS. REGIME DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. DOENÇA COBERTA. TRATAMENTO IMPRESCINDÍVEL À RECUPERAÇÃO DO PACIENTE. MEDICAMENTO IMPORTADO COM REGISTRO NA ANVISA. USO RESTRITO EM HOSPITAIS E CLÍNICAS MÉDICAS. OBRIGATORIEDADE DO CUSTEIO.

1. Ação coletiva que visa o reconhecimento da obrigatoriedade de cobertura do tratamento da asma alérgica persistente moderada a grave com o medicamento "Xolair" ao argumento de ser um direito básico de todos os usuários dos planos de saúde dos segmentos hospitalar e ambulatorial.

2. A defesa dos interesses e direitos coletivos não se limita às relações de consumo (arts. 81 e 82 do CDC), podendo a associação civil buscar a tutela coletiva para amparar seus filiados independentemente de serem eles consumidores, nas mais diversas relações jurídicas, desde que haja a autorização dos associados e esteja presente a pertinência temática.

3. A legitimidade ativa ad causam mostra-se presente, visto que o objetivo social da autora (promover uma melhor qualidade de vida aos pacientes portadores da enfermidade asma) e os seus fins institucionais são compatíveis com o interesse coletivo a ser protegido com a demanda (proteção da saúde de seus filiados com o fornecimento, pelas operadoras de plano de saúde, de determinado medicamento - Xolair - para o tratamento eficaz de asma de difícil controle). Desnecessidade de alusão expressa da defesa dos interesses e direitos dos consumidores dentre os objetivos institucionais da entidade, pois não se discute direitos consumeristas em si, mas direitos oriundos de setor regulado, qual seja, a Saúde Suplementar (relações entre usuários e operadoras de planos de saúde, com base na Lei nº 9.656/1998).

4. A entidade associativa somente pode promover ação coletiva em defesa de seus associados por meio da representação processual (art. 5º, XXI, da CF), a exigir deles prévia autorização especial, seja por ato individual seja por deliberação em assembleia, que não se satisfaz com a mera autorização estatutária genérica. Hipótese de restrição, no caso dos autos, dos efeitos subjetivos da coisa julgada.

(...)

10. Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp 1481089/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) (grifos e omissões nossas)

Como a Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 5º, XXI, que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” põe-se a questão de até aonde vai essa representação.

A expressão “quando expressamente autorizadas” pode ser compreendida como uma concordância específica dos associados, documentada via assembleia ou por meio de uma autorização individual expressa. Da mesma forma, nada impede que a lei ordinária estabeleça essa representação e, desde que seja editada antes do ajuizamento da ação, é possível reconhecer a mencionada autorização. Essa é a concepção que autorizaria e

legitimaria as associações na LACP a demandar e serem demandados em ações de caráter coletivo como substitutas dos associados e da coletividade, independentemente de autorização expressa dos interessados, todavia, nesse caso, não se trataria de representação mas de evidente substituição processual.

Apesar do último julgado supracitado não permitir a prévia autorização estatutária para o ajuizamento da ação, em nossa visão, se ao constituir uma entidade, os fundadores aprovarem o estatuto com essa autorização, a declaração da vontade deve ser preservada até que, por assembleia, altere-se o mencionado estatuto. Da mesma forma, é razoável admitir que os futuros associados que venham a filiar-se à entidade estão de acordo com a disposição presente no estatuto, por conseguinte, não deixam de manifestar sua vontade e conceder a autorização. Nesse contexto, a melhor interpretação é aquela que prioriza a defesa dos direitos e interesses por meio de ações coletivas, por óbvio, desde que possível extrair de disposição do estatuto uma expressa manifestação de vontade. No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça apenas se houvesse no estatuto uma previsão tão genérica que fosse impossível compreender a real vontade dos instituidores é que seria admissível a rejeição da legitimidade da entidade associativa.

Emília Simeão Albino Sako reconhece como exigível da associação para ingressar com ação civil pública autorização estatutária e somente se ela não existir seria recomendável uma assembleia⁶²³.

Ricardo de Barros Leonel pondera sobre a representatividade das associações, no sentido de que:

“Note-se que a hipótese mais acentuada -conflito entre interesses coletivos – não pode se confundir com uma ação civil pública proposta em face de uma entidade que tenha, estatutariamente ou por expressa outorga dos associados, poderes de representação de certas pessoas físicas ou jurídicas. Essa seria uma ação coletiva ‘comum’, equiparável a uma ação em que no polo passivo haja vários réus em litisconsórcio: se uma associação recebe mandato para representar seus associados, ou mesmo se os estatutos preveem que o associado será ‘representado’ pela associação, não há aqui a ‘substituição’ que caracteriza o processo coletivo, mas simples outorga de poderes de representação, com litisconsórcio no polo passivo”⁶²⁴.

Assim, a melhor compreensão da situação é que, em regra, quando a entidade representa seus associados deve apresentar autorização deles e indicação nominal, enquanto ao atuar como substituto processual, na defesa de interesses coletivos em sentido amplo, que ultrapassam o limite dos associados, essa pormenorização é dispensada, bastando o prazo de um ano e a pertinência temática de seus estatutos constitutivos.

⁶²³Cf. SAKO, Emília Simeão Albino. Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional. *Revista LTr*, São Paulo, ano 69, n. 10, p. 1185, out. 2005.

⁶²⁴LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 211.

Em nosso ordenamento é possível inferir essa conclusão do artigo 82, IV, § 1º, do CDC⁶²⁵ e do artigo 5º, V, § 4º, da LACP⁶²⁶, dispensando-se o prazo de um ano se o interesse social recomendar diante da característica do dano, sua amplitude ou, ainda, em decorrência da relevância do bem jurídico tutelado para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Bujosa esclarece que “cuando existe una organización, la actuación en el proceso es más fácil, económicamente más ventajosa y permite reivindicar derechos e intereses de un amplio grupo de una sólo vez”⁶²⁷.

Uma das dificuldades das associações é o desvio de finalidade por meio de minorias infiltradas em seu tecido, a fim de consagrar interesses do segmento em detrimento da maioria com direcionamento da entidade para postulações que escondem questões políticas e interesses particulares, que não representam a vontade do grupo como um todo ou de sua maioria⁶²⁸.

A capacidade civil da pessoa jurídica é mais limitada do que da pessoa física vinculada à sua finalidade institucional (direta e indireta) com poderes decorrentes de seu estatuto ou contrato social desde que de acordo com a lei⁶²⁹.

Costuma-se identificar as associações ordinárias com a instituição da entidade para defesa de seus interesses quando atingidos em seus direitos por um ato concreto, no intuito de propiciar uma forma mais eficiente de ingresso de medidas judiciais com lastro

⁶²⁵Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁶²⁶Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...)

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014).

(...)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

⁶²⁷BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 277.

⁶²⁸Cf. Id., loc. cit.

⁶²⁹Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, cit., p. 238.

financeiro adequado para suportar a demanda, ou seja, basta terem um interesse em comum, não necessitando terem sido efetivamente prejudicados por algo, pois uma das finalidades pode ser exatamente a pretensão de que seus interesses não sejam lesados por meio de práticas preventivas em relação a um ato que será realizado⁶³⁰.

A associação qualificada, de outro lado, visa defender “determinados valores”, possuindo um caráter mais específico em relação ao seu fim social, porém, não direcionadas a um ato em concreto que irá se realizar ou se realizou antes de sua constituição⁶³¹.

Independentemente da concepção da representatividade adequada como pressuposto de existência ou de validade da relação processual ou, ainda, como condição da ação ao juiz é exigida uma postura mais ativa na direção do processo em prol do resultado amplo da ação, abarcando uma infinidade de indivíduos que compõem o grupo, classe, categoria ou a sociedade em geral, o que ganha contornos constitucionais que uma restrição legal atinente à pressuposição de representatividade adequada absoluta pelos legitimados *ope legis* não consegue resistir⁶³².

Enquanto nos EUA proliferaram as *Class Actions*, no continente europeu consolidou-se a legitimação das associações para a defesa de interesses coletivos, especialmente em relação aos consumidores, como se depreende da Resolução do Conselho da Comunidade Europeia de 1987, que influenciou diversas legislações⁶³³.

Toda essa discussão mostra a importância e a complexidade de inserir uma associação na defesa dos direitos coletivos em juízo, contudo, a situação é muito mais complexa quando ela vier a ser acionada numa demanda, com expressa pretensão do autor, no sentido de que ela exerça a função de representante adequada da coletividade no polo passivo.

Acreditamos que quando a ação se direciona a interesses restritos à entidade decorrente de sua gestão, como pagamento de água, energia, gás, empregados, tratar-se-á de uma típica ação de caráter individual. Apenas quando o objetivo seja atingir interesses coletivos dos associados ou mais amplos que ultrapassem os membros da entidade que poderíamos pensar numa representação da coletividade, variando tão somente a extensão de sua atuação no processo.

Apesar de defender em caráter estritamente pessoal a importância da autorização assemblear das entidades associativas para ingressar com ações coletivas ou civis públicas, na hipótese de sua assunção no polo passivo tal ato é dispensável quando circunscrito à

⁶³⁰Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 277.

⁶³¹Cf. Id., loc. cit.

⁶³²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 144-145.

⁶³³Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 278.

pretensão de atingir reflexamente os seus integrantes (associados) e haja previsão no estatuto dessa representação.

A princípio, vislumbramos uma exceção a esse caso, se houver um sub-grupo dentre os associados que se possa identificar como os responsáveis por atos atentatórios a direitos coletivos de outros segmentos da coletividade, sem o beneplácido e apoio da entidade. Numa situação como essa seria possível admitir uma deliberação da assembleia da associação para indicar expressamente em juízo quais seriam os associados responsáveis ou representantes desse sub-grupo, pedindo sua exclusão do polo passivo da ação e direcionamento a eles a ação enquanto sub-grupo ou facção. Nesse último caso, a depender das circunstâncias e dos direitos envolvidos, também por deliberação da entidade, não veríamos inconvenientes para ela solicitar seu posicionamento no polo ativo da ação como litisconsorte ou assistente litisconsorcial, buscando a reparação do bem jurídico coletivo ofendido, sendo possível que ela mesma defenda o direito ou interesse que foi violado ou ameaçado de lesão.

Quando a pretensão do autor é atingir um âmbito mais amplo que os associados de uma entidade, postulando em face de um interesse coletivo da coletividade em geral ou segmentos mais largos do que os que comportam os limites humanos da associação, a situação é ainda mais complexa.

Aqui a participação do juiz na aferição dessa representatividade legitimadora da assunção do polo passivo é essencial e na ausência de outros elementos poderá se socorrer com institutos adaptáveis do direito comparado, uma vez que não poderá se escusar de julgar e promover uma pacificação social quando o assunto tratado engloba direitos coletivos.

A nossa legislação já apresenta algumas diretrizes, como a pertinência temática inerente aos estatutos da associação e o tempo de constituição que poderiam ser dispensados no primeiro exemplo (restrito aos associados) devido à ligação direta da entidade com a pretensão formulada nos autos, mas não aqui, em que os limites dessa representatividade são mais alargados, devendo a instituição ser sólida e com tradição suficiente para gabaritá-la na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo.

Ultrapassado esse primeiro crivo, o magistrado deveria aferir a capacidade econômica dessa entidade, no intuito de preservar sua combatividade em juízo, ainda que se implementem os benefícios da justiça gratuita, pois isso não englobaria outras despesas para bem defender os interesses, como a contratação de Advogado e de Assistentes Técnicos para acompanhar eventuais perícias judiciais.

Deve verificar o juízo se os interesses em discussão submetem outras entidades representativas com maior envergadura como números de associados, anos de atuação na sociedade e maiores ramificações nos estados da federação.

A realização de uma assembleia seria oportuna para demonstrar o interesse da entidade em defender os interesses coletivos em juízo e, apesar de não ser vinculante a decisão do juiz, o resultado obtido poderá em conjunto com outros elementos propiciar a recusa ou aceitação da entidade como representante adequado.

Além disso, se os interesses não forem homogêneos, com multiplicidade de fatores ou perspectivas de defesa, essa mencionada variedade de composição deve ser preservada, como se faz no sistema americano, chamando outros entes representativos para em conjunto equilibrarem a defesa dos interesses coletivos. Nessa hipótese, recomendável a intimação do autor para emendar a petição inicial num prazo razoável e a ampla divulgação da ação, com a publicação de editais e outros instrumentos para proporcionar aos interessados intervir no feito.

O Tribunal Constitucional espanhol, em decisão proferida em 1990 (195/1990), ao tratar da legitimidade passiva, sublinha “los derechos al proceso debido y a la defensa dentro de él, dice, exigen el llamar como parte en cualquier procedimiento a toda persona que este legitimada... <<por poseer derechos e intereses legalmente otorgados para constituirse en parte procesal y para poder oponerse constitucionalmente, en su caso, a las pretensiones adversas>>”⁶³⁴.

Nesse contexto, percebe-se a necessidade de maior empoderamento do juiz quando diante de processos coletivos, sobretudo quando a coletividade se encontra no polo passivo, o que deve ser avaliado em futura proposta de alteração legislativa.

2.12.2. Representatividade do Ministério Público

O Ministério Público na Espanha é denominado de “Ministerio Fiscal”, com atribuições constitucionais expressas no artigo 124⁶³⁵ da Constituição espanhola, mas

⁶³⁴Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y titisconsorcio en el proceso civil: estudio jurisprudencial práctico*, cit., p. 145.

⁶³⁵“Artículo 124

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

apresentou pouco desenvolvimento na defesa dos direitos sociais consubstanciados no artigo 9.2⁶³⁶, do mesmo diploma constitucional, pelo excesso de tarefas, sendo certo que “se observa en el Derecho comparado un reforzamiento de los poderes del ministerio fiscal, pero con escasas consecuencias en la práctica por el poco uso de esos poderes y la escasa funcionalidad de Ministerio público”⁶³⁷.

Na Itália, o “Pubblico Ministero” é considerado “distinto dagli organi giudiziari, distinto dalle parti”, com a atribuição de ingressar com ação civil nas hipóteses previstas na lei e o dever de intervir, sob pena de nulidade declarável de ofício em outras demandas especificadas pela norma legal⁶³⁸.

Como a possibilidade de ajuizamento da ação encontra-se delimitada na lei, o Ministério Público não apresenta o poder equivalente às partes, nessa seara, dependendo da discricionariedade do legislador estabelecer uma determinada matéria como importante o suficiente para sua participação no polo ativo da lide, motivo pelo qual “non è naturalmente possibile stabilire un critério generale che ispiri il legislatore nella concessione dell’azione”⁶³⁹.

Há certa variação na compreensão acerca da obrigatoriedade do ajuizamento de ações em prol do interesse público a cargo do Ministério Público, com a defesa de Chiovenda no sentido de que deve ser apresentada a ação sem ponderações acerca da oportunidade, mas tal fato não obsta a avaliação do conteúdo e dos motivos a título de fundamento desenvolvido na peça processual⁶⁴⁰, enquanto Carnelutti compreende a

El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial” (ESPAÑA. *La Constitución española de 1978*. Título VI. Del Poder Judicial. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=117&fin=127&tipo=2>>. Acesso em: 15 fev. 2016).

⁶³⁶Artículo 9

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. (ESPAÑA. *Constitución española*, cit.).

⁶³⁷Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 239-241.

⁶³⁸Cf. PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, cit., p. 87.

⁶³⁹Cf. Id. *Ibid.*, p. 90-91.

⁶⁴⁰“El M. P. (con este nombre indica la ley su oficio, con otros nombres los órganos que de él están revestidos), es oficio *activo*, que tiene por misión fundamental *promover* el ejercicio de la función jurisdiccional, en interés público, y determinar acerca del modo de ejercitarla. Y esta misión es *obligatoria* en nuestra ley (principio de *legalidad*; Cód. proc. pen., arts. 1 y 2); no puede hacerse depender su ejercicio de consideraciones de oportunidad (principio de *oportunidad*) (2). Lo cual no impide la libertad de juicio del M. P. sobre el fundamento de la acción”. (CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*, cit., t. 1, p. 536).

discricionariedade no tipo de tutela adotada em tais casos⁶⁴¹.

Alguns países identificam os interesses difusos e coletivos como de caráter público e para isso vem legitimando entidades do poder público, como ocorre no Brasil, sendo o Ministério Público seu principal representante. Nesse diapasão, Mauro Cappelletti relata que, em diversos países, tal prática não foi efetiva, sugerindo que a melhor forma de defesa é o ator privado, pois são interesses privados de conotação coletiva que se encontram em litígio, cabendo ao órgão público a tutela do interesse público como a persecução penal⁶⁴².

Acrescenta ainda o autor supracitado que como as ações englobam, muitas vezes, discussão de matéria técnica, como ecologia, comércio, indústria, química, medicina, engenharia, dentre outras áreas do conhecimento, o Ministério Público apresenta dificuldades em defender esses interesses frente ao violador, o que tem incentivado os países a delegarem a tutela a agências reguladoras, departamentos de serviços especializados de caráter público, apresentando o efeito negativo de aumentar os gastos públicos e não substituir a melhor ambientação das entidades privadas (associações de idosos, deficientes, proteção das crianças, entre tantos outros) ou do próprio indivíduo na defesa dos direitos difusos e coletivos, desde que presente os requisitos identificadores de uma representação adequada⁶⁴³.

Os argumentos tendentes a afastar o Ministério Público da defesa dos interesses difusos e coletivos são inúmeros, dentre os quais: a maior legitimidade dos *grupos y formaciones sociales* para essa tutela numa *sociedad pluralista*; não conseguir nem mesmo atender as competências especificadas na lei para questões sociais, demonstrando ausência de vocação para tanto; aproxima-se demais, psicologicamente e em decorrência de sua formação, dos juízes, com imparcialidade e neutralidade que não se deseja de um defensor dos interesses do grupo social; é uma instituição pouco dinâmica devido aos critérios de hierarquia e centralização que enrijecem a estrutura do órgão; apresenta proximidade de fato ou de direito com o Poder Executivo, que impede uma ação mais enérgica em face do Estado; ausência de especialização no trato de questões decorrente de direitos difusos e coletivos⁶⁴⁴.

⁶⁴¹“La acción es discrecional a pesar de que, según el art. 69, el ministerio público no la pueda ejercer más que ‘en los casos establecidos por la ley’. Las normas así previstas determinan la materia (litis o negocios: supra, ns. 5 y 9) respecto de la cual puede accionar el ministerio público, pero no los hechos de los cuales depende el ejercicio de su acción; por tanto, la valoración de la conveniencia del proceso para la tutela del interés público, a base de la cual el ministerio público decide accionar, no está vinculada” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., v. 1, p. 306).

⁶⁴²Cf. CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época, cit., p. 151.

⁶⁴³Cf. Id. Ibid., p. 151.

⁶⁴⁴Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 242-245.

Ainda, acrescentam-se às críticas o fato do Ministério Público estar mais acostumado com a averiguação de crimes e não com a matéria civil ou ilícitos decorrentes, bem como sofrerem dificuldades, como infra-estrutura e logística, não possuindo assessoria técnica em áreas sensíveis à defesa dos direitos difusos e coletivos⁶⁴⁵.

No Brasil, apesar do entendimento consolidado na jurisprudência de que era possível ao Ministério Público a defesa, no polo ativo de ações civis públicas, dos direitos difusos e coletivos, não havia posição pacificada quanto à defesa de direitos individuais homogêneos, com diversas decisões rechaçando essa possibilidade, entretanto, nos últimos anos, essa viabilidade vem sendo consagrada desde que se tratem de direitos indisponíveis ou de interesse social relevante⁶⁴⁶, sendo certo que houve uma compatibilização entre os artigos 127, *caput*, 129, III e IX, da CF, com a previsão do CDC⁶⁴⁷.

O Poder Judiciário tem restringido o uso dos mecanismos de tutela coletiva de interesses com a limitação da legitimidade ativa do Ministério Público aos interesses sociais (exemplo da saúde e da educação) quando se discutem direitos individuais homogêneos, afastando, por conseguinte, os individuais de índole disponível, sem a presença do mencionado interesse social. Da mesma forma, vem limitando o uso das ações coletivas nas relações de caráter tributário⁶⁴⁸.

No caso do Ministério Público do Trabalho, é reconhecida, na atualidade, a sua competência atrelada às ações ajuizadas na Justiça do Trabalho para a defesa de interesses

⁶⁴⁵Cf. MEROI, Andrea A. *op. cit.*, p. 85-86.

⁶⁴⁶PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIBERAÇÃO DO SALDO DA CONTA DO PIS/PASEP NA HIPÓTESE DE INVALIDEZ PERMANENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO RECONHECIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TUTELA COLETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE DE AGIR. RELEVANTE INTERESSE À COLETIVIDADE. VIABILIDADE.

(...)

4. A jurisprudência do STF e do STJ assinala que, quando se trata de interesses individuais homogêneos, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Coletiva é reconhecida se evidenciado relevante interesse social do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, mesmo em se tratando de interesses individuais homogêneos disponíveis. Nesse sentido: RE 631111, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, DJe-213; REsp 1209633/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 4/5/2015.

5. Assim, necessário observar que, no caso concreto, o interesse tutelado referente à liberação do saldo do PIS/PASEP, mesmo se configurando como individual homogêneo, segundo disposto na Lei 8.078/1990, se mostra de relevante interesse à coletividade com um todo, tornando legítima a propositura de Ação Civil Pública pelo Parquet, visto que subsume aos seus fins institucionais.

6. Recurso Especial não provido.

(REsp 1480250/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 08/09/2015)

⁶⁴⁷Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, *cit.*, p. 183-184.

⁶⁴⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, *cit.*, p. 34-37.

coletivos em sentido amplo⁶⁴⁹, mas é possível identificar essa legitimação com o artigo 129, III, da CF, que não excluiu nenhum ramo do *parquet* e mais especificamente com o artigo 83, III, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/93), ao estipular que compete a ele “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”⁶⁵⁰.

Um fator relevante que diferencia o Ministério Público das demais partes processuais é que ele “no es libre, como las personas físicas o jurídicas, de actuar en el proceso, sino que tiene el deber de hacerlo conforme a las normas que regulan su intervención, y que, en la misma medida que le imponen hacerlo, le están reconociendo aquella capacidad”⁶⁵¹.

Apesar das críticas, o Ministério Público, ao menos no Brasil, é um dos maiores autores de ações civis públicas em defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, com relato comprobatório de pesquisas em que se apurou, por exemplo, no período de 1986 até 1996, a sua preponderância no ajuizamento dentre os órgãos públicos no Rio de Janeiro, contudo, entre 1997 e 2001, constatou-se que 40% das ações eram de associações, com destaque para as entidades de defesa dos consumidores⁶⁵². No mesmo sentido outras pesquisas atestam que 90% das demandas coletivas ajuizadas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro são oriundas do Ministério Público⁶⁵³.

Uma preocupação consiste na circunstância de que, no presente momento, o desempenho do Ministério Público é satisfatório, contudo, isso não significa que sempre o

⁶⁴⁹RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE.

1. **A proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos. Assim, tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ações coletivas visando a defesa de tais direitos.**

2. A Lei Complementar n. 75/93, no seu art. 83, III, conferiu ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa forma, vinculou a legitimidade ad causam de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o *parquet* especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho.

3. Na hipótese de ação civil pública destinada a prevenir acidentes de trabalho promovida no ano de 1997, quando pacífico era o entendimento de que competia à Justiça estadual o conhecimento e processamento do feito, a legitimidade ativa é do Ministério Público estadual.

4. Recurso especial não-conhecido.

(REsp 240.343/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009).

⁶⁵⁰Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. Execução de ações coletivas na justiça do trabalho. *Direito e Paz*, Lorena, v. 15, n. 29, p. 616-617, 2013.

⁶⁵¹Cf. SAMANES ARA, Carmen. *Las partes en el proceso civil*, cit., p. 28.

⁶⁵²Cf. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 407-409.

⁶⁵³Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 182.

será (há fatores diversos que podem prejudicar essa atuação diante de alterações legislativas ou ataques políticos a instituição afetando suas prerrogativas), cabendo o fortalecimento das entidades da sociedade, com proeminência às associações no exercício dessa tarefa, mantendo-se o órgão com uma atuação “excepcional, suplementar e temporária”, ao invés de se impedir essa evolução, deve-se estimulá-la, ensinando os demais legitimados por meio de litisconsórcios⁶⁵⁴.

O Ministério Público, como é um órgão sem personalidade jurídica com reconhecimento legal de capacidade postulatória e processual para a defesa de direitos coletivos em sentido amplo, em tese, não poderá ser acionado como representante da coletividade no polo passivo, sendo que em casos excepcionais é autorizado a permanecer no polo passivo da ação coletiva (ação rescisória, embargos à execução ou de terceiro) quando participou ou está no polo ativo para a formação de um título decorrente de uma decisão judicial⁶⁵⁵.

Jordão Violin esclarece que “exclui-se, desde logo, a possibilidade de se ofertar reconvenção em face do Ministério Público, visto que o réu dessas ações deve possuir legitimidade passiva do mesmo modo como se fosse réu numa ação coletiva passiva originária”⁶⁵⁶.

No mesmo sentido é a posição de Ricardo de Barros Leonel, que considera inimaginável a hipótese do Ministério Público figurar no polo passivo de uma ação por violação de direitos supraindividuais⁶⁵⁷.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a ilegitimidade do Ministério Público para responder ação de indenização por ausência de personalidade jurídica⁶⁵⁸, bem como para responder ação tendente a declarar a nulidade de termo de ajustamento de conduta por ele firmado⁶⁵⁹, que corrobora a corrente doutrinária acima

⁶⁵⁴Cf. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 405-409.

⁶⁵⁵Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 129-130.

⁶⁵⁶Id. *Ibid.*, p. 130.

⁶⁵⁷Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *op. cit.*, p. 203-204.

⁶⁵⁸(...)

1. Os Ministérios Públicos Estaduais não possuem personalidade jurídica própria, sendo sua capacidade processual adstrita à defesa de prerrogativas institucionais, concernentes à sua estrutura orgânica e funcionamento. São, portanto, partes ilegítimas para figurar no pólo passivo de ação indenizatória.

(...)

(REsp 928.550/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 31/08/2009) (grifos nossos).

⁶⁵⁹(...) - **É extraordinária a legitimidade do Ministério Público para propor ações, conferida por lei de forma expressa, o que não se confunde com a legitimidade passiva.** Em que pese o objeto da ação seja a decretação de nulidade do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o ora agravado e o Ministério

narrada quanto às ações coletivas passivas originárias, contudo, na hipótese das ações rescisórias, embargos à execução e embargos de terceiros é plenamente reconhecida a sua legitimidade desde que presente as condições específicas de cada ação que se relaciona com um processo originário⁶⁶⁰.

A situação do Ministério Público do Trabalho é semelhante, sendo improvável reconhecer a legitimidade de o órgão figurar no polo passivo de uma ação civil pública movida por um sindicato de empregadores, no intuito de que possam atingir com os efeitos da sentença todos os trabalhadores, salvo quando se tratar de ação rescisória, embargos à

Público, este não possui personalidade jurídica para responder como réu em ação ordinária. II - **Ainda que tenha o magistrado a quo reconhecido a ilegitimidade passiva do Ministério Público, entendo que não poderia ter corrigido, de ofício, o polo passivo da ação, substituindo o MP pelo Estado do Rio Grande do Sul, em flagrante violação ao princípio dispositivo. Contudo, já estando regularizado o polo passivo e considerando o princípio da economia processual, deve permanecer hígida a decisão proferida.** III - **Sendo o Ministério Público parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, resta prejudicada a análise dos demais pontos suscitados no presente recurso.** AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70051056836, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 24/04/2013) (grifos nossos).

⁶⁶⁰(...) - **A alegação de ilegitimidade passiva do Ministério Público não merece prosperar, porquanto cedejo que o Parquet está investido de capacidade judiciária para atuar em juízo na defesa dos interesses constitucionalmente protegidos, como é o caso dos autos, em que proposta ação civil pública para suspender o pagamento de gratificação incorporada nos proventos de aposentadoria de forma ilegal. Precedentes deste Colegiado. - Aplicação, na casuística, do artigo 320, incisos I e II, do CPC com relação ao Estado do Rio Grande do Sul, porquanto inoperante os efeitos da revelia. - Ausência de configuração de erro de fato nos termos do art. 485, inciso IX, do CPC, pois o acórdão levou em consideração a declaração exarada pelo Governador do Estado para afastar a afirmação de que o autor exerceu suas funções junto à Casa Militar.** - (Ação Rescisória Nº 70026998930, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 11/05/2012) (grifos nossos).
 Ementa: **AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEITADA. ARTIGO 485, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRESSUPOSTOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA PRODUZIDA PARA CORREÇÃO DE EVENTUAL INJUSTIÇA DA DECISÃO. REJULGAMENTO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA, AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.** (Ação Rescisória Nº 70028922763, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 05/11/2010)
 Ementa: **AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DA GENITORA. CABIMENTO DE PEDIDO RESCISÓRIO COM BASE NO ARTIGO 485, INCISO V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** Preliminar de ilegitimidade passiva do Ministério Público. Do ponto de vista formal e mais rigoroso, poder-se-ia apontar o Estado do Rio Grande do Sul como o ente que melhor se enquadraria no pólo passivo desta rescisória. Contudo, a angústia de quem espera pela solução deste feito, em razão dos sentimentos filiais envolvidos, autoriza que a demanda siga tendo Ministério Público como componente do pólo passivo. **Quanto ao mais, a ilegitimidade passiva do Ministério Público, em ações rescisórias de sentença que ele figurou como autor, é tema de tal controvérsia, que o próprio Ministério Público, na condição de fiscal da lei, opinou pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva. Mérito.** (...) (Ação Rescisória Nº 70032725913, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/12/2009) (grifos nossos).
 (...) 2. **Ilegitimidade passiva do Ministério Público. Inocorrência. Não se colore a figura da ilegitimidade passiva do Ministério Público, na ação rescisória da decisão proferida na Ação Civil Pública pelo mesmo intentada, pois sendo parte autora na ação ajuizada (487, I, do CPC) o Ministério Público assume legitimidade passiva na rescisória, sem embargo da natureza da personalidade jurídica que ostenta a instituição.** (...) (Ação Rescisória Nº 70022197248, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 20/06/2008) (grifos nossos).

execução ou embargos de terceiro.

No caso dos dissídios coletivos na Justiça do Trabalho, o Ministério Público sequer pode figurar no polo passivo, o que fez Homero Batista Mateus da Silva afirmar que o órgão “parece vocacionado apenas para o posto de suscitante e não de suscitado”⁶⁶¹.

Assim, não se vislumbra, a princípio, maneiras do Ministério Público representar toda a coletividade em sede de ações coletivas ou civis públicas passivas.

2.12.3. A representatividade de órgãos ou entidades públicas

Em alguns países, como na Espanha, há a figura do *Defensor del Pueblo*, assemelhada ao *ombudsman* presente em países como Finlândia, Suécia, Noruega, Dinamarca, com atuação meramente constitucional, ou seja, há necessidade da discussão envolver matéria prevista em disposições constitucionais, a fim de que ele possa ingressar de ofício com recurso de amparo⁶⁶² ou de inconstitucionalidade das normas que afetem os interesses dos grupos sociais⁶⁶³, conforme se verifica pelo conteúdo do artigo 54⁶⁶⁴ da

⁶⁶¹Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: direito coletivo do trabalho*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. v. 7, p. 210.

⁶⁶²O recurso de amparo espanhol pode ser interposto por pessoa física, pessoa jurídica, Ministério Fiscal e Defensor do Povo em face de ato concreto ou omissão dos Poderes Executivo (prazo de 20 dias da intimação da decisão judicial), do Legislativo (até 3 meses dos efeitos concretos do ato) e do Judiciário (30 dias da intimação da decisão) não se admitindo em face de lei que ocasione prejuízo ou lesão “real, concreta, efetiva e direta”. Almeja proteção aos direitos de primeira geração (civis e políticos) não alcançando os ditos sociais. Apresenta uma função subjetiva de satisfação dos interesses da parte e uma objetiva de manutenção da integridade da Constituição por meio da defesa de direitos fundamentais. Com a exigência de “especial transcendência constitucional” por meio de lei editada em 2007 reforçou-se a função objetiva do recurso. Não atinge atos de particulares salvo “quando uma decisão judicial nega a pretensão da parte recorrente em ver seu direito protegido” o que acaba indiretamente propiciando a defesa da situação entre eles ao atacar diretamente a decisão judicial. Além da ofensa decorrente de “ato, disposição ou atuação de fato dos Poderes Públicos” apresenta como pressuposto o caráter extraordinário (uma violação real e efetiva de um direito fundamental passível de amparo) e excepcional (já se utilizou dos mecanismos ordinários de defesa sem efeito). A decisão produz efeitos restritos às partes e poderá de forma alternativa ou cumulativamente proporcionar “a nulidade da decisão, ato ou resolução que macularam o direito protegido”, afirmar o direito lesado de acordo com o texto constitucional e/ou restabelecer e conservar os direitos lesados. (MUNGUBA, Filipe Ferreira. O recurso de amparo espanhol como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 21 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55690&seo=1>>. Acesso em: 11 maio 2016.

⁶⁶³Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

Artículo veintinueve.

El Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-10325>>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁶⁶⁴Artículo 54

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales” (ESPAÑA. *La Constitución española de 1978*. Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=53&fin=54&tipo=2>>. Acesso em: 15 fev. 2016).

Constituição Espanhola⁶⁶⁵.

Nos países do *civil law* há duas tendências consistentes em: num momento, privilegiar a legitimação dos entes privados (associações ou cidadãos) ou em outro momento, uma legitimação mista, somando aos privados, os órgãos ou instituições de caráter público. Em defesa da concentração nos entes privados está a atenuação do receio de abusos com a instituição do fiscal da lei e a aplicação severa de litigância de má-fé. Na recomendação à maior ampliação da legitimação, existem os princípios da universalidade da jurisdição e do mais amplo acesso ao Poder Judiciário. Exemplo dos primeiros encontra-se na legislação do Japão, França, Suíça, Itália e Alemanha, mas, na maioria dos países, a legitimação é mista, tendo o Brasil e Portugal instituído o órgão público fiscal da lei que poderá assumir a lide em caso de desistência da parte autora ou promover a execução para não deixar a causa indevidamente paralisada⁶⁶⁶.

Os Colégios Profissionais na Espanha podem ajuizar demandas judiciais em benefício dos profissionais que congregam, como, por exemplo, a cobrança de honorários, o que divide a doutrina entre uma corrente que defende o exercício de uma legitimidade extraordinária (substituição) dessas entidades quando autorizada pela norma legal ou uma legitimação específica em decorrência de uma “representação institucional” decorrente dos fins da entidade, aproximando-se de uma “representação voluntária” com peculiaridades⁶⁶⁷. Essa situação, apesar de não ter se pacificado nos órgãos jurisdicionais de nível inferior que chegam a tratá-la de “una actividad similar a la de <<apoderamiento o mandato>> de índole legal estatutária” ou de postulação em nome próprio de direito próprio, foi consolidada pela jurisprudência do Tribunal Supremo como uma forma de legitimação por substituição processual⁶⁶⁸.

No Brasil, os Conselhos Federais que regulam as profissões, ou seja, a atividade de seus membros com poderes de fiscalização e de apenação diante de conduta irregular de seus integrantes também apresentam legitimidade para defesa de interesses coletivos afetos à atividade desempenhada por médicos, advogados, contadores e demais profissionais.

Com a caracterização dessas entidades como autarquias federais, salvo a Ordem dos Advogados do Brasil que, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, apresenta caráter *sui generis* (apesar de apresentar também caráter público), pode-se afirmar que são

⁶⁶⁵Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 248-249.

⁶⁶⁶Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 234.

⁶⁶⁷Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 113.

⁶⁶⁸Cf. Id. Ibid., p. 114-115.

instituições de índole pública na defesa dos direitos coletivos⁶⁶⁹.

Os sindicatos já não são classificados como entidades públicas, apresentando caráter privado diante da necessidade de preservação da liberdade sindical, afastando sua origem do regime corporativista em que se confundiam com o Estado⁶⁷⁰.

No Brasil, observando os artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do CDC, que são apreciados em conjunto pelo microsistema de tutela coletiva, os mais amplos dispositivos a tratar da legitimidade ativa para a ação civil pública, percebe-se que o Ministério Público (artigos 5º, I e 82, I), a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (artigos 5º, III e 82, II), a Defensoria Pública (artigo 5º, II), as entidades (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos coletivos (artigos 5º, IV e 82, inciso III) são os principais legitimados e essencialmente de caráter público ou semi-público.

As associações apenas aparecem no inciso V, do artigo 5º, da LACP, e no inciso IV, do artigo 82 do CDC.

⁶⁶⁹ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093.

⁶⁷⁰E M E N T A: I. Mandado de injunção: ocorrência de legitimação "ad causam" e ausência de interesse processual. 1. Associação profissional detem legitimidade "ad causam" para impetrar mandado de injunção tendente a colmatação de lacuna da disciplina legislativa alegadamente necessária ao exercício da liberdade de converter-se em sindicato (CF, art. 8.). 2. Não há interesse processual necessário a impetração de mandado de injunção, se o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional da requerente não esta inviabilizado pela falta de norma infraconstitucional, dada a recepção de direito ordinário anterior. II. Liberdade e unicidade sindical e competência para o registro de entidades sindicais (CF, art. 8., I e II): recepção em termos, da competência do Ministério do Trabalho, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso. 1. O que e inerente a nova concepção constitucional positiva de liberdade sindical e, não a inexistência de registro público - o qual e reclamado, no sistema brasileiro, para o aperfeiçoamento da constituição de toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado -, mas, a teor do art. 8., I, do texto fundamental, "que a lei não podera exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato": o decisivo, para que se resguardem as liberdades constitucionais de associação civil ou de associação sindical, e, pois, que se trate efetivamente de simples registro - ato vinculado, subordinado apenas a verificação de pressupostos legais -, e não de autorização ou de reconhecimento discricionarios. 2. A diferença entre o novo sistema, de simples registro, em relação ao antigo, de outorga discricionaria do reconhecimento sindical não resulta de caber o registro dos sindicatos ao Ministério do Trabalho ou a outro ofício de registro público. 3. Ao registro das entidades sindicais inere a função de garantia da imposição de unicidade - esta, sim, a mais importante das limitações constitucionais ao princípio da liberdade sindical 4. A função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, "si et in quantum", a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho. 5. O temor compreensível - subjacente a manifestação dos que se opoem a solução -, de que o habito vicioso dos tempos passados tenda a persistir, na tentativa, consciente ou não, de fazer da competência para o ato formal e vinculado do registro, pretexto para a sobrevivencia do controle ministerial asfixiante sobre a organização sindical, que a Constituição quer proscreever - enquanto não optar o legislador por disciplina nova do registro sindical -, há de ser obviado pelo controle jurisdicional da ilegalidade e do abuso de poder, incluída a omissão ou o retardamento indevidos da autoridade competente. (MI 144, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1992, DJ 28-05-1993 PP-10381 EMENT VOL-01705-01 PP-00013 RTJ VOL-00147-03 PP-00868).

Na Espanha, os direitos coletivos são atrelados com aqueles em que os interessados já são identificados ou podem ser facilmente especificados, geralmente com a “representação institucional” de uma entidade com personalidade jurídica na defesa desse interesse de maneira coletiva que não detém propriamente o “derecho subjetivo individual”, apesar do vínculo jurídico que ligam os indivíduos a mencionada instituição, enquanto os difusos congregam pessoas indeterminadas⁶⁷¹.

Diante dos elementos, é possível ressaltar que “es mayoritaria la opinión que ve en el pluralismo, concurrencia y flexibilidadde estos medios y modelos – entre los que no se descarta la legitimación a órganos públicos – la mejor manera de garantizar la tutela de estos intereses”⁶⁷².

Apesar da potencialidade de realizar uma eficiente defesa dos interesses coletivos, a atuação dos demais órgãos públicos é inferior às expectativas, sendo superada pelo Ministério Público, contudo, em áreas ambientais ou relacionadas ao saneamento básico e outras atividades, como vigilância sanitária e saúde, é possível identificar uma atuação expressiva desses órgãos ou entidades especializadas.

É defensável a presença desses órgãos e entidades no polo ativo das ações civis públicas, mas não se recomenda a presença deles em ações coletivas passivas ou civis públicas passivas representando a coletividade, vez que, ao contrário do que muitos imaginam, o Estado, ao prestar seus serviços e exercer atividades, pauta-se na norma jurídica vigente, daí a necessidade de respeito ao princípio da legalidade.

Assim, salvo quando há desrespeito às normas em vigor, é possível acioná-lo ou quando suas atividades ainda que lícitas venham a causar prejuízos não razoáveis ou desproporcionais a alguns membros da coletividade. Ao figurarem em ações que almejam indenizações, abstenção de conduta ou obrigação de fazer, representam a própria máquina estatal com regulamentação específica e não a sociedade e seus diversos grupos étnicos e culturais.

Além disso, se o Estado deve obediência à lei e à Constituição, considerando que o autor postula um pedido em face da coletividade, torna-se necessário primeiro delimitar esse grupo para verificar qual o melhor representante adequado e não acionar o Estado diretamente que, em tese, se um ilícito foi praticado por terceiros (ou seja, por membros da sociedade), o próprio ente estatal poderá ter interesse em ingressar no polo ativo da ação como litisconsorte ou assistente litisconsorcial.

⁶⁷¹Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 139.

⁶⁷²Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 86.

Uma situação assemelhada a essa ponderação apresentada ocorre nas ações populares e de improbidade que são direcionadas a quem praticou um determinado ato irregular, com a intimação do ente estatal para se agregar ao polo ativo.

Nessa concepção de que o ente público defende os interesses coletivos, constata-se no artigo 6º, § 4º, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, ao especificar “as pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”, sendo contraproducente sua presença no polo passivo⁶⁷³.

O artigo 17 da Lei nº 8429/92, ao tratar da ação judicial por improbidade, especifica que a demanda será postulada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público, não havendo lógica para ser direcionada ao Estado se um de seus agentes praticou o ato improprio.

Mais expressivo ainda é o artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, que em seu § 3º, possibilitando a pessoa jurídica de direito público, em atenção ao interesse público, abster-se de contestar o pedido ou incorporar-se ao polo ativo, o que aclara ainda mais a dificuldade de qualificá-la como representante adequado da coletividade se a sociedade em si apresenta vários grupos segmentados e, dependendo dos interesses discutidos, o ente estatal estará no polo ativo da ação.

A questão é polêmica, mas se evidencia não ser uma medida recomendada à legitimação de entidades públicas no polo passivo das ações em defesa dos interesses da coletividade, pois a multiplicidade de interesses antagônicos no convívio social deslegitima que venha a defender apenas um segmento social em face de outro. Nada impede que possa admiti-las como assistentes ou até *amicus curiae*, desde que a questão envolva o interesse público, mas jamais obrigá-las a defesa de um ponto de vista que pode ser restrito a um grupo e contrário a outros que legitimariam a pessoa jurídica de direito público no polo ativo.

2.12.4. A representatividade do grupo não organizado e dos entes despersonalizados

Quando não há grupos organizados para a defesa de interesses de índole coletiva e esses direitos podem ser exercidos individualmente pelos particulares, não se apresentam razões sólidas para impedir essa representação em juízo, especialmente se o agrupamento é

⁶⁷³Outro exemplo da tendência de alocar o poder público no polo ativo das ações coletivas encontrava-se no projeto nº 282/2012 ao acrescentar o §3º no artigo 102 do CDC dando a mesma opção a União de formar litisconsórcio quando forem ajuizadas ações “visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

indeterminado, mas determinável típico dos direitos individuais homogêneos, no intuito de uma tutela ampla desses direitos de impacto coletivo⁶⁷⁴.

A jurisprudência espanhola reconhece a possibilidade de grupos sem personalidade serem demandados ou virem a demandar em juízo, mediante uma união temporária para realizar determinados atos⁶⁷⁵, como seria o caso de uma manifestação ou passeata.

Jordão Violin não acredita na possibilidade da ação coletiva ser direcionada em face de um grupo despersonalizado pela atual conjuntura da legislação em vigor no Brasil, salvo se houver uma alteração das normas pelo legislativo, afirmando que o “representante deverá constar do rol de legitimados e suportar a constante aferição de sua adequação”, ou seja, o artigo 82 do CDC, exemplificando com a impossibilidade de acionar em juízo “movimentos sociais que não tenham existência jurídica”⁶⁷⁶.

Apesar da posição do supracitado autor, a realidade de nossos Tribunais, como já narrado nas linhas atrás, demonstra o contrário, com o ajuizamento de inúmeras ações tendentes a congregar diversas pessoas no polo passivo, como ocorre numa invasão de terras sem que haja um ente personalizado no polo passivo, mas tão somente um grupo coordenado de pessoas representado em juízo por poucos enquanto a grande maioria está integrada ao polo passivo devido à citação por edital.

No inciso III, do artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor, também é reconhecida a legitimidade das “entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos”, ou seja, expressamente concebe a legitimação para ajuizamento de uma ação coletiva a órgãos despersonalizados.

Ao especificar a legitimidade ativa para órgãos sem personalidade jurídica, o artigo permite, pelo princípio da simetria, o ajuizamento de ações de caráter coletivo em face de entidades despersonalizadas, especialmente após algumas alterações promovidas pelo NCPC de 2015, que esclareceu a presença não só das sociedades de fato como também das associações de fato no polo passivo da ação.

Ora, uma simples distribuição de embargos à execução por parte do réu, se o órgão autor for vencedor na demanda, já demonstraria que o ente despersonalizado pode ser réu e

⁶⁷⁴Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 222.

⁶⁷⁵“La sentencia de la A. P. de Pontevedra de 23 de septiembre de 1996 (A.C. 1.796) destaca a este respecto que la unión sin personalidad es un <<excepcional recurso>>. Al que se ha acudido (desde la doctrina y la jurisprudencia) para obviar las dificultades que en la práctica plantea el ejercicio de acciones por o contra grupos de personas, que se agrupan y organizan temporalmente para la realización de unos actos determinados o el logro de unos concretos fines, pero que carecen de personalidad”. (NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 138-139).

⁶⁷⁶Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 130-131.

responder em juízo. Uma coisa é a possibilidade do órgão público ser réu e outra a conveniência disso. Como já salientamos acima, não se vislumbra ser adequada essa representação, mas a figuração de órgãos públicos nas ações rescisórias e embargos à execução consiste em mero exercício do direito de defesa da parte adversa, não sendo suficiente fora do processo originário dos quais elas decorrem para fundamentar a presença dos entes ou órgãos públicos no polo passivo de ações coletivas ou civis públicas passivas como representantes da coletividade, salvo quando o ato discutido é de autoria desses órgãos ou entes. Assim, a presença do polo passivo decorreria de ato próprio do órgão ou ente e não de representação genérica da coletividade.

A legislação consumerista provavelmente pretendia legitimar a atuação de órgãos públicos de defesa do consumidor, como os Procons, para ajuizar ações sem a necessidade de solicitar intervenção do ente público personalizado por meio de sua Procuradoria, no intuito de facilitar e acelerar a solução da controvérsia.

No caso dos órgãos ou entes despersonalizados de caráter privado podemos ponderar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem ganhando força, almejando aproximar a confusão da entidade privada com seus membros, afastando a distinção anteriormente em vigor, como se fosse um dogma do direito, ressaltando que, no caso de abuso da personalidade jurídica da entidade, há autorização expressa no artigo 50⁶⁷⁷ do Código Civil de 2002⁶⁷⁸, situação reproduzida em diversas normas, dentre as quais o artigo 28⁶⁷⁹ do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 34⁶⁸⁰ da Lei nº 12.529/2011, os artigos 133 a 137 do NCPC,⁶⁸¹ e o artigo 135⁶⁸² do CTN, dentre tantos

⁶⁷⁷ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

⁶⁷⁸ Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *op. cit.*, p. 129.

⁶⁷⁹ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

⁶⁸⁰ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

⁶⁸¹ Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do

outros para atingir o patrimônio dos sócios administradores.

Essa relativização da personalidade jurídica viabiliza o caminho inverso de desconsiderar não só a empresa para atingir os bens particulares do sócio como também desconsiderar a personalidade da instituição para responsabilizá-la por ato do sócio que usou da entidade como singelo instrumento de ocultação de bens⁶⁸³.

Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente".

⁶⁸²“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

⁶⁸³PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.

(...)

III - A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

IV - Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.

V - A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, -levantar o véu- da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.

VI - À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.

VII -Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos.

Recurso especial não provido.

(REsp 948.117/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL.

O inciso IX, do artigo 12, do Código de Processo Civil de 1973, e o artigo 82, III⁶⁸⁴, do CDC, permitem o reconhecimento da capacidade processual a entes despersonalizados, com o exemplo clássico da figura do condomínio, funcionando como representante dos seus integrantes o síndico ou o administrador, possibilitando, numa interpretação extensiva, a utilização do inciso VII, do mencionado artigo 12⁶⁸⁵, do CPC, entender a existência de uma associação de fato a partir de uma sociedade de fato⁶⁸⁶.

Essa questão, de certa forma, foi resolvida pelo teor do inciso IX, do artigo 75, do NCPC, em que se consignou expressamente que a representação ativa e passiva em juízo

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.
LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO.
ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02.

1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011.

2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta.

3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.

5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa.

7. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 1236916/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013)

^{684c}Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

(...)

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”;

(...)

^{685c}Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

(...)

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

V - o espólio, pelo inventariante;

(...)

VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

(...)

IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

§ 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

§ 2º - As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.

(...)”

⁶⁸⁶Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 130-131.

competem em relação à sociedade e à associação irregulares, bem como na hipótese de outros entes organizados sem personalidade jurídica, à “pessoa a quem couber a administração de seus bens”, complementando no §2º, que “a sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada”.

Em perfeita harmonia com o acima relatado acerca da desconsideração inversa da personalidade jurídica, Diogo Campos Medina Maia propõe a capacitação processual dos grupos organizados com propensão para gerar danos ou ameaças de maneira homogênea aos interesses e direitos de terceiros, na medida em que buscam se isentar de responsabilidade, assegurando “o anonimato dos membros do grupo”⁶⁸⁷.

Na visão de Diogo Campos Medina Maia, a circunstância de uma ação ser tratada como individual ou coletiva não deve ser encarada a partir da capacidade processual atribuída, pois o substrato da demanda de uma entidade com personalidade jurídica reconhecida ou uma associação de fato no polo passivo da ação pode ser de índole individual ou coletiva, devendo, por conseguinte, ser aferida a sua caracterização pela natureza dos direitos e interesses discutidos em juízo seja qual for o polo que esteja⁶⁸⁸. Todavia, o usual é a definição pelo pedido e causa de pedir formulada pelo autor, por isso somente pela ótica da conformação dos polos pode-se conceber uma ação coletiva passiva.

A associação de fato para figurar no polo passivo de um processo coletivo deve ter como característica uma organização em prol de uma finalidade identificável em caráter homogêneo, apto a propiciar lesão ou ameaça a direitos, diferindo das associações de direito apenas sob o aspecto da formalização da personalidade jurídica, com possibilidade de identificação futura de seus membros, sem necessidade de prévia constatação e especificação deles, porém constatável pela coesão de interesses e consciência de atuação coordenada, na concepção de Diogo Maia⁶⁸⁹.

A crítica construtiva que se faz à teoria da associação de fato e de sua representação pelo administrador de seus bens prevista no artigo 75, IX, do NCP de 2015, é a inclinação para viabilizar o ajuizamento de ações coletivas passivas em face de associações de fato que possuam bens, circunstância que não ocorre na maioria das vezes. A existência de bens sob a administração de um gestor da entidade pressupõe uma organização perene, entretanto isso não ocorre com organizações temporárias que se originaram para realizar

⁶⁸⁷Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 132-133.

⁶⁸⁸Cf. Id. Ibid., p. 133-135.

⁶⁸⁹Cf. Id. Ibid., p. 136-138.

um fim específico ou um conjunto de atos sem necessidade de bens para serem administrados.

A solução, a nosso ver, encontra-se na percepção de que podem existir vários tipos de associações de fato, em que as mais organizadas com finalidades permanentes em que haja bens a serem administrados diferem de uma pessoa jurídica meramente pela ausência de personalidade jurídica formalizada. Em certas situações, a organização do grupo com finalidade específica e atuação coordenada pode ser temporária para um único ato ou alguns atos se dissipando após a realização deles ou de sua tentativa frustrada.

Em ambas as situações há responsabilidade evidente do grupo de pessoas aglutinadas independentemente se há ou não administração de bens.

Assim, a orientação do dispositivo do NCPC deve ser encarada de forma exemplificativa, pois quando há a administração de bens existe a pressuposição de que o gestor seria o líder do grupo com condições para figurar como seu representante em juízo. Na hipótese de não existir esse patrimônio ou o gestor ser desconhecido, outras técnicas devem ser utilizadas, no intuito de que o grupo se represente em juízo por seu líder. Recomendável, nesses casos, a citação de todos por edital com a notificação pessoal de alguns integrantes do grupo aparentemente com poderes de gestão ou que venham a ser encontrados no local do evento ou identificados por câmeras de monitoramento, dentre outros elementos de convicção, para que integrem diretamente a relação processual. Ora, se os citados pessoalmente não forem os representantes do grupo deverão indicar quem o seria e na hipótese de desconhecimento, com a negativa de poderes de representação a citação por edital e demais meios de comunicação, legitimaria a sua presença no polo passivo como representante se o real representante não viesse aos autos espontaneamente para em conjunto com aqueles identificados promoverem a defesa do grupo em juízo.

Como é sabido, a ninguém cabe beneficiar-se de sua torpeza, não sendo admissível que a ocultação do líder do grupo permita que não se possa responsabilizar os seus integrantes por atos cometidos em contrariedade ao direito.

A situação torna-se mais complexa ainda quando o grupo em si não apresenta qualquer tipo de organização nem mesmo de caráter temporário, pois isso implica na ausência de um líder. Nesse caso, por inexistir comando e coordenação das atividades a solução é a responsabilidade solidária dos que participaram do ato, ensejando o ajuizamento da ação em face daqueles que foram identificados⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰A figura do litisconsórcio quase necessário do sistema processual espanhol pode ser utilizado no presente caso bastando o ajuizamento da ação em face de um dos co-responsáveis para vincular os demais.

Não se deve confundir a desorganização do grupo para postular direitos que acaba sendo sanada pela substituição processual no polo ativo, como, por exemplo, na ofensa a direitos individuais homogêneos dos consumidores, em geral viabilizadora de uma ação civil pública com a desorganização do grupo enquanto praticantes de atos lesivos a terceiros, que se assemelha a um conjunto de atos individuais e não essencialmente coletivos.

2.12.5. A representatividade de um indivíduo

Apesar da preferência para a defesa de indivíduos no tocante aos interesses individuais homogêneos diante da maior inter-relação do indivíduo com o direito ou interesse a tutelar, é preciso ressaltar que isso não impede o uso de um único indivíduo para a defesa de direitos difusos ou coletivos, como naturalmente ocorre na ação popular quando os interesses coletivos em sentido amplo se encontram no polo ativo.

Bujosa esclarece que “el rasgo de la existencia de una estructura organizativa no es ninguna característica esencial de los intereses de grupo”, acrescentando a possibilidade de um único indivíduo representar os demais que possuam interesses similares, sendo certo que a representação organizada sob a roupagem de associação pode trazer maiores vantagens em termos de desgaste do que a defesa individual, contudo, a titularidade dos interesses é sempre da coletividade e não do representante, salvo nos direitos individuais homogêneos em que a titularidade é dos indivíduos e não do grupo ou de seu representante⁶⁹¹.

Se entendermos a Lei da Ação Popular como integrante das normas estruturais que fundamentam o microsistema de tutela coletiva seria possível, numa acepção ampla, compreender que o cidadão também poderia ser legitimado individualmente para a defesa de interesse coletivo em sentido amplo, apesar de não ser esse o posicionamento consagrado na jurisprudência⁶⁹².

Essa eleição legal de um representante para a defesa dos interesses da coletividade em abstrato jamais deve prescindir de um controle em concreto da adequabilidade dessa representação, por meio de institutos processuais ou pela direção do processo por parte do juiz, a fim de ser resguardado o devido processo legal e legitimar os efeitos da coisa julgada em face do grupo⁶⁹³.

Na ação popular brasileira é permitido o litisconsórcio ativo e que o Ministério Público ou qualquer cidadão recorra das decisões desfavoráveis ao autor popular, bem

⁶⁹¹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 222-223.

⁶⁹²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 93.

⁶⁹³Cf. Id., loc. cit.

como na improcedência, a ação obrigatoriamente será encaminhada ao Tribunal para apreciação, somente produzindo efeitos após o duplo grau de jurisdição, dentre outros mecanismos como, por exemplo, a continuidade do processo pelo Ministério Público ou outro cidadão na hipótese de desistência desarrazoada, no intuito de salvaguardar os interesses discutidos nos autos.

Na Inglaterra, há a figura do Procurador Geral (Attorney General), legitimado para o ajuizamento de ações em defesa dos interesses difusos e coletivos, mas o cidadão poderá comparecer e denunciar a situação ao legitimado, que pode recusar a ação e a pedido dos interessados, autorizar que o indivíduo defenda o interesse da coletividade em nome de todos (relator actions)⁶⁹⁴, o que pode ser exercido por uma organização geralmente na defesa do meio ambiente e outros interesses difusos, englobando obrigações de fazer, não fazer ou condenação de indenização direcionada a fundos específicos ou à sociedade e não ao indivíduo⁶⁹⁵.

A defesa da coletividade em juízo por um único indivíduo é comum em diversos países, entretanto, sua posição processual é associada ao polo ativo da ação, como ocorre em Portugal em caráter mais amplo e no Brasil numa acepção mais restrita.

Ainda que, em tese, diante de uma ação coletiva passiva ou uma civil pública passiva seja possível defender doutrinariamente a presença de uma única pessoa como parte ré representando um grupo ou coletividade, como o líder de um determinado grupo religioso ou algo do gênero, preferivelmente seria necessária a indicação de mais de um membro desse grupo em prol da ampla defesa desses interesses, especialmente se eles não forem homogêneos.

Associado a isso, é notória a pressão política, econômica e social que incidirá no indivíduo que, atuando isoladamente, ficará numa posição mais fragilizada em relação à parte autora da ação, o que não recomenda sua presença solitária no polo passivo salvo em casos muito específicos, como nos acima narrados.

2.13. A ilegitimidade passiva e o cuidado na eleição do grupo como réu

Há quem reconheça que na hipótese de ilegitimidade passiva somente a parte ilegítima poderá arguir essa condição em juízo⁶⁹⁶, contudo, essa visão não pode ser imposta nos processos coletivos diante dos interesses gerais que são objeto da discussão, admitindo-se o reconhecimento de ofício ou mesmo mediante comunicação de terceiros

⁶⁹⁴Cf. MEROI, Andrea A. op. cit., p. 87-88.

⁶⁹⁵Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 57.

⁶⁹⁶Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 94.

que não as partes desde que acolhido pelo órgão jurisdicional.

Além disso, os artigos 338 e 339⁶⁹⁷ do Novo Código de Processo Civil devem ser analisados com temperamento quando a coletividade figurar no polo passivo de uma ação, uma vez que nem sempre é possível ao grupo indicado saber quem é o real réu ou, ainda, se corre o risco de indicar qualquer outro grupo sem saber ao certo do que se trata para tentar se livrar de qualquer responsabilidade.

Desse modo, a alteração legislativa em relação à sistemática anterior, que ensejava a singela extinção do processo sem julgamento do mérito é salutar e conforme os princípios da celeridade, razoável duração do processo e da economia processual⁶⁹⁸.

Diante da nova sistemática para a arguição de ilegitimidade passiva, constata-se que se o autor pode cometer um engano, o réu, ao indicar outro grupo, também pode ser acometido de problemas semelhantes. Cabe ao réu arrolado pelo autor indicar, se ele tiver efetivo conhecimento do real responsável pelos atos afirmados na inicial, comunicando ao juízo quem seria o verdadeiro legitimado para figurar no polo passivo da ação, sob pena de absorver prejuízos decorrentes da ausência de colaboração na correta formação da relação processual e, nesse contexto, se não souber de nada não será responsabilizado⁶⁹⁹.

Um problema grave que os dispositivos não solucionam é como se dará a comprovação acerca da ciência ou não do real legitimado por parte do réu originário, sendo um ato de dificuldade considerável e que pode estimular a parte a não alegar as informações que tem acerca da situação vertente dos autos se a indicação na contestação também vier a ocasionar responsabilidade na alteração do polo passivo.

O entendimento mais adequado sobre essa questão deve explorar a boa-fé e a má-fé do réu e, na presença de elementos dos autos, apenar não só a ausência de comunicação como a informação desviada da realidade, obviamente diante das circunstâncias da

⁶⁹⁷Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8o.

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu”.

⁶⁹⁸Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo CPC traz mudanças na arguição de ilegitimidade passiva. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-19/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arguicao-ilegitimidade-passiva>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

⁶⁹⁹Cf. Id. Ibid.

demanda, que deve ser atenuada no equívoco cometido pelo réu, diante de uma atuação processual irresponsável do autor.

Todavia, em qualquer circunstância, a manutenção do réu originário por parte do autor ocorre por “sua conta e risco” seja de maneira exclusiva, seja inserindo o indicado como litisconsorte. De outro lado, se aceitar a exclusão, deverá compensar o “não réu” pelas despesas processuais e responsabilizar-se pelos honorários advocatícios nos termos da lei, emendando a inicial com o novo réu ou com o outro legitimado que entenda ser correto⁷⁰⁰.

Frise-se que no artigo 2º, da Instrução Normativa nº 39, do TST⁷⁰¹, não consta a inaplicabilidade das disposições supracitadas ao processo do trabalho, especialmente se forem objeto de defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ação civil pública ativa ou passiva.

Quando no polo passivo encontra-se uma coletividade, a disposição do artigo 339 do NCPC de 2015 não é suficiente para solucionar a questão, devendo ser alterada para aprimorar nosso sistema jurídico.

A fim de solucionar o processo e evitar a sua extinção sem resolução do mérito, a disposição deveria conter que se o réu apontado, por exemplo, como representante de um grupo despersonalizado em juízo alegar ilegitimidade deverá apontar quem seriam os líderes e os responsáveis pela coordenação e gestão das atividades ou omissões. Se o réu alegar desconhecer esses elementos, após a notificação ampla por meio de edital de citação a todos os interessados informando da existência da ação e de seus elementos, com prazo para comparecerem em juízo e assumirem a defesa dos interesses do grupo sob pena de serem abarcados pela decisão, caso ninguém compareça em juízo, o mencionado réu, se outros indícios confirmarem ser um dos integrantes do grupo, será reputado como representante adequado do grupo, vinculando todos os seus membros nos efeitos da coisa julgada por se integrarem na relação jurídica processual. Também nesses casos em que há recusa na promoção da defesa da coletividade no polo passivo recomendável a nomeação de um curador especial.

Não podemos desconsiderar também a possibilidade do indicado como réu diante das circunstâncias do caso concreto como, por exemplo, uma indenização por danos materiais venha exercitar o chamamento ao processo dos responsáveis solidários, a fim de que possa se ressarcir, como preconizam os artigos 130, III e 132 do NCPC⁷⁰².

⁷⁰⁰Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo CPC traz mudanças na arguição de ilegitimidade passiva, cit.

⁷⁰¹Essa instrução normativa está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal na ADI 5516 ajuizada pela ANAMATRA.

⁷⁰²Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:

2.14. A legitimação de grupos despersonalizados no sistema processual espanhol e outros legitimados: uma experiência a ser considerada

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), de 2000, em atenção à necessidade de legitimar grupos despersonalizados, dispôs sobre a capacidade de ser parte (artigo 6.7) e sua legitimação (artigo 11.2)⁷⁰³.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola prevê em seu artigo 6º⁷⁰⁴ diversas possibilidades da capacidade de ser parte processual a entes sem personalidade jurídica, como, por exemplo: “las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte” e “los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados”.

Na primeira hipótese somente as entidades que a lei expressamente autorize capacidade de ser parte será possível ingressar em juízo, tendo como exemplo, na Espanha, as *Comunidades de Propietarios en Régimen de Propiedad Horizontal*, por meio de seu presidente⁷⁰⁵.

Nesse seguimento, a jurisprudência tem admitido posições contraditórias algumas vezes, reconhecendo a capacidade por razão de justiça e segurança e outras, negando-a, por inexistir personalidade jurídica e autorização legal excepcionadora para a capacidade

(...)

III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

Art. 132. A sentença de procedência valerá como título executivo em favor do réu que satisfizer a dívida, a fim de que possa exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou, de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhes tocar”.

⁷⁰³Cf. MEROL, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 92.

⁷⁰⁴Artículo 6. Capacidad para ser parte.

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

1.º Las personas físicas.

2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

3.º Las personas jurídicas.

4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

8.º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.” (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

⁷⁰⁵Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). *Tratado práctico del proceso civil: disposiciones generales y proceso ordinario*, cit., t. 1, p. 121.

processual. Quando se trata de comissões de festas ou grupos sem personalidade jurídica, a posição que vigorava era de que não detinham personalidade e, por conseguinte, capacidade processual, mas, como opção, admite-se o uso da ação de grupo ou uma aplicação analógica da comunidade de bens⁷⁰⁶.

Permite-se que o grupo de lesados, desde que preencham os requisitos mencionados na Ley de Enjuiciamiento Civil, possa comprovar que se constituem na maioria dos afetados⁷⁰⁷ por meio de prova acompanhando a inicial, como, por exemplo, a relação de passageiros de um vôo cancelado ou dos integrantes do grupo de estudantes que contratou uma viagem comemorativa de sua formatura, ou seja, danos relacionados com o direito do consumidor, eminentemente propiciando a defesa individual de seus interesses por cada um individualmente ou em conjunto⁷⁰⁸.

Nessa hipótese dos grupos de consumidores, a doutrina não é pacífica acerca da possibilidade de demandarem e serem demandados, devido à parte final do item 1.7, do artigo 6º, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, dar a impressão que estariam apenas autorizados a demandar, ou seja, atuar no polo ativo, contudo, poderia ser admitida a hipótese de que não houve distinção expressa, restringindo a figuração num dos polos da ação, como no item 2, do artigo 6º, do mesmo diploma legal⁷⁰⁹.

Uma curiosidade da norma espanhola é a previsão de que “sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”, ou seja, independentemente da personalidade jurídica impedir que sejam autoras em processos judiciais, a lei autoriza expressamente a sua presença no polo passivo das demandas enquanto grupo despersonalizado em conjunto com os seus gestores⁷¹⁰.

⁷⁰⁶Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 122-123.

⁷⁰⁷Situação assemelhada ocorre na Lei 9.870/99 ao dispor acerca do “valor total das anuidades escolares e dá outras providências” ao especificar no artigo 7º percentual de apoio dos afetados ou seus representantes à associação para ensinar a sua legitimação para o ajuizamento da ação:

“Art. 7º São legitimados à propositura das ações previstas na Lei nº 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior”. BRASIL. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm>. Acesso em: 04 jul. 2016.

⁷⁰⁸Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 123-124.

⁷⁰⁹Cf. SAMANES ARA, Carmen. *Las partes en el proceso civil*, cit., p. 20.

⁷¹⁰Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 125.

Como resalta Carmen Samanes Ara: “es una exigencia de justicia no dejar desprotegidos los intereses de quien contrató con una de estas entidades, lo que se resuelve otorgándoles capacidad pasiva”⁷¹¹

Outra possibilidade inserida pelo legislador espanhol (*Ley 39/2002*), em atenção às exigências da Diretiva 98/27/CE, na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, foi a capacidade dada para “las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”, o que causa certa estranheza em comparação com nosso sistema jurídico brasileiro, na medida em que são entidades presentes numa lista publicada no diário oficial da União Europeia⁷¹².

A preocupação do ordenamento jurídico espanhol com os direitos coletivos em sentido amplo é apreciável do conteúdo do artigo 7º, da Lei Orgânica do Poder Judiciário, dando aplicabilidade às normas de caráter constitucional (artigos 9º, 2 e 24, 1, da Constituição espanhola)⁷¹³, influenciando o arcabouço legal daquele país⁷¹⁴, em especial com o reconhecimento da legitimidade de grupos sem personalidade jurídica, ao estabelecer que:

“Artículo 7.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto

⁷¹¹SAMANES ARA, Carmen. op. cit., p. 21.

⁷¹²Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 124-125.

⁷¹³“Artículo 9

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

“Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

(ESPAÑA. *Constitución Española*. Texto consolidado. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 27 mar. 2016).

⁷¹⁴Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y titisconsorcio en el proceso civil*: estudio jurisprudencial práctico, cit., p. 140-141.

individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción⁷¹⁵ (grifos nossos).

O Tribunal Constitucional espanhol, numa decisão de 29 de novembro de 1982 (70/1982), expressou o entendimento da “representação implícita” quando “el ordenamiento jurídico concede a un ente la defensa de los derechos e intereses legítimos a <<Grupos>> de personas”⁷¹⁶. Nesse mesmo diapasão, o Tribunal Supremo, em outra decisão, de 18 de maio de 1993 (R.J. 3558), elasteceu a concepção de legitimidade ativa, admitindo a legitimação de uma associação de proprietários e vizinhos para representar seus associados em juízo, mesmo sem possuir personalidade jurídica quando os direitos discutidos são difusos ou coletivos⁷¹⁷.

Em conjunto com a capacidade de ser parte encontra-se a capacidade de estar ou comparecer em juízo, conhecida como capacidade processual, que consiste na “aptitud específica para realizar actos procesalmente válidos” em conformidade com a capacidade de exercício de direito no âmbito do direito substancial⁷¹⁸, expressa no artigo 7º⁷¹⁹ da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Assim, as entidades sem personalidade a quem a lei atribui capacidade de ser parte devem comparecer em juízo por meio de seu representante indicado na norma, ou seja, quem detenha poderes de gestão ou comando⁷²⁰.

Em geral, as pessoas jurídicas são representadas pelos indivíduos indicados na lei

⁷¹⁵ ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁷¹⁶Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 142.

⁷¹⁷Cf. Id. Ibid., p. 142-143.

⁷¹⁸Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 126.

⁷¹⁹“Artículo 7. Comparecencia en juicio y representación.

1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.
3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legitimamente los representarían si ya hubieren nacido.
4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen.
5. Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren.
6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades.
7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.
8. Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplir las se regirán por lo establecido en la Ley Concursal.” (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

⁷²⁰Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 131.

ou em seus estatutos constitutivos e os entes sem personalidade jurídica por quem a lei estabelece ou por aqueles que exerçam de fato ou por suas pactuações a representação da entidade perante terceiros nas relações que executem no dia a dia⁷²¹.

As pessoas jurídicas regularmente constituídas acabam adquirindo com o registro no órgão competente, ao mesmo tempo, capacidade de ser parte e de estar em juízo, entretanto, para expressar sua vontade necessitam de “soporte físico para realizar actos jurídicos materiales válidos”, sendo, para isso, agraciadas legalmente com órgão de representação da entidade, seja no âmbito do direito material, seja na órbita processual⁷²².

As pessoas jurídicas apresentam uma representação necessária que difere da representação legal para as pessoas físicas incapazes apesar de essas representatividades serem determinadas em ambos os casos pela lei, pois “no existen dos clases de voluntades (la del representado y la del representante), sino solo una, que es la del órgano que conforma la voluntad única de la persona jurídica o ente ideal”, concluindo a doutrina que “no estamos ante un fenómeno de representación en sentido estricto, sino ante la actuación de estos entes por sus órganos legales estatutários”⁷²³.

A situação dos entes despersonalizados é mais complexa, na medida em que se torna impossível, *a priori*, especificar quem irá representar a entidade em juízo, ainda que se reconheça a capacidade de ser parte e estar em juízo em caráter excepcional, uma vez que são inúmeras as hipóteses que podem se amoldar a essa situação⁷²⁴.

No caso dos grupos de consumidores que podem demandar ou serem demandados, diante da autorização dada pelo sistema jurídico espanhol, recomenda-se que seja demonstrada, ao se apresentar a inicial ou ao ser respondida a ação, uma procuração com poderes específicos para representar o grupo em juízo, enquanto nas entidades em que não há personalidade jurídica, nem reconhecimento expresso da lei de sua capacidade processual para atuar em ambos os polos com designação explícita do representante, por conseguinte, só poderão ser demandados e geralmente serão representados em juízo por quem de fato exerce a gestão do ente ou que seus atos (pactos) indicarem, como o administrador responsável por essa competência⁷²⁵.

Os grupos de consumidores podem constituir um representante por meio de “un acuerdo de apoderamiento específico”, “ya que lo que les une es evento en el que se vieron afectados”⁷²⁶.

⁷²¹Cf. SAMANES ARA, Carmen. op. cit., p. 37-38.

⁷²²Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 83.

⁷²³Cf. Id. Ibid., p. 83-84.

⁷²⁴Cf. Id. Ibid., p. 84.

⁷²⁵Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 131-132.

⁷²⁶Cf. Id. Ibid., p. 132.

Há ainda a possibilidade de instituição por esse grupo de consumidores de uma associação *ad hoc*, tendente à defesa dos interesses coletivos diante de um fato danoso, o que ensejará a representação pelo elemento que o estatuto de sua constituição definir⁷²⁷.

Quando tratamos de legitimidade para ingressar em juízo ou responder a uma ação judicial é importante esclarecer que:

“los defectos de legitimación al depender de la vinculación de las partes con el objeto litigioso no son subsanables (a diferencia de los defectos de capacidad) ya que difícilmente podrá el demandante subsanar una carencia de vinculación con la relación jurídica debatida en las actuaciones motivando sentencias de absolución en la instancia en caso de apreciarse la falta de concurrencia de legitimación (bien activa o pasiva)”⁷²⁸.

Na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo é possível conceber que a ausência da vinculação do representante ao objeto do litígio torna-o inadequado, salvo presunção legal estabelecida em razão de um específico legitimado, o que implica em relação à demanda coletiva uma ausência de legitimidade que, por sua vez, pode ser objeto de correção em prol da tutela desses direitos, sem ensejar uma extinção do processo, dando a possibilidade do saneamento da irregularidade.

Quando a coletividade encontra-se no polo passivo, a circunstância diferencia-se, pois a representação adequada é mais importante para a formação da coisa julgada, atingindo as partes que não participaram diretamente do processo, sendo que, nessa situação, salvo a indicação de um representante adequado pela norma jurídica, a identificação da ausência de representação adequada invariavelmente levará à extinção do processo por ilegitimidade de parte, diante da irrenunciabilidade do direito de praticar os atos processuais que foram realizados pelo representante ilegítimo ou uma afetação parcial segundo ao âmbito da representatividade do réu.

Como aventado por Salvatore Satta e Carmine Punzi: “in sostanza il processo condotto dall’incapace non è nullo, mas semplicemente improcedibile”, o que pode ser reconhecido de ofício pelo juiz a qualquer momento, ou seja, é impossível continuar com o processo sem que a situação seja corrigida e todo o contraditório refeito⁷²⁹.

Poder-se-ia defender a viabilidade de comparecimento em juízo do representante adequado para receber o processo na situação em que se encontra, ratificando os atos processuais realizados em virtude do princípio da economia processual, contudo, além dessa hipótese ser improvável na prática, se for adotada poderá ensejar uma insegurança jurídica na alteração da decisão judicial por meio de outros interessados ou, ainda, indicar

⁷²⁷Cf. SAMANES ARA, Carmen. op. cit., p. 39.

⁷²⁸SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 135.

⁷²⁹Cf. PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, cit., p. 103.

que o novo representante não é adequado, na medida em que abriu mão da realização dos atos processuais anteriores a sua intervenção.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, em seu artigo 10, especifica que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”, acrescentando que “se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”⁷³⁰.

No tocante à legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola destaca, em seu artigo 11, diversos legitimados, que merecem uma análise mais pormenorizada:

- “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.
1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.
 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.
 4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.
- Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.
5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”⁷³¹.

Devido à redação do artigo, constata-se que o ordenamento jurídico desfoca o vínculo imediato dos legitimados com o objeto do processo para as demandas individuais, deslocando a preocupação com o bem jurídico defendido em juízo por meio de um rol de legitimados que podem representar adequadamente esses interesses coletivos em sentido amplo.

Sem abrir mão da possibilidade dos indivíduos ingressarem com ação judicial para a defesa de seus interesses, permite o legislador espanhol que as associações de consumidores e usuários venham a defender três tipos de interesses: o próprio da entidade, dos associados e dos consumidores e usuários em caráter geral⁷³² (grupo determinável, de

⁷³⁰ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.

⁷³¹Id. *Ibid.*

⁷³²Carmen Samanes Ara diferencia essas legitimações na defesa de interesses como própria (seus direitos), por substituição (seus membros) e coletiva (geral dos consumidores e usuários) (Cf. SAMANES ARA, Carmen. *op. cit.*, p. 86-87).

difícil determinação ou indeterminável de indivíduos)⁷³³, mas essa legitimação deve ser aferida em conformidade com o artigo 24 do “Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”⁷³⁴.

O ordenamento jurídico espanhol também permite que se constituam entidades associativas depois de um fato danoso para viabilizar o ingresso em juízo na defesa das pessoas que são perfeitamente determináveis ou determinadas, essas pessoas jurídicas, apesar da personalidade reconhecida pela lei, não são consideradas associações de consumidores e defendem direitos mais restritos a um grupo delimitável, sem a necessidade de que todos os afetados participem da entidade, nem mesmo de uma maioria, como se exige dos grupos despersonalizados⁷³⁵.

De outro lado, as entidades reconhecidas expressamente pela União Europeia para a ação de cessação em defesa de direitos difusos dos consumidores e usuários, bem como o Ministério Fiscal (Ministerio Público)⁷³⁶ são também legitimados.

Ainda existe uma previsão de legitimação especial para a defesa da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no artigo 11 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que, dentre os legitimados, destaca a posição dos sindicatos para, mediante autorização dos atingidos, promover ações em prol das pessoas delimitadas (filiados) ou ao sindicato mais representativo quando se trata de ofensa a pessoas indeterminadas ou de difícil determinação, dentre outros legitimados, conforme se depreende da leitura do dispositivo:

“Artículo 11 bis. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

⁷³³Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 137-138.

⁷³⁴“Artículo 24. Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

2. A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”. ESPAÑA. *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>>. Acesso em: 11 mar. 2016).

⁷³⁵Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 138-139.

⁷³⁶Cf. Id. Ibid., p. 139.

2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo^{737 738}.

Há previsão no direito espanhol para o ajuizamento de ação de cessação, retratação e declarativa no artigo 12⁷³⁹ da *Ley 7*, de 1998, que será apresentada pelos legitimados previstos no artigo 16⁷⁴⁰ do mesmo diploma, demonstrando a preocupação dos legisladores com as demandas que impactam os interesses coletivos⁷⁴¹.

A *Ley 51/2003*, que dispõe “de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, foi substituída pelo Real Decreto Legislativo 1/2013, proporcionando, em seu artigo 75⁷⁴², a tutela judicial desses

⁷³⁷ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.

⁷³⁸Há disposição assemelhada no artigo 19.1 da *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

⁷³⁹Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa.

1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

3. Por medio de la acción de retractación se insta la imposición al demandado, sea o no el predisponente, de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.

4. La acción declarativa tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 11.2, inciso final, de la presente Ley” (ESPAÑA. *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*. Disponible em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-8789>. Acesso em: 12 mar. 2016).

⁷⁴⁰Artículo 16. Legitimación activa.

Las acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tenga encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.

4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.

6. El Ministerio Fiscal” (Id. *Ibid.*).

⁷⁴¹Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 140.

⁷⁴²Artículo 75. Tutela judicial y protección contra las represalias.

1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.

interesses, admitindo a legitimação das entidades associativa, mediante autorização expressa dos afetados para a defesa desses direitos, em seu artigo 76:

“Artículo 76. Legitimación.

Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”⁷⁴³.

No ordenamento jurídico espanhol há a possibilidade de intimação para intervir no processo de ofício pelo juiz, tendo em vista a situação “afectar a personas que pueden ostentar una posición semejante al demandante y supone un elemento adicional de protección para los consumidores y usuarios que pueden voluntariamente intervenir”, já permitido no artigo 13.1⁷⁴⁴ da Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁴⁵.

No caso dos direitos coletivos e difusos, a questão vem discriminada no artigo 15 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*:

“Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión

2. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado «a priori». La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

3. Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades. (ESPAÑA. *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12632>. Acesso em: 12 mar. 2016).

⁷⁴³Id. Ibid.

⁷⁴⁴“Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Secretario judicial dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”. ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

⁷⁴⁵Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 153-154.

de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”⁷⁴⁶.

Esse dispositivo almeja ampliar as formas de proteção aos interesses dos afetados pelos danos coletivos em sentido amplo, na medida em que permite, no item 1, aos detentores de direitos coletivos (o que inclui os individuais homogêneos) defendidos por grupos de afetados ou entidades de proteção, comparecerem em juízo e ingressarem no polo ativo⁷⁴⁷ (produzindo provas, acompanhando os atos e demonstrando seus danos pessoais)⁷⁴⁸ da ação por meio de divulgação nos meios de comunicação de abrangência territorial circunscrita ao conflito, determinação efetivada de ofício pelo juízo e custeado pela parte autora⁷⁴⁹ no primeiro momento⁷⁵⁰.

Da mesma forma, no item 2, se o fato danoso permite a fácil identificação ou, desde já, o conhecimento de todos os atingidos, a legislação espanhola determina, a semelhança do sistema americano, a notificação individual dos atingidos, com a comprovação no momento da propositura da ação, nesse caso, é possível, a depender das circunstâncias da

⁷⁴⁶ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.

⁷⁴⁷Um problema identificado pela doutrina é a impossibilidade da parte ser comunicada a tempo de alterar o pedido e demais aspectos da petição inicial o que praticamente fragiliza a posição de parte, pois não há previsão expressa de suspensão do processo. (Cf. SAMANES ARA, Carmen. op. cit., p. 154).

⁷⁴⁸Carmen Samanes Ara pondera que se a entidade já representa os consumidores o seu ingresso na ação geraria uma “una duplicación en la petición de tutela jurisdiccional”, pois não há uma regramento específico dessa intervenção com delimitação se é dependente ou independente do autor originário, sendo muito difícil prever as consequências dos atos. Para a autora ao invés dessa intervenção teria sido, mais prudente a previsão de uma opção de exclusão para viabilizar o exercício individual de uma ação própria. (Cf. Id. Ibid., p. 152).

⁷⁴⁹Como a norma legal não especifica quem será o responsável pela notificação é intuitivo que caberá ao demandante e não ao juízo que por diversas questões se recusará a realizar o ato, situação agravada pela circunstância da assistência judiciária gratuita não englobar esse tipo de despesa. (Cf. Id. Ibid., p. 153).

⁷⁵⁰Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 154-155.

demanda, dispensar a comunicação exigida pelo item 1 se todos efetivamente tomaram conhecimento da lide,⁷⁵¹ apesar de posições contrárias na doutrina⁷⁵².

Na hipótese do grupo ser indeterminado ou de difícil determinação, o item 3 permite a suspensão do processo por até 2 meses para que os interessados venham a juízo para a denominada *personación*, mas, apesar da ausência de disposição legal, se nem todos os possíveis intervenientes foram comunicados pelo autor previamente ou o magistrado determinar a comunicação do ajuizamento da ação pela publicação de editais, por lógica é razoável a concessão de um prazo inferior ao atribuído para os interessados indeterminados, com a suspensão do processo⁷⁵³ também para os tratados no item anterior de caráter determinado⁷⁵⁴.

Essa preocupação do legislador espanhol com a participação dos interessados visa legitimar a aplicabilidade dos efeitos da coisa julgada, com a doutrina ressaltando “la intervención de estos consumidores y usuarios posee un marcado carácter voluntario y se hace con la finalidad de que frente a ellos puedan operar los efectos de la cosa juzgada”, abarcando todos, em face do disposto no artigo 222,⁷⁵⁵ item 3, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, mas, independentemente disso, podem os interessados (quando os beneficiários forem indeterminados), na fase de execução de futura decisão de

⁷⁵¹Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 154-155.

⁷⁵²Carmen Samanes Ara mesmo considerando excessiva essa dupla comunicação a reputa exigível pela lei na medida em que ocorre depois da admissão da demanda onerando ainda mais a parte autora (Cf. SAMANES ARA, Carmen. op. cit., p. 153-154).

⁷⁵³Essa possibilidade não decorre da letra da lei segundo parte da doutrina (Cf. Id. Ibid., p. 154-155).

⁷⁵⁴Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 155.

⁷⁵⁵“Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

procedência, por meio da prerrogativa dada pelo artigo 519⁷⁵⁶ da LEC, habilitarem-se⁷⁵⁷.

O artigo 221⁷⁵⁸ da LEC vigente permite a condenação em obrigação de fazer, não fazer, dar coisa certa e indenização em dinheiro, sendo que, anteriormente, perpetuava-se o entendimento de que as associações somente poderiam ingressar com ações tendentes a exigir uma obrigação de não fazer ou demonstrando que consumidores em concreto foram atingidos e, portanto, mereciam uma indenização até o pronunciamento do Tribunal Supremo, na “sentencia de la Sala 2ª del TS 895/1997, de 26 de septiembre”, que, ao analisar o famoso “caso de la colza”, devido à amplitude dos prejudicados, com conotação de “catástrofe nacional”, englobando mais de 30.000 vítimas (lesionados e mortos) passou a admitir os prejuízos para “un grupo genérico de consumidores” por meio de uma ação penal direcionada a autoridades, a funcionários e até ao Estado, para fins de responsabilidade civil subsidiária, cuja condenação e a viabilização do pagamento de indenização no âmbito civil influenciaram a redação do mencionado dispositivo⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶“Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados”. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

⁷⁵⁷Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). op. cit., t. 1, p. 156.

⁷⁵⁸Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3.ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

⁷⁵⁹Cf. SAMANES ARA, Carmen. op. cit., p. 90-91.

Apesar das normas estarem dirigidas para consumidores, diante das exigências sociais e da multiplicidade dos conflitos coletivos, é natural que a doutrina e a jurisprudência venham a aplicar essa sistemática na tutela dos demais interesses e direitos coletivos em sentido amplo, influenciado pela pressão social e pelos trabalhos doutrinários numa evolução na legislação processual.

A percepção da representação dos grupos despersonalizados em juízo pelo sistema espanhol é salutar e apesar de não tratar propriamente da representação desses grupos no polo passivo é possível inferir daquele ordenamento jurídico algumas possibilidades como, por exemplo, a representação do grupo determinando, com a autorização de mais da metade de seus componentes, elegendo um “representante adequado” com capacidade para estar em juízo entre eles (verdadeiro misto de representação processual com substituição processual). Da mesma forma, essa representação adequada seria possível com a constituição de uma associação especificamente com seu objeto estatutário para promover a defesa de determinado interesse coletivo em juízo, diante de uma situação em concreto e não em abstrato.

Após traçar as diversas considerações acerca da legitimidade e representação adequada nas ações coletivas, englobando a coletividade no polo ativo e passivo da demanda, constata-se que o foco principal para essas demandas é exatamente delimitar o grupo em juízo e sua forma de representação.

Diante do objeto dessa pesquisa, que se relaciona com as ações coletivas passivas e ações civis públicas passivas, acreditamos que tanto numa quanto noutra a definição dos limites da coletividade ou do grupo representado em juízo observará os mesmos mecanismos, variando apenas se será ou não utilizado o microssistema de tutela coletiva, com a coletividade presente também no polo ativo por meio dos representantes expressamente previstos no CDC e na LACP, ou será utilizado o procedimento ordinário comum ou especial por qualquer outro legitimado de índole individual ou coletiva em face de um grupo ou coletividade.

Na sequência, passaremos a analisar a coisa julgada nos processos coletivos em nosso ordenamento jurídico.

3. A COISA JULGADA E OUTROS ELEMENTOS POLÊMICOS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

As ações coletivas em geral apresentam como ponto sensível não só a delimitação dos polos ativo e passivo da ação associada a uma representação adequada, mas englobam também a conformação dos efeitos da coisa julgada, que justamente dependem da representação adequada.

Além disso, outros elementos são de aplicação polêmica nas ações coletivas em geral, que merecem uma apreciação pormenorizada, a fim de propiciar elementos para o debate e o desenvolvimento das ações coletivas passivas e ações civis públicas passivas em eventual aprimoramento da legislação.

3.1. A coisa julgada e suas implicações objetivas e subjetivas

Chiovenda estabelece como elementos da ação:

“1º. *Los sujetos* o sea el sujeto *activo* al que corresponde el poder de obrar, y el *pasivo* frente al cual corresponde el poder de obrar (*personae*).

2º. *La causa* eficiente de la acción, o sea un interés que es el fundamento de que la acción corresponda, y que *ordinariamente* se desarrolla a su vez en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo (*causa petendi*).

3º. *El objeto*, o sea el efecto a que tiende el poder de obrar, lo que se pide (*petitum*). Lo que *inmediatamente* se pide es la *actuación de la ley*, la cual en las acciones particulares preséntase individualizada en un cierto acto (*condena* a restituir el fundo, condena a pagar 100, *rescisión* de la venta, *afirmación* de la falsedad de un documento). El objeto a cuya consecución se coordina la actuación de la ley (*fundo* a restituir, *cantidad* a pagar) llámase objeto *mediato* de la acción”⁷⁶⁰. (destaques no original)

A coisa julgada, em decorrência lógica, ao gerar a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença após o respectivo trânsito em julgado atingirá exatamente os elementos da ação⁷⁶¹ que apresentam relevância também na identificação de litispendência, conexão e continência.

A diferenciação entre parte e terceiro é crucial para viabilizar os efeitos da coisa julgada que se restringem num primeiro momento a atingir as denominadas partes, o que exige, por conseguinte, uma perfeita delimitação dela em relação aos terceiros “porque no

⁷⁶⁰CHIOVENDA, José. *Princípios de derecho procesal civil*, cit., t. 1, p. 78.

⁷⁶¹“Habiendo tratado en su lugar (n. 392) de los límites objetivos de la eficacia de la sentencia, no queda mucho por decir sobre el mismo tema en relación a la cosa juzgada. Ella tiene, en efecto, los mismos límites de la eficacia de la sentencia. Vale, por eso, el principio de que la cosa juzgada se extiende al objeto del proceso, identificado con los tres conocidos elementos de los sujetos, del *petitum* y de la *causa petendi* (cfr. anteriormente, n. 87). Dentro de los mismos límites, la que era simple eficacia, viene a ser ahora autoridad de la cosa juzgada” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 596).

cabe ser ambas as coisas a la vez <<*tertium non datur*>>. Se es parte, o se es terceiro”⁷⁶². Aqui se encontra os limites subjetivos da coisa julgada.

De outro lado, o objeto do pedido em decorrência da causa de pedir⁷⁶³ apresentada em juízo formará os limites objetivos da coisa julgada.

Assim, os limites objetivos e subjetivos da sentença delimitam o que será englobado pela imutabilidade inerente ao trânsito em julgado da sentença, que implica na coisa julgada material⁷⁶⁴.

O artigo 502 do NCPC enuncia: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Essa redação é muito semelhante a do artigo 467 do CPC, de 1973, que já era permeada por debates acalorados quanto ao real significado de seu conteúdo⁷⁶⁵, mas apresenta algumas alterações significativas, ao substituir o termo “eficácia” por “autoridade” e “sentença” por “decisão de mérito”, aperfeiçoando o enunciado da norma legal.

Nesse ponto difere-se a coisa julgada material da coisa julgada formal⁷⁶⁶, em que,

⁷⁶²Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. op. cit., p. 23.

⁷⁶³“O pedido e a causa de pedir possuem fundamental importância no sistema processual brasileiro, o primeiro indica a pretensão jurisdicional que o autor busca e o “bem da vida” que pretende atingir com a tutela jurisdicional, enquanto que a segunda é o motivo que leva o autor a pedir a tutela jurisdicional” (HOFFMAN, Glauci Aline; MOTRESOL, Deise. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 14, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/?journal=juridica&page=article&op=view&path%5B%5D=4130>>. Acesso em: 27 jul. 2016).

⁷⁶⁴“Trata-se, aqui, de distinguir “quem” (limite subjetivo) e “o quê” (limite objetivo) é atingido pela autoridade da coisa julgada material, ou seja, determinar os limites subjetivos da coisa julgada importa em conhecer quem será atingido pelo comando da coisa julgada material; por sua vez, fixar os limites objetivos da coisa julgada significa saber qual o objeto do alcance da imutabilidade e indiscutibilidade operada pelo trânsito em julgado da sentença”. (SOARES, Marcelo Negri. Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil. 2015. *Research Gate*, jan. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Marcelo_Soares9/publication/272182654_Constituicao_Devido_Processo_Legal_e_Coisa_Julgada_no_Processo_Civil/links/5582602f08ae12bde6e4bc5c.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2016).

⁷⁶⁵“A partir do art. 467 do CPC, os operadores do direito se debatem se a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo decisório seriam efeito, seriam nova situação jurídica ou seriam qualidade aderente à sentença. Não há consenso, as correntes variam entre essas três naturezas jurídicas da coisa julgada. Seria um efeito que se produz após consolidada a coisa julgada, seria a transmutação de uma situação em outra (produção de nova situação jurídica) ou um mero atributo ou qualidade da própria sentença de mérito, que desde o início foi o objetivo das partes, o alcance dessa autoridade.

(...)

Não é, propriamente, a coisa julgada um efeito da sentença (art. 467 do CPC), mas um modo de manifestação e produção dos efeitos da própria decisão acobertada pelo trânsito em julgado material. Daí que a natureza jurídica da coisa julgada há mesmo de ser um atributo da própria sentença de mérito, ou seja, uma qualidade marcada pela lei, que fixa, diante da inexistência de recursos cabíveis, a imutabilidade da decisão pelo transcurso do tempo”. (SOARES, Marcelo Negri. Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil, cit.).

⁷⁶⁶“A coisa julgada pode ser formal ou material. É formal quando os seus efeitos são produzidos endoprocessualmente e a sentença torna-se imutável enquanto ato processual, não podendo mais ser discutida no processo em que foi proferida. É material quando a imutabilidade da sentença projeta-se para fora do processo, impedindo a rediscussão daquilo que já foi julgado (função negativa) e impondo a processos futuros que adotem

nesta última, a indiscutibilidade ocorre no próprio processo enquanto “la eficacia o autoridad de la cosa juzgada, tal como ha sido definida en este punto, tiene carácter material en el sentido de que se manifiesta o se expande fuera del proceso”⁷⁶⁷.

E essa autoridade da coisa julgada que impede sua discussão, garantindo sua imutabilidade em outros processos só é implementada pela vontade do legislador que por política legislativa determina a qualidade de indiscutibilidade aos seus efeitos⁷⁶⁸, sendo comum a distinção entre o fenômeno da imutabilidade de caráter processual e da imperatividade de natureza material⁷⁶⁹.

Se a coisa julgada submete-se a uma vontade do legislador, ao lhe atribuir efeitos em virtude de uma pacificação das relações sociais é possível inferir que quando se discutem direitos coletivos no processo caberá à lei conformar esses efeitos, a fim de adequar ao objetivo essencial da segurança jurídica e de apaziguamento da sociedade com base em novos parâmetros.

3.1.1. Limites objetivos da coisa julgada

Os limites objetivos da coisa julgada atingem o pedido e a causa de pedir enquanto elementos identificadores da ação.

A causa de pedir era apreciada segundo a ótica da teoria da substanciação e não da individualização^{770 771} no CPC de 1973, mas mesmo com a ampliação dos seus limites para

como premissa do julgamento a decisão transitada em julgado (efeito positivo).” (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil, cit.).

⁷⁶⁷Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., v. 1, p. 140.

⁷⁶⁸“Aquí es necesario entender bien cómo pueden conciliarse dos actos distintos cuales son el juicio y el mandato; la conciliación se obtiene si se reflexiona que en realidad procede de dos sujetos distintos, cuales son el juez y el legislador: el juez no hace más que juzgar, y el legislador manda que lo que él haya juzgado valga como si hubiese sido mandado por él mismo” (CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 137-138).

⁷⁶⁹“mientras la imperatividad del juicio es, según dijimos, un efecto de derecho material, la inmutabilidad es, por el contrario, genuinamente procesal, y se resuelve en la falta del poder de juzgar, en cualquier juez, lo que ya ha sido juzgado. Para evitar la confusión, mientras a la imperatividad se la denomina cosa juzgada material, la inmutabilidad toma el nombre de cosa juzgada formal” (Id. Ibid., p. 142).

⁷⁷⁰“A solução para a problemática referente à extensão da denominada eficácia preclusiva da coisa julgada não prescinde da análise da teoria da causa de pedir adotada pelo nosso ordenamento jurídico. Juntamente com as partes e o pedido, a causa de pedir é um dos elementos identificadores da ação. Quando se quiser aferir acerca da identificação de uma demanda, seja para verificar a ausência de conexão, de litispendência ou de coisa julgada, não se poderá prescindir da análise dos denominados elementos identificadores da ação e, por conseguinte, da causa de pedir. No que tange à causa de pedir, foram elaboradas duas teorias, a partir da investigação do conteúdo do objeto litigioso: a teoria da substanciação e a teoria da individualização. Para os adeptos da teoria da substanciação, a causa petendi consiste no fato jurídico constitutivo do direito afirmado pelo autor. Trata-se, pois, do compêndio dos fatos constitutivos inseridos como fundamentos da demanda judicial. Já para os prosélitos da teoria da individualização, a causa de pedir nada mais é que a relação jurídica afirmada em juízo, da qual se extrai a consequência jurídica. A principal consequência da adoção da teoria da individualização é a ampliação do conteúdo do objeto litigioso: se considerarmos que a causa de pedir é a relação jurídica afirmada em juízo, e não o fato jurídico que a compõe, isso implica afirmar que a alteração dos fatos deduzidos inicialmente não implicará modificação da demanda. Mais

as questões prejudiciais no NCPC é possível inferir a sua manutenção, pois o abarcamento destas últimas é relacionado mais ao pedido, além de se constituir numa exceção à regra geral.

Assim, mantida a existência da causa de pedir remota e próxima, situação confirmada pelo disposto no artigo 319, III, do NCPC, de 2015, ao exigir na petição inicial “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” e o princípio da eventualidade decorrente do artigo 339 do mesmo diploma, ao regular a contestação⁷⁷².

ainda: a sentença proferida acerca da relação jurídica terá repercussão sobre todos os fatos nela contidos, ainda que não alegados pelas partes. Como se pode perceber, isso terá implicação tanto na identificação de demandas quanto na própria coisa julgada: a adoção da teoria da substanciação tem uma tendência a reduzir a eficácia preclusiva da coisa julgada, ao passo que, pela teoria da individualização, o julgamento implícito ganhará contornos maiores” (RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/64924>>. Acesso em: 27 jul. 2016).

⁷⁷¹“De outro lado, encontra-se a teoria da individualização que verbera que a causa de pedir é formada unicamente pela relação jurídica, os fatos jurídicos ganham um contorno secundário.

Para os defensores desta teoria, a causa petendi limita-se à indicação, como fundamento jurídico, da relação constitutiva do direito sendo desnecessária a indicação de fato constitutivo do direito.

Abtempera CALMON DE PASSOS trazendo que: “... para os adeptos da individualização, a causa de pedir é a relação ou estado jurídico afirmado pelo autor em apoio a sua pretensão, posto o fato em plano secundário e não relevante, salvo quando indispensável à individualização da relação jurídica^[34]”.

Em conformidade com os prosélitos da denominada teoria da individualização individualisierungstheorie – “faz-se suficiente, para o fim de identificar a demanda, a mera alegação da relação jurídica da qual o demandante extrai a consequência afirmada...”.

Assim, a fundamentação da demanda está representada pela mera exposição da relação jurídica que apoia a pretensão do autor.

Não obstante as graves consequências decorrentes desta teoria, tais como o prejuízo à defesa, e a demora do processo, a decisão a ser proferida se faz mais justa, já que poderá levar em consideração quaisquer fatos atinentes àquela relação jurídica invocada, mesmo que estas causas não fossem declinadas pelas partes. Há uma maior aproximação da verdade material, em que decisão estará num maior critério de certeza. Na substanciação, opera-se uma restrição, no julgado, aos fatos deduzidos.

Como se observa, a divergência de ambas as teorias está no fato de que para a individualização os fundamentos jurídicos são suficientes para preencher o conteúdo da causa de pedir e, para a teoria da substanciação, necessita-se ainda dos fatos jurídicos.

Muito embora a posição majoritária da doutrina pátria, como já dissemos, é pela adoção da teoria da substanciação, há alguns doutrinadores que defende a tese de que teria adotado o sistema brasileiro um misto entre a substanciação e individualização, uma vez que a lei processual vigente exige não só descrição fática como também a qualificação jurídica. Buscou-se, portanto, evitar os excessos condenáveis nos extremos de ambas as posições.

Somente com adoção das duas premissas (causa de pedir remota e próxima) é que restará perfeitamente individuado, nos dois casos, ocorra de maneira diferente: na substanciação, se opera através da diferenciação dos fatos, enquanto que a individualização se dá através do direito”. (GALVÃO, Larissa Aveno Ordoñez de Andrade. Teoria da substanciação e da individualização: relações com elementos da ação e coisa julgada. *Jus Navegandi*. Publicado em 01/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35448/teoria-da-substanciacao-e-da-individualizacao-relacoes-com-elementos-da-acao-e-coisa-julgada>>. Acesso em: 27 jul. 2016).

⁷⁷²“A teoria da substanciação encontra-se prevista no nosso Código de Processo Civil no art. 282, inciso III.

No referido artigo o autor deve descrever, na inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, ao autor incumbe substanciar a causa de pedir com todos os fatos importantes que deram origem ao seu pedido, ou seja, “não qualquer episódio da vida, mas aqueles que se encaixam na norma gerando consequências jurídicas”.

O pensamento central dos seguidores desta corrente está representado na ideia de que é considerada a causa petendi como fato ou o complexo de fatos aptos a suportarem a pretensão do autor. A relação fática apontada pelo demandante serve como título de justificação de sua pretensão. Centram-se nos fatos a fundamentação da demanda e a justificação do demandante em buscar a tutela almejada.

A causa de pedir é configurada pela exposição dos fatos constitutivos do direito afirmado.

De outro lado, como elemento objetivo da ação ainda aparece o pedido que se subdivide em mediato relacionado ao bem jurídico pretendido, e imediato, na espécie de tutela jurisdicional pleiteada.

Antes do Código de Processo Civil de 1973 vigorava o entendimento acerca da aplicação da denominada “teoria da presunção da verdade”, o que propiciava o alargamento dos limites objetivos da coisa julgada para as questões prejudiciais que viessem a ser debatidas no processo. Essa situação perdurou desde o final do século XIX até a edição do *Codex* de 1973, pois a redação do artigo 287 do CPC, de 1939, permitia uma interpretação favorável à mencionada teoria⁷⁷³.

O não atrelamento das questões prejudiciais à coisa julgada material decorreria da priorização do princípio dispositivo⁷⁷⁴ no sistema processual brasileiro inerente à perspectiva individualista presente no CPC, de 1973, sendo que no projeto do NCPC a hipótese foi aventada diante da influência contemporânea do nomeado ativismo judicial e da publicização do processo, no intuito de gerar mais economia processual e evitar

Para PONTES DE MIRANDA “no narrar, é inútil mencionarem-se fatos que não determinam, ou não entram nos fatos jurídicos da causa”.

Todavia, a mudança destes fatos, ainda que permaneçam idênticos a sua qualificação jurídica e ao pedido, importará sempre em mudança da ação. Portanto, a descrição dos fatos narrados pelo autor apresenta-se fundamentais e que não podem ser alterados na mesma demanda.

Assim, segundo a doutrina dominante, é a prevalência dos fatos sobre a relação jurídica afirmada.

Diante disso, em geral a doutrina da substanciação mitiga a causa de pedir em próxima e remota. Por conseguinte, os fundamentos jurídicos correspondem à causa de pedir próxima que é a especificação da relação jurídica, ou seja, a conclusão retirada dos fatos da qual decorre o pedido, como por exemplo, o domínio e o direito de crédito. Já os fatos jurídicos encontram correspondência na causa de pedir remota, que são os fatos constitutivos e contrários ao direito, por exemplo, a aquisição da propriedade de modo derivado, ou por usucapião, mais a atitude do réu contrária ao ordenamento jurídico.

A regra da eventualidade se apresenta como elemento obrigatório de qualquer modelo que adote a substanciação, pois os fatos devem ser apresentados uma só vez, em momento apropriado a esta prática. A substanciação é bastante conexa com a existência de barreiras rígidas, em que os atos processuais, notadamente os fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor, são deduzidos simultaneamente.

Tendo em vista esta concepção da causa de pedir, apontou a doutrina uma classificação do instituto, entre causa de pedir próxima e remota, situando-se a última nos fatos que fazem emergir pretensão do demandante, e a primeira na qualificação jurídica destes fatos, ou seja, na previsão abstrata, contida no ordenamento positivo, e do qual decorre a juridicidade daquele.

Note-se, contudo, que afirma-se, dentro da teoria da substanciação, ser de todo irrelevante a indicação do fundamento legal da demanda, bem como o seu respectivo *nomem iuris*, uma vez que a qualificação jurídica que emana da argumentação encetada pelo autor não tem o condão de pré-fixar a atuação judicial quanto ao direito aplicável”. (GALVÃO, Larissa Aveno Ordoñez de Andrade. *op. cit.*).

⁷⁷³Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 194, p. 102-103, abr. 2011.

⁷⁷⁴“Os limites objetivos da coisa julgada previstos no Código de Processo Civil de 1973 privilegiaram o princípio dispositivo e garantiram ao demandante a exata resposta àquilo que foi pedido (fosse ela positiva ou negativa). O dispositivo correspondia ao pedido, e as razões que amparam o dispositivo (motivação da sentença) correspondiam às causas de pedir e alegações jurídicas apresentadas como fundamento do pedido” (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *op. cit.*).

contradições, ampliando os efeitos preclusivos da coisa julgada⁷⁷⁵ em moldes menos amplos que a *issue preclusion* americana.

O sistema da coisa julgada americano baseia-se na *claim preclusion* e na *issue preclusion*⁷⁷⁶, em que a vinculação, a princípio, não se restringe às partes no processo, interferindo nos processos ajuizados no futuro, pois se projeta também na atividade dos juízes ao apreciarem o mérito das causas que, por sua vez, necessitam se embasar nos precedentes⁷⁷⁷.

O *issue preclusion* do sistema processual norte-americano é também conhecido como *colateral estoppel* de origem germânica, transformando as questões prejudiciais “imutáveis e indiscutíveis” em moldes similares ao adotado no NCPC de 2015⁷⁷⁸, contudo, abarcam não apenas as de caráter jurídico, como no nosso ordenamento, mas especialmente as de índole fática⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 107-108.

⁷⁷⁶“A figura da *claim preclusion* faz com que a demanda, com o julgamento, seja extinta por completo, fazendo precluir todas as questões pertinentes ao caso que foram ou poderiam ter sido deduzidas na ação. (...) Já a *issue preclusion*, por sua vez, segundo os citados autores, impõe à parte, não obstante ter vencido ou não a demanda, a impossibilidade de invocar, em nova demanda, qualquer questão de fato ou de direito que tenha sido essencial para o julgamento da demanda. (...) Fazendo uma comparação com o nosso ordenamento jurídico, típico de um sistema de *civil law*, pode-se verificar que há uma semelhança entre a *claim preclusion* e a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no artigo 474 do Código de Processo Civil. Já a *issue preclusion* assemelha-se à extensão da coisa julgada à decisão sobre questões prejudiciais que tenham sido essenciais para o julgamento de determinada demanda” (RIBEIRO, Rodrigo Koehler. op. cit.).

⁷⁷⁷“Na tradição do sistema anglo-saxão, no qual a fonte primária do direito é o precedente, não a lei, as decisões judiciais têm efeito vinculante para as próximas decisões. Em outras palavras: além de configurar a lei do caso concreto entre as partes, a coisa julgada tem o efeito de vincular os julgamentos subsequentes. Enquanto no sistema da *civil law* a coisa julgada tem, em princípio, o conteúdo declaratório da vontade da lei, tornando-a imutável com relação às partes, na *common law*, além dessa característica, é acrescida outra: a vinculação das demandas futuras quanto ao que foi decidido previamente. É a figura do *stare decisis*, ou teoria dos precedentes vinculantes – amplamente aceita em países da família da *common law*, onde se admite que a atividade do juiz não seja meramente declaratória, mas criativa. A estrutura da coisa julgada no *common law* possui duas figuras que devem ser analisadas: a *claim preclusion* e a *issue preclusion*”. (Id. Ibid.).

⁷⁷⁸Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 109-110.

⁷⁷⁹“A extensão da coisa julgada a questões decididas incidentemente no processo limita-se, única e exclusivamente, às questões jurídicas. Decisões incidentais sobre aspectos fáticos da causa, ainda que prejudiciais ao julgamento do mérito, não fazem coisa julgada. A restrição consta claramente do art. 504, II, do NCPC.

(...)

Trata-se de disciplina antiga, fundada em explicação pouco convincente. De acordo com Pontes de Miranda, p. ex.: ‘A verdade dos fatos em que se funda a sentença não faz coisa julgada, porque o juiz pode ter tido como verdadeiro o fato que não o era’. Moacyr Amaral Santos adotava a mesma linha de pensamento: ‘A verdade dos fatos resulta da livre apreciação das provas pelo juiz (art. 131), o que lhe dá caráter pessoal deste, que se não transmite necessariamente a outro juiz, que noutra processo venha a apreciá-las. (...) Nada obsta que a verdade produzida pela prova no primeiro processo seja negada em um segundo processo, em que se discutem os mesmos fatos e entre as mesmas partes’. Isso significa que a decisão sobre a validade de um contrato, prejudicial à condenação do réu a cumprir a obrigação pactuada, pode vir a se tornar imutável por força da coisa julgada; mas a constatação de que o instrumento contratual foi assinado sob grave ameaça (hipótese de coação) não se torna imutável. Em outras palavras, o reconhecimento de que o contrato é inválido pode ficar coberto pela coisa julgada material, mas o motivo pelo qual esse contrato é inválido, não.

A opção legislativa é incompreensível. O erro judicial pode estar no convencimento dos fatos ou na interpretação do direito. De uma forma ou de outra, as respostas jurisdicionais devem estabilizar-se para que haja segurança jurídica e paz social. Se a intenção era otimizar o processo, evitar novas discussões e

A *claim preclusion* possui origem no direito romano e se aproxima da coisa julgada material propriamente dita, mas tem maior amplitude no sistema americano, que exige do autor a concentração de suas pretensões decorrentes do mesmo fato ou fatos conjugados no mesmo processo⁷⁸⁰, o que vem relegando a *issue preclusion* a um verdadeiro ostracismo⁷⁸¹.

Em nosso país existem os artigos 507 e 508 do NCPC⁷⁸², em que o primeiro reforça a coisa julgada formal e o segundo, a coisa julgada material, mas não há um impedimento para a formalização de novos pedidos decorrentes do mesmo fato ou conjunto de fatos⁷⁸³, como no sistema americano.

A *issue preclusion*, para ensejar a imutabilidade e impossibilidade de discussão da questão prejudicial ao objeto principal da lide, exige que seja a mesma questão, comprovadamente controvertida e decidida, bem como essencial ao pronunciamento judicial⁷⁸⁴ e, por fim, que as partes tenham de algum modo previsto que essa consolidação

impedir decisões conflitantes, a imunização das questões fáticas seria muito mais eficiente do que a imunização das questões jurídicas. Como regra, a imunização das questões jurídicas impede novas demandas relacionadas à anterior; e também, como regra, dificilmente são renovadas. Após ver seu pedido julgado improcedente, é improvável que o autor proponha nova demanda contra o réu com fundamento no mesmo contrato considerado inválido previamente. Por outro lado, a imunização dos fatos traria resultados muito mais concretos. Basta pensar na hipótese em que o réu coagido propõe demanda por danos morais contra o autor. Em vez de aproveitar a decisão que já reconheceu a coação, terá que se submeter a nova fase instrutória, nova valoração fático-probatória pelo juiz etc. E com o risco de ver a mesma coação, reconhecida no primeiro processo, afastada no segundo.

(...)

Não custa lembrar que a teoria da *issue preclusion* nos Estados Unidos desenvolveu-se inicialmente para tornar imutáveis os fatos determinantes ao julgamento da causa. Apenas em um segundo momento é que a imutabilidade foi estendida às questões de direito. Quer dizer, importou-se um instituto que causa insegurança ao sistema sem aproveitar o que ele tinha de melhor a oferecer” (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. op. cit.).

⁷⁸⁰“é comum que o países do common law imponham uma severa disciplina da coisa julgada, incluindo até mesmo a sua extensão a causas de pedir não propostas, mas relacionadas ao mesmo ato ilícito (mesmo tort). No clássico caso *Henderson vs. Henderson*, julgado em 1843 e até hoje seguido pela jurisprudência inglesa, decidiu-se que as partes têm de apresentar à Corte a integralidade de seu ‘caso’ (their whole case), vedando-se a propositura de novas demandas decorrentes da negligência das partes em fazer todos os seus pedidos ou deixar de alegar todos os fatos e argumentos relevantes. Em 2007, ao reiterar a *Henderson Rule*, a Court of Appeal inglesa afirmou que se deve buscar ‘economia e eficiência na condução do processo’, o que seria ‘interesse das partes e do público como um todo’. Nos Estados Unidos, a Corte do Tennessee decidiu, em 1906, que de um ato ilícito decorre uma única demanda (A single tort can be the basis of but one action), prevenindo-se ‘a multiplicidade de processos, ônus sucumbenciais, morosidade e abuso do processo contra o réu’”. (Id. Ibid.).

⁷⁸¹Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 110-111.

⁷⁸²“Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

⁷⁸³O NCPC de 2015 admite durante o processo a alegação ou apreciação de ofício de fato novo no artigo 493 desde que venha a influir na decisão de mérito.

⁷⁸⁴“Há, portanto, quatro requisitos à *issue preclusion*: (1) a questão decidida no processo anterior deve ser a mesma questão decidida no novo processo; (2) a questão deve ter sido discutida pelas partes; (3) a questão deve ter sido expressamente decidida; e (4) a questão deve ter sido ‘necessária’ ao julgamento anterior. Essas questões (issues) podem ser de fato ou de direito e não precisam estar relacionadas à mesma causa de pedir. O que importa é que sejam essenciais, tenham sido efetivamente decididas na sentença e as partes tenham tido uma oportunidade real de exercer o contraditório (“full and fair opportunity to litigate”) (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. op. cit.).

teria reflexo em processos futuros. Esses elementos devem ser demonstrados pela parte interessada no segundo processo e serão apreciados pelo magistrado com discricionariedade ampla, o que, ao invés de economia e segurança, causa instabilidade nos processos, uma vez que tanto no primeiro quanto nos processos posteriores, as partes acabarão intensificando a litigiosidade, quer para atrair os efeitos da coisa julgada para as questões prejudiciais, quer para comprovar os elementos autorizativos de sua aplicação no futuro⁷⁸⁵.

Há uma aparente contradição no sistema brasileiro entre o artigo 503, § 1º⁷⁸⁶ e o artigo 504, I⁷⁸⁷ do NCPC de 2015, pois, em tese, as questões prejudiciais jurídicas são equivalentes aos motivos da sentença⁷⁸⁸ e, como tais, não são atingidos pela coisa julgada⁷⁸⁹, o que não se aplica quando preenchidos os requisitos dos parágrafos do artigo 503 mencionado. Esse dispositivo apresenta uma série de exigências, tais como: decisão expressa; tratar-se de questão incidente e dependente do julgamento do mérito principal; o contraditório efetivo seja assegurado implicando na sua não aplicação em hipótese de revelia ou em virtude do uso de procedimentos que limitem a cognição e a produção de provas e, por último, presente a competência do juízo para apreciação da matéria se fosse o objeto principal da lide.

Essa simples alteração do regime da coisa julgada em nosso ordenamento propiciará uma série de discussões⁷⁹⁰ e debates, que prolongará os processos por anos,

⁷⁸⁵Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 111-119.

⁷⁸⁶Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

⁷⁸⁷Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

⁷⁸⁸“Por outro lado, constatada que a fundamentação não transita em julgado, será notadamente irrelevante querer renovar a pretensão processual com base em fatos ou argumentos não deduzidos em juízo. A coisa julgada repele todas as questões ou defesas que poderiam ser deduzidas e impõe, assim, a eficácia preclusiva temporal da coisa julgada – art. 474 do CPC. Ressalve-se, contudo, a relação continuada, em que a coisa julgada é apenas formal (arts. 471 e 475-Q, ambos do CPC c/c art. 1.699 do CC); não se operando a coisa julgada sobre prestações futuras”. SOARES, Marcelo Negri. op. cit.). Em contrariedade a opinião do autor percebe-se que não se trata de coisa julgada meramente formal, mas sim alterações de questões de fato e de direito modificando a causa de pedir e conseqüentemente, ao proporcionar um novo pedido, não entra em conflito com a coisa julgada do primeiro processo que tratou da relação continuada.

⁷⁸⁹Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 134.

⁷⁹⁰“Há defensores e opositores da inovação. Os primeiros falam em bom senso, institutos de direito estrangeiro e economia processual. Os segundos apontam que o sistema passará a ser muito mais complexo, com grandes divergências no cotidiano forense – especialmente instabilidade e insegurança jurídicas e dificuldades interpretativas em relação ao que seria coberto pela res judicata”. (DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no Novo

anulando as vantagens preconizadas de economia processual e maior razoabilidade no sistema com um incremento da litigiosidade, sem mencionar o tempo necessário para a jurisprudência consolidar o entendimento sobre essa questão⁷⁹¹.

A fim de propiciar os efeitos da coisa julgada, a questão prejudicial deve ser essencial para o julgamento da demanda principal, portanto, é sensível que as questões decididas em desfavor daquele que se sagrar vencedor na lide, com a procedência ou improcedência do pedido principal, não será atingido pela coisa julgada, interferindo no

Código de Processo Civil (l. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. *Unisul de Fato e de Direito*: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 6, n. 11, p. 35-53, 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=DA+COISA+JULGADA+NO+NOVO+C%C3%93DIGO+DE+PROCESO+CIVIL+%28L.13.105%2F2015%29%3A+CONCEITO+E+LIMITES+OBJETIVOS&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5>. Acesso em: 26 jul. 2016).

⁷⁹¹“Questão muito mais difícil é a do interesse recursal para impugnar apenas as questões prejudiciais que foram decididas desfavoravelmente à parte recorrente. A doutrina vem assinalando positivamente à ideia. Afinal, não seria razoável impor à parte a drástica consequência da imutabilidade da questão decidida incidentalmente e, ao mesmo tempo, impedir a sua rediscussão em âmbito recursal. Por outro lado, não se pode ignorar a falta de coerência lógica em se permitir o recurso de uma questão incidental, analisada única e tão somente como pressuposto necessário da decisão principal. A mesma questão será incidental em primeiro grau, mas principal no âmbito recursal. Ademais, aceitar recursos de questões incidentais implica violar um dos objetivos nucleares do Novo Código, que é a simplificação do processo (objetivo 3 da exposição de motivos). Em vez de mais simples, o processo tornar-se-á mais complexo e mais moroso. Os recursos proliferar-se-ão e os tribunais ficarão abarrotados de discussões que muito provavelmente jamais seriam retomadas em novos processos. Se a proposta inicial do Novo Código de Processo Civil era diminuir o número de recursos, a medida certamente teria efeito contrário. A permissão tem ainda um gravíssimo inconveniente: antecipa, em âmbito recursal, a discussão sobre a extensão da coisa julgada à questão incidental. É ela prejudicial? Houve contraditório? O juiz era competente? O julgamento dependeu de sua resolução? Etc. Tudo isso deveria ser diferido, caso necessário, a um novo processo, pois é a tentativa de rediscussão da questão já decidida incidentalmente que legitimará a objeção de coisa julgada e iniciará o debate necessário sobre a incidência do art. 503, § 1.º. Aceito o recurso exclusivo contra questões incidentais, ficará o tribunal responsável por toda essa análise apenas para averiguar se a parte possui interesse recursal. Os tribunais seriam inundados de recursos voltados a discutir, como principais, questões que muitas vezes não são nem mesmo prejudiciais. Tudo isso fica seriamente agravado por outro dado relevante. Qual é a eficácia do juízo de admissibilidade do recurso feito pelo tribunal? Se o tribunal conhecer do recurso (por haver interesse) e negar-lhe provimento, consolida-se a extensão da coisa julgada à questão supostamente prejudicial? E em caso de juízo de admissibilidade negativo por falta de interesse? Será essa decisão, tomada sem "contraditório efetivo" e sem cognição exauriente, definitiva quanto à mutabilidade da questão prejudicial? Prevalecerá sobre a decisão do juiz que, em novo processo, constatar a extensão da coisa julgada a essa questão prejudicial por força do art. 503, § 1.º? Apesar da inegável gravidade da consequência imposta à parte pelo art. 503, § 1.º, deve-se buscar uma solução mais pragmática, vedando-se recursos que busquem única e exclusivamente a reforma das decisões prejudiciais incidentais. O raciocínio é similar ao desenvolvido anteriormente no ponto 5.2. Se a parte quer discutir especificamente a questão prejudicial, então deve incluí-la no mérito do processo pela via adequada (demandando, reconvindo etc.) e dar-lhe status de questão principal. Enquanto a questão for incidental, assim deverá ser tratada. A opção ora adotada evita que haja a antecipação em grau recursal de uma discussão que só deve ocorrer em um novo processo, caso necessário. Também evita a proliferação indevida de recursos contra questões que não constituem objeto do processo. Assim, se a parte estiver insatisfeita com a decisão, poderá recorrer do julgamento do mérito e questionar, incidentalmente, as questões incidentais. Mantida a sentença integralmente, então a questão incidental ficará coberta pela coisa julgada. Mantida a sentença por razões distintas, com rejeição expressa ou implícita da questão prejudicial, então afastada ficará a extensão da coisa julgada - é o caso, p. ex., do acórdão que mantém a sentença de improcedência da cobrança de aluguéis, mas não porque o contrato é inexistente ou inválido, mas porque o débito inexistente”. (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. op. cit.).

interesse recursal⁷⁹², salvo se houver reforma da decisão pelo Tribunal, dando nova conformação. Todavia, a jurisprudência ainda não se pronunciou sobre esse assunto que, por sua vez, dependerá da forma que se compreenda a frase contida no texto da lei: “dessa resolução depender o julgamento do mérito”.

No intuito de minorar as incertezas é recomendável admitir que a questão prejudicial somente seja englobada pela coisa julgada desde que também conste do dispositivo da sentença⁷⁹³, com a fixação desse ponto controvertivo pelo juiz na fase de saneamento⁷⁹⁴ do processo⁷⁹⁵, evitando o drama das partes compreenderem o que

⁷⁹²“Se a coisa julgada só se estende a questões das quais depende o julgamento do mérito, então é de se concluir que nenhuma decisão incidental contrária à parte vencedora poderá tornar-se imutável. Trazendo o raciocínio ao nosso exemplo da ação de cobrança de aluguéis, a rejeição da alegação de inexistência do contrato foi irrelevante ao julgamento do mérito. Mesmo afastando a defesa apresentada pelo réu, ainda assim o pedido do autor foi julgado improcedente. A improcedência do pedido não dependeu da inexistência do contrato, pois, embora a questão fosse potencialmente prejudicial, havia outro fundamento que amparava a decisão”. (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. op. cit.).

⁷⁹³Apesar dessa solução parecer adequada não é pacífica uma vez que há quem defenda a desnecessidade da menção da questão prejudicial no dispositivo da sentença. Nesse sentido: “(...) é fácil perceber que o NCPC, abandonando o sistema vigente, traz, como nova regra, que a coisa julgada também abrangerá a questão prejudicial. E isso independentemente de pedido das partes, bastando que tenha havido decisão do magistrado a respeito da questão prejudicial. Em síntese, tem-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada: no CPC/73, apenas o dispositivo era coberto pela coisa julgada; no NCPC, o dispositivo e a questão prejudicial são cobertos pela coisa julgada”. (DELLORE, Luiz. op. cit.).

⁷⁹⁴Aliás esse saneamento adotado pelo NCPC no artigo 357 e seus parágrafos deixa clara a importância da fixação dos pontos controvertidos ao “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (inciso II), “definir a distribuição do ônus da prova” (inciso III) e “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (inciso IV). Os três primeiros parágrafos do mencionado dispositivo demonstram uma valorização do contraditório seja com o pedido de esclarecimento em cinco dias (§ 1º) antes da estabilização da decisão, seja por meio da “delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV” (§ 2º) ou, ainda, pela designação de audiência para saneamento quando “a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito” propiciando ao juiz o auxílio das partes (§ 2º). Na mesma ocasião do saneamento poderá ocorrer a distribuição dinâmica do ônus da prova (artigo 373).

⁷⁹⁵“A maior dificuldade, em nosso entender, está nas dúvidas e dificuldades práticas que surgirão na aplicação do novo diploma, nesse ponto específico do art. 503 § 1º. Para tanto, apresentaremos algumas das primeiras perguntas que surgem da leitura do texto legislativo. 1) Só o que consta efetivamente do dispositivo ou também o que consta da fundamentação será coberto pela coisa julgada? 2) Serão cabíveis embargos de declaração para que isso seja esclarecido? 3) A abrangência da coisa julgada deve ser decidida pelo próprio juiz ou isso ficará a cargo de um próximo juiz, quando esse tema surgir? 4) Em uma demanda na qual se discuta multa contratual, todo e qualquer debate relacionado à validade da cláusula ou do contrato será coberto pela coisa julgada? 5) E se o juiz não decidir e o tribunal decidir a questão prejudicial? Há coisa julgada? Teoria da causa madura? E o duplo grau? 6) O juiz precisa, na fase instrutória, formalizar a fixação da controvérsia sobre a questão prejudicial, de modo a assegurar a efetividade do contraditório? 7) Se a questão principal for decidida a favor de uma parte, mas a questão prejudicial não, será necessário à parte vitoriosa recorrer da sentença que lhe foi favorável, para evitar a formação da coisa julgada? Para facilitar, cabe ilustrar. Autor pede multa por violação a cláusula contratual, réu alega nulidade da cláusula; juiz (i) afirma que a cláusula é válida e (ii) não reconhece ser devida a multa à luz do caso concreto. De forma breve, as respostas, em nosso entender, seriam as seguintes – reiterando-se que o assunto é polêmico, já suscita debates entre os processualistas e depende do STJ para efetivamente ser decidido: 1) Somente se constar expressamente do dispositivo é que a decisão da prejudicial será coberta pela coisa julgada; 2) Se houver dúvida em relação ao que foi decidido com força de coisa julgada, qualquer das partes poderá opor declaratórios requerendo que o magistrado esclareça se a questão prejudicial foi decidida e se foi coberta pela coisa julgada, apontando omissão por isso não ter constado no dispositivo; 3) Na linha das duas respostas anteriores, compete ao próprio juiz que proferiu a sentença delimitar qual parte da decisão estará

realmente transitou em julgado, como já é sentido em dispositivos lacônicos que, na atualidade, remetem à condenação aos fundamentos da sentença⁷⁹⁶.

O *caput*, do artigo 468, do CPC, de 1973, é muito próximo do atual artigo 503 do NCPC, de 2015, que restringe a coisa julgada ao limite da questão principal expressamente decidida, com o acréscimo da questão prejudicial, preenchidos os requisitos de seus parágrafos. Ocorre que na redação anterior, em que se especificava como limite a lide e as questões expressamente decididas, havia a observância do princípio da congruência direcionando a coisa julgada para o dispositivo da sentença que seria integrado pela questão prejudicial em função da ação declaratória incidental⁷⁹⁷, o que enseja, em nossa opinião, a legitimidade da interposição de embargos de declaração para o integrar com a questão prejudicial, mesmo após a nova redação⁷⁹⁸.

coberta pela coisa julgada; 4) A princípio, qualquer discussão de cláusula poderá ter o condão de ser coberta pela coisa julgada, mas isso deverá constar do dispositivo; 5) Se o tribunal decidir a prejudicial, mas não o juiz, observados os requisitos do § 1º e constando do dispositivo, a prejudicial será coberta pela coisa julgada; 6) No momento do saneador, se ocorrer a fixação dos pontos e provas quanto à questão principal, também deverá ocorrer em relação à prejudicial, sob pena de contraditório incompleto, de modo que incapaz a ocorrência de coisa julgada sobre a prejudicial; 7) Questão que já suscita bons debates. Porém, diante do silêncio legislativo, a solução mais segura para a parte (ainda que possa vir a ser mais prejudicial), é entender que (i) há coisa julgada sobre a prejudicial, ainda que decidida de forma oposta à principal e (ii) há, portanto, interesse recursal, de modo que a parte que teve a sentença favorável poderá ter de recorrer por força da prejudicial”. (DELLORE, Luiz. op. cit.).

⁷⁹⁶“La cosa juzgada tiene la función de salvaguardar el resultado práctico alcanzado con la decisión de la lite, esto es —como varias veces he explicado— asegurar la plena efectividad e incolumidad de la estatución, pronunciamiento, contenido en la sentencia, que se destina a valer incondicionadamente y sin límites de tiempo (con la sola excepción del eventual resultado victorioso de una impugnación extraordinaria). El pronunciamiento se encuentra enunciado en la parte dispositiva de la sentencia y representa la concreta providencia pronunciada por el juez, pero para identificarlo exactamente será necesario buscar en la motivación de la sentencia los elementos indispensables de la causa petendi y del petitum. Esto es tanto más evidente en cuanto a menudo la parte dispositiva se redacta en términos abstractos que sólo la motivación permitirá traducir en términos claros y concretos (a menudo la parte dispositiva dice: "acoge" o bien "rechaza las demandas propuestas"; "acoge" o bien "rechaza la apelación", etc.). Esto no significa, sin embargo, que los motivos sean cubiertos por la cosa juzgada; todo lo contrario, como se verá” (LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 598).

⁷⁹⁷“Quanto ao limite objetivo da coisa julgada, a imutabilidade e a indiscutibilidade atingem apenas o dispositivo da decisão de mérito. Assim, não é a totalidade da decisão que pode ser atingida pela coisa julgada. Dentre as três partes de uma decisão judicial de mérito (relatório, fundamentação e dispositivo), em regra, o relatório e a fundamentação não passam em julgado – art. 469 do CPC. Essa prerrogativa é restrita apenas ao dispositivo ou comando da decisão; excepciona-se, porém, quanto à fundamentação e sua relação de prejudicialidade com o dispositivo da sentença. Nesse caso, a questão prejudicial decidida em sede de ação declaratória incidental (art. 5º e art. 470 do CPC) também será acobertada pela coisa julgada material. Não sendo esse o caso, os fundamentos não vinculam casos futuros, podendo, preenchidos os requisitos, ser reanalisados pelo Poder Judiciário.

Desse modo, o art. 468 do CPC é claro em destacar que a coisa julgada incide “nos limites da lide” e “das questões decididas”. Os limites da lide quer significar o objeto da disputa judicial, a pretensão deduzida ou o mérito do processo. A questão decidida representa a correspondência entre esse mérito (o pedido) e o deferido, ou seja, o dispositivo da sentença. Trata-se da aplicação do princípio da congruência, que arregimenta essa correlação ou correspondência nos atos decisórios.” (SOARES, Marcelo Negri. op. cit.).

⁷⁹⁸“a parte sucumbente sempre poderá exigir a manifestação do juiz sobre questões prejudiciais incidentais que tenha levantado no curso do processo - o que não tem relação com a extensão da coisa julgada, mas decorre do próprio imperativo de motivação das decisões judiciais; e a parte vencedora não poderá exigir do juiz a análise de questões prejudiciais incidentais, uma vez que não foram determinantes ao resultado do processo e não compunham o seu objeto” (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. op. cit.).

Esse raciocínio é o mais próximo da coerência e da integralidade do sistema processual em vigor, na medida em que se verifica a manutenção do princípio da congruência entre o pedido⁷⁹⁹ e a decisão dessas matérias no dispositivo facilitaria a visualização do que realmente irá transitar em julgado.

No CPC de 1973, assim como no NCPC, de 2015, há a previsão da impossibilidade de decisão *citra*, *ultra* ou *extra petita*⁸⁰⁰, conforme se depreende dos termos do artigo 492⁸⁰¹ deste último. Todavia, existe a possibilidade de interpretação ampla do pedido, prevista no artigo 322⁸⁰², ao determinar a apreciação do conjunto da postulação, segundo o princípio da boa-fé, ou seja, apesar da exigência de pedido certo, é possível inferir seus pressupostos lógicos, o que abarca a questão prejudicial, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 503 e seus parágrafos. Tudo isso recomenda a análise da questão prejudicial no dispositivo da sentença e não em sua fundamentação, apesar de não ser uma questão pacificada no meio jurídico⁸⁰³.

⁷⁹⁹“O pedido é condição imprescindível da ação em vista de que é no pedido que se encontra indicada a pretensão do autor, ou seja, no pedido é que está demonstrado o bem da vida que o autor busca proteger ou alcançar com a ação. Este pode ser subdividido em pedido mediato e pedido imediato. O primeiro se dá quando a parte postula em juízo sua pretensão, e o segundo está na providência que se refere à tutela de direito material”. (HOFFMAN, Glaucci Aline; MOTRESOL, Deise. op. cit.).

⁸⁰⁰“O princípio da congruência, que também é chamado de adstrição entre pedido e sentença, é princípio basilar do processo civil brasileiro em consonância com os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Este princípio estabelece a necessária conjugação do pedido e da causa de pedir com a sentença, ou seja, não podem ser proferidas sentenças além do pedido (sentença *ultra petita*), aquém do pedido (sentença *citra* ou *infra petita*) ou fora do pedido (sentença *extra petita*)”. (Id. *Ibid.*).

⁸⁰¹“Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional”.

⁸⁰²“Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

⁸⁰³“A primeira questão que vem à tona é: qual é a natureza das questões incidentais cobertas pela coisa julgada? Continuam sendo meras questões incidentais com a vantagem da imutabilidade ou passam a compor o dispositivo da decisão? Se as questões prejudiciais passarem a compor o dispositivo da decisão, então será preciso reconstruir o princípio da demanda, a teoria da correlação entre demanda e sentença e a própria concepção de inércia jurisdicional; dito de outro modo, a teoria geral do processo civil que conhecemos entrará em colapso e será preciso erigir uma nova - a inventividade dos processualistas será posta à prova diante da necessidade de sistematizar situações tão díspares. Se as questões prejudiciais imutabilizadas mantiverem a natureza de questões decididas incidentalmente, o que parece mais logicamente adequado com o sistema, então será impossível resolver de maneira congruente vários problemas processuais decorrentes do novo art. 503, § 1.º. Além disso, o próprio conceito de coisa julgada terá que ser revisto, pois deixará de ser ‘a autoridade que reveste o conteúdo decisório da sentença’ para ser ‘a autoridade que reveste o conteúdo decisório da sentença e as questões prejudiciais efetivamente decididas das quais dependeu o resultado do julgamento’. Aparentemente vem prevalecendo a distinção ontológica entre dispositivo e motivação - logo, entre questões principais e questões incidentais. Marcelo Pacheco Machado e Fredie Didier Jr., p. ex., estabelecem duas categorias de coisa julgada: a “coisa julgada comum”, que atinge o dispositivo da sentença, e a “coisa julgada excepcional”, específica para as questões prejudiciais decididas incidentalmente. Efetivamente, parece ser essa a melhor resposta, não obstante as várias dificuldades processuais que ela apresentará” (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil, cit.).

Essa interpretação ampliada do pedido⁸⁰⁴ para englobar as questões prejudiciais jurídicas relaciona-se não só com o pedido mediato (bem jurídico) como também devem afetar, sempre que possível, o pedido imediato (tutela jurisdicional), especialmente nos processos coletivos, promovendo uma mais adequada prestação jurisdicional com a pacificação das controvérsias e conflitos sociais.

Oportuno salientar que a Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, oriunda do TST, ao aprovar a Instrução Normativa nº39, não arrolou o artigo 503 do NCPC como dispositivo aplicável ao processo do trabalho, mas também não o rechaçou expressamente.

A questão é complexa e nos processos trabalhistas em que há uma fragilidade dos trabalhadores não seria conveniente e legítima a admissão de que se abarcassem na coisa julgada as questões prejudiciais. Por exemplo, se o reclamante em face do empregador solicitar uma determinada parcela, como uma cesta básica paga aos demais trabalhadores, referente ao um contrato de trabalho em que o contrato em si torna-se controverso pela impugnação do réu, mas diante da ausência de testemunhas do autor, que desde o início estavam arroladas para se manifestarem sobre a cesta básica, ao não comparecer na audiência a pretexto da existência de um contraditório efetivo, dado a oportunidade das testemunhas comparecerem, seja proferida uma decisão de improcedência da condenação em cesta básica com a declaração de inexistência da relação de trabalho como questão prejudicial. Essa situação agrava-se, visto que a informalidade do processo do trabalho sequer exige que as partes sejam representadas por advogados e o procedimento processual é diverso com a oitiva das testemunhas em audiência uma, nos termos do artigo 835 da CLT⁸⁰⁵. No mínimo, não seria admissível a audiência una e um prazo razoável teria que ser dado para o autor e réu produzirem provas, atrasando ainda mais a pauta das varas do trabalho. Além disso, por aplicação do princípio da primazia da realidade, os documentos não são as únicas formas de comprovação de um contrato do trabalho que pode e deve ser comprovado por testemunhas e outros meios e indícios de provas.

Da mesma forma, nas ações em que se discutem direitos coletivos em sentido amplo, tal prática deveria ser abortada ou tratada de maneira especial.

No caso da coletividade estar presente no polo ativo não é possível que a questão prejudicial tenha efeito de coisa julgada para prejudicar a coletividade nas hipóteses de

⁸⁰⁴O NCPC de 2015 preve em seus dispositivos hipóteses em que o pedido formulado pela parte pode ser compreendido de maneira elástica como ocorre no pedido genérico permitido pelo artigo 324 ou nas prestações sucessivas decorrentes da obrigação objeto do processo constante do artigo 323.

⁸⁰⁵“Art. 845 - O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas”.

ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos e nos coletivos e difusos apenas poderia se restringir ao aspecto coletivo, sem prejudicar direitos individuais decorrentes. Isso, obviamente, caso admitida a aplicabilidade do artigo 503 do NCPC ao microsistema de tutela coletiva. Mantida a situação atual sem que a coletividade esteja no polo passivo.

Se a coletividade estiver no polo passivo mantém-se o sistema de privilégio da posição da coletividade no polo ativo, o que permitirá a coisa julgada da questão prejudicial favorável aos direitos individuais homogêneos e para ambos os polos na postulação de direitos difusos e coletivos no polo ativo no plano coletivo, sem afetar os direitos individuais daqueles que tem o interesse representado no polo ativo da ação.

Se grupo, classe ou categoria encontrar-se também no polo passivo de uma ação civil pública, a melhor opção seria uma alteração legislativa que em hipótese alguma se consolidaria coisa julgada de questões prejudiciais, no intuito de inviabilizar a discussão futura da matéria coletiva, ou seja, deve ser permitida a ampla discussão de questões prejudiciais quando envolver a coletividade em ambos os polos.

Na hipótese de uma ação coletiva passiva diversa da ação civil pública, a questão prejudicial, em tese, atualmente, fará coisa julgada favorável ou contra a coletividade se preenchido os requisitos do artigo 503 do NCPC. O ideal seria que somente pudesse ensejar coisa julgada em benefício da coletividade (no polo ativo ou passivo) e se a discussão for entre grupos, jamais faria coisa julgada.

Em Portugal, o Decreto Lei nº 446/95, ao tratar da impugnação a cláusulas contratuais gerais que são impostas a uma das partes sem negociação prévia, por meio de ação inibitória do uso ou recomendação das disposições, permite aos interessados que não participaram do processo usufruir do benefício da declaração incidental de nulidade da cláusula, ainda que tal fato não seja solicitado expressamente pelas partes originárias. Todavia, é possível no caso concreto ser comprovado por quem aproveite que a cláusula estipulada não violou a boa-fé dada as circunstâncias e peculiaridades do caso, como também não se admite o aproveitamento da coisa julgada pelo demandante do novo processo ou pelo demandado (do novo e antigo)⁸⁰⁶, mas tão somente o aproveitamento da declaração incidental de nulidade da cláusula, em seu artigo 32:

“Artigo 32.

Consequências da proibição definitiva

1 - As cláusulas contratuais gerais objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas

⁸⁰⁶Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, cit., p. 280-283.

em contratos que o demandado venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas.

2 - Aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, nos termos referidos no número anterior, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

3 - A inobservância do preceituado no n.º 1 tem como consequência a aplicação do artigo 9.º⁸⁰⁷.

Isso demonstra a viabilidade por política legislativa da adoção da projeção dos efeitos do julgamento de uma questão prejudicial em benefício da coletividade.

Interessante ressaltar que se for uma ação civil pública dada a repercussão dos efeitos sobre a coletividade, ou seja, grupo, classe ou categoria, seria preferível a admissão de uma reconvenção (o que sempre foi polêmico nas ações civis públicas) do que a coisa julgada da questão prejudicial.

Nas demais questões em que a coletividade se encontra no polo ativo, é salutar que a questão prejudicial desfavorável também não vincule os grupos por questão de isonomia e a necessidade de amplo debate dessas questões para preservar uma melhor prestação jurisdicional com reflexos na coletividade.

3.1.2. Limites subjetivos da coisa julgada

Durante o período pós-queda do Império Romano Ocidental não tinha muito sentido o estudo da coisa julgada sob o aspecto subjetivo, pois, como as decisões eram decorrentes dos anseios da divindade, isso impedia discussões e evasões dos seus efeitos, dada a influência do direito germânico, passando, posteriormente, a ser analisada caso a caso ao término do período medieval, na medida em que os terceiros fossem afetados de maneira acessória ou conexa com a discussão travada no processo. Em momento subsequente, aparece a teoria da representação de Savigny, absorvendo terceiros que de alguma forma fossem representados no processo por uma das partes que funcionaria como o guardião de seus interesses ou na presença dessa representação fossem considerados parte na demanda. Em contraposição a essa última teoria surgiu a dos efeitos diretos e indiretos dos atos jurídicos de Ihering que, por sua vez, aprimorada pelos pesquisadores germânicos derivou na teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada ao abarcar também terceiros⁸⁰⁷.

Quando a sentença declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou promove a constituição ou desconstituição dela, é facilmente perceptível a existência de

⁸⁰⁷Cf. SANTANA, Anna Luisa Walter de. Limites subjetivos da coisa julgada e os reflexos em relação a terceiros. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 4, n. 1/2, 2015. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1382>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

uma eficácia geral da decisão que deve ser respeitada por todos⁸⁰⁸.

A teoria da eficácia reflexa da coisa julgada explica o fato de terceiros detentores de relações jurídicas conexas com a discutida no processo serem atingidos pela coisa julgada material enquanto a eficácia direta englobaria apenas os que participaram efetivamente do processo e se submeteram ao contraditório^{809 810}.

No Brasil, o direito processual foi influenciando diretamente pela doutrina de Liebman, que defendia uma diferenciação entre a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada em que os efeitos da decisão se tornariam imutáveis, ou seja, seria uma qualidade da decisão proferida que se restringiria às partes únicas afetadas pela coisa julgada. Os terceiros, nesse caso, poderiam se insurgir contra o conteúdo da sentença, desde que fossem detentores de interesses jurídicos decorrentes de prejuízos de igual natureza (jurídicos) e não meramente fáticos, demonstrando a “injustiça da decisão”. Assim, existiriam em relação ao processo terceiros: com interesses jurídicos iguais aos das partes que, como não integraram a relação processual, não são vinculados pela coisa julgada; com interesses jurídicos conexas (vínculo de dependência e prejudicialidade) e, portanto, englobados pela eficácia reflexa da decisão também denominada de indireta que não se confunde com a meramente fática e direta da sentença, uma vez que implica em certas mutações jurídicas, motivo pelo qual são autorizados a funcionarem como assistentes simples das partes, a apresentarem recurso de terceiro prejudicado e até mesmo

⁸⁰⁸“Precisamente porque la eficacia material de la cosa juzgada se resuelve en la declaración de certeza o en la constitución de una relación jurídica, y por ello se despliega fuera del proceso, dicha eficacia se manifiesta en relación a todos, no sólo en relación a las partes, en el sentido de que en relación a todos se fija la tal relación” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., v. 1, p. 140).

⁸⁰⁹“en cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definitiva en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia de reflejo también en relación a ellos; por eso la limitación a las partes de la cosa juzgada (que es un modo de expresar, con referencia a los sujetos de la litis, su limitación a la litis decidida), se suele hoy referir a la eficacia directa, y se distingue la eficacia directa, que sólo atañe a las partes, de la eficacia refleja, que atañe también a los terceros. Naturalmente, la tal eficacia refleja se traduce en un beneficio o perjuicio práctico únicamente si los terceros son sujetos de relaciones jurídicas conexas con las definidas en el juicio (supra, n.15), por lo cual todavía en orden a la eficacia refleja de lo juzgado suelen dividirse los terceros en terceros jurídicamente indiferentes y terceros jurídicamente interesados. El prototipo del tercero jurídicamente interesado, en orden al cual la sentencia ejerce su eficacia, es el sucesor a título particular en la relación litigiosa” (Id. *Ibid.*, p. 140-141).

⁸¹⁰“Al final del siglo pasado y al principio de éste, la doctrina alemana y la italiana habían puesto de relieve una distinción entre la eficacia directa de la cosa juzgada, que vale para las partes, y la eficacia refleja, que alcanza indirectamente a los terceros a consecuencia de la conexión de la relación jurídica de ellos con la relación jurídica sobre la cual la sentencia ha pronunciado. Para la mayor parte de los autores esta eficacia refleja estaba, contenida en límites restringidos. Se separó de ella, en cambio, un grupo de escritores más audaces, los cuales sostuvieron que la norma, que dispone la limitación de la autoridad de la cosa juzgada a las solas partes, valiese precisamente y tan sólo en cuanto a la eficacia directa, mientras la eficacia refleja pudiese expandirse sin obstáculos a aquellos terceros cuyas relaciones jurídicas son conexas o dependientes del objeto de la sentencia. Así el problema quedaría resuelto del modo más simple: todos los terceros estarían sujetos a la cosa juzgada, en la medida en que la sentencia ajena pudo influir sobre sus relaciones” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 601-602).

a ação rescisória; indiferentes sob o ponto de vista jurídico e afetados pela sentença de acordo com seus efeitos naturais de índole fática (com ou sem reflexos econômicos) e direta. Liebman não admitia a diferenciação de eficácia direta e reflexa⁸¹¹, visto compreender tudo ser eficácia natural da sentença⁸¹², que atingindo os terceiros não cobertos pela coisa julgada abriria a oportunidade deles discutirem a questão por não terem participado do contraditório⁸¹³ ⁸¹⁴e, uma vez transcorrido o prazo para a impugnação ou se

⁸¹¹Liebman discorda da teoria reflexa: “La razón del diverso trato dado a las partes y a los terceros es intuitiva, está en juego el principio del contradictorio, que aun cuando por snobismo se prescinde de él por muchos escritores, es considerado justamente determinante por el legislador y, como veremos, por la Corte constitucional: los terceros, al no haber participado en el proceso, no han podido hacer conocer al juez sus razones y sus pruebas; en otros términos, no han podido defenderse. La sentencia, pronunciada sin su participación, puede ser eficaz también respecto de ellos, aunque no esté —para ellos— cubierta por la autoridad de la cosa juzgada, esto es, a condición de que se conceda a los mismos hacer valer, aunque sea con retardo y en otra sede, las razones que habrían podido plantear y eventualmente probar en el juicio en defensa de su derecho, con la consecuencia de que, si la discusión resulta convincente, la sentencia, con respecto a ellos, sea desaplicada y la demanda que se fundaba sobre la misma sea rechazada (cfr. anteriormente ns. 379, 393)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 603).

⁸¹²Cf. SANTANA, Anna Luisa Walter de. op. cit.

⁸¹³“Por eso, debemos volver algunos pasos atrás en el tiempo y detenernos en aquel momento fundamental en la evolución de las doctrinas, que está constituido por un pensamiento del procesalista alemán Adolf Wach, del cual arrancaron las diversas corrientes de la teoría moderna de la sentencia y de la cosa juzgada, comprendida la de la eficacia refleja: “Cuando una sentencia” —afirmó él— haya sido pronunciada entre los legítimos contradictores, la cosa juzgada entre las partes se produce, en cuanto tal, respecto a todos”. También Chiovenda puso este principio en el centro de su sistema de los “límites subjetivos”, pero (demostrando una vez más ser el más equilibrado) lo completó con una limitación que rebeló con el tiempo su importancia: “Todos están obligados a reconocer la cosa juzgada entre las partes; pero no pueden ser perjudicados por ella”, y “por perjuicio no se entiende un perjuicio de mero hecho, sino un perjuicio jurídico”. El ponía así ante litteram, el fundamento a la jurisprudencia de la Corte constitucional: perjuicio jurídico es aquel que sufre un sujeto, si no se le da la posibilidad de hacer valer su derecho en un proceso regular, con la facultad de defender su posición jurídica con los medios de defensa que le competen y con las pruebas de que dispone. Tal sería la situación de los terceros que afirman ser titulares de un derecho o de un estado incompatible con el pronunciamiento contenido en la sentencia, o que son titulares de una relación lógicamente dependiente de la que fue objeto de la sentencia, si estuvieran sujetos a la autoridad de la cosa juzgada, aunque sea refleja o mediata o en cualquier otro modo disfrazada. Deben estar exentos de ella.

Recordando a este respecto la distinción entre la eficacia de la sentencia y la autoridad de la cosa juzgada y recordando que a la primera están sujetos todos los terceros, pero no a la segunda, la conclusión a la que se llega es que los terceros de las dos categorías mencionadas están legitimados para defender sus razones ya sea con la oposición ordinaria de tercero (art. 404, primer apartado; cfr. anteriormente, n. 379), ya sea en cualquier proceso en que les sea opuesta la sentencia, hasta obtener —en caso de victoria— el reconocimiento de su buen derecho con la desaplicación de la sentencia respecto de ellos (cfr. anteriormente, n. 393)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 605-606).

⁸¹⁴“A exigência da oportunidade de participação do processo é essencial para atendimento do princípio do contraditório e formação regular da coisa julgada material. Nesse sentido, é o exemplo típico da formação da coisa julgada nas ações de estado que envolve direito de terceiros, exigindo-se a citação, na forma do art. 472, in fine, do CPC. Ora, hoje já é possível que a procedência de investigação de paternidade nos idos dos anos de 1970 possa ser revista em uma ação proposta por um terceiro com o fito de relativizar a coisa julgada firmada entre as partes primitivas, mas é fato que não houve coisa julgada contra o terceiro que não participou do processo. Assim, a sentença produz eficácia erga omnes, e os terceiros citados na ação não poderão discutir a matéria decidida em outros processos, ainda que experimentem prejuízos decorrentes da sentença. Todavia, não haverá coisa julgada contra o terceiro que não participou de nenhum modo da lide. Não havendo o crivo do contraditório, a coisa julgada não poderá ser oponível contra quem não participou do processo. Essa assertiva poderia levar a se entender que nos casos de legitimação extraordinária (quem, por disposição legal, atua em nome próprio na defesa de interesse alheio) não haveria coisa julgada, mas há. É que o substituto processual faz as vezes do substituído, operando-se igualmente a coisa julgada. Também o sucessor entre vivos ou causa mortis passa a ocupar a posição jurídica do sucedido, inclusive com os

ela fosse improcedente, consolidariam essa situação prejudicial.

Os sucessores e os substituídos, apesar de não figuraram no processo diretamente, são atingidos pelos efeitos da coisa julgada, pois são “substituídos” em juízo pelo titular do direito no primeiro caso e pelo substituto processual, o que atribui a eles a condição de parte ou de sujeito equivalente à parte⁸¹⁵.

Como pondera Carnelutti:

“A veces opera en el proceso la parte misma en sentido material, en cambio, otras veces lo hace una persona distinta de ella, pero que tiene con ella una determinada relación. Se entiende que esta relación debe ser tal, que la haga idónea para dicha operación, En tales casos es conveniente hablar de parte indirecta en contraposición con la parte directa; la noción de la parte indirecta presenta, por lo tanto, una escisión entre la parte en sentido material y la parte en sentido procesal. Las figuras de parte indirecta son dos: representante y substituto”⁸¹⁶.

A diferença entre o substituto e o representante processual é de que o primeiro atua em nome próprio, defendendo o interesse e direito da parte, e o representante, ao defender o interesse e direito do representado, atua não em nome próprio, mas dentro dos limites legais ou contratuais, como se se fosse o próprio representado⁸¹⁷.

É exatamente pelo fato do representado e do substituído terem seus direitos e interesses defendidos em juízo, respeitado o contraditório, que serão atingidos pela coisa julgada. Por isso a interpretação do artigo 506 do NCPC, ao expressar que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros” os engloba.

Diante dessa ideia de necessária representação de interesses e da própria parte no processo para atender ao contraditório e ao devido processo legal, a fim de que aquilo que foi decidido ser atingido pela autoridade da coisa julgada impeditiva de sua mutabilidade se insere a necessidade de se possibilitar que uma coletividade seja adequadamente representada em juízo por meio de um “porta voz”, em que os interesses da coletividade fossem defendidos como se ela própria estivesse em juízo e devido a isso vincule a todos os efeitos da coisa julgada.

A representatividade adequada funcionaria como uma representação em sentido lato, em que a coletividade por meio do representante orgânico estaria presente por ficção jurídica na relação jurídica processual.

efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, nos limites da força dos bens ou direitos recebidos.” (SOARES, Marcelo Negri. Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil, cit.).

⁸¹⁵Cf. SANTANA, Anna Luisa Walter de. op. cit.

⁸¹⁶CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 175.

⁸¹⁷“Hay representación cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte en sentido material se debe a un acto de ella, ya la encargue de actuar en su lugar en el proceso, ya la encargue de realizar otros actos en orden a los cuales la ley la conceptúa idónea para actuar en el proceso en lugar de su representado” (Id. Ibid., p. 175-176).

As exceções ao respeito do contraditório para que haja coisa julgada entre as partes pressupõe que a decisão seja favorável àqueles que não foram citados, para poderem participar diretamente ou indiretamente da relação processual, como ocorre no artigo 332⁸¹⁸ do NCPC, quando imediatamente se promove uma decisão de improcedência em face do autor, contudo, nada impede a alteração, ou melhor, o aprimoramento do devido processo legal para adequar o respeito ao contraditório às peculiaridades da presença da coletividade no polo passivo. Nessa toada ainda existe a previsão do artigo 506 do NCPC, ao prever em seu enunciado: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, ou seja, nada obsta que venha a beneficiar, mas a questão é por demais polêmica, sendo recomendável a previsão em lei para expressamente consignar as hipóteses pertinentes, dando maior organicidade e segurança ao sistema processual.

É possível identificar, por exemplo, como benefício a ser implementado pelo legislador para o ordenamento jurídico brasileiro o uso de uma perspectiva da supracitada *issue preclusion* do sistema americano, proporcionando o elastecimento dos limites subjetivos da coisa julgada em benefício de terceiros, no que se refere às questões prejudiciais relativas à culpa no âmbito de responsabilidade civil nas ações de danos em massa, estes decorrentes de um único ato, como acidentes de veículos de transporte de passageiros de caráter aéreo, terrestre ou fluvial, sendo que, na hipótese de inúmeras condenações da empresa responsável, não haveria sentido em protelar todos os processos com a apresentação de contestações idênticas, sob o argumento de que a coisa julgada se restringe às partes. Essa situação seria tolerável na medida em que o réu teve toda a oportunidade de produção de provas, contraditório e instrumentos processuais de defesa ao seu dispor, fracassando sistematicamente na demonstração de sua ausência de culpa em eventual acidente de reflexos coletivos⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

⁸¹⁹ Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana, cit., p. 124.

Nas hipóteses em que o dano coletivo deriva de uma causalidade comum ou genérica, mas não consubstanciada num único ato, como os acidentes acima comentados, também é possível identificar benefícios para o uso da *issue preclusion*, ao consagrar o impacto e consequências do contato com produtos tóxicos como, por exemplo, o uso do amianto ter como resultado futuro o câncer em ações envolvendo a mesma empresa, pois a questão prejudicial seria a mesma, bastando a demonstração de outros elementos e circunstâncias particulares do autor para demonstrar que essa teria sido a causa pelo tempo de exposição, atributos genéticos etc⁸²⁰.

Por óbvio, o uso da *issue preclusion* seria admitido quando a situação não tivesse sido objeto de uma ação coletiva ou incidente de resolução de demandas repetitivas, a depender de alteração legislativa nacional, sempre observando a existência de vários processos semelhantes e não como nos EUA, onde basta o julgamento de um único processo anterior⁸²¹, sendo certo que, no Brasil, essa situação pode ser equilibrada com o uso da prova emprestada⁸²², numa acepção ampla, desde que respeitado o contraditório.

No processo do trabalho, os benefícios seriam inúmeros em relação a danos materiais e morais decorrentes de trabalho em meio ambiente contaminado ou em virtude de acidentes de trabalho relacionados a um único evento ou decorrente da forma de gestão da empresa e da administração de seus meios de produção.

A *issue preclusion* no sistema americano inicialmente vinculava apenas as partes do processo, aplicando-se o princípio denominado de *mutuality* (reciprocidade), ou seja, apenas quem foi atingido pela coisa julgada poderá, aliado à impossibilidade de rediscussão da questão, usufruir de seus efeitos externos ao processo. Essa conformação impedia a alegação da coisa julgada por um terceiro a seu favor em relação a um réu que foi atingido pela coisa julgada em outro processo semelhante. Todavia, no ano de 1942, no caso *Bernhard verss Bank of America*, a Suprema Corte da Califórnia permitiu o uso da *issue preclusion* em defesa da parte em processo diverso do qual ela teria se formado, sendo sacramentado o desuso desse princípio (*mutuality*), em 1971, no caso *Blonder-Tongue Laboratories versus University of Illinois*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos⁸²³.

A jurisprudência não era uniforme quanto ao uso por terceiros da *issue preclusion*, mas admitia de maneira mais pacífica quando era utilizada como defesa do terceiro (réu no

⁸²⁰Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 124-125.

⁸²¹Cf. Id. Ibid., p. 125.

⁸²²O artigo 372 do NCPC dispõe “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

⁸²³Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 119-120.

novo processo) em relação ao autor, este vinculado pela coisa julgada em processo anterior e, conseqüentemente, pela decisão de uma questão prejudicial num outro processo. Na situação inversa, em que o autor do novo processo desejasse utilizar-se dos efeitos vinculantes da decisão da questão prejudicial em face do réu que já teria sido consolidada em processo alheio aos autos foi admitido apenas em 1979, pela Suprema Corte americana, no caso *Parklane Hosiery Co. versus Shore*, sob algumas condições como, por exemplo, a demonstração de que o réu pôde no processo anterior debater e se defender de maneira ampla, sem restrições indevidas ou que não haja decisões contraditórias, ou seja, inexistir mais de um processo em que a parte afetada pela coisa julgada ora foi condenada, ora foi absolvida em face da mesma questão prejudicial⁸²⁴.

Na atualidade, existem diversos condicionantes para o uso da *issue preclusion*, sendo reconhecida em caráter amplo no sistema americano, ao beneficiar terceiros alheios ao processo na imposição da questão prejudicial em relação a autores e réus do processo anterior, mas pode ceder quando diante de circunstâncias especiais que autorizariam uma nova análise da questão. Deve ser ponderada, ainda, a identidade da questão, a existência de controvérsia no processo original e a essencialidade para a decisão judicial como usual para as próprias partes beneficiarem-se desse efeito⁸²⁵.

A maior preocupação na *issue preclusion* no sistema americano é o uso da questão prejudicial por terceiro em face do réu participante de um processo anterior, pretendendo o autor do novo processo facilitar sua posição processual, ao buscar a condenação do mencionado réu já vinculado a uma decisão em que a questão prejudicial já foi amplamente discutida. Parte das críticas decorrem do incentivo à inércia dos interessados, na espera de que alguém venha a defender interesses semelhantes em juízo e, posteriormente, possam se beneficiar das questões prejudiciais analisadas nos processos, sem a possibilidade de serem prejudicados pelo resultado da demanda, bem como do aumento da litigiosidade para a solução das questões prejudiciais, mas isso não inviabiliza o instituto. De outro lado, consolidou-se o entendimento de que o uso desse instituto serve apenas para beneficiar o terceiro e jamais prejudicá-lo, pois não participou da relação processual anterior, não podendo, por conseguinte, defender seus direitos e interesses de maneira ampla, como os autores e réus do processo anterior utilizado como paradigma⁸²⁶.

Essas reformas seriam paralelas ao objeto dessa pesquisa que se foca na

⁸²⁴Cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 121.

⁸²⁵Cf. Id. Ibid., p. 122.

⁸²⁶Cf. Id. Ibid., p. 122-123.

representatividade da coletividade no polo passivo e sua vinculação à coisa julgada, como se observará nas próximas linhas.

3.1.3. Coisa julgada e litispendência: efeito *in utilibus* na ação civil pública

No âmbito coletivo, os limites objetivos da coisa julgada não diferem do aplicado nos processos comuns, uma vez depender do que for decidido de acordo com o pedido e a causa de pedir, com uma alteração no que se refere à ampliação do acobertamento das questões prejudiciais expressamente decididas com o término do período de *vacatio legis* do NCPC, de 2015, como já foi exposto nas linhas acima.

A grande questão das ações civis públicas passivas e ações coletivas passivas acaba sendo a definição do polo passivo dessas ações e, em se tratando de uma coletividade, o seu representante adequado, pois interferirá nos efeitos subjetivos da coisa julgada no processo, motivo pelo qual se dedicou todo o capítulo antecedente ao assunto.

Ocorre que diferentemente dos paradigmas individualistas que impedem que a coisa julgada se projete sob o aspecto subjetivo em relação a pessoas que não participaram diretamente da relação processual, nos processos coletivos a eficácia e instrumentalidade desse mecanismo de solução de controvérsias e pacificação social depende desse elastecimento subjetivo dos efeitos da coisa julgada para atingir a coletividade (no polo ativo e no caso de nossa pesquisa no polo passivo), cujos interesses estão sendo apreciados pelo Poder Judiciário⁸²⁷.

O principal dispositivo a tratar dos efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas é o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor:

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

⁸²⁷Cf. FURLAN, Alessandra Cristina. O instituto da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1453>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.
§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

Além das peculiaridades relativas aos efeitos da coisa julgada em relação a terceiros, destaca-se o disposto nos parágrafos, do artigo 103, do CDC, no tocante à defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no polo ativo da ação, como diferencial em relação às demandas individuais.

O § 1º, ao especificar “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”, que se referem aos direitos difusos e coletivos, deixa claro que se a ação coletiva for de improcedência, ainda que apreciada com suficiência de prova, tal fato não impedirá o ajuizamento de ações individuais pelos membros da coletividade e ainda autorizariam a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos.

O § 2º deixa isso mais transparente, ao especificar que, na hipótese da defesa de direitos individuais homogêneos coletivamente no polo ativo, a improcedência somente impedirá eventuais assistentes litisconsorciais ou litisconsortes propriamente ditos, o que além de autorizar as ações individuais demonstra que o resultado negativo na defesa dos direitos difusos e coletivos não afeta a postulação dos individuais homogêneos.

O § 3º, na realidade, reproduz o raciocínio acima declinado, pois a decisão proferida, nos termos do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, trata de direitos difusos e coletivos e não de individuais homogêneos que podem ser pleiteados por um legitimado coletivo, sendo essa a compreensão do preceito, ao preconizar “não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código”. O legislador vai mais além, ao asseverar no conteúdo normativo do parágrafo que “se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”, ou seja, há uma previsão expressa da lei para que a coisa julgada de procedência nas ações em que os direitos difusos e coletivos defendidos no polo ativo englobe todos os indivíduos pessoalmente afetados por danos quantificáveis, bastando a promoção da liquidação e execução desse título executivo. Isso decorre da política legislativa de tutela coletiva aliada à economia processual, à celeridade e à razoabilidade do uso *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada. Essa opção do legislador estabelece uma exceção à impossibilidade de vinculação pela coisa julgada entre ações com pedidos e causa de pedir diversos⁸²⁸, com diferença de

⁸²⁸Cf. FURLAN, Alessandra Cristina. op. cit.

tratamento quando for improcedente (não gera título executivo) e procedente (constitui título executivo).

É importante salientar que se não houvesse a previsão legislativa de diferenciação entre o resultado positivo e negativo da decisão proferida na tutela de direitos difusos e coletivos, seria possível compreender uma vinculação ampla no resultado da ação de defesa de direitos difusos e coletivos (procedência) sob uma perspectiva de continência⁸²⁹, em que no pedido delas se pretende a recomposição do dano a esses interesses em sua completude, ou seja, o ressarcimento aos danos individuais é pressuposto da recuperação do bem jurídico lesado e de acordo com a consagração do resultado prático equivalente tendente a uma recuperação ou ressarcimento total da lesão.

O caso do § 4º, ao determinar a sistemática de liquidação e execução no âmbito civil dos danos individualmente sofridos pelas pessoas, em virtude de um ato ofensivo à coletividade reputado como delito criminal, transformando a sentença penal condenatória num título executivo similar à sentença condenatória genérica ou decorrente da procedência de ações civis públicas em defesa de direitos difusos e coletivos amplia para o âmbito dos processos coletivos o dever de indenizar o dano sofrido pelas vítimas de crimes como efeito decorrente da sentença condenatória, o que já se encontra previsto nos artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal, sendo certo que no artigo 387, IV, do mesmo diploma, especifica o arbitramento do dano como um dos elementos que deve figurar na sentença, mas tal valor não substituirá a recomposição integral do dano a ser apurado em liquidação.

Quando o litisconsorte participa da ação coletiva (discussão de direitos individuais homogêneos) é importante ressaltar que a sua vinculação à coisa julgada se dá da maneira tradicional, qual seja, *inter partes*⁸³⁰.

Na hipótese do uso do resultado *in utilibus* da ação civil pública de procedência na defesa dos direitos difusos e coletivos é possível utilizar-se da sistemática do artigo 104, do CDC, com a solicitação da suspensão da ação individual até pronunciamento na coletiva ou,, mesmo se já houver uma solução coletiva declarar na ação posteriormente proposta a

⁸²⁹A compreensão da continência externada pela doutrina possibilita um melhor visualização do raciocínio ora apresentado:

“La relación entre litis o negocio y proceso se denotó ya con la fórmula, metafórica pero muy cómoda, de la relación entre contenido y continente. Continencia del proceso es, por tanto, un nombre igualmente cómodo para expresar tal relación”. (CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 384).

“Una litispendencia parcial, con consecuencias análogas se verifica en el caso de continencia de la causa, que es la relación entre dos acciones, una de las cuales, más amplia, contiene en sí a la otra: idénticos los sujetos y la causa petendi, sólo el petitum es diverso, porque en una de ellas es mayor y comprende en sí el de la otra” (LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 56-57).

⁸³⁰Cf. FURLAN, Alessandra Cristina. op. cit.

ausência de interesse de agir, bastando promover a liquidação e a execução em face da ação coletiva de procedência⁸³¹, salvo se expressamente desejarem se submeter apenas aos efeitos da ação individual já distribuída ou posteriormente ao ajuizamento da ação coletiva vierem cientes do trâmite coletivo apostar na solução individual.

Alcidez A. Munhoz da Cunha relata que o CDC “teve por escopo principal explicitar a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada em cada caso”, apesar de corrente, especialmente alienígena, defender a não diferenciação entre os interesses coletivos e difusos⁸³².

Ainda que se ajuízem ações coletivas na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, eventual ação individual restrita à discussão de reflexos meramente particulares na órbita de uma pessoa física ou jurídica, não induz litispendência, visto implicar na discussão de um objeto divisível (bem jurídico), mesmo que haja similitude de fundamentos fáticos e jurídicos relacionados com uma lesão ou ameaça de lesão à coletividade⁸³³.

Apesar da não identidade entre as ações, o legislador idealizador do CDC, no intuito de impedir decisões conflitantes, estabeleceu diversos critérios incentivando o autor individual a exercitar a faculdade de solicitar a suspensão da ação individual, aguardando o resultado de eventual ação coletiva ajuizada, caso contrário, não se aproveitaria de eventual procedência da ação coletiva, seguindo o resultado da demanda individual ou, ainda, se desejar não se beneficiar apenas do efeito benéfico da coisa julgada favorável ao ingressar como litisconsorte, vincular-se-ia à ação coletiva, debatendo direitos individuais homogêneos ao resultado da demanda⁸³⁴.

Para Alcides A. Munhoz da Cunha:

“A eficácia *ultra partes*, para o Código do Consumidor, é mais restrita do que a eficácia *erga omnes*, porque esta última não tem limites subjetivos definidos, enquanto que aquela só interessa aos componentes do grupo, classe ou categoria que integram a lide”⁸³⁵. (destaques no original)

Em relação aos processos coletivos que seguem o processo ordinário comum do NCPC, não será possível recusar litispendência entre ações idênticas, ou seja, mesma parte, pedido e causa de pedir.

⁸³¹Cf. FURLAN, Alessandra Cristina. op. cit.

⁸³²Cf. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil, cit., p. 229.

⁸³³Cf. Id. Ibid., p. 234-235.

⁸³⁴Cf. Id. Ibid., p. 235.

⁸³⁵Id. Ibid., p. 231.

A litispendência de uma ação civil pública somente ocorre se houver o mesmo pedido, causa de pedir e o mesmo grupo esteja representado no polo passivo e no polo ativo. Neste último caso, a litispendência somente ocorrerá se no polo ativo encontrar-se um dos legitimados previstos na LACP.

O ponto mais polêmico para visualizar a identidade das ações coletivas passivas em geral que também afetará as ações civis públicas passivas consiste na parte presente no polo passivo. Isso se dá devido à necessidade de precisar qual o grupo representado no polo passivo e a extensão subjetiva da relação processual.

Diferentemente das ações civis públicas em que há representantes eleitos pela lei para propiciar efeitos especiais da coisa julgada, afastando a litispendência em várias situações, as ações coletivas que seguem o rito ordinário ou especial vinculam no polo ativo e passivo a coletividade representada adequadamente em juízo plenamente, contudo, apenas em relação ao grupo representado e delimitado nos polos da ação.

Apesar da amplitude dos efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas sob a perspectiva do polo ativo na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no polo passivo restringe-se a abarcar, da mesma forma, a coletividade representada adequadamente, ou seja, o grupo representado e delimitado no polo passivo da ação.

A disposição do inciso IX, do artigo 75, do NCPC, admite o ajuizamento por e em face de associações de fato. Assim somente quem figurar nos polos será abarcado pelo efeito da coisa julgada e tal ação induzirá litispendência em outras demandas que sigam o procedimento ordinário comum ou especial diverso da ação civil pública, podendo existir até várias ações em face de grupos diversos no polo passivo, como, por exemplo, na hipótese de invasões de grupos desvinculados de sem terras a várias fazendas, mas não em relação ao mesmo grupo objeto de uma ação possessória.

Nas ações civis públicas, a delimitação dos limites objetivos e subjetivos da lide enseja uma operação mais complexa do que a decorrente das relações jurídicas meramente individuais⁸³⁶ e interfere com a identificação do representante adequado para cada caso concreto.

⁸³⁶“Ora, em se tratando de direitos metaindividuais, a extensão da coisa julgada deve necessariamente obedecer a contornos próprios, ditados pela natureza dos bens defendidos. Estas são, acredita-se, as razões pelas quais o legislador houve por bem modificar, de forma revolucionária, o conceito de coisa julgada, ao tratar das ações coletivas, inserindo nas leis que disciplinam a matéria a ideia de que os efeitos do instituto vão além do círculo das partes envolvidas na contenda, ou seja, criando a imutabilidade os efeitos da sentença *erga omnes e ultra partes*” (GOMES, Domingos Taciano Lepri. Da constitucionalidade do art. 16 da Lei de ação civil pública. Limitação da coisa julgada no âmbito territorial do órgão prolator. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 38-39).

Além disso, a formação da coisa julgada, a identificação do legítimo representante da coletividade, as hipóteses de litispendência entre ações e outras questões relevantes dependem da definição desses limites.

Como primeiro elemento a ser considerado, é relevante destacar que o que define o alcance da decisão proferida não é o limite territorial da competência do órgão prolator da decisão, mas sim os “limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”, como se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo, dissipando a polêmica da alteração do conteúdo do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública⁸³⁷.

⁸³⁷DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade (...)

(REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. EFEITO ERGA OMNES DA DECISÃO.

(...)

3. Corroborando a tese constante do Recurso Representativo de Controvérsia 1.243.887/PR, o Ministro Humberto Martins, ao se pronunciar sobre os efeitos da Ação Coletiva movida pelo Ministério Público Federal em benefício de pacientes portadores da Síndrome Mielodisplásica, sustentou em seu voto no REsp 1.518.879/PR, julgado na sessão ordinária de 19.5.2015, que, no que se refere à abrangência da sentença prolatada em Ação Civil Pública relativa a direitos individuais homogêneos, os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. Como supedâneo para sua decisão, o Ministro Humberto Martins invocou os seguintes precedentes: REsp 1.344.700/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 3.4.2014, DJe 20.5.2014, e REsp 1.005.587/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.12.2010.

(...)

(AgRg no REsp 1545352/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016).

Apesar da consagração dos limites objetivos com eficácia *erga omnes* da sentença ainda há certa discussão sobre a extensão subjetiva da ação, pois ora os julgados defendem a afetação de todos os associados, ora de todos os substituídos, mas isso acaba se justificando em virtude dos pedidos formulados e das diferenças de tratamento quando se cuida de uma ação meramente coletiva de representação dos associados e uma ação civil pública propriamente dita ou um mandado de segurança coletivo. Cite-se: englobando todos os substituídos em ação civil pública ou mandado de segurança coletivo há respectivamente o AgRg no REsp 1380787/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014 e AgRg no AREsp 322.064/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 14/06/2013, enquanto, no tocante aos efeitos da sentença atingirem todos os associados em ação coletiva, existe o AgRg nos EDcl no REsp 1419350/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014.

Os fundamentos jurídicos que integram a causa de pedir podem ensejar um pedido processual atinente a uma prestação processual específica e um pedido material de recomposição ou defesa do bem jurídico, sendo que um mesmo fato (causa de pedir fática) pode gerar pedidos diversos de índole material ou processual de acordo com a causa de pedir jurídica, motivo pelo qual não é hipótese de litispendência, mas sim de conexão, quando há a distribuição de três ações coletivas, a fim de tutelar cada um dos direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos e individuais homogêneos)⁸³⁸.

Felipe Silva Noya pondera que a “situação jurídica controvertida”⁸³⁹, dando razão a Fredie Didier Junior, é a medida principal para verificar a litispendência enquanto o pedido (material e processual) será um dos elementos para aferição da adequabilidade do “portavoz coletivo”⁸⁴⁰. Na realidade, a princípio, essa situação jurídica seria hipótese de conexão e não de litispendência em nossa ótica e também deve ser avaliado para a identificação do representante adequado para figurar no polo passivo da ação.

Como informa o artigo 55, do NCPC, de 2015: “reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”, acrescentando que “os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado” (§ 1º) e “serão reunidos para julgamento conjunto os processos

⁸³⁸Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 20-21.

⁸³⁹No Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero América a confusão é ainda maior estabelecendo a litispendência pelo bem jurídico tutelável ao ressaltar no artigo 30 que “a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir”.

No Projeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antônio Gidi no artigo 19 também há uma concepção de litispendência ampla em relação a controvérsia:

“Artigo 19. Litispendência

19. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva. (Vide art. 6)

19.1 O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva”.

No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Ada Pellegrini Grinover também é pouco clara a disposição que trata sobre conexão e litispendência entre ações coletivas:

“Art. 5º Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 20 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de conexão entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento deverá obrigatoriamente determinar a reunião de processos para julgamento conjunto.

§ 3º Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e II deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir”.

⁸⁴⁰Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 21-22.

que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles” (§ 3º).

Hipótese interessante é a continência do artigo 56, do NCPC, em que: “dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais”, complementando com a disposição do artigo 57, ao determinar “quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas”.

A regra para a análise dessas ações é o julgamento conjunto quando possível e deve consolidar a competência do juízo prevento para deliberar sobre a matéria, como se depreende do teor do artigo 58, do NCPC. Essa regra deve ser analisada de maneira sistemática, exigindo que, numa mesma área, com juízes com a mesma competência territorial somente um deles aprecie a questão. Quando os indivíduos e lesados residem em outra localidade, as ações individuais a fim de evitar prejuízos podem ser ajuizadas em suas residências.

A competência funcional para ajuizamento das ações civis públicas com a prevenção do primeiro juízo competente pela distribuição da demanda restringe-se, num primeiro momento, aos processos coletivos. Os individuais preferencialmente devem ser ajuizados no mesmo órgão jurisdicional devido à conexão, mas tal regra não deve ser aplicada sem mitigação, sob pena de restrição de acesso ao Poder Judiciário em benefício àquele que lesionou ou ameaçou direitos relevantes.

Ainda que a LACP diga que não há litispendência entre a ação individual e a coletiva na discussão de direitos individuais homogêneos, o que evidentemente ocorre é uma espécie de continência ou conexão, o que recomenda na medida do possível o ajuizamento via distribuição por dependência ao mesmo juízo ou a reunião das demais ações no mesmo órgão para manter a uniformidade do julgamento, mas isso não é essencial, pois o próprio sistema informa que a parte seguirá o destino da ação individual se não solicitar sua suspensão, o que a desatrela da ação coletiva. Ora, se a própria liquidação da ação coletiva pode ser realizada em outro juízo em benefício da vítima, da mesma forma, a distribuição da ação individual.

A polêmica sobre a sistemática dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações civis públicas é infundável, mesmo com as disposições expressas do CDC devido ao uso de expressões latinas e ao próprio conteúdo desses processos.

Na concepção de Diogo Campos Medina Maia, no sistema brasileiro, apesar da presunção absoluta do sistema *ope legis* de uma representação adequada, não há perfeita identidade entre a coletividade e o legitimado enquanto o critério americano (*ope judicis*) permite que o representante se confunda com o titular do direito material, propiciando uma melhor e mais eficiente defesa dos interesses coletivos, o que enseja, no Brasil, a “mitigação da coisa julgada” na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, atenuando sua vinculação *erga omnes e pro et contra* essencial para permitir nas ações coletivas passivas pacificação sem fragmentação dos efeitos da coisa julgada⁸⁴¹.

Discordamos parcialmente da conclusão do autor, que identifica a atenuação dos efeitos da coisa julgada ao sistema *ope legis* e a ausência de uma representação real, pois como a pretensão é a defesa de interesses coletivos no polo ativo da ação, implementa-se uma mais intensa tutela dos direitos da coletividade dessa forma do que por meio de um sistema de efeitos amplos e irrestritos da coisa julgada. Nessa concepção, entre o interesse individualizado de pessoas identificadas privilegia-se o interesse coletivo de maneira ampla, permitindo que prevaleça o maior valor na balança dos conflitos sociais.

Nessa seara, a coletividade no polo passivo ganha uma conotação diversa, que permite a sua vinculação aos efeitos da coisa julgada, uma vez que, por meio de atos comissivos ou omissivos de um grupo ou de pessoas não identificáveis de plano, direitos coletivos de outros grupos ou mesmo de particulares são maculados de maneira ilegítima, em situação equiparada ao abuso do direito de reunião⁸⁴² ou no exercício de direitos e prerrogativas, minorando direitos e prerrogativas alheios de outras entidades e indivíduos de maneira irrazoável.

Ora, a interpretação das normas varia a depender da forma que se exercem direitos de maneira legítima ou abusiva, por conseguinte, não se vislumbra irregularidade ou equívoco na valoração dos direitos coletivos, com a atribuição dos efeitos da coisa julgada sempre a favor dos interesses coletivos quando estes são violados em sua essência e a tutela não é alcançada por insuficiência de prova ou a massa de hipossuficientes é violada em seus direitos individuais homogêneos e, por conseguinte, encontram-se no polo ativo da ação civil pública.

Como a ofensa é direta a esses direitos, a simples previsão de que a improcedência da ação não fará coisa julgada, por exemplo, devido à insuficiência da prova produzida,

⁸⁴¹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 110-111.

⁸⁴²O direito ou liberdade de reunião estipulado pelo artigo 5º, XVI, da CF exige meios e fins pacíficos, por conseguinte, não resguarda grupos armados (Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 266-269).

por si só, gera no potencial ofensor a esses direitos uma intranquilidade benéfica, que, antes de macular a segurança jurídica, a assegura com eficiência assemelhada à previsão de penas para o cometimento de crimes no âmbito penal.

No caso dos direitos individuais homogêneos, se uma das justificativas para sua defesa em conjunto é a fragilidade do grupo, especialmente se o valor pecuniário da ofensa repartida entre os afetados não estimula a defesa desses direitos individualmente, a solução encontrada é extremamente adequada à questão posta. Não é significativo o impacto da ação coletiva de improcedência, ao não prejudicar o ingresso de ações individuais, pois serão poucos que as ajuizarão e os benefícios com a atribuição do efeito *secundum eventum litis* são maiores, com o desestímulo aos ofensores em praticar os atos ilegítimos do que a proteção de interesses meramente individuais ou setoriais, em detrimento de uma massa de indivíduos lesionados.

Jordão Violin reconhece que a comunicação do artigo 94 do CDC é relevante para o representante da coletividade na ação coletiva passiva, ao dar ampla publicidade do ajuizamento da ação, visto que além dos grupos serem menores do que os que geralmente são tutelados pela ação ativa, torna-se uma forma de reforçar sua legitimidade, propiciando que outros pretensos representantes compareçam em juízo para atuar em litisconsórcio ou no apoio estratégico e financeiro, bem como propiciar que o grupo afetado disponibilize ao representante provas para a defesa do interesse cujo julgamento atingirá a todos⁸⁴³.

Curiosamente, apesar da relevância da comunicação estabelecida no artigo 94 do CDC, não só no ajuizamento da ação ela é necessária como também depois que a sentença for proferida e, em especial, depois de seu trânsito em julgado, no intuito de que as partes exercitem o direito de execução individual até mesmo para viabilizar o reconhecimento de eventual prescrição incidente sobre os direitos individuais homogêneos, frise-se, é necessária a comunicação ampla para o início do prazo quinquenal⁸⁴⁴.

⁸⁴³Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 135-136.

⁸⁴⁴PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA N. 150/STF. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n.1.070.896/SC, (Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 14/4/2010, DJe 4/8/2010), consolidou entendimento segundo o qual é de 5 (cinco) anos o prazo prescricional da ação coletiva em que se busca a tutela de direitos individuais homogêneos dos consumidores em relação à diferença de expurgos inflacionários, conforme interpretação, por analogia, do art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).

(...)

(AgRg no REsp 1173874/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça⁸⁴⁵ reconheceu que era necessário dar efetiva publicidade ao conteúdo da sentença para dar início ao prazo de um ano sem que houvesse habilitados para viabilizar a execução coletiva da decisão pelo Ministério Público, conforme estabelecido no artigo 100 do CDC, entretanto, dispensou a comunicação via jornais de ampla circulação, restringindo a mera publicação no órgão

⁸⁴⁵RECURSO ESPECIAL - DIREITO DO CONSUMIDOR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COLETIVA - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA GENÉRICA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 100 DO CDC (FLUID RECOVERY) - PEDIDO INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRANSCURSO DO PRAZO DE UM ANO DEVE TER COMO TERMO INICIAL A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS EM JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO, OBRIGAÇÃO A QUE FORAM CONDENADOS OS RÉUS - IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O INÍCIO DO REFERIDO PRAZO AO CUMPRIMENTO DA CITADA OBRIGAÇÃO DE FAZER.

INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Hipótese: liquidação de sentença genérica, proferida nos autos de ação coletiva, requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Pretensão indeferida pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que seria necessária, previamente, a publicação de editais em jornais de ampla circulação - obrigação determinada aos réus da demanda coletiva, na sentença condenatória.

(...)

2. Nos termos do artigo 100, caput, do Código de Defesa do Consumidor, "decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida", hipótese denominada reparação fluida - fluid recovery, inspirada no modelo norte-americano da class action.

2.1. Referido instituto, caracterizado pela subsidiariedade, aplica-se apenas em situação na qual os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença coletiva, transferindo à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, de modo a preservar a vontade da Lei, qual seja a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

2.2. Assim, se após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, exsurge a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução, nos termos do mencionado artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor; nesse contexto, conquanto a sentença tenha determinado que os réus publicassem a parte dispositiva em dois jornais de ampla circulação local, esta obrigação, frise-se, destinada aos réus, não pode condicionar a possibilidade de reparação fluida, ante a ausência de disposição legal para tanto e, ainda, a sua eventual prejudicialidade à efetividade da ação coletiva, tendo em vista as dificuldades práticas para compelir os réus ao cumprimento.

2.3. Todavia, no caso em tela, observa-se que não obstante as alegações do Ministério Público Estadual, deduzidas no recurso especial, no sentido de que "no presente caso houve a regular publicação da sentença, conforme documento da fl. 892 [dos autos de agravo de instrumento, correspondente à fl. 982, e-STJ]", ao compulsar os autos, verifica-se que a mencionada folha refere-se à publicação do edital, em 20/02/2003, relativo à cientificação dos interessados sobre a propositura da ação coletiva. Assim, o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 05/09/2012 3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii) determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista.

(REsp 1156021/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 05/05/2014)

oficial⁸⁴⁶.

Essa ampla divulgação do conteúdo da sentença reforça também a amplitude dos efeitos da coisa julgada, daí sua importância nos processos coletivos.

Diversas posições são assumidas, especialmente na atribuição de efeitos *ultra partes* para as decisões que tratem de direitos coletivos e *erga omnes* para os direitos difusos, com manifestações judiciais aplicando litispendência entre ações coletivas e individuais, sob o argumento de que deve ser verificada a identidade entre os beneficiários da decisão⁸⁴⁷ e não entre as partes do processo. A legislação, por sua vez, trata de coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, vinculando os legitimados, que não poderão propor ação, exceto se houver improcedência por insuficiência de provas quando se discutem direitos difusos ou coletivos. Uma corrente diferencia os termos que teriam significado diversos ao atingir toda a coletividade (difusos – *erga omnes*) e somente o grupo, categoria ou classe (coletivos-*ultra partes*). Outra admite que tem o mesmo significado e efeito, uma vez que só atinge os co-legitimados que poderiam distribuir uma nova ação. Todavia, a posição que identifica os designativos *erga omnes* e *ultra partes* parece ser a mais adequada, contudo, não por atingir somente os co-legitimados, mas sim por atingirem os representados no processo, ou melhor, os acobertados pela decisão, quais sejam, aqueles que tinham interesse na demanda e, portanto, foram representados por um legitimado coletivo no processo e, por esse motivo, são englobados pela decisão em caráter *erga omnes* em todos os sentidos, pois devem respeitar a decisão, mas só os legítimos interessados se beneficiam e mesmo não participando formalmente do processo originário são em relação a ele vinculados na perspectiva do CDC, que, ainda para confundir mais a questão, pelo artigo 103, § 1º, impede o prejuízo a direitos individuais, o que tem proporcionado a interpretação no sentido de que é possível vinculação individual na procedência. Aliás, as pessoas individualizadas nem mesmo poderiam ter ingressado com a ação coletiva por não terem legitimidade reconhecida pela legislação, o que também

⁸⁴⁶Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. (Vide Decreto nº 407, de 1991)

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

⁸⁴⁷Essa proposta doutrinária parte do pressuposto de que o substituto demanda em nome de terceiro e no exemplo da ação coletiva ajuizada pelo sindicato de empregados e outra semelhante pelo empregado haveria identidade de partes, mas, por óbvio, a solução não seria a extinção do processo com mesmos pedidos e causa de pedir, incidindo singelamente as normas do Código de Processo Civil, pois ao caso se aplicaria, em virtude do artigo 769 da CLT, as normas do CDC. (Cf. LIMA, Francisco Gerson Marques de. Ações coletivas sindicais e litispendência. *LTr*: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 29, n. 79, p. 519-522, 1993).

intensifica a problemática da análise⁸⁴⁸.

O interessante nessa construção de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* para atingir os representados (de maneira ampla nos interesses difusos e mais restrita nos coletivos), numa perspectiva só para beneficiá-los, viabiliza o transporte da coisa julgada *in utilibus* quando se comprova a existência de um dano ambiental, por exemplo, bastando as partes em liquidação de sentença demonstrarem que foram atingidos por ele. Esse transporte *in utilibus* da coisa julgada somente ocorre quando se trata de uma ação civil pública e pela perspectiva de defesa dos direitos coletivos no polo ativo em nosso ordenamento.

Discute-se a possibilidade da coisa julgada favorável num processo em que se discute os direitos coletivos e difusos para “encurtar o caminho processual” pela técnica denominada de “ampliação objetiva do objeto da demanda”⁸⁴⁹, tendo Ada Pellegrini Grinover exemplificado com uma condenação por danos ambientais em caráter difuso, em que implicitamente se conteria a condenação do dano sofrido pelas vítimas, com adoção expressa pelo Código Modelo Ibero-americano e menção no Brasil, Venezuela, Uruguai, Costa Rica e Chile⁸⁵⁰.

Ada Pellegrini Grinover expõe:

“A coisa julgada que cobre a sentença favorável proferida num processo coletivo pode ser transportada para as pretensões individuais, encurtando o caminho processual pelo qual se pretende fazer valer os direitos individuais.

Isso não vale apenas quanto à sentença favorável que decidiu a respeito dos direitos individuais homogêneos – aliás, nesse caso, o transporte da coisa julgada constitui quase um truísmo-, mas também, em relação à sentença que julgou favoravelmente a controvérsia sobre direitos difusos e coletivos”⁸⁵¹.

Na hipótese dos direitos individuais homogêneos, como a coisa julgada apenas beneficia com efeito *erga omnes* os particulares, salvo se ingressaram na demanda coletiva como litisconsorte ou abrirem mão do resultado, dando andamento em suas ações individuais⁸⁵², constata-se que realmente o efeito *ultra partes* é o mesmo do *erga omnes*, visto que os particulares representados nos processos também são determináveis, como nos interesses coletivos em sentido estrito, contudo, todos aqueles que forem lesionados em seus

⁸⁴⁸Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 33-37.

⁸⁴⁹Ricardo de Barros Leonel reconhece a eficácia *in utilibus* da coisa julgada coletiva admitindo a liquidação individual a fim de identificar os valores devidos com a demonstração do dano e do nexos causal em relação à atitude lesiva reconhecida na decisão coletiva. O autor rechaça a “ampliação do objeto do processo”, uma vez que nem o pedido, nem a causa de pedir se alteram na ação, mas sim evidencia-se “uma exceção legal ao sistema por razões de política legislativa” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 303-305).

⁸⁵⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 243-244.

⁸⁵¹Id. Ibid., p. 243.

⁸⁵²Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 37-40.

direitos em decorrência da origem comum serão abarcados pela decisão em caráter geral.

A suspensão de ofício dos processos individuais até julgamentos do processo coletivo tem sido defendida por respeitável corrente, com base no artigo 265, IV, do CPC, de 1973, tese vitoriosa no Superior Tribunal de Justiça, apesar da inegável violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição⁸⁵³ encontra-se aplicável, o que vem sendo reforçado pelo NCPC, ao prever suspensão similar para a decisão no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Assim, após essas considerações preliminares, passa-se a abordagem mais específica dos efeitos da coisa julgada, com a presença da coletividade no polo passivo das ações coletivas segundo a perspectiva doutrinária.

3.2. Efeitos da coisa julgada como elemento circunstancial (vitória, derrota, insuficiência de provas): posição da doutrina quando a coletividade se encontra no polo passivo

A coisa julgada, por princípio, é restrita às partes que figuraram (efetivamente ou por substituição) no processo e compreende o efeito *pro et contra*, contudo, nos processos coletivos oriundos de uma ação civil pública, em especial quando a substituição se dá no polo ativo em relação aos substituídos, essa obrigatoriedade somente se configurará se o resultado do processo for positivo (direitos individuais homogêneos) ou não houver uma decisão baseada em insuficiência de provas (direitos difusos e coletivos) em relação aos próprios substitutos⁸⁵⁴.

A coisa julgada, ao apreciar um interesse difuso ou coletivo, afetará todos os componentes do grupo ou da humanidade, a depender do caráter intrínseco dos direitos com aplicabilidade aos envolvidos em geral, diante da impossibilidade de divisibilidade desse direito, com exemplos no dano ambiental, na determinação de que um produto nocivo não possa ser comercializado ou na interrupção de uma publicidade enganosa, como nos expõe Ada Pellegrini Grinover⁸⁵⁵.

Essa lógica do *pro et contra* foi atenuada por alguns países ibero-americanos, como o Brasil, em que se a improcedência for por insuficiência de provas poderá ser reproposta com outras provas (novas), em Portugal, por outro legitimado e, no Brasil (desde 1965, com a Lei da Ação Popular, evitando os conluíus), por qualquer legitimado, incluindo o

⁸⁵³Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 46-47.

⁸⁵⁴Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 140.

⁸⁵⁵Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 237.

que perdeu a ação originária, segundo parte da doutrina, em que se extrai a ideia da coisa julgada não se constituir em prejuízo aos interesses do grupo ou da sociedade⁸⁵⁶.

Essa situação é reproduzida no Projeto de Código Ibero-Americano de Processos Coletivos e presente da legislação do Brasil e de Portugal, aplicável por entendimento da jurisprudência na Colômbia, motivo pelo qual Ada Pellegrini Grinover não vislumbra ainda uma tendência do sistema Ibero-americano acerca da coisa julgada *secundum eventum litis*⁸⁵⁷.

Na hipótese dos direitos individuais homogêneos, há ainda diversos sistemas, sendo que alguns adotaram a coisa julgada *secundum eventum litis*, outros o *opt out*, o *opt in*⁸⁵⁸ ou uma mescla dos dois⁸⁵⁹. A Colômbia e Portugal adotam o *secundum eventum litis* e este último também acresce a ele o *opt out*⁸⁶⁰.

Nos Estados que adotaram a *civil law* dificilmente identifica-se o *opt out* sem qualquer outro critério, tendo exemplos de aplicabilidade em Portugal e na Holanda nessa formatação, contudo, a crítica doutrinária é severa, tendo em vista a agressão em potencial aos princípios da ampla defesa e do contraditório que inclusive pressupõe a vinculação da coisa julgada a fragilizados com o uso de instrumentos de comunicação fictos acerca do conteúdo do processo⁸⁶¹.

O *opt out* pressupõe que depois de ampla publicidade do ajuizamento do processo e, em algumas circunstâncias, até mesmo intimação pessoal dos interessados, após o decurso de um prazo especificado para exercício de um direito de exclusão da demanda, os demais interessados que se mantiveram inertes ficam vinculados à coisa julgada gerada pela ação na pressuposição de que também são partes no processo⁸⁶².

Nos países da *civil law*, alguns Estados optaram pelo regime da *opt in*, no intuito de não malferir o contraditório e ampla defesa, apenas vinculando na coisa julgada os interessados que expressamente, após ampla comunicação, solicitem o ingresso na ação. Os exemplos conhecidos são a Itália, Suécia, França, Colômbia e Alemanha, mas esse sistema acaba por amesquinhar o objetivo principal das ações coletivas, que pressupõe com

⁸⁵⁶Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 237-238.

⁸⁵⁷Cf. Id. Ibid., p. 238.

⁸⁵⁸No caso do *opt in*, ou seja, de inclusão no processo a eficácia da tutela coletiva é minorada visto elementos sociais, econômicos e culturais interferirem na informação e conhecimento para optarem pela participação na demanda coletiva o que na hipótese do *opt out* atinge maior eficácia na proteção dos interesses e direitos dos mais humildes (Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 166).

⁸⁵⁹Ambos os critérios *opt-in* e *opt-out* tendem a priorizar aspectos de justiça ou segurança da decisão em detrimento da eficiência e celeridade uma vez que a solução da demanda coletiva não impedirá o ajuizamento de ações individuais (Cf. SOUSA, Miguel Teixeira. op. cit., p. 210-211).

⁸⁶⁰Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 238.

⁸⁶¹Cf. Id. Ibid., p. 239.

⁸⁶²Cf. Id., loc. cit.

a resolução de diversas demandas uma economia processual, não reduzindo, por conseguinte, a litigiosidade e o conflito entre decisões sobre a mesma situação fática, ao impedir a uniformidade no exercício da jurisdição⁸⁶³.

Em outros países, como Suécia, Dinamarca, Noruega e Israel há um amálgama entre os critérios, na medida em que apesar de haver uma nítida inclinação para o *opt in*, também admitem o *opt out* em hipóteses em que a ação coletiva não seria viabilizada devido à questão discutida não possuir um valor considerável em termos econômicos, pressupondo todos como parte se não exercitarem o direito de exclusão⁸⁶⁴.

Nos países ibero-americanos, como a realidade econômica e social da população é diversa da vivenciada pelos países ocidentais mais desenvolvidos, com discrepâncias que devem ser levadas em consideração, como deficiências nos meios de comunicação, do sistema de transportes públicos, dificuldades de acesso à Justiça, seja sobre o aspecto econômico, seja pela disponibilidade de educação, a solução foi adotar o *secundum eventum litis*⁸⁶⁵.

Com a exceção de Colômbia e Portugal supracitados, os demais países ibero-americanos adotam em maior ou menor proporção o *secundum eventum litis*, no intuito de beneficiar os integrantes do grupo tão somente quando a sentença for de procedência favorável ao direito individual homogêneo⁸⁶⁶.

Assim, segundo esse modelo, as ações que eventualmente sejam agraciadas com a procedência em decorrência da defesa desses direitos individuais homogêneos fará coisa julgada não apenas em relação às partes do processo, mas englobará todos os integrantes do grupo detentor do interesse discutido em juízo. Nesse caso, não apenas os participantes do processo poderão executar a decisão e liquidar a condenação, mas qualquer um dos integrantes do grupo, com a apresentação de suas peculiaridades para a determinação do *quantum debeatur*⁸⁶⁷.

Nessa opção, o legislador mantém a eficácia da coisa julgada com o caráter de *erga omnes* para os participantes do processo tanto no plano coletivo quanto no plano individual, mas, na hipótese de improcedência da ação, somente haverá coisa julgada em relação ao proponente da ação no plano coletivo e seus co-legitimados, não atingindo o direito dos

⁸⁶³Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 239-240.

⁸⁶⁴Cf. Id. Ibid., p. 240.

⁸⁶⁵Cf. Id., loc. cit.

⁸⁶⁶Cf. Id., loc. cit.

⁸⁶⁷Cf. Id., loc. cit.

integrantes do grupo que ainda poderão ingressar com ações individuais⁸⁶⁸.

Aqueles que se opõe a esse sistema alegam a não observância ao princípio da igualdade e sobre a injustiça daquele que, ao ser favorecido pela improcedência da demanda, ainda tenha que responder outros processos sobre o mesmo assunto embora individualizados. Ocorre que nessas hipóteses houve uma adequação da regra da igualdade às situações dispare, em que se encontram as partes, pois o réu na ação coletiva teve oportunidade de se defender e poderá, da mesma forma, apresentar seus argumentos com o reforço de fundamento de sua vitória na ação coletiva e das provas já produzidas, enquanto os membros do grupo que não puderam apresentar as peculiaridades de seus casos, ainda que fosse instituído o *opt out*, não tiveram o conhecimento da ação, bem como os meios econômicos e de informação para exercitar a exclusão diante de sua situação de vulnerabilidade e hipossuficiência⁸⁶⁹.

O *secundum eventum litis* tem o beneplácido dos sistemas jurídicos do Brasil e do Peru, tendo sido incorporado no Código Modelo Ibero-americano de Processos Coletivos, com exemplos de utilização circunstancial desse critério em situações especiais, como na Alemanha e Itália, em que, ao se promover a anulação de uma assembleia, a coisa julgada é ampliada para atingir terceiros enquanto em relação à declaração de validade permanece no âmbito das partes⁸⁷⁰.

Jordão Violin não admite (prática e sistemicamente), na atual conjuntura da evolução dos processos coletivos, “a manutenção de um modelo de coisa julgada que prejudique de tal forma a parte individual”, pois, em seu raciocínio, se as partes têm uma representação adequada de seus interesses devem ser submetidos a um regime de isonomia e não responderem “em inúmeras ações posteriores, discutindo o mesmo tema já decidido”, desconsiderando, ainda, quando as ações são duplamente coletivas⁸⁷¹.

O mencionado autor intui que o fundamento da manutenção do sistema atual decorre de uma “presunção de representação inadequada” pela legislação, diante da sucumbência do representante da coletividade⁸⁷².

Quando a coletividade assume a posição no polo passivo, o que já era confuso fica mais complexo e polêmico devido à impossibilidade de aplicar-se os mesmos parâmetros previstos na LACP e CDC.

⁸⁶⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 240.

⁸⁶⁹Cf. Id., loc. cit.

⁸⁷⁰Cf. Id. Ibid., p. 242.

⁸⁷¹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 55-57.

⁸⁷²Cf. Id. Ibid., p. 55.

Os estudos pioneiros de Ada Pellegrini Grinover abordando esse assunto nos dá uma noção de que novos paradigmas devem ser traçados, analisando os efeitos da coisa julgada com a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no polo passivo:

“Assim em caso de ação individual movida contra a classe ré, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, bastará inverter a previsão legal do art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor (e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública), de modo que a sentença de procedência contra a classe, em que o juiz reconheça a insuficiência da *defesa coletiva*, não faz coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra a classe ‘representada’ por outro legitimado, para que este renove a defesa. Ou, mais simplesmente, em caso de insuficiência da defesa coletiva, o juiz simplesmente negaria a legitimação do portador em juízo dos interesses coletivos, por falta de ‘adequada representatividade’, reconduzindo-se a questão ‘ausência de uma condição da ação, que não inviabiliza a repetição do pedido contra outro legitimado. Por sua vez, na ação individual movida contra a classe ré, em que o litígio envolva direitos individuais homogêneos, bastaria ao juiz inverter o disposto no art. 103, III e § 2º, de modo que a sentença favorável (e não a desfavorável) não impedisse o ajuizamento de ações individuais, por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor. Desse modo, a coisa julgada continuaria operando só *in utilibus*, para beneficiar e não para prejudicar os membros da classe”⁸⁷³.

Em resumo: na hipótese de improcedência de uma ação em que haja um autor individual em face da coletividade existiriam diversas situações:

- a) A coisa julgada seria plena na circunstância de improcedência ao favorecer a coletividade na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- b) Quando a mesma ação fosse julgada procedente haveria consequências circunstanciais diferenciadas a depender dos direitos defendidos no polo passivo.
- c) Se a questão tratar de direitos difusos ou coletivos só ocorreria os efeitos plenos da coisa julgada se não for identificado pelo juiz “insuficiência da defesa coletiva”, pois, nesse último caso, a parte autora teria que renovar a demanda em face de outro legitimado dada a ausência de efeitos vinculantes na decisão;
- d) Se a questão de fundo se referir a direitos individuais homogêneos, a procedência da ação não traria qualquer efeito vinculante obstativo do ingresso de ações individuais na defesa dos direitos dos interessados.

Diogo Campos Medina Maia não propõe a aplicação dos critérios da ação coletiva ativa para a coisa julgada quando a coletividade encontra-se no polo passivo, visto ter sido moldado para a defesa da coletividade, o que não pode ser compatibilizado com a situação da lesão ter sido praticada por ela, ao externar que “ora, se o objetivo é justamente sujeitar a coletividade ao poder coercitivo e imutável da jurisdição, de nada adiantaria um

⁸⁷³GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 8.

provimento que não pudesse ser executável definitivamente contra a classe”⁸⁷⁴.

Na visão de Diogo Campos Medina Maia, a tese defendida por Ada Pellegrini Grinover de aplicação inversa dos efeitos admitidos para o polo ativo das ações coletivas é possível para os direitos difusos e coletivos, mas não resolve a situação na hipótese dos individuais homogêneos⁸⁷⁵.

Quanto à discussão nos casos de ações coletivas passivas ordinárias, Diogo Campos Medina Maia, na defesa pela coletividade de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, propõe o efeito amplo da coisa julgada na improcedência dos pedidos formulados na ação, em análise conjugada com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, destaca a hipótese da procedência somente admitindo tais efeitos se a procedência foi baseada em prova robusta e suficiente para a decisão, propagando que apenas se for decidida com base no ônus probatório não vinculará as partes, pois, nesses casos, o efeito prático da inversão é que o autor deverá exclusivamente ser onerado com o ônus da prova⁸⁷⁶.

O autor não concorda com a posição de Ada Pellegrini Grinover, ao indicar a “insuficiência da defesa coletiva” a ser constatada pelo magistrado no caso concreto, sob o argumento de não se conformar com a aplicação reflexa do sistema das ações ativas, além da imensa carga subjetiva na apreciação da questão⁸⁷⁷.

Jordão Violin, ao analisar a posição da professora da Universidade de São Paulo, afirma que “esse raciocínio, de fato, é impecável” para a consagração dos efeitos da coisa julgada na improcedência do pedido do autor individual em face da coletividade, mas não responde de maneira aceitável na hipótese de procedência da ação, pois, em sua opinião, a decisão de procedência deve estar embasada em provas suficiente para a conclusão adotada pelo juízo, não se podendo compreender uma “procedência por insuficiência de provas”, devendo ser afastada a coisa julgada se não houve uma “representação adequada” aferível pela conduta do legitimado no processo e não nas provas exclusivamente⁸⁷⁸.

Felipe Silva Noya apoia a posição de Ada Pellegrini Grinover, mas ressalta a impropriedade de tratamento diferenciado entre os efeitos da coisa julgada entre ações coletivas ativas e passivas, pois o elemento essencial para a vinculação de todos seria a representatividade, ou melhor, em suas palavras, a “atuação adequada” do legitimado⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 140-141.

⁸⁷⁵Cf. Id. Ibid., p. 141.

⁸⁷⁶Cf. Id. Ibid., p. 142-143.

⁸⁷⁷Cf. Id. Ibid., p. 143.

⁸⁷⁸Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 140-142.

⁸⁷⁹Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 181-185.

Em nossa visão, a posição de Ada Pellegrini Grinover seria aparentemente mais adequada, ao menos em relação aos direitos difusos e coletivos, uma vez que pretende resguardar os interesses da coletividade. Além disso, o nível de subjetividade na apreciação do ônus probatório e na sua distribuição não é menor do que a averiguação de ausência de defesa no caso concreto.

Acrescente-se, ainda, que a inversão da “improcedência por insuficiência de provas” quando a defesa desses interesses dá-se no polo ativo não deve equivaler milimetricamente a uma procedência lastreada na distribuição do ônus da prova, uma vez que a posição de réu é mais fragilizada em relação ao autor no sistema das ações coletivas e, consciente dessa situação, o ordenamento, em privilégio aos interesses da coletividade, concedeu-lhe no polo ativo diversas prerrogativas que transpostas para o polo passivo devem ser sopesadas.

No caso de uma sentença de procedência por “insuficiência de provas” ou baseadas na distribuição do ônus das provas apresentadas pela coletividade, acreditamos ser mais adequado, se se tratarem de fatos impeditivos, modificativos e extintivos dos direitos do autor, seja declarada a ausência de defesa e, ainda mais, se for possível a alteração do polo passivo da ação por outra entidade representativa da coletividade, obviamente se isso for viável no caso concreto, diante da inadequação da representação do atual defensor.

Quando se discutem direitos difusos como o meio ambiente, a hipótese seria possível na medida em que há, por exemplo, inúmeras entidades que promovem a defesa desse interesse, contudo, em se tratando de direitos coletivos a situação é mais difícil de se concretizar, o que poderia ensejar a criação de um órgão diverso do Ministério Público (fiscal da lei) para auxiliar na produção das provas que não poderia se confundir também com a Defensoria Pública, pois este possui atribuições próprias e aquele deve visar auxiliar tecnicamente a defesa da coletividade de maneira imparcial⁸⁸⁰, podendo recair em órgãos ou entidades de caráter público afetos à defesa dos interesses difusos e coletivos discutidos em juízo.

⁸⁸⁰Uma ideia seria a atribuição ou criação de uma entidade pública que solicitasse a outros órgãos ou entidades públicas como o IBAMA, Cetesb, Sabesp, dentre outros, as informações necessárias para municiar os processos com provas técnicas acerca de impactos ambientais e outros elementos de caráter difuso e coletivo. Essa entidade funcionaria como auxiliar do Poder Judiciário na resolução de conflitos coletivos coordenando a obtenção de informações acerca das matérias pertinentes às infrações e danos a interesses difusos e coletivos. Essa concentração facilitaria o aprimoramento das informações e o acompanhamento da evolução do tratamento científica dado às matérias. Obviamente que as informações não vinculariam a posição adotada pelo juiz diante da situação peculiar do caso concreto, mas serviria como direcionamento não só ao juízo como também a outras entidades privadas legitimadas a promover a defesa dos interesses difusos e coletivos que não detêm a prerrogativa de instituir o inquérito civil para colher provas adequadas para a promoção da tutela desses bens jurídicos em juízo.

Toda essa construção em teoria seria realizável, mas parte do pressuposto da defesa dos direitos difusos em caráter amplo, porém, como já externamos em linhas atrás, a figuração da coletividade no polo passivo exige uma delimitação maior do que no polo ativo. Assim, a categoria, a classe e os grupos apresentam contornos mais definidos ao concretizar atos ou omissões lesivas a direitos alheios. Na realidade, é possível dizer que eventuais ameaças ou lesões provenientes da coletividade acabam se restringindo ao exercício abusivo de direitos coletivos e individuais homogêneos ou condutas ilícitas de grupo, classe ou categoria.

Já os direitos individuais homogêneos tem um tratamento diferenciado nas ações coletivas ativas, que, na opinião de Diogo Campos Medina Maia, não permitiriam a simples inversão do modelo para as ações coletivas passivas ordinárias, pois “resultaria na impossibilidade de formação de coisa julgada em desfavor dos grupos organizados, o que implicaria o afastamento integral da efetividade da *ação coletiva passiva* e da própria eficácia do controle jurisdicional”, admitindo, contudo, o mesmo efeito da vinculação das partes com a procedência da ação em face da coletividade apenas se autor individual comprovou todos os fatos, pois a ele caberia o “ônus probatório integral”.⁸⁸¹

O autor critica a posição de Ada Pellegrini Grinover, que defende a tese de que, na procedência das ações que se referem a direitos individuais homogêneos no polo passivo, não é possível a formação da coisa julgada, reconhecendo esses efeitos tão somente na improcedência, pois, em seu entendimento, a questão violaria o princípio da “inafastabilidade do controle jurisdicional”, na medida em que impediria a “própria tutela jurisdicional”, negando os efeitos da coisa julgada⁸⁸².

Acrescenta, ainda, que já existe um “filtro” nas ações coletivas passivas para o ajuizamento da demanda em face de uma coletividade, visto que a legitimação passiva só aparece após a análise do caso concreto em que se identifica a presença de um grupo organizado e sua finalidade, o que se assemelharia com a “representatividade real”, bem como a plena aceitação da legitimação dos sindicatos e das ações coletivas passivas incidentes⁸⁸³

Jordão Violin defende o mesmo ponto de vista de Diogo Campos Medina Maia acerca da impossibilidade de impedir a formação da coisa julgada em desfavor dos direitos individuais homogêneos em virtude da violação ao princípio da segurança jurídica, da certeza e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, propondo uma solução para a questão

⁸⁸¹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 143-145.

⁸⁸²Cf. Id. Ibid., p. 144.

⁸⁸³Cf. Id. Ibid., p. 144-145.

ao reconhecer o representante adequado não como do grupo, mas em atenção aos interesses do grupo vinculando, por conseguinte, o grupo à coisa julgada enquanto não houver norma regulando de maneira diferente essa matéria⁸⁸⁴.

Ao que parece a perspectiva idealizada pelos autores é diversa da vislumbrada por Ada Pellegrini Grinover, por isso a incompreensão da motivação e das justificativas da ilustre processualista.

As premissas dos autores relacionam-se com grupos específicos e perfeitamente identificados que invadiram um determinado local, realizaram atos de vandalismo ou uma ação coesa e conjunta em prol de interesses coletivos, porém, com finalidades não lícitas ou exorbitantes dos seus direitos perante o ordenamento jurídico brasileiro, enquanto Ada Pellegrini Grinover analisa as questões das massas de consumidores e demais membros da sociedade que, apesar de identificáveis por meio da aquisição de um produto ou outra origem comum, não se organizaram para lesionar terceiros, exatamente nesse ponto persiste a tutela defendida pela autora.

No intuito de atenuar sua proposição, Diogo Campos Medina Maia apresenta uma série de argumentos relacionados com a necessidade de homogeneidade da lesão promovida pela coletividade de maneira organizada e integrada, em que “a situação de um membro do grupo corresponde à análise da situação dos demais”, bem como a teoria da responsabilidade anônima ou coletiva e a hipótese do crime de rixa qualificado pela morte em que não se discute a culpa individual e a participação no evento danoso ultrapassando as alegações de dificuldade do indivíduo ser abarcado pela coisa julgada por atos que não apresenta culpabilidade, participação efetiva comprovada e que não integrou o processo coletivo⁸⁸⁵.

Fredie Didier analisa a responsabilidade anônima, nos seguintes termos:

“Há ainda a possibilidade de utilização da ação coletiva passiva para efetivar a chamada responsabilidade anônima ou coletiva, “em que se permite a responsabilização do grupo caso o ato gerador da lesão tenha sido ocasionado pela união de pessoas, sendo impossível individualizar o autor ou os autores específicos do dano”. No exemplo da invasão do prédio da Universidade, além da ação de reintegração de posse, seria possível manejar ação de indenização pelos prejuízos eventualmente sofridos contra o grupo, acaso não fosse possível a identificação dos causadores do dano. Na demanda, o autor afirmaria a existência de um dever de indenizar, cujo sujeito passivo é o grupo”⁸⁸⁶.

Toda essa construção realmente é possível, mas percebe-se que os direitos individuais homogêneos previstos no Código de Defesa do Consumidor não se restringem aos exemplos e hipóteses apresentadas, necessitando de um arcabouço legal específico para

⁸⁸⁴Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 142-145.

⁸⁸⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 145-146.

⁸⁸⁶DIDIER, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas, cit.

promover a responsabilização sem culpa (como ocorreu no crime de rixa qualificada), dentre outras coisas.

Além disso, nas hipóteses em que a jurisprudência tem reconhecido a responsabilidade anônima ou coletiva, os envolvidos figuram no polo passivo e a coisa julgada não afetou terceiros alheios ao processo, especialmente quando as questões envolvem destruição de bens.

Outra crítica refere-se à confusão no uso do procedimento do microsistema de tutela coletiva que engloba a LACP e o CDC com qualquer procedimento ordinário ou especial que venha a comportar a coletividade no polo passivo da ação tendente a obstar ou recompor a ameaça de lesão ou lesão a direitos alheios, como analisaremos mais detidamente nos próximos itens.

Mais um problema desconstitutivo da tese da reversão dos efeitos da coisa julgada presentes no microsistema de tutela coletiva consiste na ponderação de que a coisa julgada deve ater-se, em princípio, aos fatos ocorridos até o ajuizamento da ação, salvo nos casos de obrigação de fazer e não fazer definidas pela legislação e pelas circunstâncias demonstradoras de um contínuo descumprimento das normas e não a eventos futuros indefiníveis ou incertos, sob pena de se tratar de decisão condicional.

Em alguns casos pode-se conceber a vinculação aos fatos ocorridos durante o processo e até o seu trânsito em julgado devidamente documentado nos autos, mas não após esse trânsito, uma vez que, como a coletividade está no polo passivo da ação, o interesse público deve ser protegido e tutelado, principalmente, porque, na maioria das vezes, trata-se de relação jurídica continuativa, ou seja, as circunstâncias podem mudar, não podendo a coisa julgada mesmo após eventual prazo de ajuizamento de ação rescisória consolidar uma situação desfavorável aos interesses difusos e coletivos em sentido amplo.

É justamente a necessidade de concreção dos atos e dos limites da coletividade figurante do polo passivo que ao viabilizar uma pretensão relacionada a um ato ou omissão com potencial lesivo que legitima a imutabilidade dos efeitos da decisão de mérito alcançando um grupo determinável e, por conseguinte, com possibilidade de delimitação de uma conduta, atividade ou inércia deliberada seja para atribuir uma obrigação de fazer, não fazer ou ensejar uma indenização.

Na opinião de Ronaldo Lima dos Santos, uma opção seria restringir a coisa julgada às partes do processo ou promover a extinção sem resolução do mérito da ação coletiva

passiva se identificada a ausência de representatividade adequada do réu⁸⁸⁷. No mesmo sentido posiciona-se Ada Pellegrini Grinover, ao afirmar que nesse caso poderia ser reconhecida a ausência de “legitimação do portador em juízo dos interesses coletivos”, podendo ser novamente direcionada a outro representante adequado⁸⁸⁸.

Uma coisa é certa se a coletividade no polo passivo vier a ganhar a ação, ou seja, os pedidos formulados restarem improcedentes, não será possível extinguir o processo por ausência de pressuposto processual ou ilegitimidade do representante do grupo, devido à ausência de prejuízo em aplicação ao princípio da instrumentabilidade, ainda que se reconheça tratar-se de requisito ou elemento cuja ausência poderá ser declarada de ofício⁸⁸⁹.

Ronaldo Lima dos Santos menciona as diversas ações ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho em face dos sindicatos, no intuito de que a categoria mantenha os percentuais mínimos dos serviços essenciais, sob pena de multa, reconhecendo que, apesar da multa dirigir-se ao sindicato, a obrigação é da coletividade⁸⁹⁰ como comprovação da presença de grupo, classe e categoria na perspectiva de réu de uma ação coletiva. Nesse caso o mais adequado é a figuração do sindicato patronal e dos trabalhadores e não apenas esse último devido às diversas situações previstas na legislação, como a contratação de trabalhadores temporários a cargo do empregador instituída pela lei, em caráter optativo, para a manutenção dos serviços essenciais.

Uma das posições mais moderadas sobre o assunto provém de Ricardo de Barros Leonel, que admite o uso das ações declaratórias em face da coletividade, na medida em que na improcedência de uma ação civil pública encontra-se implícita uma declaração de ausência de violação ao direito coletivo em sentido amplo, sem vinculação no plano individual⁸⁹¹.

Na visão do mencionado autor, o problema maior encontra-se na condenação de dar, fazer, não fazer com imposição de multa por descumprimento, cuja solução aventada compreende:

“Em suma, *de lege lata*, admitindo-se a possibilidade da ação coletiva passiva, deve-se ter presente que:

⁸⁸⁷Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 147.

⁸⁸⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 8.

⁸⁸⁹“Nuestra ley, innovando profundamente, ha puesto como directiva principal en la disciplina de las nulidades el principio de la instrumentalidad de las formas, que subordina la invalidez de un acto procesal no a la simple inobservancia de la forma, puesta de relieve mecánicamente, sino a la relación —declarada caso por caso— entre el vicio y la finalidad del acto, y sancionando la nulidad solamente cuando el acto, por efecto del vicio, no haya podido conseguir su objeto, en modo de salvar lo que se hizo en la medida máxima consentida por las exigencias técnicas del proceso” (LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 196).

⁸⁹⁰Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. op. cit., p. 148.

⁸⁹¹Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 212-213.

- a) A tutela jurisdicional opera no plano do “coletivo” e não do “individual”, criando imposições apenas no plano coletivo (para a entidade que congrega a classe, categoria ou grupo), e não no plano individual (não obrigações para os integrantes individualmente);
- b) As posições individuais, que não entram na discussão coletiva, não podem ser vinculadas ao julgado coletivo, por aplicação, *mutatis mutandis*, do disposto no art.103, §§ 1º e 2º do CDC (a procedência de uma ação coletiva contra a classe, categoria ou grupo não impedirá o indivíduo que dessa coletividade participa de propor ação individual);
- c) Poderá ocorrer a vinculação também no plano individual se a entidade demandada (por exemplo, uma entidade associativa ou representativa de outras entidades – federação de bancos, de empresas de plano e seguro de saúde etc) tiver, estatutariamente, autorização expressa para ‘representar’ ou ‘substituir’ os seus associados ou filiados, ativa ou passivamente, nas demandas que interessem aquele grupo, classe ou categoria”⁸⁹². (destaques no original)

Assim, na elaboração de um código de processo coletivo, todas as opções seriam possíveis, entretanto, sem a regulação legal, a defesa da vinculação de todos os detentores dos interesses individuais homogêneos no polo passivo fica a mercê da razoabilidade do intérprete, pois é necessária uma delimitação em vários níveis do universo de indivíduos para a eficácia da decisão ser exigível. Por exemplo, nas invasões e nas lesões a direitos em caráter amplo podem funcionar adequadamente as determinações judiciais quando se tratam de obrigações de não fazer em caráter genérico (especificação das condições proibidas ou rechaçadas na decisão judicial que nenhum indivíduo deve praticar com pequeno grau de individualização dos atingidos previamente). A necessidade de delimitação dos sujeitos da decisão judicial, por outro lado, intensifica-se um pouco quando se refere à obrigação de fazer (sempre que sucederem tais circunstâncias deve-se agir de tal maneira) e atinge seu apogeu na determinação do pagamento de indenizações, pois, neste último caso, é necessária a individualização do grupo para propiciar a própria execução do título executivo.

É possível com uma determinação ampla de não fazer ou fazer prevista numa decisão judicial identificar após a deliberação do juízo por meio de provas eventuais indivíduos ou entidades que tenham se omitido de realizar o determinado ou fazer o obstado com a possibilidade de responsabilização por multas e eventuais danos de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Todavia, a maior dificuldade encontra-se justamente em identificar os componentes de um grupo que já tenha realizado um ato danoso e, portanto, a ação almeja exclusivamente a responsabilidade civil na reparação dos danos. A solução nesse caso seria a condenação genérica do grupo representado pelos membros identificados no momento da propositura da ação que seriam condenados enquanto representantes do grupo em associação, com a citação de todos os interessados por edital ou, ainda, diante da denominada responsabilidade coletiva, anônima ou

⁸⁹²LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 213-214.

causalidade alternativa pelo ato de origem comum caso inexista coordenação dos atos ou qualquer organização mesmo que temporária em situação assemelhada ao litisconsórcio quase necessário espanhol. Na fase de execução do julgado seria admissível, diante da representação do grupo ou dos interesses dos indivíduos em juízo e do não comparecimento de outros envolvidos após a citação por edital: a inclusão de novos responsáveis identificados por meio de outros elementos que não estavam acessíveis na época da apresentação da inicial; o aproveitamento dos elementos coletados na instrução do processo de conhecimento ou a identificação de novas provas na fase de execução, levando a outros responsáveis que seriam atingidos por terem seus interesses sido representados em juízo na fase de conhecimento. Situação muito similar ocorre com o grupo econômico de empresas no processo do trabalho.

Assim, a solução mais consentânea com nosso ordenamento jurídico seria aplicar o instituto da responsabilidade coletiva (anônima) ou da “causalidade alternativa”, bem como da associação de fato, neste último caso identificando uma atuação coordenada e organizada de um grupo direcionada a um ato ilícito ou naquele uma origem comum na lesividade aos direitos alheios, como na discriminação por gênero promovida por uma categoria econômica na admissão de empregados, desde que promovida a citação por edital daqueles que não forem previamente identificados para figurar no polo passivo.

Diante de todos esses elementos, constata-se a dificuldade para o estabelecimento de um sistema harmônico para tratar dos elementos objetivos e subjetivos da relação jurídica processual, sendo relevante essa definição para propiciar maior uniformidade e justiça na prestação jurisdicional e na adequada compreensão da coisa julgada quando a coletividade se encontra no polo passivo.

3.3. Coisa julgada nas ações duplamente coletivas: sugestões da doutrina

As ações duplamente coletivas apresentam como distinção substancial a circunstância de duas coletividades integrarem a demanda, uma no polo ativo e outra no passivo, o que tempera a rigidez do sistema de proteção, diante da equalização das partes em suas respectivas posições e no trâmite processual, conseqüentemente levando Diogo Campos Medina Maia a defender que, nessas hipóteses, sem exceção, a coisa julgada forma-se *pro et contra* desde que se tratem de direitos de equivalente envergadura (difusos versus difusos; coletivos versus coletivos e individuais homogêneos versus individuais

homogêneos)⁸⁹³.

Ada Pellegrini Grinover, ao tratar dessa matéria, assim dispõe:

“E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para a garantia da correção do procedimento processual das partes”⁸⁹⁴. (destaques no original)

Jordão Violin não vê óbices, na ausência de norma legal regulando a matéria, que se aplique a coisa julgada amplamente, vinculando ambas as partes diante dos direitos de natureza equivalentes, admitindo a “representação como de interesses, e não de pessoas”⁸⁹⁵.

Quando interesses de grau diversos venham a se confrontar, sugere Diogo Campos Medina Maia a propensão para a aplicação das normas que atribuem efeito aos direitos de maior envergadura numa escala decrescente dos direitos difusos aos coletivos e destes aos individuais homogêneos, ao consignar que “este é o modo de se equilibrar proporcionalmente o peso dos direitos em debate, mantendo-se a harmonia do sistema”⁸⁹⁶.

Nesse caso, a melhor opção seria estabelecer uma regra geral, determinando a prevalência dos direitos de maior grau, mas, como, muitas vezes, a subjetividade pode interferir nessa caracterização ou ainda os direitos podem estar entrelaçados de tal forma que seria impossível separá-los, é necessário deixar uma exceção aberta, segundo a análise da situação concreta com a possibilidade de atenuação ou ampliação dos efeitos da coisa julgada se o resguardo de um bem individual de maior valor axiológico for ameaçado ou lesionado.

Um exemplo para esclarecer a posição adotada seria uma entidade associativa de pessoas com necessidades especiais que ingressasse com uma demanda em face da coletividade para propiciar o acesso de seus integrantes e demais pessoas na mesma situação fática de origem comum (necessidades especiais para o uso de cadeiras de rodas) em face de uma associação ou mesmo federação dos estabelecimentos de ensino, exigindo que todas as escolas particulares promovessem a adequação dos estabelecimentos para a recepção desses cidadãos ou adotassem medidas paliativas para propiciar a facilitação desse acesso.

⁸⁹³Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 146-147.

⁸⁹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 9.

⁸⁹⁵Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 145-146.

⁸⁹⁶Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 147.

Essa questão, dependendo do pedido e do enfoque dado, pode se caracterizar como individual homogênea, coletiva ou difusa (neste caso, caso postulado como direito amplo à educação e dignidade do ser humano), mas sua essência, independentemente da classificação, possui um valor mais elevado que o interesse econômico dos estabelecimentos de ensino em não proporcionar as adequações (muitas delas já exigidas pela legislação vigente) e, por conseguinte, na contraposição dos direitos individuais homogêneos dos autores e dos eminentemente coletivos da federação, o primeiro deve prevalecer com a atribuição de efeito *secundum eventum litis* para beneficiar as pessoas com necessidade especial.

Outra circunstância que deve pautar a elaboração de qualquer norma que venha tratar da tutela geral de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos consiste na modulação de efeitos da decisão de mérito que afetará, da mesma forma, os efeitos da coisa julgada em situação assemelhada às ações diretas de inconstitucionalidade.

Essa proposição é salutar, na medida em que incentiva o cumprimento espontâneo das determinações da sentença, possibilitando a ampla ciência das condições estabelecidas na ação, o que por si só preserva a segurança jurídica das relações e impede a proliferação de ações pontuais, discutindo exatamente as exceções e outras peculiaridades.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas situações, aplica o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que especifica a possibilidade de modulação de efeitos da decisão, nos seguintes termos:

“ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Nessas hipóteses de modulação, a parte que, em tese, foi prejudicada pela decisão pode se adequar à nova realidade sem um passivo que poderia inviabilizar a continuidade de suas atividades, salvo, obviamente, circunstâncias em que a permanência de seu funcionamento for atentatória aos direitos em discussão, sem possibilidades de adequação, por isso, essa necessidade de abertura para a solução mais próxima da justiça em cada caso concreto sem violação aos princípios e as disposições vigentes ou implementação de renúncias a direitos indisponíveis.

3.4. Coisa julgada e justiça

A mutabilidade das decisões, ou seja, a inexistência de coisa julgada era uma característica do direito antigo da Noruega e dos mulçumanos e no direito canônico na era hodierna “las sentencias en materia de Estado no adquieren nunca inmutabilidad”⁸⁹⁷.

A concepção de justiça e segurança são conceitos relativos, com comunicação com outros elementos endógenos e exógenos ao sistema jurídico, motivo pelo qual, dada a inexistência de limites absolutamente rígidos entre eles e sua interpenetração, é impensável um ordenamento que propicie decisões “absolutamente justas”, mas tão somente “medianamente justas”, variando conforme o caso concreto analisado em decorrência do princípio da ponderação desses valores⁸⁹⁸.

Juan Hitters rechaça a existência de confronto entre justiça e segurança, pois existe interpenetração dos conceitos temperados pela possibilidade de alteração das decisões por meio de revisão atrelada às hipóteses legais previamente estabelecidas:

“en verdade no hay antagonismos entre *seguridad* y *justicia*, que son dos figuras necesariamente correlacionadas y que el sistema de revisión de la cosa juzgada, legislado en forma orgánica, permite conjugar de manera armónica y subordinante”⁸⁹⁹. (destaques no original)

A possibilidade de revisão da coisa julgada almeja atenuar a preocupação com a injustiça da decisão proferida, mas parâmetros são necessários, a fim de preservar a segurança e a estabilidade das relações sociais.

O equilíbrio entre esses fatores é a melhor opção de preservação da pacificação social em decorrência do exercício da atividade jurisdicional, com limites previamente traçados, sejam de aplicabilidade do direito, sejam de eventual modificação da decisão transitada em julgado.

Juan Carlos Hitters propugna “creemos que la temática debe plantearse y resolverse en su justo médio, ni una cosa juzgada con toques de divinidad, de carácter infalible e indiscutible; ni una total posibilidad de revisión sin limites de tempo y de motivos”⁹⁰⁰.

É possível diferenciar o limite temporal das sentenças (retroatividade e ultratividade) decorrente de uma declaração ou do implemento de um prazo ou condição estabelecida no conteúdo da decisão proferida do limite temporal da coisa julgada que se relaciona com a possibilidade de alterar o conteúdo da decisão depois de certo lapso temporal, em virtude de uma modificação substancial das circunstâncias que a embasaram, viabilizando a

⁸⁹⁷Cf. HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*, cit., p. 133.

⁸⁹⁸Cf. Id. *Ibid.*, p. 176-177.

⁸⁹⁹Id. *Ibid.*, p. 175.

⁹⁰⁰Id. *Ibid.*, p. 183.

discussão da matéria por meio de outro processo⁹⁰¹.

Esse novo processo enseja uma atividade do interessado com a apresentação dos motivos da necessidade de sua alteração e pode surgir quando ocorre “um cambio de la circunstancias que le dieron origen al fallo” ou “cuando se detectan ciertos vicios que lo hacen intolerablemente injusto”⁹⁰².

Quando as circunstâncias fáticas ou jurídicas se modificam altera-se a causa de pedir, limitando-se, por conseguinte, a coisa julgada sob um aspecto temporal. Nessa situação não poderá se impor a imutabilidade para o futuro, restringindo-se a regular o passado⁹⁰³.

Como assevera Juan Carlos Hitters “esta limitación se opera si consideramos que la *res judicata* no puede mantenerse cuando han cambiado con el transcurso del tempo las circunstancias fundamentales que dieron origen al decisório sentencial”, sendo que isso ocorre mesmo que a lei não preveja expressamente essa situação⁹⁰⁴.

O mencionado autor ressalta a dependência da coisa julgada dos critérios ou elementos vigentes na política jurídica adotada num determinado ordenamento, que poderá em decorrência de fatores diversos ser alterada a propósito de justificar os mesmos fundamentos pelos quais foi editada:

“la cosa juzgada tiene un fundamento de política jurídica; el principio de la inmutabilidad de los decisórios judiciales no hace a la esencia del derecho, está previsto por razones contingentes y es as mismas fundamentaciones pueden en determinadas ocasiones aconsejar la necesidad de variar el critério”⁹⁰⁵.

Assim, nem sempre o critério *pro et contra* é justificável, o que poderia atrelar uma melhor noção de justiça ao caso concreto, com a inserção da possibilidade de estipulação de uma regra geral para processos em que se discutem direitos coletivos em sentido amplo, bem como a faculdade de modulação de seus efeitos na presença de circunstâncias específicas que possam causar efeitos desarrazoáveis e desproporcionais aos interesses coletivos, como aventado nas linhas acima.

Modificações em situações fáticas ou jurídicas na presença de circunstâncias específicas de um caso concreto podem ensejar posições diferentes a respeito do conteúdo da decisão transitada em julgado.

⁹⁰¹Cf. HITTERS, Juan Carlos. op. cit., p. 143-144.

⁹⁰²Id. Ibid., p. 146.

⁹⁰³Cf. RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo, cit.

⁹⁰⁴HITTERS, Juan Carlos. op. cit., p. 148-153.

⁹⁰⁵Id. Ibid., p. 137-138.

As alterações das circunstâncias que fundaram a sentença, até mesmo em países em que não há previsão de impugnação à coisa julgada, podem ser indiretamente atacadas, com o ajuizamento de uma nova ação tratando da mesma matéria e, obviamente, diante da alegação da parte adversa no sentido de que existiria coisa julgada, o interessado deve demonstrar no processo que isso não ocorre efetivamente em decorrência da limitação temporal da mencionada coisa julgada⁹⁰⁶.

Além disso, no Brasil, é possível o ajuizamento de nova ação idêntica à primeira transitada em julgado, tanto que é hipótese de ação rescisória no artigo 966, IV, do NCPC, demonstrando a relatividade dos efeitos da coisa julgada na medida em que se houver o trânsito em julgado dessa segunda ação e a parte interessada não apresentar uma ação rescisória no prazo, em tese, a decisão que prevalecerá será a proferida por último⁹⁰⁷.

O inciso XXXVI, do artigo 5º, da CF, prescreve “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, mas isso deve ser interpretado com temperamentos, tendo diversas exceções extraídas do próprio texto constitucional, uma vez que se a lei vier a abolir um crime, beneficiará o réu condenado ainda que haja coisa julgada. Da mesma forma, é possível a revisão criminal a qualquer tempo e seria inconcebível, por exemplo, que uma lei, baseada em fundamentação científica, proibindo o uso de uma substância cancerígena no meio ambiente do trabalho, em preservação da saúde do trabalhador, não pudesse influenciar numa situação consolidada pelo manto da coisa julgada até porque há limites objetivos que devem ser preservados e alterações fáticas, em tese, viabilizam a nova discussão da matéria.

Diante disso, a concepção da coisa julgada é relativa e deve ser apreciada à luz do conteúdo da sentença proferida num determinado momento, sem eternizações e engessamento de relações jurídicas continuativas⁹⁰⁸, que pelo artigo 505 do NCPC,

⁹⁰⁶Cf. HITTERS, Juan Carlos. op. cit., p. 154-155.

⁹⁰⁷Liebman assim dispõe: “La previsión específica de la posibilidad de impugnarla significa, en efecto, que si la impugnación no se propone o, comoquiera que sea, no conduce a la revocación o a la anulación de la sentencia, la misma pasa en cosa juzgada y termina por virtud de las cosas sustituyéndose a la precedente” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 592).

No mesmo sentido encontra-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“(…)”

1. A Constituição Federal estabelece no art. 5º, XXXVI, a intangibilidade da coisa julgada pelo legislador como uma das garantias fundamentais, tendo em vista o respeito ao princípio da segurança jurídica.

2. A segunda sentença proferida em afronta a uma primeira coisa julgada, contra a qual não foi ajuizada ação rescisória, é juridicamente existente, constituindo um novo comando jurisdicional.

(…)”

(REsp 604.880/SE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 11/06/2007, p. 347).

⁹⁰⁸“Puesto que la cosa juzgada material (supra, n. 79) es un efecto que se despliega fuera del proceso, no atañe al derecho procesal el problema referente a su extinción. Baste aquí indicar que, ciertamente, hay

permitem a revisão do decidido, diante de “modificação no estado de fato ou de direito”⁹⁰⁹.

Esse aliás é o entendimento jurisprudencial do STF:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA AFIRMANDO DIREITO À DIFERENÇA DE PERCENTUAL REMUNERATÓRIO, INCLUSIVE PARA O FUTURO. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO. EFICÁCIA TEMPORAL. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. SUPERVENIENTE INCORPORAÇÃO DEFINITIVA NOS VENCIMENTOS POR FORÇA DE DISSÍDIO COLETIVO. EXAURIMENTO DA EFICÁCIA DA SENTENÇA. 1. A força vinculativa das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado atua rebus sic stantibus: sua eficácia permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos adotados para o juízo de certeza estabelecido pelo provimento sentencial. A superveniente alteração de qualquer desses pressupostos (a) determina a imediata cessação da eficácia executiva do julgado, independentemente de ação rescisória ou, salvo em estritas hipóteses previstas em lei, de ação revisional, razão pela qual (b) a matéria pode ser alegada como matéria de defesa em impugnação ou em embargos do executado. 2. Afirma-se, nessa linha de entendimento, que a sentença que reconhece ao trabalhador ou servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos seus ganhos. 3. Recurso extraordinário improvido.

(RE 596663, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 25-11-2014 PUBLIC 26-11-2014)

No âmbito das relações laborais seja sob o viés coletivo, seja numa perspectiva individual a continuidade do contrato de trabalho pressupõe como regra o prazo indeterminado e, portanto, um dinamismo que será afetado e alterado por diversas condições fáticas e jurídicas ao longo dos anos.

Da mesma forma, há corrente que defende a “relativização da coisa julgada”, mesmo nas hipóteses em que as condições fáticas não se alteram sob o argumento de preservação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, contudo, em verdade, é possível admitir que, nos exemplos como se verá nas linhas abaixo, é possível identificar alterações fáticas autorizadas de revisão ou conformação com a realidade dos fatos.

A corrente defensora da “relativização” reconhece sua extraordinariedade e propugna que a justiça deve prevalecer, não havendo justificativa para se dar maior destaque à segurança na estabilidade das decisões diante de equívocos graves na prestação jurisdicional, citando exemplos como: desarrazoada indenização na desapropriação decorrente de laudo pericial incorreto relativo à área já incorporada ao patrimônio público; recomposição do valor não condizente com a justa indenização na desapropriação, em virtude de seu aviltamento ao longo dos anos, sem o pagamento no momento adequado e

casos en que se consiente volver a proponer la litis a pesar de la cosa juzgada, cuando haya intervenido una mutación en el estado de hecho o en el estado de derecho que existía cuando se constituyó la cosa juzgada” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., v. 1, p. 145).

⁹⁰⁹ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

- se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei”.

defasagem inflacionária; demais efeitos jurídicos impossíveis decorrentes da decisão judicial, como a validação de uma cláusula contratual de disposição de uma parte essencial do corpo para a sobrevivência do ser humano, como o coração, ainda em vida. Nessas situações seria possível a apresentação de embargos à execução, o ajuizamento de uma ação idêntica à anterior, alertando para o equívoco para um novo pronunciamento ou como matéria de defesa incidentalmente em outras ações⁹¹⁰.

Outra corrente repugna a “relativização da coisa julgada”, apontando outros instrumentos para corrigir os defeitos na prestação jurisdicional transitada em julgado, ressaltando que a sua singela “desconsideração” geraria incertezas e consequentes injustiças decorrentes da perenização do conflito e subsequentes “desconsiderações”, sendo mais prudente interpretar os preceitos autorizativos da ação rescisória com maior parcimônia numa interpretação extensiva, como, por exemplo, propiciar a revisão da paternidade se identificado o pai por prova adequada, a contar o prazo de ajuizamento da impugnação da data do conhecimento da nova prova⁹¹¹, o que já foi incorporado ao nosso sistema pelo artigo 966, VII, c/c 975, §2º, do NCPC, bem como a desconstituição do laudo pericial, diante do artigo 966, VI, do mesmo diploma legal, dentre outros⁹¹².

Apesar dos embates doutrinários, é essencial destacar que os direitos coletivos apresentam um conteúdo diferenciado dos demais interesses individuais que merecem um tratamento especial tendente a proporcionar uma maior tutela e proteção à sociedade. A tutela coletiva não pode ser medida pela mesma régua da individual, uma vez que uma injustiça isolada num processo qualquer não apresenta potencial ofensivo à perpetrada num processo coletivo, com irradiação a inúmeras pessoas direta e indiretamente, podendo em circunstâncias não muito raras causar convulsão social.

Assim, ainda que fosse possível refutar a “relativização da coisa julgada” nas demandas individuais, os valores em discussão nas ações coletivas ensejam uma fundamentação reforçada, obviamente, com critérios objetivos de aferição.

Esses elementos demonstram que toda regra apresenta exceções e a noção de justiça e segurança jurídica é variável dependendo de elementos endógenos e exógenos, o que

⁹¹⁰Cf. ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Reflexões sobre a coisa julgada e sua relativização. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8350>. Acesso em: 23 maio 2016.

⁹¹¹A interpretação mais adequada para a “prova nova” consiste naquela que existia no momento processual disponível para a dilação probatória e não era de conhecimento da parte interessada em seu uso, pois os casos de inovações tecnológicas para constatação de fatos ou danos em relações jurídicas continuativas implicam em novas circunstâncias fáticas a serem abordadas no futuro em decorrência justamente da evolução tecnológica.

⁹¹²Cf. ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. op. cit.

autoriza uma necessária análise de cada caso concreto, a fim de preservar o bem jurídico afetado, muitas vezes, implicando na ponderação entre os princípios da segurança e da justiça, sendo impraticável de antemão traçar uma regra geral desconectada de um caso ou situação jurídica a ser apreciada pelo Poder Judiciário.

3.5. Situação atual dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas passivas e civis públicas passivas: aplicação do sistema processual vigente

Na hipótese de sucumbência da ação civil pública em nosso ordenamento, se a discussão envolver direitos individuais homogêneos no polo ativo, como já visto não se afetará a possibilidade do ajuizamento de ações individuais por parte daqueles que não participaram do processo e, se favorável a decisão, terá efeitos *erga omnes*.

Se analisarmos um direito difuso em sentido estrito ou um coletivo em sentido estrito, a sentença será *erga omnes* ou *ultra partes* quando favorável e também quando for desfavorável, salvo se for julgada em decorrência da insuficiência da prova, poderá ser ajuizada uma nova demanda pelos legitimados. Mas de qualquer forma jamais poderá impedir o ajuizamento de ações individuais pelos interessados.

Apesar de Ada Pellegrini Grinover propor um sistema diferente do nosso para os efeitos da coisa julgada quando a coletividade se encontra no polo passivo, é essencial a sua manifestação acerca da acomodação do acesso ao judiciário com obediência ao princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos coletivos, que ora se reproduz:

“Poderá se dizer que as soluções propostas (sem embargo de outras, a serem avançadas pelos estudiosos) só poderiam ser aplicadas desde que previstas em via legislativa. É uma opinião respeitável. Mas parece que não se deve excluir *a priori, de lege lata*, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em lei, desde que observado o princípio da proporcionalidade”⁹¹³. (destaques no original)

Nossa proposta procura utilizar na medida do possível os instrumentos processuais que já possuímos em nosso ordenamento, mas a ponderação da ilustre processualista é relevante para a compreensão da representatividade adequada dos grupos, classes e categorias no polo passivo da ação.

No caso da ação civil pública passiva, a decisão proferida em face da coletividade se a discussão do pedido envolver um direito coletivo em sentido estrito, em tese, sempre será *ultra partes* e na hipótese de direitos difusos em sentido estrito *erga omnes*, desde que utilizado o microsistema da tutela coletiva, salvo a exceção do julgamento de

⁹¹³GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 9.

improcedência por insuficiência de provas sob a perspectiva do polo ativo.

Um exemplo para elucidar a questão: uma pessoa de nacionalidade estrangeira residente legalmente no Brasil vem sendo reiteradamente discriminada e apesar de ser um exímio mecânico, com vários cursos no exterior e no Brasil, condição devidamente reconhecida por nosso ordenamento jurídico, não consegue ser contratado em qualquer mecânica, pois todos justificam a não contratação pelo fato de ser estrangeiro.

Se o Ministério Público abrir um inquérito e verificar se tratar de uma prática corriqueira entre inúmeras empresas é possível cogitar de uma ação civil pública, não para defesa do direito individual do mecânico, mas sim a não discriminação em face de estrangeiros.

Na hipótese da ação civil pública passiva ser ajuizada com cominação de uma multa para a obrigação de não fazer (não discriminar), a decisão deve atingir o grupo de mecânicas que efetivamente discriminaram o estrangeiro se de posse das provas forem identificáveis. A análise da situação individual de cada uma seria apenas diferenciadora em eventual execução da multa cominada na sentença, mas essa situação pressupõe um representante adequado no polo passivo, ou seja, seria necessário um representante adequado admissível doutrinariamente. No polo ativo poderia figurar o Ministério Público do Trabalho ou eventualmente um sindicato da categoria de trabalhadores afetados enquanto no polo passivo estaria um grupo de empresas discriminadoras (delimitados pelas provas dos autos) ou, ainda, de uma entidade associativa ou sindicato que os congregue. Ainda seria possível, além da citação de algumas empresas e eventualmente de seu sindicato representativo, recomendável a citação por edital dos demais interessados para se quiserem participar do contraditório. Esse cuidado, a nosso ver, propiciaria eventual liquidação por artigos e execução em fase de outras empresas discriminadoras que não participaram diretamente do processo, mas foram representadas processualmente por integrantes do grupo e até mesmo por seu sindicato de categoria econômica.

A adoção dessa técnica permitiria uniformidade das decisões, economia processual e duração razoável do processo.

No âmbito do processo civil seria possível ao autor legitimado, por exemplo, alterar o pedido e a causa de pedir após a contestação dos réus. Na hipótese do sindicato se posicionar contrariamente ao ato de discriminação (artigo 329⁹¹⁴ do NCPC), ocasião em

⁹¹⁴Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;
II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

que se poderia homologar um acordo (termo de ajustamento de conduta⁹¹⁵) em juízo para o excluir da demanda em que se estipulariam o dever de comunicar a toda categoria a ilegalidade da discriminação e que, ao receber denúncias sobre atos semelhantes, obrigou-se a comunicar esses atos irregulares ao Ministério Público do Trabalho sob pena de multa. Como na Justiça do Trabalho, por regra, a audiência é uma, seria exigível sua fragmentação para permitir a alteração do pedido e da causa de pedir com prazo razoável para manifestação da parte contrária.

Essa representação do grupo de empresas discriminadoras pode ser embasada na mencionada lesão homogênea a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos por parte de um grupo de empresas que apesar de não pertencerem ao mesmo grupo econômico se aproximam pelos objetivos de descumprimento das normas legais praticando atos de discriminação na contratação de estrangeiros (essa seria a origem comum) reiteradamente lesionando direitos coletivos em sentido amplo. Também seria possível estipular um valor a título de dano moral coletivo por empresa violadora dos direitos e a condenação em danos materiais.

Ainda, no mesmo exemplo, quando a discussão e a pretensão que se pretende é uma indenização pela discriminação pela qual passou um pequeno grupo de trabalhadores diretamente, o enfoque acaba sendo um pouco diverso, pois, num primeiro momento, o interesse acaba sendo individual dos solicitantes e, por conseguinte, a princípio, não ensejaria a utilização da ação civil pública, pois há meios mais eficazes para isso, como o uso da ação ordinária de indenização.

Diferentemente seria a situação se identificado que tal prática é incentivada pela entidade sindical patronal, o que ensejaria o ajuizamento de uma ação civil pública passiva em face diretamente da entidade sindical em que poderia ser objeto da sentença a mesma cominação de multa por obrigação de não fazer tratada nas linhas acima e, diante da flagrante ilegitimidade do ato, em ofensa a diversos princípios de convívio social de consagração constitucional, seria possível a estipulação de uma indenização a título de dano moral coletivo e outra a título de dano material e moral individual na ofensa a direitos individuais homogêneos ao atingir outros interessados, pois o ato teve uma origem coletiva.

Aproveitando o mesmo exemplo, se há um grupo expressivo de estrangeiros que foram discriminados pelas mecânicas, uma vez identificados os empresários e o sindicato

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir”.

⁹¹⁵Isso caso já não o tenha firmado na fase do inquérito civil aberto pelo Ministério Público ou se a ação for ajuizada independentemente do inquérito.

patronal como o responsável pelo incentivo a essa conduta, a situação da mesma forma, poderá, a princípio, ensejar indenizações, contudo, de valores mais expressivos em face do dano efetivo mais grave, ou seja, a indenização por dano moral coletivo pode variar segundo o nível e grau de atentado aos valores consagrados no ordenamento jurídico vigente, o que abriria a possibilidade de discussão de direitos individuais homogêneos numa ação civil pública passiva com os efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* em benefício do polo ativo em tutela do grupo de estrangeiros.

Assim, a sentença favorável aos direitos coletivos decorrentes da discriminação do grupo, classe ou categoria ocasionaria efeitos *ultra partes*, atingindo os autores e réus no processo com a extensão benéfica à situação individual para propiciar a liquidação e execução, mas como, na maioria das vezes, existem diversos pedidos entrelaçados cada um terá seu efeito próprio de acordo com a sua natureza coletiva ou individual homogênea do interesse tutelado.

Continuando com as conjecturas e reflexões, se os grupos de discriminados resolverem eles mesmos postularem uma indenização em relação às empresas discriminadoras e ao sindicato que estimula essa prática, a ação seguirá o rito processual comum (ação coletiva passiva em sentido estrito) e os efeitos da coisa julgada será *pro et contra* ao menos na atual sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Esses são apenas alguns exemplos para que possamos analisar mais detidamente o assunto e aprimorar seu conteúdo e aplicabilidade no Brasil, sempre na pressuposição de uma representação adequada.

Quando a ação for meramente uma ação coletiva passiva em sentido estrito em que, em nossa opinião, sequer permite o uso do microssistema da tutela coletiva, podendo tramitar como uma ação ordinária comum ou de acordo com procedimento especial por afetarem grupos de interessados menores ou, ainda, que toda a coletividade, é importante salientar que não se confunde com a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no polo ativo e, por conseguinte, não implicam numa coisa julgada diferenciada, ou seja, deverá ser sempre *pro et contra*, aplicando-se a sistemática ordinária.

Na hipótese de se tratar de uma ação civil pública passiva, ou seja, ser aplicado o microssistema dos processos coletivos diante da presença da coletividade também no polo ativo da ação, por meio de um dos representantes indicados pela lei de regência, acreditamos que, na atual conjuntura, sem lei prevendo expressamente diferenças de tratamento, os efeitos da coisa julgada serão estabelecidos segundo os direitos e interesses defendidos no polo ativo em respeito à sistemática processual em vigor, sem inversão da

regra ou violação ao princípio da isonomia, pois a prerrogativa concedida pelo legislador na defesa da coletividade no polo ativo pressupõe uma agressão injusta que está sendo repelida por meio do ajuizamento de uma ação.

Quando a coletividade se encontra no polo passivo, para ela é atribuída uma agressão injusta, o que não permite se beneficiar dos efeitos específicos da coisa julgada mediante a proteção do microsistema de tutela coletiva numa interpretação próxima ao adágio “ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza”, obviamente com as devidas adequações de um ser amorfo, sem delimitação precisa, como o é a coletividade.

Algumas questões devem ser analisadas sob a ótica da representatividade adequada:

a) Quem fica vinculado à coisa julgada: além da entidade representativa é possível ingressar no patrimônio individual do representado?

Obviamente que a entidade personalizada (associação ou sindicato) que atuou no processo encontra-se vinculada à coisa julgada, especialmente para executar obrigações de fazer ou não fazer enquanto ente personalizado ou, ainda, a pagar eventual multa ou indenização por descumprimento ou danos causados, contudo, a questão torna-se complexa quando se trata de obrigar um terceiro pertencente ou não a seus quadros.

Nesse ponto em que se pretende vincular terceiros que não participaram diretamente do processo é onde se concentram as maiores discussões doutrinárias, uma vez que escapa do que normalmente ocorre nos processos, ao menos dentro da ótica individual, que, desde o período da revolução francesa, valoriza com certa primazia o direito individual clássico, praticamente desconsiderando a acepção coletiva dos interesses e direitos em constante conflito.

Se a entidade for reputada como uma representante adequada do grupo ou da coletividade é possível compreender que todos os interessados representados são vinculados, caso contrário, apenas o ente participante seria obrigado ao cumprimento e eventuais réus solidários.

Se a entidade, por seus estatutos, tiver previsão de representatividade ativa e passiva, seus integrantes poderão ser atingidos pelos efeitos da coisa julgada dada a representação em juízo, mas a situação, como já salientado anteriormente, aproxima-se de um litisconsórcio passivo, o que não se confunde com a representação processual coletiva por nós aventada no capítulo anterior.

A questão agrava-se quando no polo passivo encontram-se apenas alguns membros do grupo.

Como elementos para justificar essa vinculação a grupos despersonalizados, encontram-se a teoria da sociedade e da associação de fato que pode ser demandada, a teoria da responsabilidade coletiva (anônima), da lesão homogênea de origem comum, bem como a concepção do uso das normas do direito comparado como direito costumeiro, a fim de preservar o princípio maior do amplo acesso à justiça.

A solução atual é promover a citação dos membros do grupo, classe ou categoria identificados e dos demais interessados por edital para que se quiserem venham a integrar o polo passivo da ação, como ocorre nas ações possessórias.

Assim, quem estiver no polo passivo da ação exercerá a representação processual coletiva do grupo, abarcando os interessados que não compareceram em juízo.

É oportuno ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a representatividade processual coletiva de juízes em processo administrativo, no Conselho Nacional de Justiça, por meio de uma associação, atingindo toda a classe independentemente de serem ou não associados.

Em sendo o representante processual coletivo adequado, será possível atingir quem não participou diretamente da relação processual.

b) E se a conduta atribuída ao grupo não é tolerada pela entidade ou por membros do grupo?

Creio que a resposta é complexa e não permite uma única solução sem a análise específica de cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário, porém, alguns parâmetros podem ser definidos para essa análise.

O principal parâmetro deve ser a aferição da legitimidade e eventual efetividade do cumprimento pelo “terceiro” não participante direto da relação processual, diante da representatividade adequada de um porta-voz no polo passivo.

O caso das “Torcidas Organizadas” é um dos exemplos frequentemente utilizados como demonstrativa da existência de ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico.

Na situação específica dessas torcidas, as entidades estão formalizadas juridicamente como associações civis, o que permite atingir diretamente a instituição que existe no mundo jurídico cujos dirigentes e seus representantes legais incitam a violência.

É possível ao juiz determinar à associação que encerre suas atividades enquanto entidade personalizada, atribuição de obrigação de fazer ou não fazer, multa ou indenizações por ato da instituição ou de seus associados, pois há um vínculo jurídico entre eles que permite uma espécie de domínio do fato ou, ao menos, dever de fiscalização que não se realiza de maneira adequada por parte do ente no tocante à conduta de seus

associados. Além disso, o próprio estatuto da entidade pode prever essa representação.

É muito mais difícil compreender a atribuição de multa ou indenização decorrente de obrigação de fazer ou não fazer quando identificada uma atividade atribuída a alguns associados do que quando se foca numa prática deliberada da entidade por meio dos dirigentes que a representam, como já salientamos nessa pesquisa. Se a associação encampar a conduta dos associados poderá figurar como representante deles em juízo, mas, se não defende essa atitude, a atividade desse subgrupo deve ser representada em juízo apenas por seus integrantes.

A representatividade do legitimado ativo já enseja diversas controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, essa situação ainda é mais polêmica quando se discute a legitimidade passiva do grupo ou coletividade afeta aos interesses tratados no processo.

É comum encontrar posições tratando da razoabilidade do reconhecimento da ação coletiva passiva com vinculação da coletividade aos efeitos da coisa julgada, com argumentos de que a colusão, a fraude e a simulação são probabilidades constantes em qualquer ação, sendo possível ao juiz evitar a prática e a presença do Ministério, como fiscal da lei, atenuar esse risco^{916 917}, mas não se admite com a mesma facilidade os efeitos diversos quando a ação segue o rito do microsistema de tutela coletiva (LACP e CDC) e o procedimento comum ordinário ou um especial previsto no CPC. Essa constatação é clara na medida em que os estudiosos sequer cogitam na abordagem das ações coletivas passivas da aplicação do sistema *pro et contra*, como se tudo fosse abarcado pelo regime da ação civil pública.

A abrangência dos efeitos da coisa julgada na ação coletiva passiva, segundo pondera Diogo Campos Medina Maia, consiste em “eventual injustiça da sujeição de pessoas que não participaram do processo seja menor que a injustiça de se impossibilitar a tutela do direito lesionado coletivamente”⁹¹⁸.

Todavia, na realidade, não se pode estipular uma norma que proporcione efeitos vinculativos sem exceção, sob pena de flagrante injustiça, daí a necessidade de modulação de efeitos da sentença também na apreciação dos processos coletivos e nas ações civis públicas, o que exige uma regulação adequada no futuro a ser implementada pelo legislador.

⁹¹⁶Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 149-150.

⁹¹⁷Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 212.

⁹¹⁸MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 150-151.

Em síntese: enquanto não instituída uma lei específica às ações coletivas passivas ordinárias devem seguir os efeitos *pro et contra* enquanto as ações civis públicas passivas devem se submeter aos efeitos específicos previstos no microsistema de tutela coletiva de acordo com os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos defendidos no polo ativo da ação.

3.6. Institutos processuais de aplicação polêmica nas ações coletivas em atenção ao pressuposto da representatividade da coletividade em juízo e aos efeitos da coisa julgada

Existem diversos institutos processuais que apresentam uma configuração diferenciada para promover a tutela de direitos coletivos em sentido amplo em juízo.

Nas linhas seguintes serão abordados apenas aqueles que mais diretamente interferem na formação da relação jurídica processual e nos efeitos da coisa julgada, sem pretensão de esgotamento da matéria diante dos inúmeros institutos presentes em nosso sistema jurídico.

3.6.1. Reconvenção em ações coletivas e civis públicas passivas

A questão que se coloca de caráter eminentemente jurídico é a possibilidade de reconvenção nas ações civis públicas passivas ou ações coletivas passivas ou, ainda, a adoção de um procedimento que transforme o instrumento processual em uma ação dúplice, ou seja, possibilite que a sentença seja executada e vincule ambas as partes em todos os seus aspectos, propiciando que o juiz analise a situação como um todo e permita, sem necessidade de reconvenção, a consolidação de uma sentença desfavorável ao autor, formalizando o desrespeito ao direito do réu num título potencialmente executável.

Apesar das vozes abalizadas em contrário, pondera-se ser salutar a instituição de uma ação coletiva passiva de caráter dúplice, no intuito de manter a uniformidade de tratamento da matéria e o princípio do juiz natural.

Além disso, a simples previsão da possibilidade de uma ação coletiva ajuizada em face de uma coletividade propiciar a análise ampla do juízo dentro dos aspectos de uma ação dúplice atenua o ajuizamento de ações descabidas ou meramente protelatórias, diante da possibilidade de autorizar um julgamento de mérito desfavorável ao autor de caráter vinculante sem a necessidade de um novo processo, podendo ser executado de imediato decorrente de uma análise de ofício pelo juiz.

Premissa interessante, por conseguinte, para ser inserida numa tentativa de regulação dos processos coletivos é o efeito dúplice das ações de controle de

constitucionalidade, em que não importa se foi ajuizada uma ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade para que o Tribunal se manifeste sobre os efeitos de sua declaração⁹¹⁹.

Todavia, até o presente momento, não há efeito dúplice nas ações coletivas passivas ou ações civis públicas passivas, salvo a declaração de improcedência que pode intuir indícios de que sua posição no exercício de seus pretensos direitos é presumivelmente legítima.

É possível a defesa *de lege ferenda* acerca da criação de um mecanismo de caráter dúplice para as ações coletivas, a fim de que se promova uma melhor tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispensando o uso da reconvenção, bastando um singelo pedido na contestação para autorizar ao juízo solucionar a questão em sua integralidade, assegurando os princípios da celeridade e da economia processual com o estímulo a promoção do ajuizamento e das defesas da coletividade nas ações coletivas ativas e passivas que poderiam usufruir da decisão favorável desde já⁹²⁰.

A atribuição de efeito dúplice nas ações coletivas, se adotado pelo legislador, deve vir acompanhada de um reforço substancial na certificação da representação adequada para propiciar a seleção do melhor legitimado para figurar nos polos das ações coletivas e civis públicas passivas.

É também a “representatividade adequada” do autor enquanto réu na reconvenção o maior óbice da sua apresentação em juízo, pois, nem sempre, o legitimado para ingressar com uma ação apresenta legitimidade para respondê-la. Um exemplo claro é o Ministério Público que pode ajuizar, mas não poderá ser réu numa ação civil pública. Acrescente-se, ainda, que no caso das ações civis públicas, o réu deverá ser legitimado para ser autor pelo microsistema de tutela coletiva, caso contrário não poderá protocolar reconvenção como resposta processual direcionada ao reconvindo. De outro lado, a maioria dos legitimados para a ação são órgãos ou entidades públicas, o que, na mesma hipótese do Ministério Público acima citado, geraria uma incongruência.

Talvez uma das poucas hipóteses em que seria possível a reconvenção em ação civil pública passiva fosse quando uma associação na defesa dos interesses coletivos, por exemplo, das pessoas com deficiência distribuísse em face do Estado uma ação civil pública por não promover política de integração dos deficientes na sociedade, em resposta

⁹¹⁹“Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”. (Lei nº 9.868/99).

⁹²⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 147.

o ente estatal apresente reconvenção em face da associação, comprovando que repassou verba à entidade para a promoção exatamente dessas políticas, dentre outras situações assemelhadas.

Ricardo de Barros Leonel apresenta opinião muito próxima ao nosso entendimento, merecendo a devida reprodução:

“Essa situação ocorreria se, por exemplo, em uma ação ambiental movida por uma associação em face do Município (que também é legitimado para propor ações coletivas), este reconvesse em face da associação, afirmando que o dano ambiental foi causado pela autora-reconvinda. Teríamos, nesse caso, duas ações coletivas no mesmo processo: a originária, proposta pela associação, e a subsequente, por meio da reconvenção, proposta pela Municipalidade. Aliás, observe-se mais um dado importante: sendo a reconvenção, nessa linha de raciocínio também uma ação coletiva, só poderá ela ser deduzida se o réu-reconvinte tiver legitimidade para ajuizar ações coletivas (ou seja, se for ele também um dos entes legitimados)”⁹²¹.

O supracitado autor ressalta a impossibilidade de um indivíduo presente no polo passivo, em reconvenção, numa ação civil pública, alegar que pretende uma indenização por dano material ou moral em decorrência da ação, não sendo possível discutir uma questão individual no processo coletivo que se utiliza do microsistema processual de tutela coletiva⁹²².

Diante das peculiaridades da ação civil pública e sua consolidação como instrumento de defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, ao menos por enquanto, não deve ser objeto de inserção do caráter dúplice das ações diante da representação desses interesses por diversas entidades públicas ou privadas e a priorização da tutela dos interesses presentes no polo ativo da ação pelo procedimento do microsistema de tutela coletiva.

Nas hipóteses excepcionais, como nos exemplos acima citados, seria possível pensar em hipóteses de reconvenção, mas não seria necessária por enquanto a instituição de um caráter dúplice para a ação civil pública.

Na hipótese das ações coletivas ordinárias, a questão é menos traumática, visto que possível o ajuizamento de uma reconvenção por parte de um grupo, classe ou categoria no polo passivo em face de um autor individual ou outro grupo, classe ou categoria sem problemas desde que representados adequadamente em juízo.

Um passo no caminho do reconhecimento da reconvenção nessas hipóteses é o atual conteúdo do § 5º, do artigo 343, do Novo Código de Processo Civil, ao especificar que “se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual”, o que, a princípio, acaba por permitir, em tese, a

⁹²¹LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 280-281.

⁹²²Cf. Id. Ibid., p. 281.

apresentação de reconvenção nas ações civis públicas passivas e ações coletivas passivas, em que a presença do substituto processual é flagrantemente admitida.

Assim, de certa forma, fica claro que o direito a ser postulado em face do substituto processual é o que se detém diante dos substituídos.

Ocorre que o *caput* do mencionado dispositivo especifica que, “na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”, elastecendo o polo passivo da ação, no § 3º, ao admitir a reconvenção ser proposta “contra o autor e terceiro”, o que traria certa confusão na solução da lide. Não contente com esse primeiro problema para as ações coletivas, o § 4º permite “ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro”, o que poderia complicar ainda mais a solução da lide.

A reconvenção, segundo o sistema espanhol, poderá ser objeto de exceção de litisconsórcio passivo necessário ou reconhecida de ofício pelo juízo quando não envolva questão pertinente apenas em relação ao autor da ação originária, o que denominam de reconvenção “inconexa” (diferente da “conexa” decorrente de conexão causal e objetiva com a ação principal) por se tratar de uma ação independente que pode ser ajuizada com pedido de distribuição por dependência e cujo resultado admite apreciação em separado e, por conseguinte, dispensa a exigibilidade de um tratamento em conjunto e uníssono⁹²³.

Essa opção espanhola poderia ser adotada pela legislação brasileira, admitindo a reconvenção com certo temperamento ao mesmo tempo em que contenta os opositores desse instituto como forma atípica de defesa em ações civis públicas passivas ou mesmo nas ações coletivas passivas, a fim de não tumultuar o processo principal.

Além disso, o maior problema na admissibilidade da reconvenção ocorre no prejuízo à ação judicial em si, na medida em que deve ser apresentada junto com a contestação, o que, em tese, pode prejudicar a colheita de elementos e subsídios adequados para a defesa dos interesses do grupo ou da coletividade, que seriam melhores exercitados no ajuizamento de uma ação específica distribuída por dependência.

Acrescente-se, ainda, que, no presente momento, o caráter dúplice nas ações coletivas passivas em sentido estrito (com a exclusão das ações civis públicas e outros procedimentos especiais incompatíveis) poderia ser adotado com maior facilidade e menos traumas quando se aplicasse o procedimento comum ordinário e não o microsistema de tutela coletiva (CDC e LACP), que apresenta peculiaridades tendentes a privilegiar a

⁹²³Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil: estudio jurisprudencial práctico*, cit., p. 278-281.

defesa da coletividade no polo ativo, sem se descuidar da importância da declaração de improcedência ser encarada a favor do réu⁹²⁴.

Essa possibilidade de aproveitamento duplice das sentenças em nosso sistema processual tem sido aprimorada para aplicabilidade ao procedimento comum ordinário, por exemplo, nas sentenças declaratórias em que a delimitação do título executivo ou da obrigação, da sua liquidez e exequibilidade estão presentes, ocasião em que o réu da ação poderá executá-la nos próprios autos de acordo com o decidido no mérito da ação por aplicação do princípio da celeridade, economia processual e duração razoável do processo⁹²⁵.

⁹²⁴Os artigos 19 e 20 do NCPC deixam claro que a pretensão de uma declaração sobre a existência ou não de uma relação jurídica é suficiente para propiciar o ajuizamento de uma ação mesmo se ocorrida violação efetiva ao direito. Nessa linha de raciocínio há julgados do STJ que admitem quando a sentença declaratória apresenta certeza, liquidez e executividade a formação de título a favor do réu independentemente de um novo pronunciamento judicial para se formalizar o título executivo. Nesse sentido encontra-se o REsp 1261888/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 18/11/2011 submetido ao regime dos recursos repetitivos que reconheceu a executividade de decisão que julgou parcialmente procedente o pedido do autor apenas para excluir parcela da dívida declarada na sentença. No mesmo diapasão ao tratar de ação revisional vislumbram-se o AgRg no REsp 1446433/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014 e o REsp 1309090/AL, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 12/06/2014. Assegurando a execução pelo autor de “sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo”, pois, “contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” encontra-se o REsp 588.202/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2004, DJ 25/02/2004, p. 123.

Assim, percebe-se que há exigência de um conteúdo tendente a reconhecer o pagamento de dívida certa, fazer, não fazer ou entregar algo com conotação condenatória implícita ainda que se trate de mera ação declaratória.

⁹²⁵PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO DE CRÉDITO CONTRA A FAZENDA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO. SUPERVENIENTE IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAR. EFICÁCIA EXECUTIVA DA SENTENÇA DECLARATÓRIA, PARA HAVER A REPETIÇÃO DO INDÉBITO POR MEIO DE PRECATÓRIO.

1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera "admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito", modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva.

Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta.

2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional.

3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 588.202/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2004, DJ 25/02/2004, p. 123).

3.6.2. Devido processo legal nas ações coletivas e civis públicas passivas

A origem do devido processo legal⁹²⁶ relaciona-se com a Carta Magna, em 1215, editada pelo Rei João Sem Terra, visando acolher pedidos dos barões de “Runnymede”, escrita em latim, sendo encontrado no cap. 39: “ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra”⁹²⁷.

Piero Calamandrei, ao apreciar a relação do direito processual com o material, assim dispõe:

“El derecho procesal y el derecho sustancial se encuentran así en dos planos diversos, sobre dos diversas dimensiones: a fin de que el órgano judicial pueda llegar a aplicar el derecho sustancial, esto es, a proveer sobre el *mérito*, es necesario que antes las actividades procesales se hayan desarrollado de conformidad con el derecho procesal. Solamente si el proceso se ha desenvuelto regularmente, esto es, según las prescripciones dictadas por el derecho procesal, el juez podrá, como se dice, 'entrar em mérito', si, viceversa, tales prescripciones no han sido observadas, las inobservancias de derecho procesal, cuando sean de una cierta gravedad, constituirán un impedimento para la decisión del mérito (*'litis ingressum impeditentes'*). La observancia del derecho procesal *in procedendo* constituye, pues, una condición y una premisa para la aplicación del derecho sustancial *in iudicando*”⁹²⁸. (destaques no original)

Essa visão de Calamandrei auxilia na percepção do que seria o devido processo legal, um verdadeiro mecanismo para permitir a aplicação do direito ao caso concreto tendente a propiciar garantias de que a instituição e o desenvolvimento regular do processo permitirão com igualdade de condições ao autor e ao réu apresentar suas provas e pretensões em juízo durante a relação jurídica processual que se instaurou, influenciando ativamente na convicção do juiz.

Na visão de Liebman, o contraditório consiste em:

“El juez no puede proceder ni juzgar sin haber llamado ante sí a todas las partes para escuchar sus razones (*audiatur et altera pars*: artículo 101 del Cód. proc. civ.). Es una elemental exigencia de justicia dar a todas las partes la ocasión y la posibilidad de defenderse antes de que el juez pronuncie su juicio ('la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento': artículo 24, inciso 2º, de la Constitución). Naturalmente, la parte convocada es, pues, libre de hacer o no hacer uso de la ocasión que debe serle ofrecida de hacerse escuchar por el juez. El principio imprime a todo el procedimiento una estructura contradictoria, en cuanto el juez procede frente a todas las partes y éstas deben poder asistir a su desarrollo y defender y probar sus razones en condiciones de igualdad. Son éstas otras tantas garantías del pronunciamiento de una decisión lo más posiblemente fundada y justifica aquella particular inmutabilidad que es una característica exclusiva de los actos jurisdiccionales (autoridad de la cosa juzgada), limitada naturalmente sólo a las partes y sólo al objeto del juicio”⁹²⁹. (destaques no original)

⁹²⁶Há corrente doutrinária que reconhece em 1037 sua origem na Alemanha (Cf. MILIONI, Pedro de Souza Gomes; MARINHO, Marcelo. O novo Código de processo civil, a concretização do princípio constitucional do devido processo legal, e os reflexos no processo do trabalho. *Justiça do trabalho*, v. 33, n. 386, p. 39, fev. 2016).

⁹²⁷Cf. HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Bogotá: Temis, 2004. p. 6-7.

⁹²⁸CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 347.

⁹²⁹LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 8.

O contraditório é um exemplo da amplitude do devido processo legal, pois não se restringe apenas ao direito de ser ouvido e de falar no processo, mas detém um caráter mais amplo, no sentido de interferir na formação de um juízo favorável a sua pretensão ou resistência no processo, o que nem sempre pressupõe presença física da demanda, enquanto a ampla defesa é mais larga, absorvendo o contraditório, as provas, a participação no processo e o acesso ao judiciário, cuja mácula pode afetar a existência da relação processual⁹³⁰.

A compreensão da função do processo na concretização do direito material em sua acepção instrumental integrativa, por conseguinte, do próprio direito é fundamental para absorver a ideia do que viria a ser o devido processo coletivo com adaptações às peculiaridades que englobam a defesa dos interesses da coletividade em juízo.

Alvarado Velloso, de uma forma simples e direta, sintetiza o conteúdo do devido processo legal, afirmando “el *devido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus próprios princípios”⁹³¹, sendo certo que o seu respeito é crucial para a formação da coisa julgada entre os litigantes.

A identificação do devido processo legal com o *common law* é flagrante devido ao desenvolvimento do instituto nos EUA, contudo, o instituto não se restringe ao território americano, mas foi nele que seu conteúdo foi ampliado, deixando de tratar meramente de aspectos processuais para alcançar nuances substanciais, diferenciando o “procedural due process” do devido processo legal substantivo derivados do “due proces of law” presente na quinta e na décima quarta emenda⁹³².

O devido processo legal começou a aperfeiçoar-se, deixando de tratar de aspectos meramente processuais, com o julgamento do *case Marbury versus Madison*, em 1803, promovendo a análise de atos administrativos e do conteúdo das leis, abrindo caminho para a consolidação do *substantive due process*, tendo, em 1908, no *case Twining versus State*, baseado-se num controle por princípios de justiça e liberdade e, mais tarde, no *case Solesbee versus Balkcom*, “em princípios morais tão enraizados na sociedade que os tornam seu próprio fundamento”⁹³³.

No devido processo legal coletivo há necessidade de adaptação dos instrumentos normalmente conhecidos no âmbito individual para uma participação processual por meio de um representante adequado (incumbido da representação processual) com uma maior

⁹³⁰Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 59-61.

⁹³¹ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004. p. 170.

⁹³²Cf. HOYOS, Arturo. op. cit., p. 20-21.

⁹³³Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 49-54.

atividade e responsabilidade do juiz em relação à idoneidade do representante garantida por instrumentos no plano abstrato (teorias de idoneidade do porta-voz e estipulação de legitimados pela lei) e no concreto (exemplo: “sistemas especiais de formação da coisa julgada”)⁹³⁴.

Ao longo dos anos, com a democratização das constituições de diversos países associada à inserção do devido processo legal como direito fundamental também nas normas internacionais, houve uma absorção desse princípio com o fortalecimento do Poder Judiciário, ensejando uma exigência de maior imparcialidade⁹³⁵ ao juiz, bem como uma rapidez nos trâmites processuais em conjugação com a amplitude do acesso à justiça, apesar dos mecanismos paralelos de restrição ou contenção das demandas⁹³⁶.

As alterações nas estruturas sociais e jurídicas dos países ensejaram a adaptação do devido processo legal às peculiaridades dos Estados contemporâneos e das exigências da sociedade, o que inclui o reconhecimento dos direitos coletivos em sentido amplo, como ressaltado por Arturo Hoyos:

“Por otra parte, también deben considerarse cuatro dimensiones adicionales del debido proceso: la posibilidad de prever medios alternativos de solución de conflictos, básicamente mediación, conciliación y arbitraje y el *ombudsman*; la necesaria promoción de la participación de los grupos sociales en el proceso judicial; la adopción de procesos abreviados, preferiblemente orales, y el impacto de las nuevas tecnologías sobre el proceso judicial. La proliferación de organizaciones sociales no gubernamentales en los campos de la protección del medio ambiente y a los consumidores y en de los derechos humanos debe ir acompañada de mayores mecanismos procesales para la defensa de los intereses colectivos y difusos, ya no solamente en lo que se refiere al reconocimiento de la legitimidad procesal activa de estas asociaciones, sino en la consagración de procesos especiales, quizás abreviados, compatibles con el núcleo esencial del debido proceso pero adaptados a las nuevas realidades de nuestras sociedades”⁹³⁷. (destaques no original)

O devido processo legal nos EUA, inserido na Constituição por meio das emendas quinta e décima quarta, resguardam que os Estados e o ente federal atinjam a propriedade, liberdade e a vida, sem observância do devido processo legal em acepção ampla, podendo adaptar-se a cada caso concreto, variando conforme os valores analisados, o que teve suas diretrizes traçadas no caso *Mathews versus Eldrige*, baseados numa ponderação de princípios no caso concreto segundo uma relação de custo-benefício no emprego de três assertivas: o grau de limitação infligido ao direito; o índice dos pronunciamentos errôneos e a probabilidade de correção pelo devido processo legal; o nível de vontade do Estado em estabelecer novos

⁹³⁴Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 63-64.

⁹³⁵ “La Constitución ha puesto un cuidado particular en asegurar la independencia de la magistratura al objeto de ponerla al abrigo de presiones indebidas de los otros poderes del Estado o ele los particulares y de permitirle desarrollar sus funciones con imparcialidad, que es el primero y fundamental requisito exigido a quien está llamado a hacer justicia” (LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 6).

⁹³⁶Cf. HOYOS, Arturo. op. cit., p. 105-106.

⁹³⁷Id. Ibid., p. 106.

procedimentos em atenção ao custo social, econômico e político desses atos⁹³⁸.

A rigidez na imposição do devido processo legal e de outras garantias no sistema de processos coletivos fragiliza a defesa desses direitos que não precisa consagrar uma efetiva participação de todos os interessados na relação processual (faticamente impraticável), bastando uma representação adequada para proporcionar a eficácia da decisão e a vinculação de todo o grupo, o que ensejou a criação das *class action* ativas e passivas⁹³⁹.

No caso *Hansberry versus Lee*, a questão da justa e adequada representação como decorrência do devido processo legal para legitimar a vinculação da decisão deixa claro que tal inferência decorre da necessidade de viabilização da apreciação da questão pelo Poder Judiciário, por meio da construção de um juízo de equidade, não se desconsiderando a garantia, salvo se o procedimento adotado não for suficiente para preservar os direitos e interesses daqueles que não participaram efetivamente do processo, o que ocasionou uma preocupação exacerbada com a “representação adequada”, diante da ausência de especificação prévia de legitimados que serão conjuntamente com seus patronos credenciados pelo Poder Judiciário em cada caso concreto⁹⁴⁰.

Nesse caso passou a ser exigida que “el representante debe estar situado en una posición similar a la de los miembros del grupo y además debe perseguir efectivamente los intereses del grupo”, o que proporcionaria o atendimento do devido processo legal em associação com a notificação dos interessados⁹⁴¹.

Andrea A Meroi pondera que:

“El requisito de *adequacy of representation*, junto con su complementario de *typicality*, constituye la clave de garantía debido proceso (*due process of law*) en estos mecanismos de tutela. Si la sentencia habrá de vincular a miembros ausentes de una clase, es de fundamental importancia que quien se presente invocando la calidad de representante sea verdaderamente tal”⁹⁴². (destaques no original)

Diante dessa necessidade estrutural para as ações coletivas passivas e ações civis públicas passivas, a figura do representante da coletividade no polo passivo da ação é de fundamental importância para a consagração dessas ações enquanto pacificadoras dos conflitos coletivos e vinculação dos membros da coletividade aos efeitos da coisa julgada, o que somente será possível a partir de uma reestruturação do devido processo individual para uma versão do princípio do devido processo legal coletivo adaptado à realidade da defesa desses interesses.

⁹³⁸Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 100-102.

⁹³⁹Cf. Id. Ibid., p. 102-103.

⁹⁴⁰Cf. Id. Ibid., p. 104-105.

⁹⁴¹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 198.

⁹⁴²MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 105.

A perspectiva norte-americana, ao flexibilizar o princípio do devido processo legal, admitindo a formação de uma relação jurídica processual em face de uma coletividade conjugada com uma fiscalização rígida do representante adequado dessa massa nos polos da ação foi o diferencial para propiciar sua aceitabilidade e perpetuação nos sistemas da *common law*⁹⁴³.

De certa forma já existe algo parecido em nosso sistema jurídico em procedimentos especiais, como a notificação ampla dos interessados na usucapião, na ação popular, no artigo 94 do CDC para as ações civis públicas e na citação por edital em situações em que a definição do réu não é precisa, como ocorre nas ações possessórias.

Assim na ponderação entre o devido processo legal coletivo (ampla defesa e contraditório) e os mecanismos de comunicação e viabilização de participação dos interessados em juízo por meio de ampla notificação (permitindo o ingresso pessoal na relação processual dos que desejarem ou a sua submissão à representação daqueles que se encontram nos autos defendendo direitos similares) em associação aos princípios do amplo acesso à Justiça, da maior efetividade da prestação jurisdicional, da economia processual, da duração razoável e da celeridade processual nem mesmo será necessário o uso do direito comparado para embasar a viabilidade da representação processual coletiva em juízo, como já admitiu o Supremo Tribunal Federal, no MS 26750, relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013.

3.6.3. Defesa técnica

Nos processos coletivos não basta a disponibilização do acesso, da gratuidade e do contraditório sem a presença de um Advogado que represente os interesses jurídicos das partes adequadamente.

Diante disso, o teor do artigo 791 da CLT⁹⁴⁴ é inaplicável, sob pena de um prejuízo

⁹⁴³“As garantias do direito processual norte-americano, curiosamente, por um lado são rarefeitas (permissão da tutela de interesses de terceiros por pessoas que se auto-apontam, ou são apontadas pelo adversário, como *representantes*) e por outro lado são rígidas (avaliação da representatividade da parte e até do trabalho do advogado). Tal sorte de garantias, todavia, possibilita um balanço equilibrado do sistema, com o objetivo de permitir que a ação coletiva nos EUA, ativa ou passiva, seja efetiva, dentro de uma ótica de concessões e sacrifícios recíprocos entre o *devido processo legal* e as promessas de universalização da tutela jurisdicional” (MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 106).

⁹⁴⁴“Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

severo à coletividade.

Se essa condição já é necessária nos processos entre indivíduos, adquire um caráter fundamental quando se discutem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos com a coletividade no polo ativo ou passivo das ações, seja na Justiça comum, seja na Justiça do Trabalho.

Gian Franco Ricci, sobre a defesa técnica, pontua:

“Con il termine di difesa *formale* (o di difesa *tecnica*) si allude al fatto che nel processo la parte deve essere assistita e rappresentata da un difensore. Il perché di ciò è intuitivo. Essendo il processo uno strumento complesso dominato da una serie di regole tecniche, il cui mancato rispetto o utilizzo imperfetto può determinare conseguenze deleterie in rito ed in merito, è necessario che per conto della parte operi un soggetto che tali regole conosce. La presenza del tecnico nel processo è quindi *condicio sine qua non* perché si realizzi nel modo più completo il principio dell'effettività della difesa”⁹⁴⁵. (destaques no original)

No mesmo sentido encontra-se o escólio de Liebman:

“Las partes no poseen, de ordinario, los conocimientos del derecho y de la técnica del proceso que son necesarios para poder defender eficazmente las propias razones en juicio; y de otro lado, llevan a la controversia una pasionalidad que perjudica al ordenado desarrollo de la función judicial. Tanto exigencias de interés privado como exigencias de interés público hacen por eso preferible confiar el cometido de operar efectivamente en el proceso a personas particularmente expertas, las cuales por cultura, experiencia, hábito profesional, sepan conducir en la exposición de las razones de los litigantes con aquella serenidad y aquella competencia específica que les faltan a las partes. Estas son, en pocas palabras, las razones que hacen, ya desde tiempo antiguo, indispensables la colaboración de los abogados en el desenvolvimiento de la administración de la justicia”⁹⁴⁶.

Lorenzo M Bujosa Vadell e Nicolás Rodríguez García ressaltam que uma tutela judicial efetiva não se contenta com o mero acesso ao Judiciário⁹⁴⁷, o que enseja, portanto, uma preocupação com outros fatores que interferem na prestação jurisdicional.

Obviamente que a presença de causídico assessorando a parte é medida de justiça, não sendo razoável a manutenção de sua dispensa nos processos individuais do trabalho e, com maior razão, em qualquer demanda de caráter coletivo, ante os impactos sociais incomensuráveis que essa ausência pode ocasionar. Essa essencialidade ganha contornos mais amplos no sistema americano, em que nas *class actions* é permitido ao juízo determinar a substituição do advogado militante se comprovado que não atua como um

§ 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada. (Incluído pela Lei nº 12.437, de 2011)”.

⁹⁴⁵RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*, cit., p. 167.

⁹⁴⁶LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 71.

⁹⁴⁷“En definitiva, que como queda patente, en la mayor parte de la reciente doctrina y jurisprudencia constitucional (37) nos encontramos ante una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que este derecho no se identifica meramente con el derecho de acceso a la jurisdicción” (BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo; RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional. *La Ley*: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n. 2, p. 1828-1840, 1999).

representante adequado dos interesses da coletividade.

Os efeitos da revelia nas ações coletivas passivas são impraticáveis na presença de direitos difusos e coletivos de natureza indisponível, não se efetivando em decorrência do artigo 320, II, do CPC, de 1973, ou 345, II, do NCPD, o mesmo acontecendo em relação aos individuais homogêneos indisponíveis (de caráter público⁹⁴⁸ ou privado), mas os

⁹⁴⁸AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REMESSA EX OFFICIO. EFEITO TRANSLATIVO. INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. DIREITOS INDISPONÍVEIS DO ENTE ESTATAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA O PROVIMENTO.

1. Consoante jurisprudência do STJ, ainda que a contestação apresentada pela Fazenda Pública tenha sido reputada intempestiva, diante de direitos indisponíveis do ente estatal, os fatos da causa não comportam confissão, tampouco estão sujeitos aos efeitos da revelia. A remessa oficial comporta o efeito translativo do recurso.

Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega o provimento.

(AgRg no REsp 817.402/AL, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL. TEMPESTIVIDADE DA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PELO ESTADO DE MINAS GERAIS. ART. 240 DO CPC. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA. DIREITOS INDISPONÍVEIS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. Cumpre observar, em obiter dictum, ser impossível a aplicação dos efeitos da revelia na hipótese dos autos, por força do disposto no art. 320, II, do CPC, por a demanda envolver litígio sobre direito indisponível.

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1113950/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 27/08/2009).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO. EFEITO MATERIAL DA REVELIA. CONFISSÃO. NÃO APLICABILIDADE.

1. Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia, nem é admissível, quanto aos fatos que lhe dizem respeito, a confissão, pois os bens e direitos são considerados indisponíveis.

2. Agravo regimental a que se nega seguimento.

(AgRg no REsp 1170170/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REVELIA. EFEITOS. FAZENDA PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. ART. 320, INCISO II, DO CPC.

1. Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 03/08/2012 seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do CPC.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 03/08/2012)

TRIBUTÁRIO, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – DIREITOS INDISPONÍVEIS – INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA – ART. 320, INCISO II, DO CPC – IPTU – LANÇAMENTO – ATO ADMINISTRATIVO – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE – MODIFICAÇÃO POR LAUDO TÉCNICO UNILATERAL – IMPOSSIBILIDADE – PROVA INEQUÍVOCA.

1. Não se aplicam os efeitos da revelia contra a Fazenda Pública uma vez que indisponíveis os interesses em jogo.

2. O ato administrativo goza da presunção de legalidade que, para ser afastada, requer a produção de prova inequívoca cujo valor probatório não pode ter sido produzido unilateralmente - pelo interessado.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1137177/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 02/03/2010)

disponíveis podem ser objeto de fraude ou conluio do réu (indicado pelo autor) para supressão desses direitos, o que tem ensejado mecanismos de contenção, como a instituição de um curador especial, autorizado a contestar por negativa geral, à semelhança do disposto no artigo 9º, II, do CPC, de 1973⁹⁴⁹, dada a aproximação entre os ausentes do processo com aquele que foi citado por hora certa ou edital, em que não se efetiva uma certeza de comunicação⁹⁵⁰.

Se na ausência de defesa dos grupos, classes e categoria reputada pelo juízo como direcionada a um representante adequado houver a recusa deliberada de promover a defesa da coletividade, no intuito de anular o processo e fragilizar eventual decisão de mérito a má-fé deve ser neutralizada com a nomeação de um defensor público para a defesa em juízo da mencionada coletividade na discussão de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos indisponíveis ou disponíveis.

Em qualquer situação de direito indisponível, de outro lado, o juízo deverá analisar as provas produzidas nos autos pelo autor e diante da relevância do interesse coletivo de ofício para aclarar o mais próximo possível da verdade real, ainda que a coletividade não apresente contestação nos autos.

Assim, sana-se a eventual ausência de defesa técnica nas demandas coletivas e com a recomendável participação do Ministério Público como fiscal da lei nessas situações de ações coletivas passivas em gênero, as fraudes e conluios serão adequadamente obstados em potencial.

3.6.4. Necessidade de informações mais adequadas para delinear os contornos da coletividade no polo passivo: princípios potencialmente aplicáveis oriundos do sistema processual espanhol

Há uma fase preliminar antes do ajuizamento da ação judicial no sistema espanhol (artigo 256 da Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁵¹) em que é possível levantar elementos para

⁹⁴⁹O artigo 72 do NCP de 2015 apresenta redação semelhante:

“Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

(...)

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”.

⁹⁵⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 151-152.

⁹⁵¹“Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud.

1. Todo juicio podrá prepararse:

1.º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

(...)

delimitar os limites do grupo envolvido na demanda coletiva. Essa possibilidade que auxilia na definição dos contornos da lide possibilita a parte, por meio de petição, instar o juízo com, até mesmo, uma notificação do pretense réu para colher informações acerca dos elementos que compõem a coletividade afetada, aclarando o universo subjetivo da lide. Essa medida auxilia em muito a estipulação da representação adequada das partes e futuros efeitos da coisa julgada, podendo servir de referência ao sistema brasileiro, que já possui algo semelhante na Lei de Ação Popular e na Lei da Ação Civil Pública (artigo 1º, § 4º da Lei nº 4.717/65 e artigo 8º da Lei nº 7.347/85) só que de maneira mais restrita, pois só o Ministério Público tem maiores chances como autor de averiguar essas condições por meio do inquérito civil.

O artigo 319 do NCPC, de 2015, exige como requisito da petição inicial “os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu” (inciso II). Essa exigência seria um empecilho ao ajuizamento de ações em face de uma coletividade, contudo, os parágrafos do mencionado dispositivo possibilitam uma atenuação da exigência viabilizadora da conformação de grupos no polo passivo, admitindo: “caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção” (§ 1º); “a petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu” (§ 2º) e “a petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça” (§3º). Diante dessas alterações no sistema

6.º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

(...)

9.º Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales.

2. En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.

3. Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal.

La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley”. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

processual brasileiro é possível intuir uma sensibilidade do legislador, com a possibilidade da coletividade vir a figurar no polo passivo das ações.

Essa fase preliminar seria suficiente para, por exemplo, instar uma associação, entidade ou sindicato a indicar, fornecendo informações sobre o grupo responsável por ofensas ou abuso no exercício de direitos em prejuízo da parte autora ou se estiver de acordo com a postura adotada pelo mencionado grupo, encampar a sua defesa como representante da coletividade. Nesse período poderia ser convocada assembleia geral e averiguação interna ou externa sobre a responsabilidade pelo ato. Assim, ao menos a questão da representatividade desse grupo daria maiores elementos para a decisão do juiz acerca da viabilidade da ação e a coletividade poderia ser com maior facilidade delimitada.

No direito processual espanhol existem alguns princípios que podem ser adotados como aprimoramento de nosso sistema processual, especialmente em virtude da necessidade de uma tutela mais adequada e uma prestação jurisdicional esmerada, tendente a propiciar a consagração dos direitos supraindividuais, como o princípio “*pro actione*” em que se:

“impide el adoptar posiciones formalistas rígidas ante la falta de concurrencia de algún presupuesto formal que como ha indicado el Tribunal Constitucional no deben ser considerados obstáculos destinados a dificultar el pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino mecanismos dirigidos a garantizar el acuerdo de la resolución judicial”⁹⁵².

Segundo o princípio em prol da ação, a interpretação das normas processuais deve objetivar viabilizar a “*efectividad del derecho a la tutela judicial, para evitar así la imposición de formalidades contrarias al espíritu y finalidad de la norma*”⁹⁵³ numa versão mais ampla de nosso princípio de instrumentalidade das formas.

Além disso, é possível defender a acepção da economia processual numa perspectiva subjetiva no sentido de “*orientação geral para o legislador e para o aplicador do Direito Processual, e, objetivamente, como sede para a escolha das opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução das lides*”⁹⁵⁴.

Nesse contexto, diante das informações coletadas na dúvida entre o acolhimento da ação restrita a um determinado grupo ou em caráter mais amplo no sentido de englobar uma classe, categoria ou grupos sem contornos precisamente definidos, o juiz preferiria o uso dos mecanismos de comunicação ampla e geral do ajuizamento da ação, admitindo

⁹⁵²SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). *Tratado práctico del proceso civil: disposiciones generales y proceso ordinario*, cit., t. 1, p. 53-54.

⁹⁵³Id. *Ibid.*, p. 54.

⁹⁵⁴Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal*, cit., p. 166.

eventuais interessados no resultado da ação e, com isso, procurará garantir uma aplicabilidade geral a quem estava ameaçando ou lesionando direito alheio e também a quem eventualmente vier a praticar atos semelhantes.

3.7. A relatividade da insegurança jurídica da coisa julgada em face da coletividade: a potencial insegurança jurídica de outros instrumentos processuais

Nos poucos países em que as ações coletivas passivas em geral são admitidas expressamente no ordenamento jurídico por influência do regime da *common law* não é perceptível um franco desenvolvimento delas que proliferam apenas na medida em que seguem o mesmo sistema das ações coletivas ativas.

Apesar da previsão expressa nos ordenamentos que as contemplam, ainda assim destaca-se nesses Estados que são menos usadas como instrumento de solução de controvérsias do que as tradicionais *class actions* americanas, como ressalta Diogo Campos Medina Maia:

“Cumprе ressaltar, por dever acadêmico, que, ainda que as ações contra a classe tenham se desenvolvido nos EUA com razoável espectro de incidência e possibilidade de vinculação da parte coletiva no pólo passivo da demanda, não deixam de ser mais raras do que as *class actions* comuns”⁹⁵⁵. (destaques no original)

O que se percebe é a concentração de normas na delimitação da coletividade em qualquer um dos polos da demanda, definindo e estabelecendo o contorno de seu conteúdo para que possa postular ou ser demandada em juízo.

A ausência de critérios bem definidos no ordenamento brasileiro estimula decisões conflitantes, cabendo o aperfeiçoamento da discussão à doutrina, ainda que o Supremo Tribunal Federal já tenha reconhecido em um caso concreto a possibilidade de representação de uma classe no polo passivo por meio de uma entidade associativa, como já mencionamos no MS 26750, relatado pelo Ministro Luiz Fux, pois tal precedente não apresenta efeito vinculante.

Ao aprimorar o debate sobre o instituto, entretanto, devido à ausência de tradição histórica nos países da *civil law* no uso do direito consuetudinário, percebe-se o receio a uma insegurança jurídica.

Ora, se com normas postas e consolidadas, como o CDC e a LACP, a multiplicidade de interpretação dos dispositivos associada a uma cultura escapista do Poder Judiciário, preferindo extinguir processos complexos sem resolução do mérito por

⁹⁵⁵MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 40.

ilegitimidade do que solucionar efetivamente os conflitos que flagelam o tecido social reinou como uma realidade incontestável, por conseguinte e, obviamente, as ações coletivas passivas identificadas pela doutrina não terão destino diverso, pois sequer apresentam uniformidade de trato no meio acadêmico e, muito menos, no âmbito judicial, situação agravada pela ausência de normas específicas regulando a matéria.

Creio que a maior insegurança que pode haver no sistema jurídico brasileiro seria a negativa de acesso ao Poder Judiciário quando grupos, classes ou categorias, ao ameaçar ou ofenderem direitos legítimos de terceiros, não possam ser acionados em juízo.

Além disso, o princípio do amplo acesso ao Judiciário e sua inafastabilidade previstos no artigo 5º, XXXV, ao expressar “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁹⁵⁶, não pode ser interpretado apenas como a oportunidade da distribuição de uma ação judicial, mas essencialmente implica na resolução dos conflitos.

Ao longo dos anos, constata-se nos Tribunais Superiores uma grande incidência de decisões que, a pretexto de aplicar matérias de ordem pública, tem, depois de todo o trâmite processual em primeira e segunda instância, promovido a extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade. Essa insegurança decorrente do período de tempo em que a discussão se travou no Poder Judiciário sem resolução do mérito apresenta efeitos mais deletérios do que a extinção imediata do processo por ilegitimidade de parte da coletividade e, contrariamente aos mandamentos constitucionais, tem ocorrido reiteradamente.

Essa situação afeta não só o princípio da duração razoável do processo como também enseja a inadequação da prestação jurisdicional, contrariando o princípio da eficiência que deve vigorar nos órgãos, poderes e entidades públicas, pois ainda que seja uma atividade essencial de Estado, os juízes que a exercem não deixam de ser agentes públicos e como tais devem prestar adequadamente o serviço de pacificação social dos conflitos à população, solucionando as controvérsias em definitivo.

O NCPC, por meio dos artigos 76⁹⁵⁷ e 139, IX⁹⁵⁸, dentre outros dispositivos,

⁹⁵⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁹⁵⁷ Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

demonstra que, na medida do possível, deve-se dar a oportunidade para a parte sanear as condições e pressupostos processuais para propiciar uma adequada prestação jurisdicional que somente será extinta sem a apreciação do mérito quando impossível esse saneamento.

Na Espanha, encontra-se no item 1, do artigo 24 da Constituição, disposição expressa que determina a necessidade de tutela efetiva dos direitos submetidos ao crivo judicial, consignando que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, disposição esta expressa na seção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas do capítulo direitos e liberdades, no título dos direitos e deveres fundamentais⁹⁵⁹.

Bujosa, ao tratar do dispositivo, reproduz o entendimento da jurisprudência espanhola:

“Pero la jurisprudencia de TC ha formado una extensa doctrina, en la que alejándose de la teoría concreta de la acción, establece que tal derecho supone <<promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas>> (S TC de 8 de junio de 1981), es decir << el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello>> (S TC de 29 de marzo de 1982)”⁹⁶⁰

De outro lado, ainda existe no artigo 24 da Constituição espanhola uma preocupação com o que denomina “indefensión”, que surge em virtude de prejuízos ao direito de defesa⁹⁶¹ perpetrados e, diante de atuação equivocada do Poder Judiciário, abre o caminho para a discussão de violação direta da Constituição, conforme se depreende dos comentários de David Ortega Gutiérrez, em 2003, atualizados posteriormente por Ángeles González Escudero:

“Respecto de la prohibición de la indefensión, nos encontramos realmente ante una cláusula de cierre, “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE” (STC 48/1984 y SSTC 146/2003, 199/2006 y 28/2010). Se origina por tanto la indefensión, siguiendo la abundante jurisprudencia constitucional, cuando de forma ilegítima se priva o

I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

⁹⁵⁸Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IX-determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais

⁹⁵⁹ESPAÑA. *Constitución Española*. Disponível em:

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=24&tipo=2>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁹⁶⁰BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 224.

⁹⁶¹Ferruccio Tommaseo esclarece que o direito de defesa não é o contraponto do direito de ação, pois é uma prerrogativa de ambas as partes na produção de provas possibilitando influenciar na decisão de mérito por meio de demonstração ao magistrados dos fatos e circunstâncias relevantes para o deslinde do processo. (Cf. TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*, cit., p. 235-236).

limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. Se daría pues indefensión, como más adelante veremos de forma colateral, cuando se infringe una norma procesal, se priva a una parte o se la limita en sus medios de defensa o ante la falta imputabilidad al justiciable. En parecidas palabras se manifiesta el Tribunal Constitucional al indicar que "viene declarando reiteradamente que, en el contexto del artículo 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere [...], que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional"⁹⁶²

Não admitir o acesso à Justiça ou minorar a defesa dos interesses dos cidadãos em face de atos ofensivos de uma coletividade ou de grupos despersonalizados não pode ser tolerada por meio de uma negativa de prestação jurisdiccional decorrente da extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade da parte ré, o que viola flagrantemente o direito a tutela efetiva.

Além das considerações apresentadas, constata-se que as alterações recentes em nosso sistema processual, com a criação de súmulas vinculantes,⁹⁶³ recursos especiais admitidos e julgados sob a sistemática de julgados repetitivos, bem como a apreciação do mérito de recursos extraordinários admitidos e analisados em sede de repercussão geral, demonstram que há uma aproximação de ambos os sistemas jurídicos (*common law* e *civil law*).

Um fator interessante do rechaço doutrinário à súmula vinculante é a sua admissão quando viabilizam o acesso à jurisdição, com a pacificação “em situações polêmicas e conflituosas”, proporcionando a obtenção de uma tutela jurisdiccional efetiva⁹⁶⁴, ou seja, no presente caso em que a legitimação da coletividade para figurar no polo passivo, ao propiciar a abertura dos lesionados a pleitearem seus direitos na via judicial, não poderá ser considerada ilegítima, ilegal ou ilícita, se fosse abarcada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro fator relevante decorre do fato da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e acesso ao Judiciário são meramente reflexas, não podendo impedir a análise da coletividade no polo passivo, a princípio, dada a ausência de regulação

⁹⁶² ESPAÑA. *Constitución Española* Sinopsis artículo 24. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁹⁶³ A súmula vinculante foi incorporada no Brasil e reconhecida como legítima pelo STF, contudo, a doutrina a reputa como uma reforma que importou o instituto da *common law* sem maiores ponderações de sua adequação a realidade brasileira maculando o princípio do acesso à Justiça e da tutela jurisdiccional adequada. (Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 135-136).

⁹⁶⁴ Cf. Id Ibid., p. 136.

expressa em norma infraconstitucional dessa possibilidade, portanto, eventual manifestação do STF, abrirá a oportunidade para a discussão e resolução da questão de maneira uniforme pelo expediente da repercussão geral diante da necessidade de aplicação direta dos preceitos constitucionais, dentre os quais o amplo acesso à justiça⁹⁶⁵.

O STF não se manifesta e na ausência de normas específicas, é possível o uso dos princípios inferidos de nosso sistema processual e de instrumentos análogos de efetivação da tutela em face de grupos não perfeitamente definidos, como ocorre nas ações possessórias com a citação por edital dos interessados não identificados, bem como a aplicação da teoria da responsabilidade anônima ou coletiva e a da associação de fato que devem influenciar futuras propostas de aperfeiçoamento do instituto.

Se isso não for suficiente é salutar ponderar ser bem mais seguro e eficiente a reformulação da legislação, a fim de absorver técnicas apuradas de identificação da representação adequada em nosso ordenamento jurídico, viabilizando o pleno exercício das ações coletivas passivas com maior razão do que as medidas de julgamento uniforme até então adotadas.

A situação da coisa julgada como decorrência da observância da ampla defesa e do contraditório individualizado, ao longo dos anos, vem sendo reformulada e restringida com o fortalecimento das decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio das súmulas vinculantes⁹⁶⁶ e do julgamento de recursos extraordinários, sob o regime da repercussão geral, bem como a sistemática dos recursos repetitivos adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesses casos, evidente que as partes que recorreram nas centenas de processos que foram sobrestados até o julgamento do recurso paradigma apreciado, pelo Tribunal Superior, não foram agraciadas com as garantias do contraditório e da ampla defesa e, ainda assim, com certeza, terão objetivamente suas situações individuais atingidas pela decisão proferida em processo do qual não eram partes.

Ainda que se alegue um contraditório diferido, na medida em que os recursos sobrestados serão analisados pela Presidência dos Tribunais de Justiça e Regionais, caso a decisão de rejeição do recurso for por contrariedade ao conteúdo do acórdão paradigma ou,

⁹⁶⁵Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 84-85.

⁹⁶⁶É oportuna a ponderação de Roberto Davis ao se referir as decisões do Supremo Tribunal Federal:

“Com efeito. A reverência e o prestígio que merecem, indubitavelmente, as decisões prolatadas no STF decorrem da presunção de que seu corpo de juízes é constituído de luminares do direito, sabido ser requisito prévio, de sua nomeação, a posse de notável saber jurídico.

O que, no entanto, não basta à plena certeza da *infallibilidade*, acatada pelo santo Bispo de Hipona e somente desfrutada, por força de dogma religioso, pelo Sumo Pontífice Romano. Pois, sendo, antes de tudo, seres humanos, ditos juízes também se acham contingenciados a erros de direito e de fato” (DAVIS, Roberto. Competência em ações oriundas de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 149, 1996).

após remessa ao órgão originário da decisão recorrida, este alterar sua manifestação para conformação com a decisão superior, não será analisado pelo STJ ou STF o eventual recurso de agravo decorrente da negativa de seguimento do recurso especial ou extraordinário, restringindo-se a uma decisão de agravo que será apreciada pelo órgão especial do Tribunal de origem⁹⁶⁷. Por conseguinte, poder-se-ia argumentar que o contraditório deve ser efetivado no mesmo órgão que proferiu a decisão paradigma (STJ e STF) e não nos órgãos jurisdicionais de segundo grau, mas essas alterações têm sido aceitas sem resistência no ordenamento jurídico brasileiro em prol de uma maior uniformidade e celeridade na prestação jurisdicional.

Outro argumento seria a impossibilidade do Tribunal Superior apreciar o reexame de fatos e provas, que permitiria esse efeito vinculante sem prejuízo, portanto, do contraditório e da ampla defesa, mas é sabido que, mesmo em questões de direito, a oitiva da parte contrária pode influenciar o julgamento da matéria com elementos adicionais e específicos de circunstâncias peculiares de cada situação concreta, caso contrário em matéria exclusivamente de direito nem mesmo seria necessária a oferta de contestação para viabilizar uma decisão de procedência da ação proposta, o que é inadmissível. Um exemplo seria a prescrição admitida em sede de exceção de pré-executividade, que permite reconhecimento de ofício pelo juiz, mas se houver uma causa de interrupção ou suspensão, a possibilidade da parte manifestar-se antes do julgamento poderá alterar o resultado da lide, motivo pelo qual a ausência de contraditório perante o STF e STJ nos processos em que determinaram o efeito vinculante prioriza mais a celeridade do que a segurança jurídica.

Essa postura adotada nos recursos repetitivos e expedientes equivalentes choca-se com o teor do artigo 10 do NCPC, que exige a prévia oitiva da parte em qualquer grau de jurisdição sobre o fundamento que venha a ser utilizado na decisão judicial, ainda que apreciável de ofício, entretanto, a postura em comento foi mantida e ampliada no novo diploma processual, com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Além disso, na fase executiva (artigo 741⁹⁶⁸ do CPC, de 1973, e artigos 525, §

⁹⁶⁷ARE 875527 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 02-12-2015 PUBLIC 03-12-2015.

⁹⁶⁸Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; (Redação dada pela Lei nº

12⁹⁶⁹ e 535, § 5º⁹⁷⁰ do NCPC), a decisão do STF desconstituiu o título judicial devidamente formado sem que as partes tenham participado da ação que culminou na declaração da inconstitucionalidade da norma legal que embasou o título.

Associado a isso é relevante considerar que o incidente de resolução das demandas repetitivas⁹⁷¹ inserido pelo Novo Código de Processo Civil⁹⁷², vinculando a decisão dos juízes no âmbito da competência dos Tribunais de segundo grau, é uma forma de propiciar maior celeridade no proferimento da decisão judicial que não impede o ajuizamento das

11.232, de 2005).

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005).

⁹⁶⁹Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹⁷⁰Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹⁷¹Decorrente de influência do Musterverfahren alemão e do Group Litigation Order do sistema inglês (Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 297-298).

⁹⁷²Esse expediente é aplicável ao processo do trabalho pelo teor da Instrução Normativa nº 39 de 2016 do TST.

ações⁹⁷³ nem vincula todos os interessados e os aspectos processuais⁹⁷⁴ como uma ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em que a avaliação de circunstâncias peculiares do caso concreto resta relegada à fase de execução. Da mesma forma que vem ocorrendo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por meio dos instrumentos de julgamento por repercussão geral ou pela sistemática dos recursos repetitivos, a celeridade é meramente aparente, uma vez que os processos, depois de longa tramitação, ainda são suspensos durante anos para aguardar a solução a ser dada no precedente selecionado pelo Tribunal. No STF, a título de exemplo, numa previsão estimada, o processo paradigma pode esperar de 7 a 12 anos⁹⁷⁵ para ser julgado e influenciar os demais suspensos⁹⁷⁶, por conseguinte, a rapidez desejada apenas seria alcançada pelos processos ajuizados no futuro.

⁹⁷³A decisão não julga o mérito dos processos apenas especifica a tese jurídica aplicável que ensejará reclamação ao tribunal prolator da decisão em caso de descumprimento (Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 303-305).

⁹⁷⁴No caso da Justiça do Trabalho pelo entendimento da instrução normativa do TST da decisão do incidente cabe recurso de revista ao TST e uma vez julgado vinculará o entendimento sobre a tese jurídica a todos os órgãos jurisdicionais trabalhistas seja a demanda individual, seja coletiva.

⁹⁷⁵“O texto do Ministro Luís Roberto Barroso, porém, é revelador de que o instituto da repercussão geral, embora tenha permitido reduzir drasticamente o número de recursos extraordinários e agravos de decisão denegatória – de 59.722 em 2008 para 35.977 em 2013 –, é apenas uma miragem de um desejável oásis, pois ‘o número de recursos extraordinários e de agravos em recurso extraordinário que ainda chegam anualmente a cada Gabinete excede a capacidade humana dos Ministros’.

Não há como negar que o número de recursos dirigidos ao STF, mesmo com o filtro da repercussão geral, inviabiliza o adequado desenvolvimento do papel de guardião da Constituição. Não é por outro motivo que o referido Tribunal continuou a utilizar a denominada jurisprudência defensiva, como meio de reduzir a excessiva carga de trabalho.

A partir de dados estatísticos, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta outro dado preocupante, qual seja, o tempo necessário para julgamento dos casos em que houve reconhecimento de repercussão geral: de sete anos (se considerado o ano em que mais se julgaram recursos com repercussão geral) a 12 anos (se mantida a média de julgamentos por ano)². Esse dado é alarmante, notadamente por que muitos casos de repercussão geral ensejam que os sujeitos interessados e também os órgãos do Poder Judiciário adotem postura de espera, até que a solução venha a ser apresentada pelo STF. Pior ainda para os casos repetitivos, em que milhares de recursos extraordinários ficam compulsoriamente sobrestados na origem, até que a matéria seja apreciada pelo Supremo.

Esse problema poderá ser agravado em razão da iminente aprovação do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que prevê: ‘Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional’ (art. 1.048, §5º). Igual previsão é estabelecida para os recursos extraordinários repetitivos (art. 1.050, II). A regra é mitigada pelo §10 do art. 1.048 e pelo §5º do art. 1.050, que limitam a suspensão do processo ao período de um ano; no caso dos recursos extraordinários repetitivos, porém, outro relator poderá novamente afetar a matéria e, com isso, levar a nova suspensão do processo (§6º do art. 1.050).

Em suma, o eventual reconhecimento de repercussão geral para recursos repetitivos ensejará a paralisação de inúmeros processos, alguns desde o limiar, sem a esperança de o STF fixar de modo célere uma diretriz, o que conspira contra o princípio constitucional da razoável duração do processo”. (BARIONI, Rodrigo. *Repercussão geral – anotações sobre as propostas formuladas pelo ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas*, 25 set. 2014 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208121,101048-Repercussao+geral+anotacoes+sobre+as+propostas+formuladas+pelo>>. Acesso em: 10 abr. 2016).

⁹⁷⁶Cf. MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil, cit., p. 424-426.

Além disso, a segurança na prestação jurisdicional também não se demonstra muito assertiva nos expedientes até então adotados por nosso ordenamento, uma vez que a pretexto de aplicar o precedente e manter a rapidez no julgamento pode não ser efetivada uma análise pormenorizada da causa e das peculiaridades que cercam a situação vertente dos autos pelo julgador, que também é refratário ao provimento do recurso de embargos de declaração.

Acrescente-se que eventual não interposição de recurso ou não conhecimento por questões meramente processuais podem impedir que o Tribunal Superior venha a aplicar o precedente de sua jurisprudência vinculante⁹⁷⁷.

Na maioria das vezes é perceptível que falta um amadurecimento desejável da causa para propiciar uma solução ao conflito de massa decorrente das ações coletivas ou do próprio incidente de demandas repetitivas, uma vez que um pronunciamento afoito pode afetar a centenas de pessoas senão milhares potencializando às injustiças. Nessa seara, o pronunciamento de Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates acerca da necessidade de amadurecimento das questões com implicações coletivas é de essencial observância:

“O conceito do amadurecimento jurídico de conflitos massivos é complexo e extremamente importante, mas tem sido negligenciado pelo direito brasileiro. Grosso modo, pode-se dizer que um conflito massivo passa por várias fases. Em uma primeira fase, os autores perdem os seus processos individuais sistematicamente e o réu prevalece na grande maioria das vezes. A questão ainda é nova e os autores não tem ainda provas decisivas ou o argumento jurídico ainda não está solidificado. Em uma segunda fase, novas provas começam a ser encontradas, novos argumentos começam a ser trazidos, há um amadurecimento e uma conscientização geral sobre a causa e os autores começam a ganhar alguns processos e perder outros. Em uma terceira fase, vários processos já foram julgados, a jurisprudência já está assentada e todas as provas já apareceram. A tese da responsabilidade do réu fica estabelecida e os autores passam a ganhar os processos de forma sistemática”⁹⁷⁸.

Assim, percebe-se que a segurança e celeridade almejada com os métodos de julgamento repetitivos não são exatamente o que objetivam seus defensores, pois os contornos das noções de segurança e de precisão na aplicação da norma são rarefeitos e, mesmo assim, tais expedientes foram incorporados por nosso ordenamento jurídico. E pior ainda, diante da quantidade de processos represados nos Tribunais aguardando o julgamento do precedente, vinculando o entendimento jurisprudencial a ser aplicado e da jurisprudência defensiva ou escapista das Cortes tendentes a evitar o aumento da carga de processos, estimula-se o exercício de uma prática impensável num Estado Democrático de Direito, qual seja: projetos e projeções de restrição ao que deve ou não ser considerado de

⁹⁷⁷Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal, cit., p. 168.

⁹⁷⁸GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana, cit., p. 126.

repercussão geral ou a forma de sua eleição, bem como a limitação por meio de instrumentos assemelhados de seleção do que pode ou não ser considerado demanda de massa⁹⁷⁹. Essas tentativas de redução da carga processual nos Tribunais acabam ocasionando, dentro de um subjetivismo próprio do espírito humano, a eleição por um grupo restrito de julgadores do que deve ou não ser decidido de maneira uniforme e uníssona em todo o território nacional, como se essa seleção fosse simples e as demais causas irrelevantes, com reflexos muito maiores do que a adoção das *class action* americana no nosso sistema jurídico.

No atual sistema processual em vigor, observa-se que atuam dois tipos de tratamento das demandas de massas denominados de “tutela coletiva” e “técnica de julgamento repetitivo”, sendo que esta última pode influir na decisão da primeira sem que o processo modelo analisado defenda direitos coletivos em sentido amplo, podendo tratar de interesse individual heterogêneo⁹⁸⁰, o que desprezaria a análise da representatividade adequada e, por consequência, demonstra que a enorme preocupação da doutrina e da jurisprudência no sentido de vincular ao processo pessoas que dele não fizeram parte em desobediência aos princípios do contraditório e ampla defesa perde totalmente o sentido na atual conjuntura processual.

Acrescentando ainda mais um elemento complicador nessa intrincada equação jurídica surgiram os efeitos multiplicados das decisões em processos discutindo “direito individual heterogêneo”, que, no âmbito processual, geram litisconsórcios multitudinários e podem ser decididos também pelos métodos dos incidentes ou recursos repetitivos, o que numa situação jurídica complexa é possível imaginar diversas variantes entre uma ação coletiva e inúmeras ações individuais que podem conviver em conjunto por tratarem de questões diversas, mantendo os problemas de conflitos ainda que parciais de decisões e desuniformidade de tratamento além da multiplicidade de processos em si⁹⁸¹.

Antonio-Enrique Pérez Luño, ao tratar da segurança jurídica, pondera que:

“En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden

⁹⁷⁹“Em linhas gerais, a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso pretende: (i) estabelecer a escolha dos casos de repercussão geral duas vezes ao ano (junho e dezembro), quando se selecionariam os principais casos da safra de processos daquele período; (ii) limitar o reconhecimento da repercussão geral a dez casos por semestre; (iii) realizar a redistribuição dos casos em que a repercussão geral seja reconhecida, para que haja igualdade entre os Ministros; (iv) fixar datas para a sustentação oral, aproximadamente seis meses antes da sessão de julgamento; (v) fixar pauta para a sessão de julgamento dos casos de repercussão geral”. (BARIONI, Rodrigo. op.cit.).

⁹⁸⁰Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto, cit.

⁹⁸¹Cf. Id. Ibid.

constitucional; y función del Derecho que <<asegura>> la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales”⁹⁸².

A segurança jurídica, portanto, implica no asseguramento de direitos fundamentais, o que pode ser viabilizado com a criação de uma legislação específica para as ações coletivas passivas de maneira adaptada à realidade brasileira e suas peculiaridades, mas diante de um caso concreto de lesão e ameaça a direito legítimo de outros cidadãos ou grupos não pode impedir a apreciação judicial com a pacificação do conflito, sob pena do retorno indevido ao período em que as partes resolviam pela violência ou, mais precisamente, com base na lei do mais forte, seus litígios.

O que o magistrado como interprete da norma, diante de um caso concreto deve compreender consiste na essencialidade de sua função na manutenção de um Estado Democrático de Direito, no sentido de que a segurança jurídica enquanto princípio não impede, mas sim estimula, a pacificação de conflitos em que parcelas consideráveis da coletividade encontram-se no polo passivo de uma demanda.

3.8. Os códigos modelo de processos coletivos e a representatividade da coletividade no polo passivo

Com o passar dos anos houve uma maior sensibilidade da doutrina acerca da necessidade de regulamentação normativa da ação coletiva passiva que se refletiu nos projetos e anteprojetos de Códigos Modelo ou, ainda, na edição de normas específicas tendentes a adequar os processos coletivos à realidade da sociedade.

Ao analisar os processos coletivos, pesquisadores e acadêmicos envolveram-se na elaboração de diversos estudos que culminaram na confecção de modelos ou projetos de textos normativos, com a sugestão de incorporação das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro ou nos países da ibero-américa⁹⁸³.

Dentre os estudos mais relevantes que se apresentaram, indicam-se: o “Código-modelo de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito” atribuído a Antonio Gidi; o “Código-modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa”; o “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos” elaborado sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, envolvendo discussões no âmbito da pós-graduação da Universidade de São Paulo e no Instituto Brasileiro de Direito Processual; e, por último, o “Anteprojeto de

⁹⁸²PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 20.

⁹⁸³Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva, cit., p. 261.

Código Brasileiro de Processos Coletivos”, sob a coordenação de Alúcio Gonçalves de Castro Mendes, fruto de debates no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio de Sá⁹⁸⁴.

Esses diplomas passaram a prever a ação coletiva passiva, reconhecendo-a como “uma demanda proposta em face de uma coletividade, devidamente representada, cuja causa seja de interesse social relevante”⁹⁸⁵.

Em relatório elaborado por ocasião do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em Salvador, diversos países apresentaram um resumo de suas legislações sobre processos coletivos, cabendo à professora Ada Pellegrini Grinover a sua sistematização em relação aos países da *Civil Law*, em publicação ímpar, originalmente divulgada em 2008 e, mais tarde, atualizada em 2011.

A estudiosa compilou essas informações e apresentou na obra intitulada “Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado”, descrevendo as inovações do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, enunciando que tal ideia apareceu em 2002, na cidade de Roma, mais precisamente no mês de maio, durante o VII Seminário Internacional, cuja organização coube à *Associazione di Studi Sociali Latino-Americani*, *Istituto Italo-Latino Americano* e o *Centro di Studi Giuridici Latino Americani* da *Università degli Studi di Roma – Tor Vergata*, por iniciativa de Antônio Gidi, imediatamente absorvida pelo Instituto Ibero-Americano com a proposta de elaborar um código modelo que pudesse ser adaptado pelos ordenamentos jurídicos dos diversos países, mantendo certos aspectos uniformes na defesa dos direitos difusos e coletivos⁹⁸⁶.

Em outubro do mesmo ano de 2002, na cidade de Montevidéu, a comissão de pesquisadores formada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Gidi e Kazuo Watanabe apresentou um prospecto, que foi formalizado em Anteprojeto, em evento denominado de Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual⁹⁸⁷.

Esse texto foi submetido à apreciação de juristas ibero-americanos, sob a coordenação dos pesquisadores Eduardo Ferrer MacGregor, do México, e Antônio Gidi, culminando com sua apresentação no XII Congresso Mundial de Direito Processual, que

⁹⁸⁴Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva, cit., p. 261.

⁹⁸⁵Cf. Id. Ibid., p. 260.

⁹⁸⁶Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 28-29.

⁹⁸⁷Cf. Id. Ibid., p. 29.

aconteceu na cidade do México, no ano de 2003⁹⁸⁸.

Ainda para avaliar o texto e confeccionar uma segunda versão mais aperfeiçoada foi instituída uma comissão revisora da qual participaram os três juristas originários, os brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Antônio Gidi e Kazuo Watanabe e mais Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e outros estudiosos do direito processual, a saber, Sergio Artavia, Roberto Berizonce, Ramiro Bejarano Guzmán, José Luiz Vázquez Sotelo, Enrique M. Fálcon e Anibal Quiroga León, manuscrito esse revisado por Angel Landoni Sosa, sendo que, depois de muitas discussões, as propostas de inserção e adequação foram votadas, surgindo o projeto aprovado, em 2004, pela Assembleia Geral do instituto nas XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, na capital da Venezuela⁹⁸⁹.

Os sistemas brasileiro e americano influenciaram o modelo, contudo, o resultado final procurou criar algo adaptável às diversas peculiaridades existentes nos países ibero-americanos, sem descuidar do que já existia no âmbito desses Estados⁹⁹⁰.

Ada Pellegrini Grinover expõe acerca da inserção das ações coletivas passivas no código modelo ibero-americano:

“O Capítulo VI do Código introduz a ação coletiva passiva, ou seja, a *defendant class action* do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na prática, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela. O Código exige que se trate de uma coletividade organizada de pessoas, ou que o grupo tenha representante adequado, e que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e seja de relevância social. A questão principal que se punha, nesses casos, era o do regime da coisa julgada: em obséquio ao princípio geral de que a sentença só pode favorecer os integrantes do grupo quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, o mesmo princípio devia ser mantido quando a classe figurasse no polo passivo da demanda. Assim, quando se trata de bens jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos, o regime da coisa julgada é *erga omnes*, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no polo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no polo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou discutir a sentença no processo de execução, para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, é o mesmo tratamento da coisa julgada *secundum eventum litis* para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no polo ativo. No entanto, tratando-se de ação movida contra o sindicato, a coisa julgada, mesmo positiva, abrangerá sem exceções os membros da categoria, dada a posição constitucional que em muitos países o sindicato ocupa e sua representatividade adequada, mais sólida do que a das associações”⁹⁹¹. (destaques no original)

Gregorio Assagra de Almeida, ao analisar o Código Modelo de Processos Coletivos Ibero-americano, elogia a iniciativa e vislumbra maiores benefícios para os demais países

⁹⁸⁸Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 29.

⁹⁸⁹Cf. Id. Ibid., p. 29-30.

⁹⁹⁰Cf. Id. Ibid., p. 30.

⁹⁹¹Id. Ibid., p. 34-35.

que ainda não instituíram um sistema adequado de tutela aos direitos difusos e coletivos, arrolando como pontos positivos do projeto algumas características já previstas na legislação brasileira: a) legitimação ativa concorrente e pluralista, bem como termo de ajustamento de conduta (artigo 3º); b) a admissão de todas as espécies de ações necessárias para a tutela dos interesses coletivos em sentido amplo⁹⁹² (“princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva”, no artigo 4º)⁹⁹³.

Como inserções legítimas que não se encontram na legislação brasileira (CPC de 1973) o autor cita: a) interpretação ampla e extensiva do pedido e da causa de pedir com possibilidade de modificação em qualquer tempo ou grau de jurisdição do objeto do processo com atenção a boa-fé (artigo 10); b) a possibilidade de produção de provas pelo juiz de ofício e a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova carreando para a parte que detém melhores condições de comprovação dos fatos em decorrência de fatores de facilidade, acesso à informação ou, ainda, técnicos (artigo 12); c) parcial julgamento antecipado da ação (artigo 13); d) não pagamento de custas e despesas pelo autor, nem a condenação em honorários, salvo má-fé em caráter mais amplo do que o previsto na legislação brasileira que se restringe às associações (artigo 15); e) prioridade no processamento das ações coletivas quando pela relevância do dano ou dos direitos tutelados intui-se interesse social (artigo 16); f) a exigência de que o réu da ação coletiva informe em eventuais ações individuais que está respondendo a ela sob pena de que em caso de procedência da ação coletiva, o autor individual se beneficiar dos resultados independentemente da procedência da ação individual (artigo 31); g) interpretação aberta e flexível para tutela dos interesses coletivos (artigo 39); h) preferência pelo julgamento e processamento das ações por juízes especializados (artigo 40)⁹⁹⁴.

Com a edição do NCPC muitas inovações apontadas foram inseridas em nosso ordenamento, como a distribuição dinâmica do ônus da prova no artigo 373⁹⁹⁵ e a

⁹⁹²Essa determinação é relevante tendo em vista que países como a Alemanha não admitem a tutela coletiva para reparação de danos (maiores detalhes em MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas*, cit., p. 212).

⁹⁹³Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 89-91.

⁹⁹⁴Cf. Id. Ibid., p. 89-91.

⁹⁹⁵Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito no artigo 356⁹⁹⁶.

O “Código-modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa” aprovado em Caracas, no dia 28 de outubro de 2004, apresenta o seguinte texto no que se refere às ações coletivas passivas:

“Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2o do artigo 2o deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1o) e se revista de interesse social.

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

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará erga omnes no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38 – Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementariamente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível”⁹⁹⁷.

Ao contrário da União Europeia, em que existe uma resistência dos países membros à edição de uma diretiva que venha a regular os processos coletivos⁹⁹⁸, o Código Modelo de Processos Coletivos Ibero-americano tem sido apoiado por diversos países, com influência

§ 2^o A decisão prevista no § 1^o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3^o A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4^o A convenção de que trata o § 3^o pode ser celebrada antes ou durante o processo.

⁹⁹⁶Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1^o A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2^o A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3^o Na hipótese do § 2^o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4^o A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5^o A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

⁹⁹⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; GIDI, Antonio (Rel.). *Código-Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América*, cit.

⁹⁹⁸As diretivas europeias devido a essa resistência regulam matérias específicas notadamente o direito dos consumidores ou preceitos de tutela do meio ambiente (Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas*, cit., p. 204).

direta na reforma das legislações, proporcionando harmonia entre os sistemas e uma futura uniformidade, na medida em que as alterações não são obrigatórias, como se fosse uma diretriz da UE⁹⁹⁹.

Diogo Campos Medina Maia, ao apreciar o artigo 35 do Código Modelo, concebe que o polo passivo somente se configurará se houver uma organização (grupo organizado com ou sem personalidade jurídica) ou um representante adequado. Em sua opinião sempre será necessária aferir essa representatividade do grupo organizado, sendo indispensável para a presença no polo passivo da ação, como se extrai das demais disposições do diploma¹⁰⁰⁰.

O artigo 36 do modelo ibero-americano pressupõe aplicabilidade *erga omnes e pro et contra* para alcançar todo os integrantes do grupo, classe ou categoria na hipótese de direitos difusos em sentido amplo que engloba os direitos coletivos.

No parágrafo único, do artigo 37, do Código-modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa, consta expressamente a vinculação de toda a categoria (quando a ação for dirigida ao sindicato), ou seja, de cada um de seus membros individualmente, qualquer que seja o resultado da ação coletiva passiva, o que, no Brasil, choca-se com o modelo de tutela dos trabalhadores por meio de normas de ordem pública, ensejando um caráter de indisponibilidade incompatível com a renúncia ou transação de direitos trabalhistas permitida para outras entidades em relações meramente civis, salvo se houver alteração constitucional (desde já discutível sob o aspecto do princípio do não retrocesso), como se verá mais detidamente em tópico próprio.

Num primeiro momento, poder-se-ia admitir essa vinculação apenas para os direitos disponíveis ou, ainda que indisponíveis, quando mais de um meio possa atingir um determinando fim, como, por exemplo, a utilização de técnicas menos custosas de proteção à saúde do trabalhador comprovadas mediante prova técnica ao invés de determinados procedimentos exigidos pelos sindicatos ou pelo poder público.

A melhor interpretação desse dispositivo restringe seu conteúdo a questões diversas dos direitos trabalhistas que eventualmente atinjam a categoria.

O *caput* do mesmo artigo 37 do Código Modelo faz, de forma aglutinada, uma mistura de situações em seu enunciado, ao tratar dos direitos individuais homogêneos, ao afirmar que há coisa julgada *erga omnes* no plano coletivo, contudo, sem vinculação dos “membros do grupo, categoria ou classe”, o que intui a impossibilidade de execução

⁹⁹⁹Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. op. cit., p. 244-245.

¹⁰⁰⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 154.

coletiva ou individual dessa decisão em face desses grupos, mas tão somente em relação às partes que figuraram fisicamente no processo. Assevera, ainda, que esses membros individualmente podem afastar seus efeitos por meio de ações próprias ou defesa na execução do julgado.

Diante desse contexto, é possível aferir que, no plano coletivo, o representante presente no polo passivo poderá ser executado em relação a questões específicas pertinentes a ele, como multa por litigância de má-fé ou, ainda, obrigações de fazer ou não fazer referente à organização ou entidade personalizada ou não. Se a condenação ensejar o pagamento de valores ou atos específicos de pessoas não participantes do processo seria possível o uso do título judicial para embasar uma execução e, nessa fase, como não há vinculação de coisa julgada, é possível ao executado defender-se exercendo todos os instrumentos decorrentes da ampla defesa ou, ainda, ajuizar ações individualizadas que se contraponham a essa pretensão e demais meios de preservação de direitos.

Ao tratar da ação coletiva passiva, o “Código-modelo de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito” assim dispõe:

“TÍTULO V AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS Artigo 28. Ações coletivas passivas 28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue. 28.1 A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo. (Vide arts. 2.1, 2.6 e 18) 28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo. (Vide art. 2.2) 28.3 Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representá-los em juízo na ação coletiva passiva. 28.4 Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo. (Vide art. 6) 28.5 O representante terá o direito de ser ressarcido pelos membros do grupo das despesas efetuadas com o processo coletivo, na proporção do interesse de cada membro. Artigo 29. Processo civil coletivo ativo supletório 29. Aplicam-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível. 29.1 Sempre que possível e necessário, as normas referentes às ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas”.¹⁰⁰¹

Antônio Gidi, ao apresentar seu modelo de processo coletivo, deixa claro não pretender solucionar problemas específicos, afirmando que “o objetivo deste projeto é mais modesto: introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum e aperfeiçoar as ações coletivas naqueles países que já as possuem”¹⁰⁰².

¹⁰⁰¹GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*, cit.

¹⁰⁰²GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 3. n. 1, p. 88-89, jan./jun. 2004.

O mencionado autor, na exposição de motivos do seu projeto de código de processo coletivo, esclarece que pretende “eliminar injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas”, citando como exemplo a circunstância das *class action for damages* (ações coletivas de caráter indenizatório) nos EUA apresentarem um procedimento de notificação dos interessados mais burocrático do que outras ações coletivas e a diferenciação dos efeitos da coisa julgada segundo os direitos tutelados nas ações brasileiras¹⁰⁰³.

A priorização da representação da coletividade por meio de associações nas ações coletivas passivas tem sido criticada por Fredie Didier¹⁰⁰⁴, contudo, sob o aspecto de maior proximidade com os interesses em discussão é mais adequada do que a estipulação de órgãos ou entidades públicas menos afetas à representatividade adequada do grupo ou parcela da coletividade no polo passivo dessa ação.

O “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, em dezembro de 2005, ganhou sua redação final por Ada Pellegrini Grinover, após reuniões para debates de seu conteúdo com órgãos do governo federal e do Ministério Público, dispondo das ações coletivas passivas nos seguintes termos:

“Capítulo III – Da ação coletiva passiva Art. 36. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 19, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 3º) e a tutela se revista de interesse social. Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 19, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais. Art. 37. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais. Art. 38. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível. Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda”¹⁰⁰⁵.

Gregório Assagra de Almeida elenca como pontos positivos do Anteprojeto de processos coletivos paulista: a) o reconhecimento expresso da possibilidade de controle de

¹⁰⁰³Cf. GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Direito e Sociedade*, cit., p. 88.

¹⁰⁰⁴“Neste aspecto, merece crítica a proposta de Antonio Gidi de Código para processos coletivos em países de direito escrito, que restringe a ação coletiva passiva às associações. Eis o texto da proposta de Gidi: “28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue”. Em uma ação coletiva passiva derivada de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público, o réu será esse mesmo Ministério Público. A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle in concreto da adequação da representação” (DIDIER, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas, cit.).

¹⁰⁰⁵ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ministério da Justiça - última versão - Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e Órgãos do Governo Federal, cit.

constitucionalidade difuso por meio das ações coletivas (artigo 3º); b) a interpretação ampla e extensiva do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas (artigo 4º); c) a possibilidade de comunicação aos legitimados coletivos sobre ações repetitivas para viabilizar o estudo para o ingresso de uma ação coletiva; (artigo 7º); d) a prioridade no processamento da ação coletiva de preferência pela via eletrônica (artigo 9º); e) a distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de produção de ofício pelo magistrado (artigo 10); f) a não circunscrição dos efeitos *erga omnes* da sentença aos limites da competência territorial do juiz de primeira instância (artigo 12); g) melhor disposição sobre custas e honorários (artigo 16); h) instituição do “cadastro nacional dos processos coletivos”^{1006 1007}; i) criação de órgãos especializados na matéria coletiva para julgamento das ações (47); j) interpretação ampla, flexível e aberta das disposições tendentes a uma mais efetiva tutela desses direitos (48)¹⁰⁰⁸.

Dentre os elogios, percebe-se que algumas propostas foram inseridas no âmbito do NCPC, como a distribuição dinâmica do ônus da prova (artigo 373), a comunicação para os legitimados ajuizarem ações coletivas diante da repetição de matérias (artigo 139, X) e um cadastro para registro do incidente de resolução de demandas repetitivas no Conselho Nacional de Justiça (artigo 979).

O § 5º, do projeto paulista, traz uma novidade, na medida em que se inseriu, posteriormente, no artigo 19, a possibilidade de atuação do Ministério Público em todas as justiças (estadual e federal) sem que o juiz possa alegar ilegitimidade de parte e deixar de conhecer o mérito da demanda, como vinha costumeiramente acontecendo, em prol da defesa dos direitos coletivos em sentido amplo:

“§ 5º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 24, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 24, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação”¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ressalta que a ideia desse cadastro surgiu no anteprojeto UERJ-UNESA de processos coletivos influenciando o aperfeiçoamento do projeto paulista, tendo o Conselho Nacional de Justiça por meio da resolução conjunta nº 2 de 2011 instituiu cadastro assemelhado das ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento para monitoramento (Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, cit., p. 300-301). No anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes há previsão no artigo 28 deste cadastro enquanto no projeto paulista que deu origem ao anteprojeto brasileiro no artigo 46.

¹⁰⁰⁷No projeto de lei nº 5.139/2009 há previsão do cadastro nacional de processos coletivos (artigo 53) a cargo do Conselho Nacional de Justiça e o cadastro nacional de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta (artigo 54) sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público. No mesmo sentido havia disposição no projeto de Lei nº 282/2012 (artigo 104-B do CDC).

¹⁰⁰⁸Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 105-108.

¹⁰⁰⁹ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ministério da Justiça - última versão - Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e Órgãos do Governo Federal, cit.

Apreciando as disposições mais afetas a nossa pesquisa, constata-se no anteprojeto em comento, no artigo 36, que o requisito para figuração no polo passivo da coletividade organizada sem personalidade jurídica exige obrigatoriamente a representatividade adequada, o que na opinião de Diogo Campos Medina Maia corrigiu a incoerência do modelo ibero-americano¹⁰¹⁰, acrescentando “a tutela se revista de interesse social”. Nesta última hipótese, essa exigência intui a necessidade de submissão da demanda de notória conformação coletiva e não discussões individualizadas sem reflexos sociais consolidados, como seria uma discussão restrita a três vizinhos acerca dos limites de seus terrenos particulares em relação ao órgão registral e o Município em que se situam, por isso é uma exigência presente também no modelo ibero-americano e no anteprojeto carioca.

No artigo 37 do mencionado anteprojeto paulista, a coisa julgada passiva, segundo Diogo Campos Medina Maia, foi conferida sob o aspecto de vinculação geral para todos os direitos coletivos, com a ressalva apenas da possibilidade do ajuizamento de nova ação se a decisão de procedência foi baseada na deficiência da prova do réu, o que, em sua concepção, consolida todo o ônus probatório no autor para que se formalize a coisa julgada ou, ainda, se baseada em provas robustas (situação diversa da insuficiência de provas) for localizada nova prova suficiente para alterar o resultado da demanda e impossível de ter sido produzida no processo por qualquer das partes litigantes, esta última no prazo de dois anos de sua descoberta¹⁰¹¹.

Diogo Campos Medina Maia critica o projeto paulista, pois não se atentou à possibilidade das ações passivas duplamente coletivas ensejarem igualdade de armas que exigiria uma isonomia de tratamento da coisa julgada em qualquer hipótese *pro et contra*, “independente da qualidade da prova produzida no processo”¹⁰¹².

Outro ponto que merece destaque no anteprojeto consiste em admitir aos indivíduos eventualmente prejudicados pela improcedência de uma ação afeta a direitos individuais homogêneos a possibilidade de pleitearem individualmente seus direitos, exceto se representados pelo sindicato, funcionando este como substituto processual da categoria, gerando uma discriminação quando a tutela deveria ser mais efetiva diante da fragilidade do trabalhador frente ao empresariado.

O “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, com origem na UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e UNESA (Universidade Estácio de Sá),

¹⁰¹⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 155.

¹⁰¹¹Cf. Id. Ibid., p. 155-156.

¹⁰¹²Cf. Id. Ibid., p. 156.

regulou a ação coletiva passiva da maneira adiante proposta:

“PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

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, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) 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 incompatível¹⁰¹³. (destaques no original)

Gregório Assagra de Almeida, ao analisar o anteprojeto carioca, praticamente reproduz as críticas direcionadas ao paulista, sem acrescentar nada de novo¹⁰¹⁴ dada à similitude do tratamento da matéria.

Jordão Violin, ao apreciar o conteúdo do artigo 42, na parte em que especifica que “qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado”, intuiu na organização da coletividade a exigência de personalidade jurídica enquanto o representante adequado a dispensaria¹⁰¹⁵.

Ao tratar dos efeitos da coisa julgada no polo ativo, o artigo 22¹⁰¹⁶, do anteprojeto do Rio de Janeiro, segundo Jordão Violin, ao determinar no §1º que “os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos”, impediria o aproveitamento da decisão de procedência aos indivíduos, pois “são causas de pedir diversas, que não se confundem” e, portanto, “não prejudicam nem beneficiam os direitos individuais reflexos”¹⁰¹⁷.

¹⁰¹³ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Apresentação do Anteprojeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), cit.

¹⁰¹⁴ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 124-125.

¹⁰¹⁵ Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 131-132.

¹⁰¹⁶ “Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1o. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2o. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3o. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4o. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”.

¹⁰¹⁷ Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 57-58.

Ocorre que essa ponderação desconsidera a expressão “não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos”, ou seja, em momento algum, especificou que não beneficiarão, deixando claro apenas que não trará um prejuízo às vítimas de eventual dano, sendo certo que, nos parágrafos seguintes, esclarece o anteprojeto que as vítimas poderão usufruir dos benefícios da sentença de procedência, conforme prevê o § 2º para a discussão dos danos pessoais objeto de ações individuais ou coletivas, sendo que os indivíduos apenas serão afetados pela coisa julgada na hipótese do § 3º, quando a ação coletiva discutir direitos individuais homogêneos e os titulares de interesses ou direitos não “tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão”.

Para fundamentar sua posição, Jordão Violin utiliza o exemplo de dano ambiental na Serra do Mar por vazamento de petróleo, intuindo que a determinação judicial para recomposição do meio ambiente num processo coletivo (com declaração do dano ambiental) não pode interferir no pagamento de indenização às vítimas, pois não se discutiu o nexo de causalidade dos danos individuais com a conduta do agente, sob pena de cerceamento de defesa, não passando a decisão coletiva de um precedente¹⁰¹⁸.

Na prática, o problema indicado pelo autor não ocorre, uma vez que nas ações coletivas ajuizadas geralmente também se inserem, além da recomposição do meio-ambiente, o pagamento das indenizações às vítimas, mas partindo do pressuposto de que, num caso concreto, isso não ocorreu, com a devida vênia, percebe-se que em relação ao dano ambiental não será mais possível discutir a sua existência. O que será levado em consideração no procedimento de liquidação e execução individualizado da sentença será justamente a presença do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido por cada um dos indivíduos, o que não afetará a ampla defesa desde que a liquidação seja por artigos, em que o réu poderá exercer pleno contraditório e os autores não estariam dispensados de demonstrar o nexo de seus danos com o “dano ambiental” geral.

Além disso, não se deve confundir a obrigação de fazer, que é personalíssima, com a indenização em si decorrente da liquidação individualizada de um dano ambiental maior, pois, ainda que não se possa transpor uma obrigação de fazer para propiciar a execução individual, a indenização é perfeitamente reflexiva, propiciando liquidação individual. Da mesma forma, se todos integram a coletividade e foram representados no processo por meio dos entes legitimados podem e devem, por economia processual, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade, beneficiar-se da decisão que reconheceu a existência do dano ambiental tendo em vista tratar-se de uma espécie de continência entre essa ação e as individuais.

¹⁰¹⁸Cf. VIOLIN, Jordão. *op. cit.*, p. 58-59.

Exemplificando: na liquidação individual não será possível ao réu afirmar que o dano ambiental não ocorreu, mas apenas que a propriedade privada ou as vítimas não foram atingidas por ele e sim por outro elemento. De outro lado, as vítimas devem comprovar seu dano e o nexo de causalidade na liquidação por artigos.

Na realidade, trata-se da mesma causa de pedir (dano ambiental) com pedidos diferentes que devem ser apreciados caso a caso. Ainda que se possa admitir que haja pequena diferença entre as causas de pedir jurídicas, a causa de pedir fática decorrente do vazamento de petróleo é a mesma. Além disso, numa ação coletiva deve ser analisada e solucionada a situação como um todo, com eficácia da decisão *erga omnes*, sob pena de desconsideração da eficácia da coisa julgada, fragilizando o instrumento como meio adequado de pacificação social. Ora, se todos os envolvidos integram a coletividade afetada também se submetem aos danos ocasionados pela lesão ambiental, mas, como cada um suporta as consequências de maneira diversa em seu âmbito individual, a liquidação servirá exatamente para mensurar esse dano segundo as peculiaridades dos atingidos. Podem existir indivíduos atingidos enquanto membros da coletividade apesar de não sofrerem danos individuais diretos e, nesse caso, a liquidação servirá como uma forma de esclarecer a ausência do dever de indenizar ou de danos pessoais que ensejam ressarcimento, respeitado o devido processo legal e o contraditório com maior potencial de pacificação social e uniformidade do conteúdo decisório.

No outro exemplo indicado pelo autor, partindo de uma decisão em processo coletivo consagrada da determinação de que o fumo seja proibido em bares e restaurantes, constando na motivação da sentença os males que o cigarro causa à saúde não só dos fumantes ativos, como também dos passivos, o argumento utilizado de que a defesa do interesse difuso (saúde pública) apontado não pode gerar como reflexo o direito de indenização para fumantes passivos e ativos devido às diversas causas de pedir¹⁰¹⁹ também merece temperamento devido às diferenças entre pedidos de obrigação de fazer e de indenização decorrentes, na realidade, da mesma causa de pedir em sentido amplo.

Por hipótese, podemos ilustrar a situação com o exemplo de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face do sindicato de bares e restaurantes ou mesmo em face de um grupo específico desses estabelecimentos, no intuito de que se proíba efetivamente o fumo em seus estabelecimentos devido aos males que esse produto causa nos fumantes passivos e ativos e, em especial, aos trabalhadores que se submetem a condições de trabalho nesses estabelecimentos. Se o Ministério Público, além da obrigação

¹⁰¹⁹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 59-60.

de fazer, solicitar uma indenização por dano moral coletivo e todos os seus pedidos forem acolhidos, pergunta-se: seria razoável impedir uma futura liquidação por artigos de danos individuais oferecida por trabalhadores desses locais que, por laudos, demonstrarem terem sido acometidos dessas doenças, viabilizando a respectiva execução?

A princípio, a resposta parece ser positiva no sentido da impossibilidade, contudo, ao analisar a dinâmica dos fatos, ao se reconhecer que os proprietários dos estabelecimentos não impediram o uso do cigarro por seus clientes, encontra-se comprovada a exposição dos trabalhadores ao agente cancerígeno, sem viabilidade de rediscussão.

Obviamente que um ou outro estabelecimento poderá ter realizado medidas de contenção e controle dessa prática que poderão ser demonstradas na liquidação por artigos em face daqueles que executarem a decisão que, além de comprovar que trabalhavam nos estabelecimentos, devem demonstrar que estavam submetidos a circunstâncias de trabalho danosas com nexo de causalidade em sua atual condição de saúde¹⁰²⁰.

Assim, é preciso alterar a percepção de que os processos coletivos não interferem nas lides individuais, visto não ser mais do que um precedente judicial, pois, torna-se necessário, a fim de evitar discrepâncias de decisões, cerceamento de defesa, segurança jurídica, em atenção ao princípio da economia processual e do amplo acesso à Justiça, uma maior vinculação no intuito de reduzir a litigiosidade fragmentada que vem abarrotando o Poder Judiciário, agravada com a sensação de injustiça na medida em que juízos diversos analisam o mesmo caso e concedem solução discrepante.

Ao argumento de que a liquidação por artigos seria o mesmo que um processo de conhecimento¹⁰²¹, deve-se contrapor a circunstância do aproveitamento da ação coletiva encontrar-se de acordo com os princípios da duração razoável do processo, economia processual, efetividade da prestação jurisdicional, dentre outros.

¹⁰²⁰O óbice a essa situação seria se a ação fosse ajuizada na Justiça Comum em prol dos consumidores e frequentadores do estabelecimento sem mencionar os trabalhadores expressamente. Acreditamos que como a sentença é genérica e atinge toda a coletividade seria possível a liquidação da sentença civil na Justiça do Trabalho com a posterior execução, pois não deixam de ser equiparados aos frequentadores do local os seus trabalhadores. Seria uma forma de consagrar a efetividade dos direitos coletivos em sentido amplo. Por óbvio, não será vedado o uso dos elementos dos autos como prova emprestada para aqueles que eventualmente não admitirem essa liquidação e execução. Todavia, o uso dessa sentença como título executivo prioriza o consignado no artigo 114 da CF. A mesma lógica seria aplicável a uma sentença penal ser liquidada no juízo trabalhista no caso de condenação por assédio sexual no trabalho. Essa discussão é polêmica, mas dada a oportunidade de nos pronunciarmos devido a proximidade dos assuntos apontamos as balizas para ponderação e aprimoramento futuro da teoria.

¹⁰²¹Cf. VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 60.

Quanto à possibilidade de transposição aos indivíduos lesados apenas dos efeitos benéficos de eventual decisão condenatória e não de sua improcedência, é tudo uma questão de opção legislativa, pois se o legislador decidiu criar esse benefício para a parte hipossuficiente em adequação das normas ao conteúdo da igualdade material, que exige tratamento proporcional às condições diversas de cada um, isso em si pode ser adotado em relação a qualquer instituto jurídico e processual, sendo evidente que mesmo nas ações individuais de consumidores (artigo 6º, VIII, do CDC)¹⁰²² em que o ônus probatório é invertido se “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, tal condição não viola o princípio da ampla defesa, contraditório ou do devido processo legal.

Frise-se que os critérios para inversão do ônus da prova são subjetivos, sendo que, nem por isso, a jurisprudência insurge-se contra seu conteúdo benéfico para o consumidor¹⁰²³ em ações individuais, tendo, em algumas ocasiões, admitido em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público na defesa de interesses dos consumidores¹⁰²⁴.

¹⁰²²Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)

¹⁰²³CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Prova. Inversão do ônus da prova.

Perícia. Honorários. Construção civil. SFH.

- O CDC assegura ao consumidor hipossuficiente o direito de exercer sua defesa em juízo. As regras legais que procuram efetivar esse princípio não criam privilégio a seu favor, apenas procuram estabelecer alguma igualdade entre as partes.

- Perícia considerada indispensável para a ação em que se alega defeitos na construção do prédio adquirido por pessoas de baixa renda, pelo SFH, e que não foi feita porque os autores não reuniram o numerário suficiente para pagar os honorários do perito.

- Renovação do julgamento da apelação a fim de que a Câmara aprecie a existência dos pressupostos de fato para a inversão do ônus da prova (Art. 6º, VIII, CDC).

Recurso conhecido e provido em parte.

(REsp 347.632/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 291)

¹⁰²⁴PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC.

INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA A FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. TUTELA DE DIREITOS E DE SEUS TITULARES, E NÃO PROPRIAMENTE DAS PARTES DA AÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo recorrido em face da recorrente em que se discute abusividade na comercialização de combustíveis. Houve, em primeiro grau, inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça.

2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que o acórdão recorrido é omissivo, e 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que lhe se permita a inversão do ônus da prova. Quanto a este último ponto, aduz, ainda, haver dissídio jurisprudencial a ser sanado.

3. Em primeiro lugar, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da

No anteprojeto carioca, o artigo 42 reproduz o conteúdo do artigo 35 do modelo ibero-americano, mas amplia os efeitos da coisa julgada para todos os integrantes do grupo, categoria ou classe sem restrições, o que o aproxima do modelo americano, cabendo a representação adequada uma função essencial legitimadora desses efeitos *pro et contra* e sanando as críticas de Diogo Campos Medina Maia acerca da ação passiva duplamente coletiva¹⁰²⁵.

Um fator interessante que merece destaque é que todos os projetos focam numa ação em face de grupo, categoria ou classe, deixando em segundo plano os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, apesar de ressaltar o interesse social e transindividualidade. Isso de certa forma demonstra que grande parte dos problemas encontra-se na identificação do representante adequado para representar o interesse desses grupos, reforçando a priorização dessa pesquisa para a seleção da representatividade adequada da coletividade e os efeitos da coisa julgada em grupos mais restritos do que a ampla coletividade decorrente dos direitos difusos, como já abordamos nas linhas atrás.

Além disso, o foco principal não deve ser a organização do grupo, mas sim a representação adequada que pode existir ainda que não haja essa organização, como anteriormente salientado em relação às lesões de origem comum propiciadoras da aplicabilidade da responsabilidade anônima em virtude da responsabilização solidária dos envolvidos nos atos ilícitos em que um membro do grupo figurará como representante de todos no polo passivo em associação a citação por edital dos interessados.

Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

4. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação. Precedentes.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1253672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 09/08/2011)

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. LEGALIDADE.

ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE DE AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

POSSIBILIDADE.

1. Não há óbice a que seja invertido o ônus da prova em ação coletiva - providência que, em realidade, beneficia a coletividade consumidora -, ainda que se cuide de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

2. Deveras, "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas" - a qual deverá sempre ser facilitada, por exemplo, com a inversão do ônus da prova - "poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo" (art. 81 do CDC).

3. Recurso especial improvido.

(REsp 951.785/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 18/02/2011).

¹⁰²⁵MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 157.

3.9. A coisa julgada nos Códigos Modelo

A coisa julgada na ação coletiva passiva apresenta uma dificuldade adicional em relação às ações ativas, pois os projetos e modelos confeccionados tratam de maneira mais genérica da coisa julgada passiva¹⁰²⁶, esclarecendo, por exemplo, no artigo 37 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, cordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover, que “a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais”:

“Art. 12. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria. § 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 28 e 29 deste Código. § 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. § 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes. o § 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral de descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado. § 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente”¹⁰²⁷.

O “Código-modelo de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito” de Antônio Gidi, ao tratar da coisa julgada coletiva, assim dispõe:

“Artigo 18. Coisa julgada coletiva 18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por: I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros; (Vide art. 3, II) II – insuficiência de provas. 18.1 Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado.

18.2 Os vícios de que trata este artigo serão conhecidos tanto pelo juiz da causa como pelo juiz da ação individual ou coletiva posteriormente proposta.

18.3 Na ação individual proposta por um membro do grupo vinculado pela coisa julgada coletiva somente poderão ser discutidas questões não acobertadas pela coisa julgada coletiva e questões de natureza individual. (Vide art. 20.1)”¹⁰²⁸

¹⁰²⁶Cf. ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva, cit., p. 278.

¹⁰²⁷ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ministério da Justiça - última versão - Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e Órgãos do Governo Federal, cit.

¹⁰²⁸GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*, cit.

O “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, fruto de debates no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio de Sá, especifica a coisa julgada coletiva, nos seguintes termos:

“**Art. 22 Coisa julgada** Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1o. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2o. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art. 37 e seguintes.

§ 3o. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4o. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”¹⁰²⁹.

O “Código-modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa” dispõe:

“**Art. 33. Coisa julgada** - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Par. 2º - Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Art. 34. Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

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

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

¹⁰²⁹ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Apresentação do Anteprojeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), cit.

Art. 38 – Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível”.¹⁰³⁰ (destaques no original)

Nos diplomas objeto de nosso estudo é praticamente uma praxe indicar que será aplicado no que for compatível, as regras das ações coletivas ativas, o que merece uma interpretação adaptativa aos interesses em jogo e a posição de réu numa ação coletiva com posições bem destoantes. Há ponderáveis argumentos que admitem o critério *pro et contra* para a discussão de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ou seja, todos os integrantes do grupo, da classe, da categoria ou da sociedade em geral que estejam na posição de suportar o estado de sujeição ou o dever a que a coletividade está submetida, sob pena de se promover uma violação ao princípio da igualdade de tratamento¹⁰³¹.

Na hipótese dos direitos individuais homogêneos, a situação é mais polêmica, pois argumentos consideráveis embasam a necessidade de afastar-se o princípio *secundum eventum litis* (regra nas ações coletivas ativas), visto que se o autor vencer a demanda e não tiver possibilidade de exigir o cumprimento do dever ou do estado de sujeição dos indivíduos que compõem o grupo ou a coletividade, a ação não terá qualquer utilidade prática, sendo desnecessária¹⁰³².

Júlio César Rossi é favorável ao efeito *pro et contra*:

“Destarte, a possibilidade de 'não extensão' ou 'não vinculação' dos limites da coisa julgada a ação coletiva passiva é torná-la um instrumento natimorto, sendo, por tal razão, imprescindível que a coisa julgada formada em processo coletivo passivo seja *pro et contra*”¹⁰³³. (destaques no original)

Bujosa, ao tratar dos efeitos *secundum eventum litis*, afirma que:

“En definitiva, el problema principal subyacente es la protección del derecho constitucional de defensa para los sujetos ausentes: si se les ha informado de la pendencia de un proceso que podía afectarles y se les ha permitido una amplia intervención, y sobre todo, si su posición ha sido adecuadamente defendida por el representante ideológico, deberían quedar vinculados por la sentencia”¹⁰³⁴.

O que deve ser evitado a duras penas é deixar a situação sem regulação adequada, o que reforça a necessidade da avaliação dos efeitos da coisa julgada em cada caso concreto, impedindo um subjetivismo exagerado na interpretação dos efeitos da coisa julgada, pois há necessidade de parâmetros com a estipulação de uma regra geral *pro et contra* e

¹⁰³⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; GIDI, Antonio (Rel.). *Código-Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América*, cit.

¹⁰³¹Cf. ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 273.

¹⁰³²Cf. Id. Ibid., p. 273-274.

¹⁰³³Id. Ibid., p. 274.

¹⁰³⁴BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 207-208.

algumas exceções permissivas da modulação de seus efeitos.

Assim, havendo circunstâncias relevantes, a vinculação *erga omnes e pro et contra* poderá ser atenuada no caso concreto, sem que isso seja contrário à segurança jurídica inerente ao instituto da coisa julgada.

Pondera Júlio César Rossi:

“O atual regramento da coisa julgada nos processos coletivos disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, de igual forma não resolve o problema nos casos de ações coletivas passivas, restando absolutamente necessário que a matéria venha a possuir disciplina pormenorizada, sob pena de que, não podendo desconhecer a existência de reais processos coletivos passivos, criarmos por aplicação de pura doutrina regramento, o que traz um subjetivismo ímpar em vista da ausência de critérios comuns (salvo se o STF, por meio de precedente fixar os contornos sobre os limites objetivos da coisa julgada no processo coletivo passivo, o que, convenhamos é inadequado”¹⁰³⁵.

Essa possibilidade de uma definição do STF, por meio de decisão com efeito vinculante sobre a questão, resolveria de certo o problema da interpretação dos efeitos da coisa julgada, mas se, ao analisar a questão, passarem-se longos anos até esse posicionamento ser declarado, os efeitos sociais e seus consequentes prejuízos já estarão consolidados na sociedade.

Além disso, a insegurança de se criar um instituto jurídico e apenas após anos as partes tomarem conhecimento dos mecanismos de atribuição dos efeitos da coisa julgada, ou seja, depois de tempo considerável, afeta não só o princípio da boa-fé processual e segurança jurídica como também da tutela jurisdicional efetiva, que se encontra consagrado no artigo 24 da Constituição da Espanha, contudo, às vezes, a magnitude dos direitos discutidos exige essa flexibilidade a fim de apreciar questões que irão interferir de maneira ampla e impactante na sociedade, como na definição dos contornos dos direitos coletivos em sentido amplo.

Os efeitos da coisa julgada estão diretamente relacionados com a representatividade adequada do que figurar no polo passivo da ação, que poderia ensejar a aplicação do critério *pro et contra*¹⁰³⁶.

Esse deve ser o efeito principal para a coisa julgada passiva que seria adaptado às situações relacionadas à representatividade adequada numa futura proposta legislativa, em que haveria modulação dos efeitos segundo o grupo, classe ou coletividade afetada e sua representação escoreta em juízo. Todavia, seria possível imaginar, em determinados casos, em que há indefinição na interpretação jurídica ou uma alteração da jurisprudência, a estipulação de uma data a partir da qual os efeitos da sentença seriam eficazes.

¹⁰³⁵ROSSI, Júlio César. op. cit., p. 274-275.

¹⁰³⁶Cf. Id. Ibid., p. 275.

Francisco Ramos Méndez, em obra publicada em 1978, já expressava que “no cabe duda de que es cometido de la ciencia procesual perfeccionar las normas técnicas y los esquemas concretos de actuación del proceso a fin de que sea eficaz para el fin que persigue”, concluído, ainda, que “por este camino las exigencias se hacen día a día más acuciantes y la misión de los procesalistas aparece revestida de una seria responsabilidad”¹⁰³⁷.

Não é possível desvincular os efeitos da coisa julgada da representatividade adequada, por isso a constante referência argumentativa a esse instituto.

Assim, bastaria alterações pontuais no NCPC para delimitar a forma da coletividade se expressar em juízo, no intuito de ser acobertada pelos efeitos da coisa julgada, num primeiro momento, usufruindo dos efeitos *pro et contra* se utilizado o procedimento comum ordinário e os efeitos especiais do microsistema de tutela coletiva se direitos coletivos também forem defendidos no polo ativo em face de uma coletividade (ação civil pública passiva) pelos legitimados previstos em lei.

Eventual alegação de desarrazoabilidade ou de violação ao princípio da isonomia ao não se utilizar na ação civil pública passiva os efeitos *pro et contra* são facilmente rechaçados, dado que nosso sistema jurídico optou por salvaguardar com maiores prerrogativas os interesses coletivos lesados que ensejam o ajuizamento da ação, partindo do pressuposto que necessitam de maior tutela, na medida em que a coletividade indicada no polo passivo da ação não teve dificuldades em exercer os seus pretensos direitos, tanto que está limitando ou suprimindo direitos do grupo ou coletividade presente no polo ativo da demanda.

Essa postura de alteração pontual no NCPC impediria uma longa batalha para cunhar um código de processos coletivos e uma mais espinhosa guerra em sua aprovação no Congresso Nacional, protelando a solução dos conflitos e o objetivo maior de um sistema jurídico por meio de uma prestação jurisdicional pacificadora.

Associado a esses elementos justificadores soma-se a possibilidade de maturação da jurisprudência ao enfrentar as demandas com a coletividade e grupos despersonalizados no polo passivo, angariando experiência para aprimorar o instituto num futuro código.

Apesar das inovações apresentadas pelo Novo Código de Processo Civil, ainda há um amplo espaço para melhorar a prestação jurisdicional, com a possibilidade de empréstimo, não de sistemas estrangeiros como um todo, mas de partes reformuladas com a devida adaptação às peculiaridades nacionais no que a representatividade adequada da *class action* é um fator relevante e a viabilização da presença de grupos no polo passivo

¹⁰³⁷RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Barcelona: Libreria Bosch, 1978. p. 255.

das ações coletivas que não se restringem às ações civis públicas uma necessidade premente, especialmente se, em sua substância, forem tais grupos despersonalizados, sendo exíguel tratar as matérias indivisíveis com maior atenção e vinculação a critérios de prevenção, conexão e uso adequado dos mecanismos de tutela coletiva¹⁰³⁸.

No intuito de apreciar a situação das ações coletivas na Justiça do Trabalho, em resposta aos eixos temáticos da pesquisa delineados na introdução, foi dedicado o próximo capítulo a abordar os elementos essenciais dessa prestação jurisdicional, que abarca interesses de categorias inteiras entrelaçados com direitos individuais homogêneos, ou seja, interesses em constante interação na dinâmica social da relação jurídica entre empregados e empregadores.

¹⁰³⁸“Estamos em que deveríamos amadurecer a ideia de abandonar a classificação e tipificação a partir do direito civil, e partir para a criação de espécies a partir do direito processual, como forma de facilitar a identificação da ferramenta processual mais adequada.

Assim, teríamos ações cuja pretensão é indivisível e divisível.

Na primeira modalidade, não admitiríamos a incidência de ações individuais e na hipótese do ajuizamento de várias ações por legitimados distintos, devemos criar um mecanismo de prevenção e conexão, dando força concreta ao dispositivo que hoje já se encontra no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.347/85.

Na segunda modalidade, teríamos o cabimento de ações coletivas e individuais. Aqui, precisamos trabalhar melhor o instituto do *opt out*, incorporando-o ao direito positivo brasileiro e criando regras claras para sua utilização.

Assim, ajuizada a ação coletiva, o indivíduo que, devidamente cientificado, não exercesse seu direito de se excluir dos efeitos da sentença proferida naquele procedimento, no momento processual adequado, seria normalmente atingido por tais efeitos e não poderia ajuizar sua pretensão individual. Por outro lado, saindo no momento e na forma adequados, o caminho para o ajuizamento da ação individual ficaria liberado.

Embora sedutora, a ideia precisa ainda de um maior amadurecimento e implementação de discussões com a comunidade acadêmica, a fim de aperfeiçoar o texto legal. Na verdade, diante da complexidade da tutela coletiva, tendemos a crer que não existe uma resposta única para resolver todos os problemas.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto, cit.).

4. A SITUAÇÃO ESPECÍFICA TRABALHISTA E AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

4.1. Os sindicatos e sua função como representante no âmbito trabalhista

No meio laboral assim como no âmbito civil é de dificuldade extremada catalogar as questões que atingem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, variando de acordo com o pedido e a causa de pedir postulada em juízo, ou seja, conforme o enfoque dado ao interesse e ao direito tutelado.

Gisele Leite Franklin aponta como interesses tuteláveis sob os aspectos:

a) difusos: “a greve em serviços ou atividades essenciais; a discriminação na contratação de empregados; a colocação de portas eletrônicas como instrumentos destinados à proteção dos trabalhadores e da sociedade em geral em agências bancárias”¹⁰³⁹;

b) coletivos: “a realização de exames médicos admissionais, demissionais e periódicos; vedação de exigência de jornada de trabalho superior a seis horas em turnos ininterruptos de revezamento; a implementação de medidas de segurança no ambiente do trabalho; a não realização dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de todos os empregados de uma empresa”¹⁰⁴⁰;

c) individuais homogêneos: “empregados aidéticos dispensados em decorrência de sua doença; empregados que não receberam horas extras e que efetivamente as prestaram; exigência do empregador de atestado de esterilização para empregadas”¹⁰⁴¹.

Convém recordar que essa classificação dependerá em muito da forma de apresentação dos interesses e direitos em juízo e da abordagem dada a sua tutela, não se podendo de antemão especificar que a discussão sob um tema, por exemplo, o meio ambiente de trabalho numa empresa, será tão somente coletivo, pois, na maioria das vezes, num mesmo processo sobre um mesmo assunto (no exemplo - meio ambiente) é possível cumular pedidos de caráter tutelar de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, influenciando na legitimação dos sindicatos e do Ministério Público do Trabalho.

A representatividade dos sindicatos apresenta nuances muito mais complexos e com um dinamismo que impede uma prévia categorização envolvendo mesclas e graus de interesses que se intercambiam e variam de acordo com a consolidação do sistema legal de

¹⁰³⁹FRANKLIN, Giselle Leite. Execução de ações coletivas na justiça do trabalho, cit., p. 612.

¹⁰⁴⁰Id. Ibid., p. 614.

¹⁰⁴¹Id. Ibid., p. 615.

cada país. A título ilustrativo, podemos analizar a situação dos sindicatos na Espanha.

A representação sindical é uma forma a ser analisada sob o aspecto da representatividade adequada, em que há “la posibilidad de los sindicatos más representativos de vincular en los convenios colectivos a todos los trabajadores, y sólo los que están directamente relacionados con estos entes representativos” propiciando o que se entenda por uma *representación de intereses*, aprimorando-se o instituto de uma mera representação de vontade da parte para algo que supera os limites dessa vontade individualizada, pois diante de uma diversidade de entes representativos, como na Espanha, torna-se necessário o estabelecimento de requisitos elígeveis para selecionar a “mayor representatividad sindical” a fim de identificar o legitimado¹⁰⁴².

A Espanha adotou uma forma de aferir a representatividade dos sindicatos, influenciando nas atividades que possam exercer em nome dos trabalhadores e a partir de dois critérios relacionados com a eleição de seus representantes para determinados cargos como membros de comitê de empresas, dentre outras funções relacionadas à representação dos trabalhadores, bem como um critério denominado de irradiação da representatividade, que se relaciona a “sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa”¹⁰⁴³.

¹⁰⁴²Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 188.

¹⁰⁴³“La representatividad sindical adquiere en consecuencia, dentro de nuestro sistema normativo, diferentes categorías, grados o expresiones institucionales en razón de su intensidad jurídica (mayor representatividad y representatividad simple) y, también, en segundo término, en función del ámbito territorial o geográfico en que se hace valer sus atribuciones (Estado, Comunidad Autónoma y ámbito funcional y territorial específico). Examinaré por separado a continuación estas variables técnicas de la representatividad de los sindicatos.

1. La *mayor representatividad sindical* (a nivel del Estado y de Comunidad Autónoma) reconocida institucionalmente a determinados sindicatos, como condición que “les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical” (art. 6.1 LOLS), es objeto de una doble configuración legislativa en razón al ámbito territorial del Estado sobre el que aquéllos se proyectan, según el mismo sea el conjunto del territorio nacional o el de una Comunidad Autónoma (cada una de las unidades políticas integrantes de la organización territorial del Estado, arts. 2 y 143 CE): mayor representatividad sindical a nivel del Estado y mayor representatividad sindical a nivel de Comunidad Autónoma.

Tendrán pues la consideración legal de *sindicatos más representativos a nivel estatal* (art. 6.2 LOLS): a) los que (criterio de la audiencia electoral) “acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito, del 10 por 100 o más del total de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas”; y b) los (criterio de irradación de la representatividad) “sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)”.

Las organizaciones que tengan la consideración de sindicatos más representativos a nivel del Estado gozarán pues de “capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales” para desempeñar determinadas competencias o atribuciones legales (art. 6.3 LOLS).

Tendrán asimismo, por su parte, la consideración de *sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma* (art. 7.2 LOLS): a) los (criterio de la audiencia electoral) “sindicatos de dicho ámbito que

Um elemento não levado em consideração pela doutrina é que nos sindicatos e nas associações para a defesa dos interesses de seus membros e da categoria geralmente há uma assembleia geral para deliberação e, com isso, legitimar a posição adotada pela entidade em juízo, sendo antes de uma restrição a representação um elemento a mais para aferir a representação adequada. Para legitimar ainda mais a sua atuação em ações coletivas poderiam tais entidades abrir a participação não só de seus associados, mas de todos os interessados na questão coletiva, ampliando o debate e a aperfeiçoando a defesa da coletividade em juízo.

As disposições regimentais da assembleia deliberativa encontram-se nos próprios estatutos das entidades e/ou nas normas que regulam suas atividades, como ocorre nos sindicatos.

acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal»; y b) los (criterio de irradiación de la representatividad) “sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)”.

Las organizaciones sindicales más representativas a nivel de Comunidad Autónoma gozan, así pues, de capacidad representativa para ejercer, “en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma” (reconocimiento que se circunscribe “al específico ámbito territorial y funcional de cada uno”, también lógicamente en el caso de la mayor representatividad por irradiación, TC 98/1985), las mismas “funciones y facultades” atribuidas a los sindicatos más representativos a nivel estatal (las ya conocidas del art. 6.3 LOLS), así como, adicionalmente, “la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal” (art. 7.1 LOLS).

El tratamiento legal comparativo más exigente reservado para la audiencia electoral de los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma (el 15 por 100 de los representantes, frente al 10 por 100 de la mayor representatividad a nivel estatal, además de la exigencia absoluta y en todo caso de 1.500 representantes) se justifica precisamente en la referida atribución a aquéllos de la capacidad singular para ostentar representación institucional ante las Administraciones y otros órganos de “carácter estatal” y no sólo en el ejercicio territorial de las funciones generales de la mayor representatividad.

2. La *representatividad sindical simple* en ámbito específico, de modo que son por otra parte, *sindicatos representativo* en un “ámbito territorial y funcional específico” aquellas organizaciones sindicales que, “aun no teniendo la consideración de más representativas” (a nivel del Estado o de Comunidad Autónoma) de acuerdo con las reglas que atribuyen legalmente esta condición singular, “hayan obtenido (en aquél) el 10 por 100 o más de los delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas” (art. 7.3 LOLS). El ordenamiento jurídico acoge una vez más para la atribución de representatividad sindical, como se observa, el criterio de la audiencia electoral de las organizaciones sindicales en los términos indicados.

Estos sindicatos *representativos* estarán legitimados para ejercer, naturalmente tan sólo en el “ámbito territorial y funcional específico” en cuestión, las siguientes “funciones y facultades”, “de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso” (art. 7.2 LOLS): 1) la negociación colectiva, en los términos previstos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores; 2) la participación como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas, a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación; 3) la participación en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo; 4) la promoción de elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas; y 5) cualquier otra función representativa que se establezca”. (PALOMEQUE, Manoel Carlos. *Una caracterización del sistema sindical español*. Disponível em: <<http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com.es/2011/02/una-caracterizacion-del-sistema.html>>. Acesso em: 12 fev. 2016).

Os sindicatos, na Espanha, como representantes naturais da categoria, são amplamente autorizados a defender os interesses dos trabalhadores pelo conteúdo do artigo 7º da Constituição espanhola, entretanto, a jurisprudência tem apresentado restrições à defesa de direitos individualizados de conotação meramente patrimonial dos trabalhadores (dentre eles representatividade) e, em geral, exigido a demonstração da formação da vontade interna segundo as normas em vigor para legitimar as medidas adotadas em juízo¹⁰⁴⁴.

Esses critérios servem para impedir fraudes e conluios tendentes a pretender, ao menos prospectivamente, uma melhor “seriedad y buen propósito de las reclamaciones y asegurar la consistencia y representatividad de la entidad o persona actuante”¹⁰⁴⁵.

Ora, é conhecido na doutrina o fenômeno denominado de “crisis de la personalidad jurídica”, em que há a defesa de uma revisão das normas que regulam sua constituição diante da facilitação de seu uso para a consecução de finalidades ilícitas imbuídas de aspectos distorcidos e fraudulentos¹⁰⁴⁶. Com maior razão deve-se preocupar com o surgimento de pessoas jurídicas ou grupos despersonalizados para defender interesses difusos e coletivos em que os danos podem ser potencialmente incomensuráveis em comparação com a realização de meros negócios de caráter mercantil.

Bujosa esclarece muito bem essa representação objetiva de interesses que não representa a exata vontade dos interessados, mas sim a consolidação dos interesses em sua essência, privilegiando um núcleo uniforme:

“Cuando se articulan criterios de adecuada representación en los demás intereses de grupo, se está hablando también de una representación objetiva de estos intereses y no exactamente de la voluntad de los interesados. No sucede, por tanto, como en la representación voluntaria donde un mandatario cumple con la voluntad del mandante, o como en la representación necesaria en que se suple la ausencia de apariencia física, cumpliéndose la voluntad del ente, debidamente formulada en el órgano y por el procedimiento que se regule en las normas aplicables”¹⁰⁴⁷.

As formas de aferição dessa representatividade podem ser estabelecidas na esfera judicial ou administrativa, seguindo os limites traçados nas normas legais de cada país, que pode ser mais rígida ou deixar em aberto uma apreciação mais discricionária e equitativa da autoridade competente para deliberar¹⁰⁴⁸.

Walküre Lopes Ribeiro da Silva esclarece que “a liberdade sindical é espécie do gênero liberdades públicas, o que vincula os limites das funções sindicais ao grau de

¹⁰⁴⁴Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 182-183.

¹⁰⁴⁵Cf. Id. *Ibid.*, p. 189.

¹⁰⁴⁶Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y titisconsorcio en el proceso civil: estudio jurisprudencial práctico*, cit., p. 29.

¹⁰⁴⁷BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 189.

¹⁰⁴⁸Cf. Id. *Ibid.*, p. 190.

democracia vigente em um dado ordenamento jurídico”, sendo “restringidas e até suprimidas nos regimes autoritários ou totalitários” com maior atuação nos países democráticos”¹⁰⁴⁹.

Como não estamos vivenciando um regime ditatorial¹⁰⁵⁰, os sindicatos no Brasil gozam de certa liberdade e passaram de uma representação meramente de interesses ou política¹⁰⁵¹ para uma concepção mais ampla de representatividade sindical.

Essa representatividade sindical¹⁰⁵² apresenta maior amplitude do que a mera representação, pois não se restringe apenas a defender os interesses de seu grupo dependendo de uma autorização legitimadora, mas sim os interesses de toda a categoria como verdadeiro “interprete” e “porta-voz” da denominada “vontade coletiva”¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹Cf. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 261, 2006.

¹⁰⁵⁰“Como exemplo, basta recordar as experiências corporativistas italiana e espanhola, nas quais os sindicatos foram inseridos no corpo do Estado, tornando-se pessoas jurídicas de Direito Público, de sorte que suas funções eram as fixadas pela autoridade administrativa, cabendo-lhes apenas executar a política estatal. Ou ainda a experiência corporativista alemã, na qual os sindicatos existentes foram extintos por Hitler e suas funções transferidas para um órgão do Poder Executivo, a Frente de Trabalho Alemã” (Id. *Ibid.*, p. 261).

¹⁰⁵¹“A teoria da representação de interesses, em especial, encontrou ampla repercussão na doutrina juslaboralista por esclarecer satisfatoriamente a relação entre o sindicato e os representados em atos que não decorrem de manifestação de vontade desses, mas da própria entidade.

Com efeito, como ensina Santi Romano, na representação de interesses o representante age em nome próprio, declarando uma vontade própria que, sem substituir a do representado, visa a tutelar interesses desse.

Quanto à representação política, Costantino Mortati elucida que essa se distingue da representação de interesses em virtude da natureza dos interesses tutelados: a primeira cuida de interesses gerais, enquanto a segunda diz respeito a interesses coletivos.

Na medida em que se volta para a promoção de interesses gerais, que vão além dos interesses coletivos ou individuais dos representados, o sindicato pode sem dúvida exercer uma “representação política de interesses” expressão utilizada por Giorgio Ghezzi e Umberto Romagnoli para designar o fenômeno.

Também para Mario Rusciano a representação sindical deve configurar representação política: em virtude da exigência de fundamento certo, legítimo e democrático do poder exercido pelos sindicatos nas atividades de promoção do, tornam-se imprescindíveis as garantias substanciais e procedimentais de tipo publicístico” (Id. *Ibid.*, p. 265-266).

¹⁰⁵²“A OIT já se pronunciou a respeito da questão, admitindo a ‘unicidade na pluralidade’, de modo que a adoção do critério do sindicato mais representativo, na qualidade de agente exclusivo de negociação, não constitui afronta aos princípios insculpidos na Convenção n. 87”, nas palavras de Luciana Stoll, obviamente, dentro da preservação de um ambiente democrático com possibilidade de renovação. (STOLL, Luciana Bullamah. Convenções ns. 87 e 98 da OIT, unicidade e unidade sindical e as novas diretrizes do direito sindical brasileiro. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 109).

¹⁰⁵³“Exatamente em virtude das transformações pelas quais passaram os sindicatos o conceito de representação desdobrou-se em outro, o de representatividade sindical.

Portanto, não são conceitos coincidentes, embora interligados. Nas palavras de Bruno Veneziani, a noção de representatividade é mais apta a responder à necessidade da organização sindical de atuar em prol de interesses cada vez mais amplos do que os inseridos no conceito de representação: enquanto esse exprime uma relação entre grupo e indivíduo, aquela expressa uma relação entre a estrutura organizacional e o grupo profissional ou econômico amplo, composto de sócios e não-sócios. Enfim, a representatividade pressupõe a capacidade de o sindicato ser porta-voz dos interesses unitários do grupo, sem se ater à sua composição, de modo a se apresentar mais como intérprete da vontade coletiva do que como representante dessa por expressa autorização dos representados” (SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. op. cit., p. 266-267).

Quando se trata de representatividade de entidades sindicais, a doutrina italiana diferencia representatividade de representação, o que é útil para separar quando seus atos vinculam toda a categoria ou apenas seus filiados, merecendo a devida reprodução:

“Se la rappresentatività di un sindacato concerne la capacità di influenzare e governare vasti strati di lavoratori <<maggiormente rappresentativo>> è quel sindacato che presenti in modo sicuro e spiccato tale capacità. La 'rappresentatività' indica, dunque, l'idoneità del sindacato a esprimere e tutelare l'interesse collettivo di un'ampia fascia di lavoratori senza distinzione tra iscritti e non iscritti; la 'rappresentanza' (concetto più tecnico-giuridico) evoca, invece, il potere del sindacato di compiere attività giuridica (specie contrattuale) in nome e per conto dei soli iscritti”¹⁰⁵⁴.

A maior representatividade que legitimaria a entidade sindical a ser o porta-voz da categoria, segundo corrente jurisprudencial italiana, exige uma aferição temporal dessa representatividade que não deve ser estática, mas sim dinâmica, diante da multiplicidade de elementos que interferem nas relações sociais¹⁰⁵⁵.

Na Itália, percebe-se que, no âmbito do trabalho privado, o sindicato representativo não possui uma posição privilegiada na celebração de contratos coletivos, dependendo da eficiência das negociações entabuladas pelas três maiores Confederações (Cgil, Cisl, Uil) com o governo e empregadores acerca dos temas econômicos que atingem o país e, conseqüentemente, a massa laboral, mas ainda se constata a possibilidade prevista em determinadas leis dos sindicatos mais representativos ou comparativamente mais representativos exercerem a opção de, em negociações coletivas, afastar ou flexibilizar algumas disposições legais, especialmente em períodos de crise¹⁰⁵⁶.

A questão da representatividade dos sindicatos é tão complexa que ensejaria uma nova pesquisa só para elucidar suas bases fundantes nos diversos países e a projeção para um futuro próximo. O relevante para essa pesquisa é a possibilidade de atuarem na mera representação dos filiados, além dos seus próprios interesses institucionais como pessoa jurídica, ou na representatividade de toda a categoria e os limites para essa última situação que serão abordados segundo a perspectiva brasileira.

¹⁰⁵⁴CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro*: 1 diritto sindacale. 6. ed. Torino: UTET Giuridica, 2013. p. 117.

¹⁰⁵⁵“A principal conquista da jurisprudência foi a afirmação de que a maior representatividade deve ser constatada no tempo, pois a entidade sindical pode preencher os requisitos necessários em um dado período e deixar de atendê-los em outro. A Lei n. 902/77 foi objeto de severas críticas, por haver conferido a maior representatividade a determinadas entidades, sem considerar a possibilidade de mudanças nesse quadro no futuro. O rol dos sindicatos majoritariamente representativos nela contido tem caráter permanente” (SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. op. cit., p. 268).

¹⁰⁵⁶Cf. CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. op. cit., p. 142-143.

4.2. A situação específica dos sindicatos na postulação dos interesses coletivos

O primeiro diploma nacional a dispor sobre processos coletivos foi a Consolidação das Leis do Trabalho, com uma considerável regulamentação¹⁰⁵⁷, tendo os sindicatos como protagonistas.

No Brasil, os primeiros sindicatos reconhecidos foram os rurais (1903) enquanto os urbanos o foram anos mais tarde (1907), circunstância decorrente da presença de imigrantes na lavoura cafeeira e da conseqüente pressão dos Estados de origem desses trabalhadores¹⁰⁵⁸.

Os sindicatos enquanto representantes da coletividade apresentam posições diferenciadas conforme o objeto da demanda, sendo comum ao Poder Judiciário rechaçar o ajuizamento de ação declaratória incidental quando era cabível em nosso ordenamento jurídico em face do ente, no intuito de impor eventual decisão aos substituídos quando se discutem direitos individuais homogêneos em procedimento capitaneado pela associação sindical^{1059 1060}.

A unicidade sindical preconizada pelo artigo 8º, II, da Constituição Federal de 1988, permite, sem maiores traumas, a admissão da representação da classe em juízo, tendo sua origem na contenção da massa trabalhadora, a pretexto de maior empoderamento das classes de obreiros, entretanto, na atualidade, o caráter representativo dessas entidades

¹⁰⁵⁷Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 7, p. 205.

¹⁰⁵⁸Cf. OLIVEIRA, Dalva Amélia de. Os dissídios coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho: pesquisa histórica. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 69, jul./set. 2003.

¹⁰⁵⁹Processo civil. Recurso especial. Ação coletiva ajuizada por sindicato na defesa de direitos individuais homogêneos de integrantes da categoria profissional. Apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental, em face do sindicato-autor.

Objetivo de atribuir eficácia de coisa julgada à decisão quanto à extensão dos efeitos de cláusula de quitação contida em transação assinada com os trabalhadores. Inadmissibilidade da medida, em ações coletivas.

- Nas ações coletivas, a lei atribui a algumas entidades poderes para representar ativamente um grupo definido ou indefinido de pessoas, na tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A disciplina quanto à coisa julgada, em cada uma dessas hipóteses, modifica-se.

- A atribuição de legitimidade ativa não implica, automaticamente, legitimidade passiva dessas entidades para figurarem, como réus, em ações coletivas, salvo hipóteses excepcionais.

- Todos os projetos de Códigos de Processo Civil Coletivo regulam hipóteses de ações coletivas passivas, conferindo legitimidade a associações para representação da coletividade, como réus. Nas hipóteses de direitos individuais homogêneos, contudo, não há consenso.

- Pelo panorama legislativo atual, a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é incompatível com o pedido de declaração incidental formulado pelo réu, em face do sindicato-autor. A pretensão a que se declare a extensão dos efeitos de cláusula contratual, com eficácia de coisa julgada, implicaria, por via transversa, burlar a norma do art. 103, III, do CDC.

Recurso improvido.

(REsp 1051302/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 28/04/2010).

¹⁰⁶⁰No mesmo sentido os seguintes julgados do STJ: AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.382.996 - DF (2010/0211597-1), julgado em 16.04.2012 e o AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 75.383 - DF (2011/0265092-6), julgado em 30.11.2011.

permite ingressarem com ações coletivas na defesa de todos os interesses da classe (categoria), que não se limitam à mera percepção de remuneração e outras questões próprias dos contratos coletivos e respectivos dissídios coletivos ajuizados na Justiça do Trabalho, fruto da consolidação de sua representatividade¹⁰⁶¹.

Diogo Campos Medina Maia, ao apreciar a legitimação dos sindicatos para ajuizamento de dissídios coletivos com eficácia *erga omnes* para toda categoria e ações coletivas genéricas regidas pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, faz uma diferenciação inexistente em nosso ordenamento jurídico, ao admitir a possibilidade dos direitos discutidos serem “disponíveis coletivamente” extrajudicialmente, o que no âmbito judicial diverso do dissídio coletivo afastaria o princípio *secundum eventum litis* (artigo 103 do CDC) na discussão dos direitos individuais homogêneos. Em sua concepção preconiza que os direitos são renunciáveis e usa como embasamento o artigo 7º, VI, da CF e o artigo 611 da CLT¹⁰⁶².

Acrescenta o autor ainda que:

“No Brasil, o Direito do Trabalho passou a conferir a estes entes sindicais representatividade absoluta, englobando a categoria que representam como um todo, sem partição, independente de haver no seio da categoria interesses opostos. Assim, o fato de haver uma *minoría sindical* dentro de determinada categorial profissional, com interesses divergentes dos da maioria, não retira dos sindicatos o poder, e o dever, de representar coletivamente a integralidade da classe”¹⁰⁶³.

Há um evidente equívoco na interpretação dada pelo autor aos direitos trabalhistas que, por princípio, são irrenunciáveis e indisponíveis, sendo assegurado um mínimo legal pela legislação inafastável pela vontade das partes, com exceção da previsão do mencionado artigo 7º, VI, XIII e XIV, da CF, que, respectivamente, preveem a “irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” e a “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

Essas disposições são interpretadas restritivamente e de maneira favorável ao trabalhador, sendo certo que, por pior que sejam as condições da empresa, jamais poderão entabular com os sindicatos o pagamento de salário inferior ao mínimo legal.

¹⁰⁶¹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 119-121.

¹⁰⁶²Cf. Id. Ibid., p. 147-148.

¹⁰⁶³Id. Ibid., p. 119.

Deve-se ressaltar, nesse momento, que a liberdade de contratar deve se ater às posições desiguais entre as partes contratantes, sem se descurar do alertado por António Avelãs Nunes: “a História ensina que a liberdade burguesa, utilizada no século XVIII como arma na luta contra os privilégios feudais (contra a *ditadura da feudalidade*), se transformou, no século XIX, numa arma da *ditadura da burguesia* contra as reivindicações operárias”¹⁰⁶⁴.

Ao analisar a doutrina de Adam Smith (“pai fundador do liberalismo”), o autor esclarece que toda a teoria da liberdade nas relações econômicas idealizada pelo filósofo como lei da oferta e procura (“leis naturais do mercado”) sem interferência estatal não se aplica ao trabalhador, como preconizam os defensores do neoliberalismo:

“Se bem interpreto Adam Smith, isto quer dizer que os *trabalhadores assalariados*, porque *são trabalhadores livres* (depois da Revolução Francesa, não são escravos nem servos), não são *jurídico-politicamente* obrigados a trabalhar. Mas a verdade é que, estando separados dos meios de produção (nada tendo de seu, além da <<sua força e habilidade de mão>>, eles <<vivem dos salários>>. Isto é: são *obrigados a trabalhar* para sobreviver, por razões económicas: quem não trabalha não recebe salários; quem não tem dinheiro não come e quem não come morre. Nas condições do capitalismo, a *liberdade de trabalhar* (o *direito de trabalhar*) transforma-se em *necessidade de trabalhar*, sem outra escolha que não seja *trabalhar* ou morrer. Em certa medida, poderemos dizer que Smith antecipou o conceito de *exploração* e o conceito de *mais-valia* que, mais tarde, Marx viria a esclarecer”¹⁰⁶⁵. (destaques no original)

Rafael Foresti Pego destaca o objetivo essencial do sindicato:

“O sindicato moderno não se limita à promoção e defesa dos seus interesses no âmbito laboral, mas possui uma função institucional mais ampla dentro do Estado Democrático de Direito, que é a de proporcionar melhores condições de vida para todos os trabalhadores, o que reflete na melhoria de condições de toda a sociedade. Não se pode negar que isso representa um verdadeiro dever do sindicato”¹⁰⁶⁶.

Enoque Ribeiro dos Santos ressalta a função do direito coletivo e dos sindicatos pós Constituição de 1988:

“Percebe-se que a Constituição Federal ao realçar os direitos humanos, coletivos e difusos, acabou por redimensionar o próprio Direito Coletivo do Trabalho, promovendo uma acentuada valorização da organização sindical, da negociação coletiva de trabalho, e propiciando o amplo exercício do direito de greve, embora com restrições aceitáveis em um ambiente democrático. Se bem que já tenha evoluído significativamente, sobretudo nos últimos anos, em face a crise do emprego, o sindicalismo brasileiro ainda está longe de atingir a maturidade e o desenvolvimento ideal, de forma a cumprir sua missão social, que é a busca do bem-estar e da satisfação das necessidades dos trabalhadores”¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴NUNES, António Avelãs. *Os trabalhadores e a crise do capitalismo*. Lisboa: Página a Página, 2015. p. 20.

¹⁰⁶⁵Id. *Ibid.*, p. 35-36.

¹⁰⁶⁶PEGO, Rafael Foresti. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho: e o paradigma da estrutura sindical brasileira*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2012. p. 104.

¹⁰⁶⁷SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4609>>. Acesso em: 17 maio 2016.

Assim, é possível compreender dentro do funcionamento do direito coletivo que, se o sindicato estiver no polo ativo, aplica-se à categoria a coisa julgada apenas para favorecer a coletividade de trabalhadores e quando atuar no polo passivo é necessário averiguar o tipo de direitos que se discutem, se de cunho disponível ou indisponível, não se podendo de antemão pressupor irrestrita disposição ou uma prévia ponderação dos valores principiológicos em discussão no caso concreto, sendo certo que, em eventual conflito, há prevalência dos de maior envergadura inerentes à proteção dos hipossuficientes, como aspecto dos direitos humanos laborais.

Além disso, em momento algum, a jurisprudência e a lógica jurídica admitem a renúncia de direitos trabalhistas pelo sindicato, o que desautoriza nos anteprojetos de códigos de processo coletivo estipular um tratamento discriminatório e menos protetivo aos trabalhadores quando representados em juízo em ações coletivas passivas pelo sindicato da categoria.

Como atuação em juízo, os sindicatos podem assumir diversas posturas processuais desde representante dos seus associados até substituto dos integrantes da categoria.

Há uma certa polêmica na representatividade da categoria pelos entes sindicais em interesses próprios dela não confundíveis com os interesses individuais homogêneos de seus membros¹⁰⁶⁸, sendo possível defender que as entidades sindicais nesse caso atuam em legitimação ordinária e não extraordinária, sendo essa posição defendida por Edilton Meirelles, ao externar que “a ‘categoria’, como ente moral, é representada pela entidade sindical, única pessoa que detém essa prerrogativa, na Justiça do Trabalho”¹⁰⁶⁹.

Assim, a atuação dos sindicatos poderá ensejar: a mera representação dos associados mediante autorização nos termos do artigo 5º, XXI, da CF; a substituição processual dos integrantes da categoria na tutela de direitos individuais homogêneos; o exercício de uma legitimidade ordinária ou, segundo o STF, uma legitimidade

¹⁰⁶⁸“Temos no campo do direito coletivo um grupo individualizado, que é a categoria, mas não a soma dos indivíduos, pois estes podem nela ingressar ou deixá-la, a qualquer instante, razão por que se trata de direito coletivo e não de direitos individuais homogêneos.

(...)

De outra parte, sendo a categoria mera ficção jurídica, não pode ser sujeito de direito, não podendo praticar atos da vida civil. Portanto, expressa-se a categoria através do sindicato, sendo ele que lhe dá vida e expressão no mundo jurídico.

(...)

Como já dito, o interesse coletivo é sempre interesse de um determinado grupo, consideradas as pessoas que o integram abstratamente, pois se estas forem consideradas individualmente, ou concretamente, estaremos diante de múltiplos interesses individuais (interesses homogêneos) e não de interesse coletivo”. (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Substituição processual no processo do trabalho, cit.).

¹⁰⁶⁹Cf. MEIRELES, Edilton. As ações coletivas no processo do trabalho: normas aplicáveis do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 1080.

extraordinária (substituição processual), na tutela dos direitos coletivos e próprios da categoria; e, por fim, a postulação de seus interesses típicos de pessoa jurídica com personalidade própria em legitimidade ordinária¹⁰⁷⁰.

Quando os sindicatos defendem o interesse da categoria há uma despersonalização dos trabalhadores para que o núcleo ou a essência de um direito reputado como imprescindível para todos, sem restrição, deve ser tutelado justamente em benefício de todos e não para prejudicar ou vincular toda a categoria como se fosse um mero representante das pessoas em juízo. Além disso, para se atingir essa convergência de interesses realizam-se assembleias e debates na categoria que justamente por deterem interesses em conflito e em oposição deve ser filtrada para atingir um núcleo que permita atingir em maior ou menor medida o interesse de todos.

Dentro dessa concepção de representatividade sindical, inviável a singela presença do sindicato no polo passivo da ação para vincular de maneira negativa toda uma classe em ações que refogem aos dissídios coletivos na Justiça do Trabalho, com sistemática processual diversa, como uma ação ordinária comum ou uma ação civil pública.

Apesar da posição de Edilton Meireles no sentido de que a tutela de direitos difusos “pela sua própria natureza e definição, não pertencem ao mundo do Direito do Trabalho”¹⁰⁷¹, é possível também aqui identificar a possibilidade de defesa desses interesses quando estão associados com pretensões trabalhistas. Um exemplo pode ser extraído de uma ação civil pública do Ministério Público do Trabalho exigindo a recomposição do meio ambiente do trabalho de uma empresa (direito coletivo), com a adoção de diversas medidas entre as quais o uso de filtros que impeçam o lançamento de resíduos tóxico no entorno das empresas que numa acepção ampla não beneficiará apenas os trabalhadores da empresa, mas toda a população que habita o entorno da indústria, sejam ou não trabalhadores, e, conseqüentemente, a fauna e flora.

Assim, percebe-se que a competência pode ser aferida pelo pedido e causa de pedir relacionada ao direito do trabalho, mas as conseqüências da tutela não se restringem a direitos coletivos ou individuais homogêneos trabalhistas.

Outro exemplo é a exigência numa ação civil pública ajuizada pelo sindicato laboral para que uma empresa promova a correção de sua cadeia de produção, a fim de impedir ou reduzir sensivelmente os acidentes de trabalho no local. Nessa hipótese é

¹⁰⁷⁰Cf. MEIRELES, Edilton. As ações coletivas no processo do trabalho: normas aplicáveis do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 1079.

¹⁰⁷¹Cf. Id. Ibid., p. 1080.

visível que se trata de um interesse coletivo de grupo, classe ou categoria de pessoas, mas nada impede que com a regularização da empresa, os reflexos venham a atingir direitos difusos, como a redução de gastos públicos com o sistema único de saúde ou as aposentadorias precoces revertendo orçamento para a prestação de outros serviços essenciais à sociedade.

Mais um exemplo: na correção do meio ambiente de uma empresa em que a fábrica e a loja de atendimento ao público estejam presentes no mesmo local, a recomposição do sítio impedindo a contaminação do local de trabalho de maneira umbilical propiciará que os clientes do estabelecimento não venham a ser prejudicados em sua saúde por contato com elementos tóxicos que venham a contaminar os empregados da mencionada empresa.

É possível afirmar, após a edição da Emenda nº 45/2004, que a competência da Justiça do Trabalho foi elástica, o que destaca uma importância maior para a participação dos sindicatos enquanto representantes da categoria.

Assim, além da discussão da representação sindical, cobrança das contribuições sociais e da impugnação das penalidades administrativas, o artigo 114 da CF, em seus incisos, ressalta várias hipóteses decorrentes da relação de trabalho que implicam em tutela sindical do direitos dos trabalhadores por meio do ajuizamento de ações coletivas como, por exemplo, mandado de segurança, ações de indenização por dano material e moral e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho que autorizam a intervenção sindical.

Um exemplo poder ser observado na possibilidade de pedido expresso para a condenação de dano patrimonial e moral em virtude de acidente do trabalho em face do empregador¹⁰⁷², que era reputado como matéria de competência da Justiça Comum e, na atualidade, consagrou-se como da Justiça do Trabalho, propiciando não só ações individuais como também coletivas.

No tocante à interpretação, “as ações oriundas da relação de trabalho”, presente no inciso I, do artigo 114 da CF, apesar de vozes abalizadas defenderem a sua aplicação imediata, absorvendo as causas envolvendo servidores públicos estatutários e demais relações de trabalho, como o representante comercial, os autônomos, dentre outros, até o momento, exige lei expressa atribuindo essa competência, com prevê no inciso IX para os demais trabalhadores¹⁰⁷³, salvo no que se refere aos servidores estatutários, em que o

¹⁰⁷²A Súmula vinculante 22 do STF dispõe que “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”.

¹⁰⁷³A súmula 363 do STJ esclarece ser de competência da Justiça comum estadual a cobrança de honorários

Supremo Tribunal Federal já estabeleceu tratar-se de competência da Justiça Comum¹⁰⁷⁴.

Diante dessa ótica de representatividade sindical somada à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, alguns parâmetros devem ser traçados.

Assim, é possível inferir que para direitos difusos é incabível a renúncia, a transação ou a supressão ainda que parcial do direito, seja a um meio ambiente saudável, seja a qualquer direito transindividual.

A questão dos direitos coletivos em sentido estrito é um pouco mais complexa, na medida em que o interesse do grupo pode ser afetado sem atingir toda a sociedade, o que poderia induzir, numa primeira vista, à aceitação de mediação e arbitragem, sob o argumento de que a “união faz a força”, ou mais precisamente: na medida em que o grupo é defendido por associações ou sindicatos, a vulnerabilidade dos indivíduos estaria atenuada pela consolidação de todos numa ação coordenada, que equilibraria a condição de vítima individualizada de cada um do grupo indeterminado num primeiro momento, mas determinável em potencial.

Um exemplo da afetação de direito coletivo lesado seria o meio ambiente de trabalho de uma empresa, em que todos os trabalhadores encontram-se suscetíveis a algum produto tóxico decorrente do meio de produção empregado. Nesse caso, a condição vulnerável do trabalhador não se alterou pelo fato de estar sendo representado por um ente coletivo ou

do profissional liberal em face de seu cliente. Todavia há repercussão geral admitida no STF para apreciar a competência das causas envolvendo representantes comerciais que poderá alterar ou consolidar esse entendimento jurisprudencial.

Cite-se: COMPETÊNCIA – JUSTIÇA DO TRABALHO VERSUS JUSTIÇA COMUM – CONTROVÉRSIA RESULTANTE DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 114 da Constituição Federal nos casos de definição da competência para o julgamento de processos envolvendo relação jurídica de representante e representada comerciais.

(RE 606003 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 24/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012 RDECTRAB v. 19, n. 216, 2012, p. 22-24).

¹⁰⁷⁴Como exceção à competência da Justiça Comum atribuindo a responsabilidade pelo julgamento à Justiça do Trabalho encontram-se os servidores admitidos sem concurso público antes da CF de 1988 que são regidos pela CLT (Cf. ARE 846182 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015), bem como os empregados públicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entes públicos quando regidos pela CLT (Cf. ADI 3395 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2006, DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00274 RDECTRAB v. 14, n. 150, 2007, p. 114-134 RDECTRAB v. 14, n. 152, 2007, p. 226-245).

Curiosamente numa situação em que a Justiça do Trabalho vinha reiteradamente proferindo decisões de mérito o STF reputou que não se configurava numa matéria decorrente da relação de trabalho e, por conseguinte, deveria ser analisada pela Justiça comum. Essa matéria era relativa a complementação da aposentadoria por entidades privadas de previdência (Cf. RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001).

uma entidade representativa, seja no âmbito extrajudicial, seja no Poder Judiciário.

Além disso, o direito do grupo a um meio ambiente laboral é irrenunciável e, na mesma perspectiva dos direitos difusos, não admite composição quanto ao objeto principal de recomposição da salubridade do local de trabalho, salvo a deliberação transacional na eleição da forma de realizar essa recomposição¹⁰⁷⁵, desde que sejam todas efetivas. Aliás,

¹⁰⁷⁵ O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América estabelece “preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação” em seu artigo 11, §3º com disposição semelhante no artigo 23, §3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Ada Pellegrini Grinover.

O Projeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antônio Gidi baseado na experiência americana elenca uma série de possibilidades de admissão de acordo nas ações coletivas que apesar da eminência e conteúdo adequado teriam aplicação controversa em nosso sistema processual, salvo se implementado por reforma legislativa e restrita aos direitos individuais homogêneos disponíveis:

“Artigo 14. Acordo Adequado

14. O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos. (Vide arts. 18 e 20.1)

14.1 O acordo deverá tutelar os interesses do grupo como um todo e poderá incluir aspectos alheios ao objeto do processo. Do acordo constará multa diária à parte que não cumprir os seus termos. (Vide art. 15.2)

14.2 Se o acordo for parcial, a ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva. (Vide art. 17)

14.3 O Ministério Público e os intervenientes têm o direito de participar em todas as fases da negociação do acordo coletivo.

14.4 Excepcionalmente, o acordo poderá estabelecer que o réu indenizará os membros do grupo através de descontos na compra futura de peças ou produtos de sua fabricação. Os cupons de desconto devem ser tanto quanto possível incondicionais.

Limitações de qualquer espécie devem ser fundamentadas e podem comprometer a adequação da proposta de acordo. Sempre que possível, deverá ser concedido aos membros do grupo a opção pelo recebimento de um valor mais reduzido em dinheiro. A vantagem do grupo, para efeito do cálculo dos honorários advocatícios será calculada com base no valor em dinheiro à vista do acordo e não em face da soma do valor nominal dos cupons. (Vide art. 21.4)

14.5 As partes encaminharão ao juiz uma proposta de acordo. O requerimento de aprovação da proposta de acordo deverá descrevê-lo de forma neutra e completa, alertando o juízo para os pontos fortes e fracos da proposta, inclusive eventuais prejuízos para o grupo e os motivos pelos quais o acordo deverá ser considerado adequado não obstante tais imperfeições. A inadequação do acordo ou do representante poderá ser ocasionada por graves omissões no requerimento de aprovação.

14.6 Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados. (Vide art. 5)

14.7 Da notificação da proposta de acordo deverá constar, entre outras informações: (Vide art. 5.4)

14.7.1 uma descrição neutra e imparcial da proposta de acordo, com informações sobre os argumentos favoráveis e contrários;

14.7.2 o procedimento e um prazo razoável para impugnação da proposta;

14.7.3 a data e o local da audiência pública de avaliação da proposta;

14.7.4 o valor líquido ou vantagem a ser recebida por cada membro do grupo;

14.7.5 instruções sobre como obter mais informações sobre o acordo e o processo;

14.7.6 qualquer outra informação relevante no caso concreto.

14.8 Qualquer interessado poderá apresentar, independentemente de advogado, as razões contra ou a favor da proposta de acordo. O juiz poderá atribuir a um dos interessados ou a pessoa de sua confiança a apresentação de uma peça única, com o resumo de todos os argumentos levantados.

14.9 Antes de promover a notificação ampla ao grupo, o juiz poderá promover uma notificação limitada aos legitimados coletivos (vide art. 2) mais significativos e aos intervenientes que participaram mais ativamente no processo coletivo, convidando-os a se manifestarem sobre a proposta de acordo. (Vide arts. 5.1 e 5.11)

14.10 O juiz avaliará cuidadosamente a proposta de acordo, levando em consideração fatores como:

essa era a ideia do Projeto de Lei nº 282, de 2012, ao pretender inserir no CDC o artigo 90-B, em que, nos §§5º e 6º, dizia-se, respectivamente, “as partes poderão transigir sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos, desde que haja concordância do Ministério Público, devendo a transação ser homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial” e “no caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo nesse caso propor ação individual”¹⁰⁷⁶.

Rodolfo de Camargo Mancuso alerta que “haverá casos em que a não celebração do acordo iria *contra* a tutela do interesse difuso objetivado”, exemplificando no reconhecimento do pedido de uma empresa poluente, solicitando prazo para instalação, em tempo razoável, de equipamentos adequados já adquiridos, bem como constatando tratar-se de medida “idônea a solucionar a pendência”, circunstâncias a serem ponderadas no caso concreto diante do princípio da proporcionalidade¹⁰⁷⁷.

Ocorre que, nesse caso, apesar do autor tratar de transação, nos parece mais próximo de uma conciliação sobre a forma de cumprimento do que em transações recíprocas para a solução da demanda, uma vez que o objeto de defesa dos direitos difusos e coletivos seria integralmente atendida, ensejando verdadeiro reconhecimento do pedido formulado na ação.

Assim, tanto na perspectiva do direito difuso quanto na do coletivo é difícil estabelecer uma possibilidade de transação e, por conseguinte, a dificuldade encontra-se na

14.10.1 os argumentos favoráveis e contrários à proposta de acordo;

14.10.2 as questões de fato e de direito envolvidas no litígio;

14.10.3 a probabilidade de procedência ou improcedência da pretensão coletiva;

14.10.4 os riscos envolvidos no litígio;

14.10.5 a complexidade, o custo e a duração do processo coletivo;

14.10.6 a suficiência das provas disponíveis e da fundamentação jurídica da pretensão do grupo no momento da realização do acordo e a possibilidade de que outras informações ou provas venham a ser descobertas durante o desenrolar do processo;

14.10.7 a comparação entre uma eventual sentença de procedência da pretensão coletiva e a proposta de acordo”.

¹⁰⁷⁶O projeto nº 5.139/2009 dispunha de maneira assemelhada quanto aos direitos individuais homogêneos ao consignar no §6º do artigo 27 que “se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13”.

Da mesma forma, expressava no § 3º do artigo 19:

“Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

¹⁰⁷⁷Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar*, cit., p. 137-138.

eleição da mediação e da arbitragem para solução desses conflitos devido à repercussão social que apresentam, com múltiplos efeitos permeados no tecido social que extrapolam as questões meramente individuais de conotação indisponível, ao menos no âmbito laboral.

Na opção das entidades sindicais ou outro legitimado ingressar com ação civil pública para o pagamento do adicional de insalubridade dos trabalhadores afetados pelo meio ambiente insalubre, típico exemplo de defesa de direitos individuais homogêneos, percebe-se que, da mesma forma, a transação, a princípio, não poderia se concretizar, no sentido de suprimir, ainda que parcialmente, o direito dos trabalhadores que só seriam liquidados num futuro, após eventual procedência da ação coletiva. Como se discutem direitos de caráter alimentar e tais direitos são guardados pela legislação e pela própria Constituição, apresentam a indisponibilidade intrínseca a eles, permitindo apenas deliberar sobre a forma de atendimento, como nos demais casos supracitados.

Um argumento que se poderia utilizar seria o de que nas Varas Trabalhistas admite-se a transação mais conhecido como “acordo trabalhista” e que tal fato permite a renúncia parcial ao direito, motivo que permitiria a transação e a renúncia na ação coletiva.

Diante do quadro supracitado, sem ingressar na ampla discussão atinente à viabilidade ou não dessa transação em cada caso concreto e diante da concepção indisponível do direito, podemos impugnar a assertiva com duas ponderações: a transação implica em concessões recíprocas, conforme o artigo 840 do Código Civil, sendo que, na maioria das vezes, o que se constata é uma renúncia parcial de direitos pelos trabalhadores. Acrescente-se que o artigo 841 do Código Civil permite a transação apenas em relação a “direitos patrimoniais de caráter privado” e não a direitos consagrados em normas de ordem pública; a renúncia, por sua vez, é ato personalíssimo¹⁰⁷⁸, o que impede a um representante sem poderes especiais a efetivar¹⁰⁷⁹, o que também restringe a atuação do substituto processual (por exemplo sindicato) dado o interesse indisponível inerente ao direito. Além disso, os artigos 114 e 843 do Código Civil preconizam que a renúncia e a

¹⁰⁷⁸E-ED-RR - 319000-23.2009.5.12.0038 Data de Julgamento: 03/10/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 11/10/2013.

¹⁰⁷⁹No projeto de relações sindicais elaborado pelo Fórum Nacional do Trabalho foi aventada a hipótese do acordo nas ações coletivas nos seguintes termos:

“Art. 151. O sindicato poderá se conciliar com o réu mediante fórmula genérica, que fixará as condições do acordo e os critérios para que os beneficiados possam ser identificados na liquidação. Parágrafo único. Vincular-se-ão às condições da conciliação os beneficiados que requererem a liquidação individual dentro do prazo ajustado no acordo e os filiados ao sindicato que, após a comunicação de que trata o art. 165 desta Lei, não requererem sua exclusão do processo”.

(MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Fórum Nacional do Trabalho. Reforma Sindical. *Proposta de Emenda à Constituição - PEC 369/05 - Anteprojeto de Lei*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/fnt/PEC_369_de_2005_e_Anteprojeto_de_Reforma_Sindical.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2016).

transação devem ser interpretadas estritamente ou de maneira restrita.

As poucas hipóteses, a princípio, em que é possível fala-se em renúncia parcial de direitos ou transação estão consagradas na Constituição Federal.

A mediação e a arbitragem, em tese, permitiriam oportunidades quando se tratasse de interesses individuais homogêneos no âmbito civil, desde que os direitos envolvidos não fossem indisponíveis.

O exemplo que poderia ser utilizado consiste numa ação coletiva em defesa dos direitos discutidos em ação de massa de natureza individual, com o empréstimo dos critérios utilizados nas *class actions*, propiciando a avaliação da oferta, com prévia aprovação do juízo, como, por exemplo, a ponderação da envergadura das pretensões apresentadas e seus substratos de fato e de direito, das opiniões dos membros da classe favoráveis ou contrárias, do levantamento entre o valor proposto e o que se poderia alcançar na condenação, dos custos do processo e da viabilidade de continuar com a demanda, bem como da forma de delimitação da distribuição dos valores entre os lesados, dentre outros¹⁰⁸⁰.

Ainda, no exemplo supracitado seria necessário ultrapassar o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que os direitos individuais homogêneos apresentam “indisponibilidade no âmbito coletivo (ainda que individualmente considerado, tal direito possa ser considerado como disponível)” devido à relevância social que circunda esses interesses^{1081 1082}.

Uma tentativa de reduzir as demandas judiciais foi a criação das Comissões de Conciliação Prévia, com a prévia submissão dos dissídios individuais trabalhistas como pressuposto ou requisito essencial para o ajuizamento da ação, no intuito de reduzir a litigiosidade e, conseqüentemente, incentivar a composição entre as partes litigantes.

Essa disposição foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a interpretação conforme do artigo 656-D da CLT, em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, restringindo seus efeitos a mera faculdade das partes que não podem ser obrigadas ao esgotamento de uma instância administrativa prévia para exercer o direito de acesso ao Poder Judiciário, em decorrência da previsão expressa das exceções no texto constitucional de 1988, restritas à Justiça desportiva (artigo 227, § 1º, da

¹⁰⁸⁰Cf. MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*, cit., p. 111-112.

¹⁰⁸¹Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *op. cit.*

¹⁰⁸²O artigo 29 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos paulista ao tratar das ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos admite a transação expressamente, mas disponibiliza aos interessados discordantes a possibilidade de ingressarem com ações individuais o que atenua a questão:

“Art. 29. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual”.

CF) e aos dissídios coletivos (artigo 114, § 2º, da CF), com conteúdo axiológico do artigo 5º, XXXV, bem diverso do artigo 153, § 4º, da Carta Constitucional, de 1969¹⁰⁸³, curiosamente, entretanto, na Argentina, apesar da posição doutrinária contrária a esse obstáculo ao acesso ao Judiciário, a jurisprudência referendou tal prática¹⁰⁸⁴.

Apesar da discussão do Supremo Tribunal Federal não ingressar propriamente na impossibilidade da composição extrajudicial de direitos indisponíveis inerentes ao conteúdo do direito do trabalho, demonstrou uma tendência da Corte constitucional seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁸⁵.

Com a edição do Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em especial os artigos 3º e 334, § 4º¹⁰⁸⁶, verifica-se que, apesar das alterações no sistema processual, as considerações acima declinadas permanecem irretocáveis em relação aos direitos indisponíveis que não admitem transação ou renúncia. É relevante ressaltar que o artigo 334 do CPC, que dispõe sobre a audiência de conciliação e mediação sequer é considerado aplicável ao processo do trabalho em virtude do artigo 2º, IV, da Instrução Normativa nº 39/2016, do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³PROCESSO OBJETIVO - PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir. JURISDIÇÃO TRABALHISTA - FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo. (ADI 2139 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-01 PP-00039 RTJ VOL-00213- PP-00184).

¹⁰⁸⁴Cf. FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos*: negociación, mediación, conciliación. Buenos Aires; Santa-fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012. p. 508-510.

¹⁰⁸⁵ RECURSO DE REVISTA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. SUBMISSÃO. OBRIGATORIEDADE. ART. 625-D DA CLT. O debate acerca da obrigatoriedade da submissão da Reclamação Trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia encontra-se ultrapassado e pacificado nesta Corte Superior, que entende que a ausência da referida submissão não importa em extinção do processo sem julgamento de mérito, na esteira do que decidiu o STF acerca da questão. Aplica-se, assim, o disposto no art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n.º 333/TST. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 141100-29.2003.5.02.0010, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 17/11/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/11/2010).

¹⁰⁸⁶“Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

“Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

(...)”

¹⁰⁸⁷TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Resolução nº 203, de 15 de março de 2016. Disponível em:

Além disso, o que é obrigatório é a realização da audiência e não a efetivação da solução do conflito por meio de conciliação ou mediação que são situações bem diferentes.

Esses elementos são suficientes para inviabilizar a tese jurídica de que qualquer direito com a presença do sindicato em juízo, como representante da categoria, pode ser renunciado ou transacionado.

Após essa perspectiva geral, torna-se relevante a apreciação do exercício da representação e da representatividade sindical em concreto por meio dos instrumentos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

4.3. Acordos e convenções coletivas e representatividade sindical

Os acordos e convenções coletivas previstos no artigo 7º, XXVI, da CF, são “reconhecidos”, o que permite intuir que não se constiuem em algo novo, mas sim no consagração de um elemento anterior ao texto constitucional como direito inerente à categoria dos trabalhadores e um dever dos empregadores (o que autoriza o suprimento judicial dessa vontade), fruto do pluralismo jurídico (criação de novas condições de trabalho ou aprimoramento das já existentes) e da necessária participação dos cidadãos nos regimes democráticos com foco especial na pacificação social, seja voluntariamente, seja por meio do instrumento de pressão denominado greve ou, ainda, na hipótese de recusa, por meio do dissídio coletivo¹⁰⁸⁸.

Acrescente-se que o inciso III, do artigo 114, da CF, reconhece a competência da Justiça do Trabalho para questões relacionadas à representação sindical, nada dispondo sobre outras demandas, contudo, é posição pacífica que houve a recepção da Lei nº 8.984/95, atribuindo à especializada o julgamento das questões em virtude do descumprimento dos acordos e convenções coletivos, seja a discussão travada entre sindicatos, seja entre empregador e sindicato representativo dos empregados, especialmente diante do teor do inciso IX, do mesmo dispositivo¹⁰⁸⁹.

Quando se celebram contratos coletivos (convenções e acordos) há uma diferença sensível entre as disposições obrigacionais e normativas que integram seu conteúdo:

<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/81692/2016_res0203_in0039.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 abr. 2016.

¹⁰⁸⁸Cf. MEIRELES, Edilton. Amplitude do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 78. n. 10, p. 1187-1191, out. 2014.

¹⁰⁸⁹Cf. ROMITA, Arion Sayão. Os novos instrumentos processuais à disposição das partes diante da Emenda Constitucional n. 45/2004. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 23, p. 725, dez. 2005.

“En general, se considera que las cláusulas normativas están integradas por los pactos que configuran el convenio como norma jurídica (delimitación de ámbitos, reglas sobre vigencia y denuncia) y por los pactos reguladores de las condiciones de trabajo aplicables a los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, mientras que las cláusulas obligacionales comprenden las obligaciones que las partes negociadoras asumen entre sí y con eficacia a ellas limitada”¹⁰⁹⁰.

A sistemática utilizada na aplicação das disposições normativas não pode atingir as normas de conotação imperativa do ordenamento legal reconhecidas como de ordem pública, restringindo os limites da negociação nessas matérias, mas há situações em que é possível o uso das cláusulas normativas em preferência ao conteúdo legal, como, por exemplo, “cuando la ley no contiene ninguna norma interpretativa que pueda imponerse frente a la regulación del convenio”¹⁰⁹¹.

O meio da negociação coletiva tem sido eficaz para a composição dos conflitos trabalhistas, com eficiência em momentos de crise, no sentido de propiciar uma readequação das condições de trabalho¹⁰⁹², contudo, essa possibilidade não deve ficar aberta em caráter amplo, nem mesmo se o sindicato representa adequadamente toda a categoria na celebração do contrato, por conseguinte, é exigível uma conformação do conteúdo desses contratos ao mínimo de direitos consagrado no ordenamento jurídico.

Além disso, outro aspecto relevante, não basta as partes elencarem disposições como normativas ou obrigacionais, pois a classificação dessas cláusulas será aferida por meio de seu conteúdo, como bem apreciado por Antonio Martin Valverde:

“el carácter normativo u obligacional de un deber fijado en convenio no depende, em principio, de la calificación efectuada por los sujetos negociadores. Son la naturaleza de la regulación establecida (general o singular) y la identidad de sus destinatarios directos (sujetos negociadores o personas comprendidas en su ámbito de aplicación) los factores determinantes de la adscripción a una u otra parte del convenio. Sólo en el caso de empresa en que la regulación de una materia pueda adoptar alternativamente la forma de mandato general o de deber singular cabe un cierto margen de elección entre el establecimiento de una cláusula normativa o de una cláusula obligacional”¹⁰⁹³.

Essa autonomia da vontade coletiva, como observa Gino Giugni:

¹⁰⁹⁰DESDENTADO BONETE, Aurélio; VALDÉS DE LA VEJA, Berta. *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo: una síntesis de jurisprudencia*. Madrid: Trotta, D.L., 1998. p. 57.

¹⁰⁹¹Cf. Id. Ibid., p. 67.

¹⁰⁹²“Cuando la crisis económica incide de manera negativa sobre el empleo, tanto el legislador como los agentes sociales acuden a cualquier procedimiento lícito que tengan a la mano capaz de cambiar el sentido de la curva del desempleo, y la negociación colectiva se ha manifestado como un medio eficaz para conseguir tal objetivo” (IGLESIAS CABERO, Manuel. *Reforma laboral y negociación colectiva*. Madrid: COLEX, 1997. p. 7).

¹⁰⁹³MARTÍN VALVERDE, Antonio. Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo y obligacional. In: EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: CONTENIDO NORMATIVO Y CONTENIDO OBLIGACIONAL. JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 2. Madrid, 24-25 nov. 1988. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990. p. 52.

“del mismo modo que los individuos particulares tienen la potestad de regular sus propios intereses (autonomía privada individual), la misma potestad se reconoce a las coaliciones de trabajadores organizados para la tutela de sus *propios* intereses, relativos a la condición de subordinación en la cual prestan su trabajo (autonomía privada colectiva)”¹⁰⁹⁴. (destaques no original)

Uma teoria para justificar a representatividade pelo sindicato dos interesses de toda a categoria é denominada de “autonomia funcional”, em que “el sindicato estaría investido de una función (ufficio) respecto de la categoría profesional entendida como unidad, o de los pertenecientes a la categoría profesional” em situação similar ao poder familiar “patria potestad”. Essa doutrina parte do pressuposto de que o ente exercita uma função que “se desarrolla, en nombre propio, una función en interesse ajeno, de conformidad con un deber y en virtud de un poder propio”, mas essa concepção afetaria o princípio da liberdade sindical, na medida em que exige uma fiscalização dessa atividade, como ressalta Gino Giugni¹⁰⁹⁵.

Quando existe uma pluralidade de sindicatos há diversos métodos para a averiguação do quem detém a representatividade, mas essa questão pode ser superada numa negociação coletiva pela contratação direta com uma entidade superior, que congregue todas as demais, como uma federação ou confederação¹⁰⁹⁶, o que poderia, em tese, funcionar como forma de identificação do representante adequado nas ações coletivas passivas, mas essa medida não pode ser utilizada no Brasil, em que o sindicato tem prioridade e somente em sua ausência na base territorial poderiam atuar Federação e Confederação^{1097 1098}.

Manuel García Fernández não admite a denominação de “representação dos interesses da profissão” como a mais adequada para a função dos sindicatos na celebração dos contratos coletivos devido à origem da “representação” nos moldes do direito civil, com implicação sobre as “declaraciones de voluntad que tienden a modificar un estado jurídico preexistente, o extinguir, modificar o constituir una relación jurídica”, envolvendo

¹⁰⁹⁴GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983. p. 138.

¹⁰⁹⁵Cf. Id. *Ibid.*, p. 139.

¹⁰⁹⁶Cf. Id. *Ibid.*, p. 142.

¹⁰⁹⁷Essa legitimidade das federações e confederações é denominada de substitutiva enquanto a decorrente do artigo 617 da CLT é designada de subsidiária (Cf. OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Da obrigatoriedade da participação dos sindicatos econômicos na negociação coletiva de trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 79).

¹⁰⁹⁸Diante do teor do artigo 8º, VI, da CF é possível encontrar argumentos no sentido de não recepção do artigo 617 da CLT devido a essencialidade da participação dos sindicatos nos acordos e convenções coletivas. Em defesa da recepção da norma infraconstitucional encontra-se Sergio Pinto Martins e posicionando-se pela não recepção Maurício Godinho Delgado (Cf. (RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. *Conflitos coletivos de trabalho*, cit., p. 202-201).

representante, representado e terceiro. Ocorre que a representação pressupõe uma declaração de vontade do representado (contratual) ou a determinação da lei (legal) para que o indivíduo se expresse por meio de um representante, por exemplo, em decorrência de uma incapacidade de exercício de direitos de maneira pessoal. Essa teoria da representação, segundo o autor, sequer é viável para as sociedades e associações, pois, em relação a elas, o órgão representativo exercita prerrogativas especificadas no estatuto de sua constituição numa relação orgânica, ou seja, “sin que en ninguna manera pueda realmente afirmarse que representa el interés individualizado de sus miembros”. Na realidade, percebe-se a diferença na representação cunhada para os sindicatos em relação à associação quando se constata que “el socio adhiere a la asociación en tanto en cuanto considere necesario el colectivo para el cumplimiento de unos fines y no en tanto considere que para el cumplimiento de un fin le representa la asociación o la sociedad”. Assim, apesar da norma legal estipular qual o órgão da entidade associativa que representa a sociedade na celebração de contratos ou em ações judiciais, isso se restringe à representação da associação em juízo ou, ainda, como contratante, e não de seus associados em caráter amplo e geral. A condição do sindicato como representante da categoria, por sua vez, é um pouco diversa, na medida em que a lei atribui essa representatividade (legal e não voluntária) à entidade em dissídios e contratos coletivos, abarcando associados e não associados, em que a categoria como massa despersonalizada é representada pelo sindicato para ser atingida pelos efeitos dos atos coletivos em prol da classe com técnica jurídica referendada pelo ordenamento como meio adequado de alcançar uma finalidade social relevante¹⁰⁹⁹.

Observa-se que o sindicato é um instrumento colocado à disposição dos trabalhadores para atingirem melhores condições de trabalho por meio de acordos e convenções coletivas ou em virtude do ajuizamento de um dissídio coletivo e não para prejudicar os integrantes da categoria, numa vinculação *erga omnes* quando presente no polo passivo de uma ação coletiva. Talvez se pudesse conceber mais facilmente essa situação de vinculação geral dos efeitos em relação ao sindicato patronal (em que a classe possui um dever de contratar e não um direito como a dos trabalhadores), mas quando se tratar do sindicato dos trabalhadores que, em sua essência, defendem interesses de hipossuficientes por necessidade circunstancial, merece uma proteção diferenciada do ordenamento jurídico.

¹⁰⁹⁹ Cf. GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel. *Unidad de negociación del convenio colectivo, capacidad convencional y representación profesional en el derecho positivo español*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo, 1977. p. 138-148.

4.4. As ações judiciais e a representatividade sindical

A representatividade sindical ganha especial importância na atuação judicial em prol da proteção dos trabalhadores, uma vez que desfoca a perfeita visualização dos empregados que estão em juízo pleiteando seus direitos e interesses, prevenindo ou dificultando a retaliação individual e direcionada a pressionar o trabalhador a desistir da demanda ou mais claramente de tolher o seu emprego. Além de um tratamento coletivo e, conseqüentemente, mais uniforme às questões trabalhistas, as ações ajuizadas pelos sindicatos antecipam a solução das questões laborais durante a relação de emprego, pois, na maioria das vezes, os trabalhadores com receio dos mais variados tipos acabam aguardando o término da relação de emprego para tão só ingressar em juízo postulando eventuais verbas não quitadas¹¹⁰⁰.

Nesse contexto, observa-se a relevância das ações coletivas em sentido lato na Justiça do Trabalho, dentre as quais: “ação civil pública, ação de dissídio coletivo, ação anulatória de cláusulas de convenção ou acordo coletivo, ação de cumprimento”¹¹⁰¹, mandado de segurança coletivo, bem como as diversas hipóteses de substituição processual reconhecida pela legislação trabalhista¹¹⁰², como as relativas ao pleito de constatação da insalubridade e periculosidade, recolhimento do FGTS, reajustes salariais etc.

4.4.1. Dissídio coletivo no Brasil: a prestação jurisdicional e sua função pacificadora

Desde o Decreto Orgânico nº 846, de 1890, era obstado ao Poder Judiciário pronunciar-se com a criação de normas gerais, mas apenas declarando o direito no caso concreto, restrito às partes, situação essa mantida nos CPCs de 1939 e de 1973. Nem mesmo as súmulas eram de observância obrigatória, como se depreende do artigo 479 do CPC de 1973, salvo a criação dos prejudgados do TST (apreciação do direito em tese de observância obrigatórias pelas instâncias da Justiça do Trabalho), constantes da CLT e declarados inconstitucionais em 1982¹¹⁰³, o que se alterou substancialmente, mais recentemente, com o NCPC de 2015.

Em 1922, no Estado de São Paulo, em decorrência da competência para legislar em direito do trabalho concedida pela Constituição de 1891 foram criados os Tribunais Rurais,

¹¹⁰⁰Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. Execução de ações coletivas na justiça do trabalho, cit., p. 593-594. No mesmo sentido ver MALLETT, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais, cit., p. 116-117.

¹¹⁰¹Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. op. cit., p. 608.

¹¹⁰²SAKO, Emilia Simeão Albino. Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional, cit., p. 1186.

¹¹⁰³Cf. OLIVEIRA, Dalva Amélia de. Os dissídios coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho: pesquisa histórica, cit., p. 65-66.

responsáveis pelo julgamento das situações oriundas dos contratos de locação de serviço agrícola¹¹⁰⁴.

Todavia, tão somente em 1932, com o Decreto nº 22.132/32 e o Decreto nº 21.296/32, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento responsáveis pela apreciação dos dissídios individuais e as Comissões Mistas de Conciliação, com competência para análise dos dissídios coletivos, ligadas ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (não ocorrendo composição entre as partes ou solução arbitral cabia a solução ao Ministério), motivo pelo qual a execução das decisões se dava na Justiça Comum¹¹⁰⁵.

Na Constituição de 1934 foi prevista a Justiça do Trabalho atrelada ao Poder executivo sem as garantias da magistratura para seus membros ou a competência para dirimir os dissídios coletivos, que só surgiu sob a égide da Constituição de 1937, com o Decreto-Lei nº 1.237/39¹¹⁰⁶.

Apenas na Constituição de 1946 houve a criação dos Tribunais Regionais do Trabalho (antigos Conselhos Regionais) e o Tribunal Superior do Trabalho (antigo Conselho Nacional), passando a Justiça do Trabalho a integrar o Poder Judiciário¹¹⁰⁷.

A formação dos mecanismos de defesa dos direitos da classe dos trabalhadores difere da sistemática adotada para a proteção dos direitos difusos e coletivos dos outros ramos jurídicos, pois, nesse último caso, não havia uma necessidade de contenção dos grupos organizados, mas sim de proteção dos interesses metaindividuais, o que se intensificou, no século XX, com a massificação das relações sociais, o desenvolvimento tecnológico e a dificuldade de tutela dos direitos de terceira ou de segunda dimensão, em que, no primeiro caso, não há uma detenção individual do meio ambiente e, no segundo, a violação ao direito de um consumidor pode gerar um impacto social amplo, na medida em que um produto adulterado é comercializado, sendo ineficientes os mecanismos processuais idealizados para tutelar um direito meramente individual com apego exagerado ao formalismo¹¹⁰⁸.

O ideal de construção de instrumentos processuais de índole coletiva para a tutela dos direitos transindividuais consiste em diversos fatores que se entrelaçam, dentre eles: os direitos difusos não possuem titulares pré-determinados; a dificuldade e ausência de

¹¹⁰⁴Cf. OLIVEIRA, Dalva Amélia de. op. cit., p. 70.

¹¹⁰⁵Cf. Id. Ibid., p. 70-71.

¹¹⁰⁶Cf. Id. Ibid., p. 71-72.

¹¹⁰⁷Cf. Id. Ibid., p. 73.

¹¹⁰⁸Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 23-28.

estímulos para buscar a reparação de um dano coletivo com pequena repercussão financeira quando analisado sob o viés individual; a multiplicação das relações na sociedade, com necessidade de atendimento das demandas de massa, buscando uma uniformidade de entendimento na prestação jurisdicional, com economia processual e redução de contrariedade de decisões; a ineficácia dos instrumentos de tutela de interesse individual¹¹⁰⁹.

Durante muitos anos, somente a classe dos obreiros detinha um nível de organização suficientemente adequada para causar danos a interesses de outros grupos, motivo pelo qual os demais segmentos sociais não eram objeto de ação coletiva passiva, na medida em que sequer tinham organização suficiente para defender seus próprios interesses, o que impossibilitava que viessem enquanto grupo organizado a causar prejuízos a outras pessoas ou grupos¹¹¹⁰.

Só por esse motivo os conflitos coletivos foram objeto de regulação no intuito de refrear os movimentos laborais em constante antagonismo com os detentores do capital, tendo sido normatizados pela CLT que, além das convenções e acordos coletivos para evitar o embate entre classes e a convulsão social, instituiu os dissídios coletivos como a última válvula de escape das tensões entre os empregadores e empregados¹¹¹¹.

Diante dessa necessidade de pacificação social em decorrência dos conflitos laborais de índole coletiva é possível identificar uma aproximação da questão com o interesse público, visto a exigibilidade de uma composição dos interesses das categorias profissionais e econômicas que se posicionam num patamar intermediário entre o interesse meramente público e o privado¹¹¹².

Na concepção de José Carlos Arouca há três tipos de dissídios, quais sejam, os “de natureza socioeconômica, jurídica e de greve”¹¹¹³.

A função judicial apresenta duas perspectivas, uma da exclusividade do seu exercício por juízes e tribunais e outra, atinente à unidade de seus atos que não desaparece

¹¹⁰⁹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 28-29.

¹¹¹⁰Cf. Id. Ibid., p. 29.

¹¹¹¹“O dissídio coletivo representa uma ação trabalhista de natureza coletiva, visando a provocação do Estado pelo Poder Judiciário, para que solucione o conflito estabelecido entre as partes interessadas, solução esta inviabilizada pela forma autocompositiva” (SANTOS, Carolina de Oliveira Lemes. Aspectos do dissídio coletivo de comum acordo e do poder normativo da justiça do trabalho pós-emenda constitucional nº 45/2004. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues; SANTOS, Enoque Ribeiro (Coords.). *Direito coletivo do trabalho em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 170-171).

¹¹¹²Cf. RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. Conflitos coletivos de trabalho, cit., p. 205.

¹¹¹³Cf. AROUCA, Jose Carlos. Ação de dissídio coletivo. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 33, n. 121, p. 148, nov. 2013.

com a distribuição interna de competências, diante da previsão constitucional excepcionadora, consolidando uma forma de reforço da independência do Poder Judiciário num panorama de separação dos poderes inerente aos Estados democráticos¹¹¹⁴.

Assim, devido às garantias e prerrogativas dos magistrados, eles constituem-se no órgão mais adequado para a apreciação de conflitos coletivos em larga escala, não foi, por outra razão, que os dissídios coletivos ainda hoje são distribuídos na Justiça do Trabalho, apesar da valorização da autonomia coletiva limitada pelo mínimo de direitos previstos nas normas de ordem pública.

Ainda que haja margem para a negociação coletiva e esta seja uma forma menos traumática de solução de conflitos, na medida em que gera uma espécie de consenso, uma aceitação e não mera imposição da solução, muitas vezes, o acordo em si não é cumprido e, por isso, se não houvesse o Poder Judiciário, provavelmente, não haveria espaço para conciliação, mediação ou arbitragem, nem mesmo no âmbito disponível do direito civil, mas um retorno à “lei do mais forte”.

Ronaldo Lima dos Santos ressalta o surgimento do dissídio coletivo com o objetivo de “substituir eventual negociação coletiva frustrada e impedir a permanência de um conflito de acentuada dimensão social”¹¹¹⁵.

Como já se encontra difundido nos países democráticos, apesar dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercitarem uma função específica que os diferenciam em relação aos demais, essa separação não é absoluta, na medida em que, em caráter secundário, perante circunstâncias peculiares, na sua atuação, deparam-se com situações que exigem o exercício, ainda que não principal, de funções ou atos, em tese, mais afetos aos demais poderes, sem que isso prejudique as atividades principais que exercitam¹¹¹⁶.

O Poder Judiciário difere dos demais poderes, seja pela organização estrutural, seja em relação à forma de legitimação do exercício da jurisdição, não possuindo, neste último caso, a representatividade própria do Legislativo e Executivo, cujos os membros são eleitos, mas isso não prejudica a concepção democrática do Estado de Direito, uma vez que a representatividade não se confunde com a democracia, que apresenta um conteúdo mais elástico a ponto de abarcar outras formas de legitimação. Dentre as várias correntes de legitimação democrática do Poder Judiciário está a de sua vinculação à lei própria do

¹¹¹⁴Cf. NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial y sistemas de fuentes: la potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid: Civitas, 2002. p. 90-92.

¹¹¹⁵Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil*, cit., p. 149.

¹¹¹⁶Cf. NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. op. cit., p. 33.

Estado Liberal, mas os juízes não estão submetidos à norma com participação apenas mecânica em sua aplicação ao caso concreto, pois, de certa forma, tem um trabalho criativo na interpretação (discricionariedade interpretativa) da norma, ou seja, um verdadeiro “proceso de creación-producción del derecho”, por esse motivo, as decisões são fundamentadas (possibilitando o controle por meio de recursos e o conhecimento da população diante da publicidade) e, em sendo o Tribunal Constitucional seu intérprete natural, portanto, é a Constituição e não a lei que legitima a atividade judicial que almeja a tutela dos direitos não só da maioria, como, em especial, das minorias, conforme os parâmetros constitucionalmente estabelecidos, concretizando os ideais democráticos¹¹¹⁷.

Diante desse panorama, a solução dos processos coletivos só poderia ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, apesar de uma decisão proferida em dissídio coletivo do trabalho ou atinente à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos adquirir um conteúdo amplo e genérico, que aproxima a sentença do conteúdo da lei, especialmente com as obrigações de fazer ou não fazer e na hipótese do dissídio coletivo trabalhista na própria criação de melhores condições de trabalho.

Ocorre que, no caso dos dissídios coletivos, a relação entre os grupos (categorias) presentes defendendo seus interesses no processo é contínua, tanto que as decisões apresentam prazos de validade especificados na lei, em atenção à necessidade de novas composições e reformulações das condições de trabalho e de remuneração que são mutáveis ao longo dos anos.

Nas ações coletivas em sentido amplo (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo) geralmente se tratam de atos isolados, que atingem um grupo ou uma continuidade de atos, que diante de sua homogeneidade alcançam setores sociais ou grupos, ainda que implementados por outros grupo (coletividade) que figuram no polo passivo, mas nem sempre essas ações são contínuas e perenes, podendo consumir-se sem repetição, o que é essencial nas relações de trabalho que implicam em contínuas discussões das periódicas datas-bases e outras questões reiteradas e conflituosas entre trabalhadores e empregadores.

Além disso, constata-se que “o encaminhamento do conflito coletivo para a via judicial trabalhista é uma forma de se livrar do problema ou mesmo de protelar sua solução ou mascará-lo”¹¹¹⁸, especialmente no Brasil, onde o apego ao regime corporativista que

¹¹¹⁷Cf. NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. op. cit., p. 63-89.

¹¹¹⁸Cf. CAMPOS, Flavio Nunes. Direito ao trabalho e o direito de greve: a solução judicial do conflito coletivo e o consenso corporativo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 40, p. 185, jan./jun. 2012.

sequer existe em seu país de origem (Itália) impede o fortalecimento dos entes sindicais, conseqüentemente, obsta que esses conflitos sejam objeto de composição pelas próprias partes com maior legitimidade para a solução aventada.

Apesar dessa constatação, não é possível responsabilizar o dissídio coletivo pelo enfraquecimento do sindicalismo, visto que a legislação nacional e a unicidade sindical são os principais responsáveis, com o estabelecimento da contribuição sindical obrigatória e outros benefícios que incentivaram a proliferação de entidades sindicais fragmentadas e inexpressivas com um poder de barganha nas mesas de negociação praticamente inexistente, transformando o dissídio coletivo numa “possibilidade de equilíbrio” dos interesses por meio do Poder Judiciário Trabalhista¹¹¹⁹.

Mesmo assim há incongruências aparentes, pois as decisões proferidas, por exemplo, nos dissídios de greve quando determinam o retorno ao trabalho, reputando o movimento grevista ilegal, geram uma incoerência no sistema constitucional, uma vez que “o trabalho é livre, sendo livre seu exercício, não se podendo admitir a força de coerção do Estado, via Poder Judiciário, no sentido de se obrigar qualquer classe de trabalhadores ao trabalho”, visto que “o não trabalho também é um direito dos trabalhadores, respaldado pelo Direito de Greve”¹¹²⁰.

Uma coisa é o exercício do direito de greve, outra o seu abuso deliberado que venha a causar danos a terceiros, essa última atitude pode ser objeto de ações de ressarcimento e composição de danos ou até mesmo de interditos proibitórios quando se externa uma intenção de práticas ilícitas. Todavia, não se pode confundir o mecanismo de pressão greve¹¹²¹ com uma atividade ilícita em si, sendo oportuna a reformulação de nossa legislação, priorizando o exercício desse direito e não sua contenção, impedindo com os obstáculos impostos qualquer efeito psicológico no empregador que venha a influenciá-lo na negociação coletiva em prol do atendimento das reivindicações da classe dos trabalhadores.

Diante das características peculiares dos dissídios coletivos em nosso ordenamento não é possível confundi-los com ações coletivas passivas na acepção dada pela doutrina, nem representa a sua existência no sistema uma prova cabal de que a coletividade pode ser

¹¹¹⁹Cf. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Dissídio coletivo, impulso bilateral: a tese de inconstitucionalidade. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 69-70, abr./jun. 2008.

¹¹²⁰Cf. CAMPOS, Flavio Nunes. op. cit., p. 184.

¹¹²¹A greve era delito pelo Código Penal de 1890, sendo proibida pela Constituição de 1937, porém aparece como direito na Constituição de 1946 e em suas subseqüentes. O não retorno ao trabalho depois da decisão judicial é reputado abuso pela Lei nº 7.783/89 ensejando responsabilização. (Cf. BILHALVA, Wilson Antonio Rodrigues. I - Oposição em dissídios coletivo; II - Greve. *Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*, São Paulo, n. 23, p. 48-49, 1995).

adequadamente representada no polo passivo de uma ação judicial.

Essa situação é facilmente identificada pelo fato do dissídio coletivo em si não ser propriamente uma ação judicial comum, sendo notório e pacificado que não existem partes adversas ou polos (ativo e passivo), mas sim meramente interessados na resolução do conflito, aproximando-se muito mais de uma jurisdição voluntária do que do exercício de uma atividade jurisdicional típica ao aplicar o direito ao caso concreto.

Aliás o dissídio coletivo nesse contexto pode ser encarado como ação coletiva em gênero, mas não na mesma sistemática das ações ordinárias ou oriundas de procedimento especial como a ação civil pública, uma vez que detém suas próprias particularidades.

Além disso, o dissídio coletivo já existe há décadas em nosso ordenamento, pois a categoria dos trabalhadores já estava organizada e, em tese, poderia afrontar direitos alheios tendo sido escolhida, portanto, como forma de contenção de sua atuação o uso dos dissídios coletivos com particularidades que, na atualidade, em momento algum se alteraram a ponto de viabilizar uma modificação no procedimento até então adotado, como vem ocorrendo com a organização de outros grupos e na imposição de lesão a direitos de terceiros por meio de uma homogeneidade lesiva de origem comum dissociado do meio laboral.

4.4.2. Dissídios econômicos e jurídicos

O termo dissídio coletivo é empregado com a conotação de “processo” e apenas por razões históricas essas demandas não obtiveram a designação de “ações coletivas”, diante da priorização à ideia do “conflito” em detrimento da “ação”¹¹²².

No direito do trabalho, o dissídio coletivo é sinônimo de ação coletiva¹¹²³, mas apresenta um caráter diferenciado no processo do trabalho em relação as demais demandas coletivas.

Hélio Mário de Arruda ressalta o caráter peculiar do dissídio coletivo, ao dispor que “o processo do dissídio coletivo não tem o significado de um processo jurisdicional no sentido clássico, mas de um processo jurisdicional normativo que cria normas e condições de trabalho”¹¹²⁴.

¹¹²²Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 7, p. 205.

¹¹²³Cf. PINTO, Antônio Benedito Ribeiro. Sindicato como substituto processual em defesa de direitos dos associados. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 55.

¹¹²⁴ARRUDA, Hélio Mário de. Dissídio coletivo - natureza jurídica, procedimento e recorribilidade da sentença normativa. *LTr: Legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 45, n. 58, p. 282, 2009.

José Carlos Arouca assevera que “não se trata de pretensão objetivando resolver lesão de direito, mas atendimento de interesses, e, portanto, de reivindicações, no caso coletivas, em que o sindicato substitui a categoria (...)”¹¹²⁵.

Dalva Amélia de Oliveria, ao tratar do dissídio coletivo, o considera:

“instrumento peculiar à processualística do trabalho e configura ação proposta por entidade sindical ou pelo Ministério Público do Trabalho, buscando, na prestação jurisdicional do Estado, a pacificação de conflito entre empregados e empregadores. Em tal litígio, as partes são abstratamente consideradas como componentes de uma categoria, e não individualmente”¹¹²⁶.

Devido a essas particularidades, Gustavo Felipe Barbosa Garcia declara que esse instrumento “é apontado como verdadeira peculiaridade do Direito Processual do Trabalho”¹¹²⁷.

O mencionado autor identifica as diferenças entre os pedidos mediato e imediato nos dissídios econômicos e jurídicos¹¹²⁸, que diferem em muito do pretendido nas ações coletivas passivas:

“No dissídio de natureza jurídica, o pedido mediato, contido na representação escrita inicial (art. 856 da CLT), é a declaração, pelo tribunal, da interpretação que o suscitante entende correta, a respeito de certa norma jurídica aplicável à categoria que representa. O pedido imediato é a obtenção do provimento jurisdicional que contenha essa declaração. No dissídio coletivo de natureza econômica, a representação inicial contém o pedido mediato de criação de novas condições de trabalho, o que corresponde às pretensões (coletivas) postas em juízo. Seu pedido imediato é o de obtenção de tutela jurisdicional de natureza constitutiva, fixando-se tais normas trabalhistas”¹¹²⁹.

Ainda que se possa imaginar, em tese, uma ação coletiva passiva com objetos semelhantes ao dissídio jurídico, como, por exemplo, na hipótese do ajuizamento de uma ação em face de um grupo tendente a aclarar a interpretação a ser dada a uma norma que regule ou se aplique ao grupo, o que poderia ocorrer com a discussão de um regimento interno que regule direitos e obrigações do grupo, categoria ou classe, é muito difícil equiparar o dissídio econômico com a pretensão de criar (constituir) melhores condições de trabalho por meio do poder normativo com qualquer ação coletiva passiva nos moldes defendidos pela doutrina nacional.

Dentre os legitimados para a distribuição da ação encontram-se o presidente do Tribunal Regional do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, as associações sindicais

¹¹²⁵AROUCA, Jose Carlos. op. cit., p. 146.

¹¹²⁶OLIVEIRA, Dalva Amélia de. op. cit., p. 67.

¹¹²⁷GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coisa julgada no dissídio coletivo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 6, p. 692, jun. 2003.

¹¹²⁸Arion Romita sugere a classificação em dissídio de interesse e dissídio de direito por reputá-la mais adequada. (Cf. ROMITA, Arion Sayão. Os novos instrumentos processuais à disposição das partes diante da Emenda Constitucional n. 45/2004, cit., p. 728).

¹¹²⁹GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit., p. 693.

de trabalhadores e empregadores, sendo que estas últimas são substituídas em ordem de preferência pelas federações e confederações na ausência de sindicato na respectiva área, nos termos dos artigos 856 e 857 da CLT.

Na era hodierna, reputa-se desnecessária e incongruente a legitimidade do próprio Poder Judiciário para o ajuizamento do dissídio coletivo, especialmente em virtude do aperfeiçoamento do Ministério Público do Trabalho, sendo esta restrita às hipóteses “de greve em atividade essencial^{1130 1131}, com possibilidade de lesão do interesse público”, ou seja, em situações específicas admitidas pelo artigo 114, § 3º, da CF, após a Emenda Constitucional nº 45/2004¹¹³² e constantes no artigo 10 da Lei nº 7.783/89. Nesses casos em que o Ministério Público é o legitimado dispensa-se a concordância do empregador para o ajuizamento do dissídio¹¹³³, sendo ambas as entidades sindicais figurantes do polo passivo¹¹³⁴.

O empregador, por questão de simetria, em decorrência da possibilidade de concretizar um acordo coletivo, apresenta legitimidade para a propositura do dissídio, mesmo sem previsão legal, em virtude da lógica do sistema, não sendo razoável poder ser acionado como réu e não atuar no polo ativo, contudo, o grupo de trabalhadores que exercer a prerrogativa de negociação com os empregadores, com base no artigo 617 da

¹¹³⁰A expressão atividade essencial se analisada sob a perspectiva da Lei de greve (Lei nº 7.783/89) relaciona-se ao empregador enquanto os serviços essenciais aos empregados viabilizando, portanto, há interpretação de que o dispositivo constitucional alterado passou a permitir a intervenção do Ministério Público do Trabalho na hipótese de *lock-out* sem interferir no disposto no artigo 8º da Lei de greve que permite o ajuizamento do dissídio coletivo em greves independentemente do serviço ser essencial. (Cf. SALVIANO, Maurício de Carvalho. O *lock-out* e o Ministério Público. *LTr*: Legislação do Trabalho. Suplemento Trabalhista. São Paulo, ano 41, n. 97, p. 443-444, 2005).

No sentido de que o Ministério Público somente poderá ajuizar o dissídio de greve em serviços essenciais encontra-se Iara Alves Cordeiro Pacheco (Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 12, p. 1432, dez. 2005 e ver CASTILHO, José Luciano de. A reforma do Poder Judiciário: o dissídio coletivo e o direito de greve. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 35, jan./abr. 2005).

¹¹³¹O *lock-out* ou simplesmente locaute é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, por conseguinte, não acreditamos que o uso do termo “atividade essencial” presente no texto constitucional se refira a ele, sendo mais provável um descuido do legislador constituinte, sendo compreendido o instituto em comento como: “(...) o fechamento temporário da empresa por determinação do empregador como objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores frustrando negociação coletiva ou dificultando o atendimento e reivindicações coletivas obreiras” (RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. op. cit., p. 205).

A interpretação gramatical e literal nem sempre é a melhor opção, pois como já se manifestou Francisco Antônio de Oliveira “a verdade é que os nossos legisladores, como regra, não possuem preparo suficiente para o elevado mister e, dentro dessa realidade em que as leis são elaboradas, o impasse é quase certo, passando para os operadores do direito o concerto e a harmonização” (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. op. cit., p. 68).

¹¹³²O texto constitucional fala em “poderá”, mas tal locução deve ser compreendida como “deverá” (Cf. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. op. cit., p. 73).

¹¹³³Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 206-207.

¹¹³⁴Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. op. cit., p. 150.

CLT, não detém essa prerrogativa¹¹³⁵, salvo na hipótese de greve, em que a comissão de greve na ausência de sindicato assumirá essa postura (artigo 5º, da Lei nº 7.783/89)¹¹³⁶.

A legitimidade *ad processum* do sindicato depende da demonstração do devido registro no Ministério do Trabalho, bem como de seus atos constitutivos e estatutos enquanto pessoa jurídica, como reconhecido pela súmula 677 do STF, ao expressar “até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”, o que vem também reconhecido pela orientação jurisprudencial nº 15 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST¹¹³⁷.

Os sindicatos devem representar interesses de empregados e empregadores de cunho trabalhista, não englobando trabalhadores autônomos que destoam dessa relação jurídica ou os servidores públicos, estes últimos diante da impossibilidade de negociação coletiva ou dissídio, devido ao estatuto legal que rege suas condições de trabalho e remuneração, que, por sua vez, pressupõe a edição de uma norma legal de instituição e disponibilidade orçamentária, circunstância reconhecida pela orientação Jurisprudencial nº 5 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST¹¹³⁸.

A Emenda nº 45/2004 inseriu alterações no § 2º, do artigo 114, da CF, que passou a expressar “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”, que continuou a prever, no § 1º, “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”¹¹³⁹, instituindo requisitos para proposição dos dissídios coletivos.

Diante do uso do termo “de comum acordo”¹¹⁴⁰, uma multiplicidade de teorias foi

¹¹³⁵Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 210.

¹¹³⁶Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. op. cit., p. 149.

¹¹³⁷Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 206-208.

¹¹³⁸Cf. Id. Ibid., p. 209.

¹¹³⁹Nas palavras de José Carlos Arouca a previsão da arbitragem para os dissídios coletivos “não teve aplicação prática em razão da falta de árbitros confiáveis pela neutralidade diante do componente marcadamente ideologizado presente na solução dos conflitos, já notada nos tribunais do trabalho e determinante da variação de interpretações” (Cf. AROUCA, Jose Carlos. op. cit., p. 150).

¹¹⁴⁰Renato Rua de Almeida reconhece na “arbitragem pública” diante da exigência do comum acordo uma compatibilidade com os valores da Recomendação nº 92 de 1951 da OIT. Apesar disso ressalta que o sistema brasileiro é semi-corporativista uma vez que a representação por categoria, a unicidade sindical e as contribuições compulsórias atentam contra a liberdade sindical defendida na Convenção nº 87 da OIT (ainda não ratificada pelo país). De outro lado, salienta a viabilidade da mediação e conciliação voluntária se a arbitragem voluntária é expressamente permitida, bem como a experiência do TRT da 2ª Região com o Ato GP nº 5/2013 em que 65% dos dissídios econômicos são pacificados por métodos de mediação e conciliação decorrente de pedido das partes na petição inicial, solicitação voluntária em momento posterior

levantada para tentar explicar o fenômeno, compatibilizando a exigência com o nosso ordenamento jurídico.

Arnaldo Süssekind reconhece na alteração a violação aos artigos 5º, XXXV e 8º, III, da CF (“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”), na medida em que o acesso ao judiciário encontra-se entre as cláusulas pétreas salvaguardadas no artigo 60, § 4º, IV, da CF¹¹⁴¹. Conclui o doutrinador que a interpretação diversa imporá aos empregados a greve, no intuito de sensibilizar o ajuizamento do dissídio pelo Ministério Público nas atividades essenciais ou a concordância dos empregadores ou dos sindicatos representativos deles, com o mencionado ajuizamento nas demais atividades não essenciais num verdadeiro estímulo a greve e não o refreamento do ânimo conflituoso nas relações laborais, como se espera do convívio harmônico em sociedade¹¹⁴².

A teoria dominante tende a admitir essa restrição sob o argumento de que a violação do artigo 5º, XXXV, da CF, seria impraticável na hipótese, e uma vez que o poder normativo próprio do dissídio coletivo impede uma perfeita conformação com o exercício da atividade jurisdicional nos termos do preceito constitucional em comento¹¹⁴³, tendo o TST admitido se tratar de pressuposto processual anômalo¹¹⁴⁴.

Raimundo Simão de Melo cita o parecer do Procurador Geral da República, na ADI 3.432-4/600/DF, que pondera ser o exercício do poder normativo atividade diversa do mero exercício jurisdicional, o que viabilizaria sua restrição por emenda constitucional sem macular a cláusula pétrea consubstanciada no mencionado artigo 5º, XXXV, da CF, acrescentando que nessas ações debatem-se “interesses das categorias, especialmente das categorias profissionais, consubstanciados em reivindicações econômicas e sociais, que visam à melhoria das condições de trabalho dos respectivos membros”¹¹⁴⁵.

ou, ainda, requisição do Ministério Público ou do relator do processo submetendo o conflito ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução dos Conflitos Coletivos (Cf. ALMEIDA, Renato Rua de. A mediação e a conciliação e o seu impacto nos dissídios coletivos. *LTR: Legislação do Trabalho. Suplemento Trabalhista*. São Paulo, ano 50, n. 47, p. 219-222. 2014).

¹¹⁴¹Encontra-se desde o ano de 2015 pendente de julgamento repercussão geral reconhecida para verificar a constitucionalidade dessa matéria: ARE 679137 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015.

¹¹⁴²Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. Do ajuizamento dos dissídios coletivos. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 112-113, set. 2006.

¹¹⁴³Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit., p. 1432.

¹¹⁴⁴Cf. REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. Da eficácia das decisões do dissídio coletivo jurídico e da ação anulatória de negociação coletiva, cit., p. 1316.

¹¹⁴⁵MELO, Raimundo Simão de. Ajuizamento de dissídio coletivo de comum acordo. *IOB-repertório de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n.2, p. 55, jan. 2007.

No caso do dissídio de greve propriamente dito há uma tendência de dispensar o “acordo comum”, visto que seu caráter é declaratório ao apreciar a legalidade ou não do movimento paredista e apenas, num segundo momento, solucionar as questões e reivindicações pendentes¹¹⁴⁶, mas isso não se encontra completamente pacificado¹¹⁴⁷.

Quanto ao dissídio coletivo de greve, Carolina de Oliveira Lemes Santos esclarece que “o entendimento é no sentido que permanece tal direito aos legitimados especificamente, sem a necessidade de consentimento da parte contrária, pela exigência apenas aos dissídios de natureza econômica”^{1148 1149}, da mesma forma, em relação ao dissídio de natureza jurídica^{1150 1151}.

Há possibilidade de identificar, em tese, esse requisito como pressuposto processual¹¹⁵² ou condição específica da ação¹¹⁵³, ocasionando a sua falta no primeiro caso a extinção do processo e na segunda hipótese, se a parte após a citação mantiver-se em silêncio ou concordar com a ação, o processo caminhará normalmente, ou seja, nesse último caso não seria exigível que a petição inicial fosse firmada por ambos¹¹⁵⁴.

O raciocínio mais adequado pressupõe a impossibilidade de caracterizar esse requisito como pressuposto processual de existência e desenvolvimento da relação processual ou uma condição da ação na modalidade interesse de agir, mas uma demonstração das peculiaridades do dissídio coletivo trabalhista, em que há um misto de decisão judicial com norma, sendo recomendável estimular a deliberação, a contínua comunicação e o consenso entre os envolvidos, utilizando-se o Poder Judiciário como o

¹¹⁴⁶Raimundo Simão de Melo reconhece o caráter declaratório do dissídio de greve, ressaltando que diante do teor do artigo 8º da Lei nº 7.783/89 para solucionar o conflito é essencial o julgamento das reivindicações independente do acordo comum dos interessados. (Cf. MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 53-52).

¹¹⁴⁷Em sentido contrário admitindo a necessidade de acordo encontra-se José Luciano de Castilho (Cf. CASTILHO, José Luciano de. op. cit., p. 36) e Arion Romita que distingue entre os dissídios ordinários e o de greve, sendo que dentre estes últimos os que não atingem atividade essencial, portanto, sem potencial de lesão ao interesse público exigem o “comum acordo” das partes enquanto os que apresentam essas características somente podem ser ajuizados, em sua concepção, pelo Ministério Público do Trabalho. (Cf. ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 128).

¹¹⁴⁸Cf. SANTOS, Carolina de Oliveira Lemes. op. cit., p. 182.

¹¹⁴⁹No mesmo sentido é a posição de Iara Alves Cordeiro Pacheco reconhecendo que a previsão do artigo 114, II, não pode ser suprimida pelo § 3º exigindo comum acordo. (Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit., p. 1432). Em sentido contrário Arion Romita além de exigir o comum acordo reputa que quando a atividade for essencial somente caberá ajuizamento pelo Ministério Público do Trabalho. (Cf. ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 727).

¹¹⁵⁰Cf. CASTILHO, José Luciano de. op. cit., p. 35.

¹¹⁵¹Asseverando a impossibilidade de interpretação ampliativa para englobar os dissídios de greve e de natureza jurídica encontra-se Raimundo Simão de Melo (MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 55).

¹¹⁵²Raimundo Simão de Melo considera a exigência como pressuposto processual que enseja o indeferimento da petição inicial se não corrigida no prazo concedido pelo magistrado. (Cf. Id. Ibid., p. 54).

¹¹⁵³É possível identificar na prévia tentativa de negociação das partes ou de arbitragem também uma condição especial da ação coletiva em associação ao “comum acordo” para o ajuizamento do dissídio. (Cf. RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. op. cit., p. 203).

¹¹⁵⁴Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit., p. 1432-1433.

último recurso, em que Homero Batista visualiza “o início tímido de um novo modelo de negociações permanentes, obrigatórias e ecléticas”¹¹⁵⁵.

O dissídio coletivo de natureza econômica, portanto, apresenta-se como uma espécie de arbitragem compulsória^{1156 1157} a cargo do Poder Judiciário, mas dependente da vontade das partes que deve ser interpretada com razoabilidade¹¹⁵⁸. É adequado que o silêncio do réu, diante do ajuizamento pelo autor, deve ser interpretado como concordância tácita, irretroatável e global sobre o conteúdo a ser deliberado no dissídio, sendo inferido do comportamento do réu¹¹⁵⁹, inclusive quando oferecer propostas de acordos para encerrar o litígio, ou seja, nem sempre é exigível a total ausência de manifestação, ao impugnar a inicial. Assim, a recusa de uma das partes necessariamente precisa ser motivada de maneira adequada e não por mero capricho sem qualquer fundamento admissível, uma vez que, ao contrário da arbitragem facultativa, em que a discordância abre a porta da discussão judicial na hipótese relatada se não houver pronunciamento, pois a questão jamais seria solucionada pelo Poder Judiciário. Como fundamento pode ser apreciado, dentre outros: a ausência de representatividade, de publicidade ou da realização da assembleia; inexistência de negociação com a realização das rodadas de discussão; não apreciação da última oferta apresentada etc. A ausência de fundamento para a recusa¹¹⁶⁰ pode ser identificada, dentre inúmeras possibilidades, na “discordância gratuita feita apenas para tumultuar a negociação coletiva”, que pode ser identificada com o singelo desacordo, sem qualquer motivação ou indicação de irregularidades no procedimento identificáveis¹¹⁶¹.

Como requisito da petição inicial do dissídio coletivo de natureza econômica previstos no artigo 858 da CLT, encontra-se “os motivos do dissídio e as bases da conciliação”, o que demonstra características específicas da demanda que pretende criar melhores condições de trabalho aos empregados, não podendo ser comparado com as

¹¹⁵⁵Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 210-211.

¹¹⁵⁶Iara Alves Cordeiro Pacheco identifica no comum acordo a transformação do dissídio numa solução arbitral dependente da vontade das partes que poderão optar por outro que não o Tribunal Regional do Trabalho para ser o árbitro da causa. (Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit., p. 1433-1434).

¹¹⁵⁷Hélio Mário de Arruda considera o dissídio coletivo como “um procedimento arbitral oficial” com a diferença em relação a arbitragem clássica que sua decisão admite recurso ordinário ao TST ou embargos infringentes ao próprio Tribunal Superior. (Cf. ARRUDA, Hélio Mário de. op. cit., p. 282-283).

¹¹⁵⁸A razoabilidade indica a dispensa de petição assinada em conjunto podendo-se extrair a concordância da manifestação posterior do suscitado de maneira expressa ou tácita, sem exigência de indeferimento imediato da petição inicial (Cf. CASTILHO, José Luciano de. op. cit., p. 31-32).

¹¹⁵⁹Cf. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. op. cit., p. 70-71.

¹¹⁶⁰Se a recusa não for fundamentada caracterizado estará o abuso de direito e a má-fé que propiciaria, em tese, o pedido incidental de suprimento judicial ao Tribunal Regional do Trabalho ou ao Tribunal Superior do Trabalho dependendo do caso concreto e da competência para julgamento do dissídio. (Cf. MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 53).

¹¹⁶¹Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 212-214.

singelas ações coletivas passivas, salvo numa concepção muito ampla dessas ações.

Além disso, percebe-se que a bifurcação dissídio coletivo econômico e jurídico¹¹⁶² iniciou-se na doutrina e na jurisprudência para depois ser absorvido pela Lei nº 7.701/88. O de natureza econômica serve “para representar toda e qualquer vantagem que o dissídio coletivo possa imputar aos trabalhadores” enquanto o jurídico¹¹⁶³ visa a aclarar o conteúdo de cláusula de negociação coletiva (convenção e acordo coletivo) ou sentença normativa, tendo sido admitido, nos últimos anos, para apreciar regulamento de empresas (faculdade do empregador atender pedidos dos trabalhadores), leis (desde que tratem das profissões regulamentadas ou normas como a que regem os empregados da Usina Binacional de Itaipu, ou seja, não podem possuir caráter genérico¹¹⁶⁴, mas tão somente restrito a uma categoria), com base na orientação jurisprudencial nº 07 da SDC. Com pouco tempo de maturação, devido à admissão de repercussão geral sobre o tema¹¹⁶⁵, há uma posição do TRT da 15ª Região (processo 30900-12.2009.5.15.0000) aceitando o dissídio jurídico no caso de demissão coletiva de empregados pela empresa Embraer devido ao “vazio legislativo”, com o reconhecimento da “abusividade da demissão coletiva” diante do impacto social da dispensa de 20% do seu efetivo sem previa negociação coletiva, o que foi mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho¹¹⁶⁶.

Todos esses elementos reforçam o caráter diferenciado desse procedimento, não podendo ser atrelado às regras da ação civil pública ou de outras ações coletivas, uma vez já estar consolidado em nosso ordenamento com normas peculiares aos seus objetivos específicos.

¹¹⁶²Não se pode admitir o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 45/2004 suprimiu o dissídio jurídico uma vez que sequer era previsto expressamente na norma constitucional antes da emenda (Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *op. cit.*, p. 1432 e CASTILHO, José Luciano de. *op. cit.*, p. 34-35).

¹¹⁶³Os dissídios econômicos apresentam sentença de natureza jurídica constitutiva enquanto os dissídios jurídicos de natureza eminentemente declaratória. O caráter condenatório poderá surgir com a atribuição da responsabilidade para o pagamento de custas, mas nas greves percebe-se que há determinação aos sindicatos dos trabalhadores de manutenção do percentual dos serviços essenciais sob pena de multa o que também atrai um caráter condenatório à decisão proferida (Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *op. cit.*, p. 149-150).

¹¹⁶⁴A OJ nº 7 da SDC assim dispõe: “07. DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CARÁTER GENÉRICO. INVIABILIDADE. (inserida em 27.03.1998) Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST”.

¹¹⁶⁵“CONTRATO DE TRABALHO – ROMPIMENTO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA – EXIGÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores para dispensa dos empregados em massa. (ARE 647651 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)”.

¹¹⁶⁶Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *op. cit.*, v. 7, p. 214-220.

Todavia, apesar de perceptível que o dissídio econômico é completamente diferente da ação civil pública e de ações coletivas em geral, uma vez que cria melhores condições de trabalho e direitos, há uma sutil aproximação entre o dissídio jurídico e a ação anulatória de cláusulas de acordo e convenções coletivas com a ação civil pública, na medida em que se apresenta um conflito entre a interpretação e, conseqüentemente, correta aplicação de uma norma ou cláusula já presente na regulação da relação de trabalho dos empregados, cabendo ao Poder Judiciário dirimir esse conflito¹¹⁶⁷.

Todavia, a diferença entre as formas de tutela coletiva é transparente, como observa José Ângelo Remédio Júnior:

“Nota-se, de plano, que a incipiente coletivização do processo iniciada com a Lei da ação popular tinha objetivo muito diverso do dissídio coletivo trabalhista, pois almejava anular ato lesivo ao Poder Público e, mediante cumulação sucessiva, condenar o agente público que praticou o ato ilícito.

No mesmo diapasão, a Lei da ação civil pública atribuiu ao Ministério Público e aos entes públicos um formidável instrumento para defender os direitos e interesses da coletividade na seara civil, mediante o emprego da tutela condenatória”¹¹⁶⁸.

Ainda que haja uma acomodação dos dissídios coletivos para se adaptarem às exigências sociais da classe dos trabalhadores, constata-se que não há formas de prejudicar as normas de ordem pública de caráter tutelar dos obreiros por meio da presença dos sindicatos, seja no meio judicial, seja no âmbito da negociação coletiva, demonstrando a incoerência do uso da figura da entidade sindical como instrumento eficiente destinado a minorar os direitos dos trabalhadores.

Os dissídios coletivos de natureza econômica em que se criam normas e condições de trabalho merecem uma atenção especial da CLT devido à magnitude de suas conseqüências, atingindo toda a categoria. Por isso, há exigência de aprovação da pauta de reivindicação em assembleia sindical que funciona como uma espécie de “pressuposto processual de formação do processo”, consistente na “manifestação de vontade da pessoa jurídica” ou, ainda, do “ente despersonalizado” se analisarmos sob a perspectiva da categoria¹¹⁶⁹.

O artigo 859 da CLT especifica que “a representação dos sindicatos para instauração da instância fica subordinada à aprovação de assembléia, da qual participem os associados interessados na solução do dissídio coletivo, em primeira convocação, por maioria de 2/3 (dois terços) dos mesmos, ou, em segunda convocação, por 2/3 (dois terços) dos presentes”.

Nessa assembleia, segundo o teor da OJ nº 19 da SDC, participam apenas os

¹¹⁶⁷Cf. REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. op. cit., p. 1316.

¹¹⁶⁸Id. Ibid., p. 1314.

¹¹⁶⁹Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 220.

diretamente relacionados no conflito, o que restringe aos associados que trabalhem em uma específica empresa se se tratar de acordo coletivo, sendo certo que se houver normas estatutárias prevendo prazos para a publicação de editais relacionados à deliberação, devem ser observados¹¹⁷⁰.

Diante dessa necessidade de prévia autorização assemblear é possível afirmar que a substituição processual realizada pelos sindicatos em face da categoria só é possível e legítima após a realização da assembleia¹¹⁷¹.

Os dissídios coletivos de natureza jurídica pela antiga Orientação Jurisprudencial nº 6 da SDC, do TST, necessitavam de autorização assemblear e negociação coletiva, contudo, tal entendimento foi reformulado, propiciando o cancelamento desse entendimento que, na atualidade, independe dessa autorização ou da prévia negociação ou comum acordo entre as partes¹¹⁷².

Quando a base territorial do sindicato alcança diversos municípios, o posicionamento da jurisprudência recomenda uma divulgação ampla, com a publicação dos editais em periódicos que circulem em todos os municípios, mas, por questões de razoabilidade e proporcionalidade, é dispensada a realização de várias assembleias¹¹⁷³.

Ao deliberar em assembleia sobre a autorização para apresentação de dissídio de natureza econômica é necessária a manifestação sobre a pauta de reivindicação, registrando tudo em ata, como exige a OJ nº 8 da SDC¹¹⁷⁴.

A demonstração das tentativas de negociação como pressuposto processual autorizativo de formalização do dissídio pode ser comprovado por meio de qualquer prova documental, que deve acompanhar a inicial sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, como, por exemplo, correspondência escrita ou eletrônica, ata de reuniões efetivadas etc¹¹⁷⁵.

Como o dissídio coletivo trata da criação de normas, ainda que haja revelia do sindicato dos trabalhadores ou dos empregadores, como as questões se circunscreverem à matéria de direito e não de fato, isso impede os efeitos da revelia e da confissão¹¹⁷⁶.

Outra particularidade do dissídio coletivo é que as partes, em tese, não precisam se representar por advogados, diante da ampla capacidade postulatória concedida pelo artigo

¹¹⁷⁰Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 222-223.

¹¹⁷¹Cf. MACIEL, José Alberto Couto. Dissídio coletivo: substituição ou representação. *Revista LTr*. São Paulo, v. 63, n. 12, p. 1607, dez. 1999.

¹¹⁷²Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 221-222.

¹¹⁷³Cf. Id. *Ibid.*, p. 223.

¹¹⁷⁴Cf. Id., loc. cit.

¹¹⁷⁵Cf. Id. *Ibid.*, p. 223-224.

¹¹⁷⁶Cf. Id. *Ibid.*, p. 225.

791 da CLT¹¹⁷⁷, contudo, como já expusemos anteriormente, a defesa técnica é um direito que deve ser salvaguardado ainda mais nas ações de índole coletiva com reflexos na categoria.

Fredie Didier, diante do embate entre interesses coletivos em ambos os polos do dissídio, compreende essa ação como “duplamente coletiva”, afirmando tratar-se dos remotos exemplos brasileiros de ações passivas coletivas¹¹⁷⁸.

Esse é o mesmo entendimento de Diogo Campos Medina Maia:

“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”¹¹⁷⁹. (destaques no original)

A coisa julgada nos dissídios coletivos é *ultra partes*, visto atingir toda a categoria representada pelos entes sindicais, não apresentando atenuações no alcance da coisa julgada, como ocorre nas ações civis públicas, sendo vinculativa ainda se as condições de trabalho ou a interpretação da norma for desfavorável às pretensões dos trabalhadores¹¹⁸⁰, contudo, essas decisões jamais trarão piora as condições de trabalho em vigor.

Apesar do posicionamento supracitado é importante ressaltar que, ainda que seja inegável a conotação coletiva, as especificidades delas não podem seguir os mesmos procedimentos de uma ação coletiva passiva, nos moldes das *defendant class action*.

O que diferencia uma da outra, além dos procedimentos, é que nos dissídios coletivos são discutidos direitos eminentemente trabalhistas em prol dos obreiros, no intuito de evitar uma paralisação dos trabalhadores e conflitos com os empregadores, mantendo condições laborais adequadas para a categoria¹¹⁸¹ enquanto nas ações coletivas passivas uma coletividade está violando direitos de outros grupos ou indivíduos que merecem tutela do ordenamento jurídico.

Outro elemento distintivo é a continuidade da relação laboral que será objeto da análise do dissídio coletivo econômico, de greve ou jurídico, sendo certo que os contratos de trabalho tendem a ser de prazo indeterminado, salvo estipulação em contrário, enquanto

¹¹⁷⁷Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 224.

¹¹⁷⁸“Os litígios trabalhistas coletivos são objetos de ações duplamente coletivas: em cada um dos pólos, conduzidos pelos sindicatos das categorias profissionais (empregador e empregado), discutem-se situações jurídicas coletivas. No direito brasileiro, inclusive, podem ser considerados como os primeiros exemplos de ação coletiva passiva” (DIDIER, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas, cit.).

¹¹⁷⁹MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 1.

¹¹⁸⁰Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. op. cit., p. 150.

¹¹⁸¹“o dissídio coletivo representa a ação de natureza coletiva cuja característica principal representa a indeterminação dos sujeitos abrangidos pela norma coletiva a ser criada pela sentença normativa. Os interesses em questão irão referenciar a todos os que pertencem a uma categoria e que estão representados na ação” (SANTOS, Carolina de Oliveira Lemes. op. cit., p. 173).

a lesão que a jurisprudência combate por meio da ação coletiva passiva é o abuso do exercício de direitos ou a prática de atos ilícitos que transbordam dos limites das reivindicações de melhores condições de trabalho ou da interpretação da norma que regula a relação trabalhista para causar danos a bens ou direitos de pessoas ou de outros grupos, o que não se relaciona ao objeto dos dissídios trabalhistas. Essas ações ou omissões abusivas ou ilícitas não necessitam ser perenes como a relação laboral e a busca da melhoria de suas condições tendo em vista o caráter esporádico e pontual suficiente para ensejar o ajuizamento de uma ação coletiva passiva tendente a evitar ou sancionar a conduta ou inatividade do grupo responsável pelo dano efetivo a direito alheio.

Além disso, há um poder normativo inerente aos dissídios coletivos econômicos que não ocorrem nas demais ações coletivas, merecendo uma percucinente análise.

4.4.3. Poder criativo e normativo da justiça do trabalho: a revisão e extensão dos dissídios econômicos

Na opinião de Calamandrei, a magistratura do trabalho é “uno de los órganos más importantes y originales”, reconhecendo que as “decisiones de equidad, aun cuando pronunciadas en forma de sentencia, esto es, en la forma típica de las providencias jurisdiccionales de cognición, son, en su contenido, la expresión de poderes normativos¹¹⁸² absolutamente similares a aquellos que ordinariamente ejercen los órganos legislativos”¹¹⁸³.

Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a alteração das disposições presentes no artigo 114 da CF, surgiram diversas teorias acerca do poder normativo da Justiça do Trabalho: a primeira corrente capitaneada por Pedro Carlos Sampaio Garcia, José Augusto Rodrigues Pinto e Walter William Ripper defende a extinção do poder normativo; a segunda corrente admite uma redução significativa no exercício do poder e é defendida por Ives Gandra Da Silva Martins Filho e Davi Furtado Meirelles, e, por último, a terceira propugna que nada mudou, como se posiciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹¹⁸⁴.

Ao suprimir a previsão expressa de estabelecimento de normas e condições pelo termo “decidir o conflito”, o legislador constituinte gerou confusão no intérprete, uma vez que, em tese, seria possível defender a limitação do poder normativo que não poderia criar

¹¹⁸²Segundo a doutrina o poder normativo teve sua gênese na *Carta del Lavoro* durante o fascismo na Itália (Cf. LEVY, Maurício Rodrigo Tavares. Poder normativo da justiça do trabalho e emenda nº 45. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues; SANTOS, Enoque Ribeiro (Coords.). *Direito coletivo do trabalho em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 206).

¹¹⁸³Cf. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 207.

¹¹⁸⁴Cf. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. op. cit., p. 1431-1432.

normas e condições se os acordos e as convenções coletivas ou a própria lei já não dispusesse do assunto.

José Luciano de Castilho, atento à alteração, não vislumbra esses óbices, afirmando que não cabe à sentença normativa meramente reproduzir o que se encontra na lei, bem como deixa claro seu pensamento, ao declarar “se devo *respeitar* as disposições legais mínimas, posso fixar direito superior ao que está previsto em lei, ainda que sem prévio ajuste em norma coletiva anterior”, concluindo que “a lei, de regra, é piso e não teto para o exercício do Poder Normativo”¹¹⁸⁵.

Ao apreciar a situação, Francisco Antônio de Oliveira defende que “o legislador derivado, ao legitimar a Justiça do Trabalho para ‘decidir conflito’, implicitamente lhe concedeu os instrumentos necessários para tanto, *id est*, a possibilidade de ‘estabelecer normas e condições’¹¹⁸⁶.

Um ponto que reforça esse entendimento do autor é a circunstância de que invariavelmente os dissídios coletivos tratam de reajuste salarial, o que não se encontra em norma legal ou cláusulas de acordos e convenções coletivas, mas não impede o julgamento do dissídio diante da necessidade de decidir o conflito coletivo¹¹⁸⁷.

Há muita polêmica acerca dos limites do poder normativo¹¹⁸⁸, mas Homero Batista Mateus da Silva pondera ser a melhor opção a “tese da colmatação das lacunas”, em que o Judiciário apenas atuaria no âmbito das normas flexíveis, elásticas ou mínimas para, analisando a situação da empresa ou da categoria sob o aspecto econômico, promover a melhoria das condições ou da remuneração dos trabalhadores. O autor identifica uma dupla vantagem nessa teoria, pois justifica a atuação do Poder Judiciário dentro de parâmetros mínimos de cunho legal e nas brechas da lei, não podendo criar novas verbas que dependem de lei, como a estabilidade ou a participação no lucro ou resultados, mas isso não será empecilho caso haja norma anterior em vigor (sentença normativa, acordo ou convenção coletiva¹¹⁸⁹) prevendo essas parcelas, pois já estariam à disposição da categoria, o que recomendaria a negociação direta, uma vez que não seria possível em sede de dissídio coletivo equilibrar as vantagens concedidas ou majoradas com outras reduções

¹¹⁸⁵Cf. CASTILHO, José Luciano de. op. cit., p. 33.

¹¹⁸⁶OLIVEIRA, Francisco Antonio de. op. cit., p. 73.

¹¹⁸⁷Cf. CASTILHO, José Luciano de. op. cit., p. 34.

¹¹⁸⁸Há um conflito entre correntes doutrinárias acerca do tema: uma em defesa do poder normativo que apenas atua para defender os trabalhadores e proporcionar uma adequada justiça social pacificando os conflitos, enquanto os opositores salientam que a democracia em que vivemos exige que as próprias partes se componham (Cf. SANTOS, Carolina de Oliveira Lemes. op. cit., p. 191).

¹¹⁸⁹Há no mínimo quatro teorias sobre a natureza jurídica das convenções coletivas: a) teoria contratualista; b) teoria normativista; c) teoria da lei delegada; d) teoria mista (Cf. SOARES FILHO, José. *Elementos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 91-92).

possíveis nos contratos coletivos¹¹⁹⁰.

Já Edilton Meirelles aponta que o STF, no RE nº 197.911, arrola três limitações que, em síntese, indicam: a impossibilidade de afronta a Constituição Federal; a permissão para preencher o vazio legislativo; e a proibição de invadir assunto ou questão dependente da edição de lei em sentido formal como o aviso prévio proporcional. Associado a isso, identifica o autor a limitação reiteradamente defendida pelo TST, consistente na impossibilidade de substituição da vontade dos interessados em negociação coletiva, como seria a instituição de vale-transporte. Para o autor essas limitações são incoerentes com as disposições dos artigos 7º e 114, § 2º, da CF, quando estabelecem os direitos trabalhistas previstos na legislação como patamar mínimo a ser observado sem retrocesso social¹¹⁹¹.

Além disso, de maneira abalizada reconhece o pesquisador supramencionado que o Poder Judiciário, ao se pronunciar num dissídio coletivo, substitui as partes (não o legislador) para solucionar o conflito, analisando as condições econômicas da empresa e as pretensões dos trabalhadores num exercício jurisdicional semelhante à deliberação numa ação revisional de aluguel, o que permite solucionar o conflito sem invadir o conteúdo de acordos e convenções coletivas ou da própria lei, não sendo exigível pela CF de 1988 prévia autorização legislativa para o exercício do poder normativo, como ocorria nos textos constitucionais de 1946, 1967 e 1969¹¹⁹².

Na vigência da Constituição de 1937, por influência da *Carta del Lavoro*, foi instituído o poder normativo na Justiça do Trabalho, por meio do Decreto-Lei nº 1.237/39 e do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 6596/40¹¹⁹³

O exercício do poder normativo enseja o proferimento de sentenças que além de normas jurídicas são verdadeiras decisões judiciais, aplicando-se a elas preceitos próprios das regras jurídicas e das decisões judiciais¹¹⁹⁴ como, por exemplo, um período certo de validade (vigência) da norma e a coisa julgada.

Dalva Amélia de Oliveira destaca da sentença normativa o alcance subjetivo restrito à categoria, “incluindo aqueles que nela ingressam após ser prolatada e excluindo os que deixaram de pertencer à categoria antes do término de sua vigência”¹¹⁹⁵.

As normas coletivas oriundas de sentenças normativas têm vigência de até quatro anos ou podem ser revogadas expressa ou tacitamente por outra sentença, convenção ou

¹¹⁹⁰Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 227-229.

¹¹⁹¹Cf. MEIRELES, Edilton. Amplitude do poder normativo da justiça do trabalho, cit., p. 1184-1185.

¹¹⁹²Cf. Id. Ibid., p. 1186-1192.

¹¹⁹³Cf. OLIVEIRA, Dalva Amélia de. op. cit., p. 66.

¹¹⁹⁴Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit., p. 694.

¹¹⁹⁵OLIVEIRA, Dalva Amélia de. op. cit., p. 67.

acordo coletivo, esses últimos com prazo de vigência de até dois anos, buscando não haver solução de continuidade com a observância do prazo de 60 dias, previsto no artigo 616 c/c o artigo 867 da CLT¹¹⁹⁶.

De acordo com o teor da súmula 277 do TST¹¹⁹⁷¹¹⁹⁸, ao integrar os contratos individuais de trabalho, as cláusulas de acordos e convenções coletivas somente poderão ser alteradas ou extintas por meio de nova negociação, a fim de evitar a solução de continuidade, o que também influencia a eficácia das sentenças normativas, causando uma dissociação entre o prazo de validade das normas e seus efeitos ou, melhor dizendo, sua eficácia e aplicabilidade¹¹⁹⁹.

Assim, outras questões devem ser adaptadas, como, por exemplo, o prazo especificado no artigo 616 da CLT, pois, ao se exigir o comum acordo, dificilmente ele será cumprido, contudo, é possível reconhecer que na pretensão de manutenção das normas dar-se-á também a ultratividade¹²⁰⁰ até que haja uma nova deliberação judicial¹²⁰¹, especialmente se há determinação constitucional para manutenção dos preceitos legais e das normas acordadas anteriormente por meio de contratos coletivos, salvo situações muito especiais como a aplicação da teoria da imprevisão¹²⁰².

Apesar do pouco uso da medida de extensão das decisões normativas diante de inúmeros fatores (geralmente alcançar toda a categoria¹²⁰³ ou a empresa e não alguns

¹¹⁹⁶Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 229-230.

¹¹⁹⁷Apesar do teor da súmula 277 do TST consignar a ultratividade há ausência de norma legal que assim disponha e há preceito estipulando prazo certo de validade das cláusulas de acordo e convenção coletivas (artigo 614, §3º, da CLT). (Cf. RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. op. cit., p. 200). A ultratividade é uma opção mais razoável a fim de evitar a solução de continuidade e permitir uma mais adequada pacificação social estimulando a continua negociação coletiva salvaguardada pelo texto constitucional em diversos dispositivos.

¹¹⁹⁸Na ADPF nº 323 ajuizada sob o fundamento de mácula ao princípio da legalidade e da separação de poderes, em decisão proferida no dia 14 de outubro de 2016, o Ministro Gilmar Mendes acolheu o pedido de medida cautelar em face da aplicabilidade da súmula 277 do TST nos seguintes termos:

“Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, ad referendum do Pleno (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas” Em notícia veiculada no site institucional do STF consta que a medida ainda será apreciada pelo Plenária para eventual *referendum*. (MINISTRO suspende efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre ultratividade de acordos. *Notícias STF*, 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>> Acesso em: 20 out. 2016).

¹¹⁹⁹Cf. AROUCA, Jose Carlos. Ação de dissídio coletivo, cit., p. 149.

¹²⁰⁰A questão está na pendência da apreciação da ADPF 323 em face da súmula 277 do TST.

¹²⁰¹Raimundo Simão de Melo defende a necessidade de comum acordo também para os dissídios de mera manutenção das condições, contudo, a situação é ilógica visto as normas se manterem até nova deliberação das categorias em contratos coletivos ou o proferimento de sentença normativa (Cf. MELO, Raimundo Simão de. op. cit., p. 51).

¹²⁰²Cf. CASTILHO, José Luciano de. A reforma do Poder Judiciário: o dissídio coletivo e o direito de greve, cit., p. 37-38.

¹²⁰³José Carlos Arouca entende pela inaplicabilidade da extensão diante do teor do artigo 8º, III, da CF, pois a sentença normativa proferida terá eficácia geral. (Cf. AROUCA, Jose Carlos. op. cit., p. 148).

setores)¹²⁰⁴, é possível inferir das disposições da CLT (artigos 868 a 871)¹²⁰⁵, por analogia, mecanismos para promover a extensão¹²⁰⁶ da decisão proferida envolvendo um grupo de trabalhadores para outros que originariamente não participaram da relação processual.

Homero Batista Mateus da Silva, ao analisar esse expediente de extensão das decisões normativas para açambarcar pessoas não relacionadas na decisão originária, assim se manifesta:

“Não se tente enquadrar o fenômeno nos cânones do processo civil, sob pena de perplexidade e anacronismo. É como se uma decisão fosse replicada para partes estranhas, que não tiveram acesso ao contraditório, à ampla defesa e tampouco sabiam da própria existência do processo. Também não se trata de aplicação de coisa julgada com efeito *erga omnes*”¹²⁰⁷. (destaques no original)

Guardadas as devidas proporções, seria possível aplicar esse entendimento à representação da coletividade ou mais precisamente de grupos no polo passivo das ações coletivas passivas e ações civis públicas passivas, mas isso não é tão simples.

A representação processual do ente sindical nesses processos está vocacionada a promover benefícios para a classe obreira, o que permite sua interferência, pedindo a extensão sem maiores consultas à categoria, tendo em vista a autorização implícita na postulação para a melhoria das condições de trabalho em geral.

¹²⁰⁴Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 7, p. 230.

¹²⁰⁵Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

Art. 869 - A decisão sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal:

- a) por solicitação de 1 (um) ou mais empregadores, ou de qualquer sindicato destes;
- b) por solicitação de 1 (um) ou mais sindicatos de empregados;
- c) ex officio, pelo Tribunal que houver proferido a decisão;
- d) por solicitação da Procuradoria da Justiça do Trabalho.

Art. 870 - Para que a decisão possa ser estendida, na forma do artigo anterior, torna-se preciso que 3/4 (três quartos) dos empregadores e 3/4 (três quartos) dos empregados, ou os respectivos sindicatos, concordem com a extensão da decisão.

§ 1º - O Tribunal competente marcará prazo, não inferior a 30 (trinta) nem superior a 60 (sessenta) dias, a fim de que se manifestem os interessados.

§ 2º - Ouvidos os interessados e a Procuradoria da Justiça do Trabalho, será o processo submetido ao julgamento do Tribunal.

Art. 871 - Sempre que o Tribunal estender a decisão, marcará a data em que a extensão deva entrar em vigor.

¹²⁰⁶A extensão em si somente é possível se reputarmos a participação do sindicato como substituto processual e não mero representante da categoria. (Cf. MACIEL, José Alberto Couto. *Dissídio coletivo: substituição ou representação*, cit., p. 1607).

¹²⁰⁷SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 230.

Na extensão mantém-se os limites objetivos da relação processual tão somente elastecendo os limites subjetivos para beneficiar os demais trabalhadores de uma empresa ou da categoria.

Essa extensão dos efeitos da decisão para englobar toda a categoria ou empregados vinculados a um empregador possui diversos argumentos de ordem prática e jurídica: a) por criar o direito não pode discriminar trabalhadores em condições semelhantes; b) evita-se discriminação e prioriza-se a dignidade dos trabalhadores¹²⁰⁸.

Uma coisa é certa, se nosso sistema jurídico, no mínimo, desde 1943, prevê um mecanismo visando elastecer as condições de trabalho para pessoas que não participaram dos limites subjetivos do processo, isso demonstra a sensibilidade do processo do trabalho em relação às demandas de massa, visando à uniformidade, isonomia, celeridade e economia processual, demonstrando que o devido processo legal não é um fim em si mesmo, mas uma forma de trazer justiça à coletividade afetada pelas mesmas condições de trabalho reguladas pela sentença normativa.

Algumas observações são importantes e, portanto, devem ser destacadas nesse momento: a) a extensão é para beneficiar os trabalhadores; b) a representatividade processual coletiva encontra-se implícita na atuação para melhoria das condições de trabalho; c) o devido processo legal circunscreve-se à prévia previsão da lei, que pode mitigar o contraditório e a ampla defesa na presença de princípios de maior envergadura, como a igualdade de tratamento.

Não seria admissível um pedido para reduzir os limites subjetivos de aplicação da norma, pois essa postura estaria em contrariedade à defesa dos interesses da categoria visto ser oposta aos anseios da sistemática dos dissídios coletivos.

A presunção de representação processual de toda a categoria pressupõe o benefício que será alcançado pela classe e não piorar suas condições laborais.

De certa forma isso atenua os limites da coisa julgada, reforçando a defesa da corrente acerca de sua inexistência no aspecto material, permanecendo apenas em sua concepção formal ou mais precisamente no mesmo processo, quando a extensão for para toda a categoria, o que exige um novo pedido, não sendo realizado automaticamente pelo Tribunal.

É importante salientar que na hipótese do próprio Tribunal ampliar o conteúdo da decisão para os empregados de toda a empresa da mesma atividade trata-se de algo semelhante à possibilidade de modulação de efeitos da sentença, atuando sobre os limites subjetivos no processo originário.

¹²⁰⁸Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 230-231.

Homero Batista Mateus da Silva arrola os argumentos da corrente que defende a existência de coisa julgada material nos dissídios coletivos de natureza econômica, mas ainda há muita polêmica nessa aplicação:

“a) a coisa julgada pode ser formada também em julgados de natureza dispositiva e temporária; b) a imutabilidade dos efeitos não precisa ser eterna para sua vigência ou até que haja revisão; c) a revisão da decisão normativa não tem efeitos retroativos, como ocorre com os recursos, mas cuida de mera disposição para o futuro, assimilando-se, portanto, a uma nova ação; d) em casos análogos, como na ação de alimentos, há também a possibilidade de revisão e de alteração das condições fáticas, sem que, com isso, deixe de ser cabível a ação rescisória; e) a nulidade da sentença normativa não pode ser alegada em ação de cumprimento, que veda a rediscussão de questão de fato e de direito, impondo-se a admissão da ação rescisória, se presente algum dos requisitos dos arts. 485 e 487 do CPC/1973 – arts. 966 e ss. no CPC/2015”¹²⁰⁹.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, ao reconhecer o dissídio coletivo como instrumento de resolução de conflitos, ao analisar o pedido (objeto e pretensão dos interessados), aprecia-se o mérito da ação e, portanto, há coisa julgada material¹²¹⁰.

De outro lado, se cabe ação rescisória do dissídio coletivo é porque ele faz coisa julgada material, com base na previsão do artigo 2º, I, c, da Lei nº 7.701/88^{1211 1212}.

A revisão dos dissídios coletivos de natureza econômica encontra-se também prevista na CLT, nos artigos 873 a 875^{1213 1214}, possibilitando a alteração das disposições da decisão diante de variações na economia e nas relações laborais, como a inflação desenfreada, o que influenciou as discussões no sentido da inexistência da coisa julgada material nesses processos, defendendo a doutrina tratar-se de uma coisa julgada meramente formal. A tese vitoriosa no Tribunal Superior do Trabalho foi para admitir apenas a coisa julgada formal, não sendo impugnável a decisão por ação rescisória, sob o argumento da ausência de imutabilidade por tratar-se de fonte formal do direito com duração especificada no tempo, bem como a disponibilização de mecanismos de revisão, sendo possível seu

¹²⁰⁹SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 233.

¹²¹⁰Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coisa julgada no dissídio coletivo, cit., p. 693-694.

¹²¹¹Cf. SANTOS, Carolina de Oliveira Lemes. Aspectos do dissídio coletivo de comum acordo e do poder normativo da justiça do trabalho pós-emenda constitucional nº 45/2004, cit., p. 189.

¹²¹²Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit. p. 696.

¹²¹³Art. 873 - Decorrido mais de 1 (um) ano de sua vigência, caberá revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis.

Art. 874 - A revisão poderá ser promovida por iniciativa do Tribunal prolator, da Procuradoria da Justiça do Trabalho, das associações sindicais ou de empregador ou empregadores interessados no cumprimento da decisão.

Parágrafo único - Quando a revisão for promovida por iniciativa do Tribunal prolator ou da Procuradoria, as associações sindicais e o empregador ou empregadores interessados serão ouvidos no prazo de 30 (trinta) dias. Quando promovida por uma das partes interessadas, serão as outras ouvidas também por igual prazo.

Art. 875 - A revisão será julgada pelo Tribunal que tiver proferido a decisão, depois de ouvida a Procuradoria da Justiça do Trabalho.

¹²¹⁴Na visão de José Carlos Arouca essa revisão somente poderá ocorrer também de comum acordo entre os interessados. (Cf. AROUCA, Jose Carlos. op. cit., p. 148).

cumprimento imediato por meio de ação de cumprimento, sem necessidade de trânsito em julgado ou de devolução das parcelas pagas aos empregados no caso de reforma ou alteração de seu conteúdo¹²¹⁵.

Apesar da posição do TST quanto à existência de coisa julgada meramente formal, na realidade, não se pode confundir a possibilidade de revisão inerente à alteração das circunstâncias (teoria da imprevisão), visando ao reequilíbrio das relações jurídicas, com o ajuizamento de uma nova ação com pedido e causa de pedir diversos da originária, com a conclusão equivocada de inexistência da coisa julgada material.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia bem analisa essa situação:

“O dissídio coletivo de revisão será decorrente de uma nova ação, com causa de pedir distinta daquela do dissídio anterior, eis que composta de fatos novos, posteriores a decisão que se revisa, não podendo nem mesmo ter sido deduzidos no processo coletivo anterior (...). Além disso, o pedido também será diverso, pois a pretensão será de criação de novas condições de trabalho, diferentes daquelas postuladas no dissídio anterior, justamente em razão das novas condições de fato.

(...).

No dissídio de revisão não se desconstitui decisão anterior, nem muito menos há mudança do acórdão transitado em julgado. Apenas em razão de nova *causa petendi* e distinto *petitum*, faculta a lei o ajuizamento de ação autônoma, dando origem a um outro processo coletivo, que visa melhor atender as circunstâncias do momento. (...)”¹²¹⁶

O supracitado estudioso esclarece as diferenças entre imutabilidade dos efeitos da coisa julgada após o trânsito em julgado e a eficácia imediata da sentença normativa, uma vez que o recurso admitido da decisão não apresenta efeito suspensivo automático (salvo determinação do Presidente do TST)¹²¹⁷.

Calamandrei ressalta o caráter diferenciado da Justiça do Trabalho, ao decidir os dissídios coletivos, criando normas baseadas, muitas vezes, na equidade e, por conseguinte, aproximando-se do legislador:

“Entre las providencias de *equidad* merecen ser mencionadas aparte, por ser las que en la zona de confin representan un paso más decidido hacia la función legislativa, las decisiones de la magistratura del trabajo sobre las controversias colectivas concernientes a la petición de nuevas condiciones de trabajo”¹²¹⁸. (destaques no original)

Com a elaboração das normas coletivas por meio de negociação com os sindicatos, há um efeito criativo de condições de trabalho por meio da via contratual em relação às entidades, mas quando se observa a situação pelo enfoque das categorias de trabalhadores e empregadores “aparecen como fuentes de normas jurídicas, formulas con el alcance general y abstracto, que es próprio de las leyes”, sendo que quando não há um acordo

¹²¹⁵Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 231-234.

¹²¹⁶GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit., p. 694.

¹²¹⁷Cf. Id. Ibid., p. 695-696.

¹²¹⁸CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 207.

consensual entre os sindicatos essa “controvérsia coletiva” é resolvida na Justiça do Trabalho, por meio da equidade, substituindo o contrato coletivo em seus efeitos, vinculando o conteúdo dos contratos individuais de trabalho¹²¹⁹.

No caso do dissídio coletivo, a situação é muito mais clara na formação de uma norma, na medida em que a própria designação da decisão é “sentença normativa”¹²²⁰.

Ao tratar dessas decisões, Calamandrei assevera:

“Pero aquí el carácter sustancialmente legislativo de estas decisiones de la magistratura del trabajo es mucho más evidente y absorbente: en efecto, mientras en los pronunciamientos dispositivos de que se ha hablado anteriormente, el juez de equidad se limita a crear el derecho para el caso singular, en forma individualizada y concreta, aquí la magistratura del trabajo formula el derecho por clases en la forma general y abstracta que es típica de los mandatos legislativos. Un elemento jurisdiccional existe también aquí: la magistratura del trabajo no puede proceder a esta formulación de nuevas normas jurídicas si antes no ha adquirido la certeza de la existencia de una 'controversia colectiva', en el sentido querido por la ley, de modo que también aquí la intervención del juez representa el sucedáneo de la conclusión del contrato que falta; pero superada esta fase de la constatación, la función de la magistratura del trabajo, tal como se manifiesta no solamente en las premisas, sino en la conclusión de su decisión, tiene, en este caso, naturaleza genuinamente legislativa”¹²²¹.

Essas peculiaridades demonstram de maneira translúcida que os dissídios coletivos não podem ser tratados de maneira semelhante a outras ações que envolvam interesses da coletividade, pois possui características específicas para finalidades especiais, sendo mais aceitável o seu uso como inspiração do que se apropriar das ações civis públicas ou coletivas em geral para basear a defesa de interesses coletivos trabalhistas. Até mesmo a substituição processual dos sindicatos que atingem toda a categoria apresenta contornos diferenciados, como se observará nas linhas seguintes.

4.4.4. Ação anulatória de cláusula de acordo e convenção coletiva

A ação anulatória de cláusula de convenção ou de acordo coletivo, apesar da designação, aproxima-se mais de uma ação declaratória de nulidade, visto que a sua sentença é declaratória e não desconstitutiva¹²²².

¹²¹⁹Cf. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 208.

¹²²⁰“As sentenças normativas proferidas em dissídio coletivo de natureza jurídica são fontes formais de direitos. Nelas não se discute interesses concretos de pessoas determinadas, mas sim o interesse abstrato das categorias. Têm elas por finalidade disciplinar situações jurídicas futuras(...) Não há jurisdição.

Como nos dissídios coletivos de natureza econômica a sentença dispõe sobre direitos, alterando normas que disciplinam os contratos dos que pertencem àquela determinada categoria, é ela fonte de direito, uma lei em tese” (LEVY, Maurício Rodrigo Tavares. Poder normativo da justiça do trabalho e emenda nº 45, cit., p. 214-215).

¹²²¹CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 208-209.

¹²²²Cf. REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. Da eficácia das decisões do dissídio coletivo jurídico e da ação anulatória de negociação coletiva, cit., p. 1320.

A origem¹²²³ desse instrumento processual decorre da previsão na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93) que, em seu artigo 83, IV, atribui competência ao Ministério Público do Trabalho para “propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”.

Como essa ação não apresenta uma regra de competência específica seria possível afirmar que na ausência de previsão para apreciação seria de responsabilidade dos juízos de primeiro grau o encargo, contudo, a jurisprudência consolidou-se no sentido de atribuir aos Tribunais em virtude da competência concedida para julgamento dos dissídios coletivos¹²²⁴.

Outra polêmica que circunda esse meio de impugnação processual relaciona-se a quem poderia efetivamente ajuizar a ação, com diversas posições desde a autorização apenas do Ministério Público do Trabalho, deste em conjunto com os sindicatos e de ambos em associação com os empregados e empregadores em situações peculiares¹²²⁵.

Como o Ministério Público é o ente legitimado expressamente previsto quanto a ele não existe qualquer dúvida, mas é extraível do artigo 8º, III, da CF, a legitimidade dos sindicatos e no caso de empregadores e empregados nada impede que venham a discutir como matéria incidental em suas reclamações a nulidade de tais cláusulas como questões prejudiciais do pedido formulado em juízo¹²²⁶.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho atribui a essa ação apenas efeitos declaratórios de nulidade da cláusula, impedindo que venha a ser solicitado no mesmo processo, por exemplo, o pagamento suprimido ou a devolução de numerário pago em atenção à cláusula nula, exigindo o ajuizamento de outra ação tendente a dar concretude aos efeitos decorrentes da declaração de nulidade¹²²⁷.

Uma crítica ao dissídio jurídico que se aplica também às ações anulatórias de cláusula de acordo e de convenção coletiva consiste no efeito declaratório reconhecido pelo TST, exigindo para implementar concretamente o decidido nas respectivas ações o ajuizamento de uma reclamação trabalhista ou de uma ação de cumprimento, o que embasa que José Ângelo Remédio Junior venha a defender a necessidade imediata de revisão desse entendimento, assim se pronunciando:

¹²²³Cf. REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. op. cit., p. 1320.

¹²²⁴Cf. Id., loc. cit.

¹²²⁵Cf. Id., loc. cit.

¹²²⁶Cf. Id., loc. cit.

¹²²⁷Cf. Id. Ibid., p. 1321.

“Trata-se de um entendimento que merece revisão, eis que, para se instrumentalizar o direito constituído nas normas coletivas, corre-se o risco paradoxal de surgir três processos de conhecimento: o dissídio coletivo econômico (que também é processo de conhecimento) dissídio coletivo jurídico (que não é de utilização obrigatória, mas, inegavelmente, é um processo do conhecimento de natureza declaratória); ação de cumprimento (processo de conhecimento de natureza condenatória). Somente após superados esses processos, ainda que não transitado em julgado o dissídio coletivo de natureza econômica, é que se poderia começar o quarto processo: o processo de execução!”¹²²⁸

O mencionado autor assevera ser admissível a execução da decisão em dissídio jurídico ou em ação anulatória de cláusulas de acordo e convenção coletiva nos próprios autos de maneira individual ou coletiva, bastando a superação do paradigma equivocado que se formou ao longo dos anos e desde que haja “violação do direito que embasou a causa de pedir da ação declaratória” perfeitamente delineado na peça inicial, reconhecendo-se na decisão “obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”, pois nem mesmo existe a menção na CLT que a ação de cumprimento seria de natureza condenatória e o Superior Tribunal de Justiça já vem admitindo a formação de título executivo judicial decorrente de ação meramente declaratória. Além disso, os Tribunais são competentes para executar suas próprias decisões podendo ser utilizada a carta de ordem para o cumprimento ser viabilizado no primeiro grau¹²²⁹.

Essas discussões poderiam até ser base de uma nova pesquisa, mas, nesse momento, nos interessa os aspectos peculiares das discussões das questões relativas ao direito do trabalho na implementação de condições de trabalho ou remuneração sob o aspecto coletivo que muito difere da compreensão dada às ações coletivas passivas como uma forma de conter ameaças e lesões ilegítimas pela coletividade a interesses e direitos alheios.

4.4.5. O sindicato como substituto processual no processo do trabalho

A situação mais conhecida na legislação processual trabalhista sobre substituição processual é a ação de cumprimento prevista no artigo 872 da CLT¹²³⁰.

Esse dispositivo, antes da consagração do artigo 8º, III, da CF, foi inserido pela Lei nº 2275/54 e, ao longo do tempo, teve a interpretação de seu conteúdo elasticado para alcançar não só as sentenças normativas, mas os acordos e convenções coletivas. Da

¹²²⁸REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. op. cit., p. 1319-1320.

¹²²⁹Cf. Id. Ibid., p. 1321-1322.

¹²³⁰Art. 872 - Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único - Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão. (Redação dada pela Lei nº 2.275, de 30.7.1954).

mesma forma permite a substituição de todos os membros da categoria e não apenas os associados dos sindicatos, que, nesse caso, também compreende as federações e confederações diante do mandamento constitucional¹²³¹.

Anteriormente, a súmula 310 do TST exigia que o rol dos substituídos constasse da inicial, o que hoje não vigora, com o cancelamento do verbete, uma vez que se assim fosse não seria substituição processual, mas mera representação ou algo próximo de um litisconsórcio ativo¹²³².

Ao apreciar o inciso VI, da súmula 310, do TST, antes de seu cancelamento, Pedro Paulo Teixeira Manus ressaltava sua impropriedade ao admitir a assistência litisconsorcial do empregado, que já era substituído pelo sindicato em juízo, sendo evidente que o interesse defendido por ambos é diverso e só o trabalhador é realmente o detentor do direito material postulado em juízo, funcionando o sindicato como instrumento de acesso ao Judiciário¹²³³.

A ação de cumprimento é ajuizada nas varas trabalhistas de primeiro grau, ainda que o dissídio seja julgado pelos Tribunais Regionais ou pelo próprio TST, o que atrai a competência residual devido à ausência de normatização da matéria, aplicando-se o artigo 651 da CLT (local da prestação do serviço). Assim o será quando for ajuizada a ação diretamente pelo trabalhador ou quando o sindicato atuar como substituto processual. Na hipótese do sindicato é recomendável o ajuizamento de várias ações de cumprimento em cada uma das comarcas da base territorial de representação sindical, para evitar discussões de incompetência¹²³⁴.

O dissídio coletivo apresenta caráter declaratório e constitutivo, cabendo a ação de cumprimento para dar concretude às condições de trabalho estabelecidas mesmo antes do trânsito em julgado (artigo 7º, § 6º, da Lei nº 7701/88 – 20 dias após a prolação do acórdão no TRT) se não forem observadas voluntariamente, o que depois passou a englobar as convenções e acordos coletivos (súmula 286 do TST). O recurso ordinário da decisão de dissídio coletivo não possui efeito suspensivo, salvo em relação a alguma

¹²³¹Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 245-246.

¹²³²Cf. Id. Ibid., p. 246.

¹²³³“Já a afirmação do inciso VI de que o substituído poderá ingressar na ação como assistente litisconsorcial, não pode ser aceita, como enfatiza Francisco Antonio de Oliveira (op. cit). Isso porque, para que ocorra a assistência litisconsorcial, é preciso que assistido e assistente sejam titulares do direito material ou tenham o mesmo interesse no deslinde do feito, o que não ocorre no juízo trabalhista. Só o substituído é titular do direito material, além do que não tem o sindicato substituto interesse no direito material em discussão. Seu interesse limita-se, no âmbito do Direito do Trabalho, a tornar possível ao empregado acionar seu empregador, sem maior temor de represália.” (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Substituição processual no processo do trabalho, cit.).

¹²³⁴Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 249.

cláusula mais polêmica, sendo curioso o artigo 6º, da Lei nº 4725/65, ressaltar que “o provimento do recurso não importará na restituição dos salários ou vantagens pagos, em execução do julgado”, impedindo a solução de continuidade na regulação das condições de trabalho¹²³⁵.

A partir do caráter peculiar do dissídio coletivo, José Luciano de Castilho não reconhece como legítimo ou recepcionado pela Constituição Federal a previsão infraconstitucional de recurso ordinário, ao menos em relação às partes, pois “não é uma ação judicial comum; ela é espécie do gênero arbitragem pública e como tal deve ser tratada”. O autor admite apenas a interposição de recurso por parte do Ministério Público em situação de mácula constitucional ou risco à saúde ou segurança dos trabalhadores, uma vez que as partes ao acordarem com o ajuizamento aceitaram os riscos da solução a ser proferida¹²³⁶.

José Alberto Couto Maciel considera existir substituição processual no dissídio coletivo exatamente pela circunstância dos direitos não integrarem diretamente o patrimônio dos trabalhadores, na medida em que necessita do ajuizamento de uma ação de cumprimento, como se depreende do fragmento abaixo transcrito:

“De tudo isso verifica-se que existe, na realidade, uma substituição processual do sindicato nos dissídios coletivos, porque não se pode imaginar, por exemplo, um dissídio coletivo de natureza jurídica mediante representação dos empregados, uma vez que a tese interessa à categoria. Da mesma forma, nos dissídios de natureza econômica, não se concede direitos individuais aos integrantes da categoria, mas se estabelecem novas condições de trabalho, ou alteram-se as existentes, em tese, no interesse da categoria como um todo.

Mediante a decisão de um dissídio coletivo o empregado não tem direito ao que nele foi estabelecido, tanto assim que é necessário uma ação de cumprimento para integrar o que foi estabelecido no dissídio coletivo. Se simples representação fosse, o beneficiado teria direito imediato ao que foi concedido”¹²³⁷.

O mencionado autor no caso da ação de cumprimento vislumbra uma substituição processual diversa da preconizada no CPC de 1973 (artigo 6º), mantida pelo NCPC, pois seria especial e mais próxima de “uma representação com mandato legal presumível e revogável” ao se admitir conciliação e a intervenção do substituído, contudo, na época de seu posicionamento, sua tese baseava-se no teor das súmulas 180 e 255 do TST, atualmente revogadas¹²³⁸.

A ação de cumprimento poderá ser ajuizada por vários trabalhadores na modalidade de ação plúrima em que o litisconsórcio é unitário, mas não necessário, podendo ser

¹²³⁵Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 237-239.

¹²³⁶Cf. CASTILHO, José Luciano de. op. cit., p. 38-39.

¹²³⁷MACIEL, José Alberto Couto. op. cit., p. 1606.

¹²³⁸Cf. Id. Ibid., p. 1607.

distribuída outras ações pelos demais trabalhadores em vários blocos ou pelo sindicato em substituição processual, independentemente de mandato específico¹²³⁹.

A orientação jurisprudencial nº 277, da SDI, do TST, deixa claro que a sentença proferida em ação de cumprimento submete-se à condição resolutiva, mantendo-se em vigor enquanto não reformada ou alterada a decisão no dissídio coletivo, portanto, apresenta uma forma de coisa julgada atípica, que se dissolve por mera petição da parte interessada (empregador), por meio de exceção de pré-executividade ou de ofício pelo juízo se identificado o implemento de sua condição resolutiva. Caso haja recusa do magistrado caberá mandado de segurança, nos termos da súmula 397 do TST¹²⁴⁰.

O prazo prescricional da ação de cumprimento corre normalmente do trânsito em julgado do dissídio coletivo (súmula 350 do TST), salvo quando o contrato individual extingue-se antes desse trânsito, ocasião em que o prazo prescricional de tudo em relação ao contrato começa a correr, mas, uma vez ajuizado o cumprimento, há interrupção da prescrição no tocante aos direitos presentes no dissídio, ainda que haja extinção por ilegitimidade do sindicato atuando como substituto processual¹²⁴¹.

O dissídio coletivo apesar do caráter eminentemente declaratório e constitutivo pode excepcionalmente adquirir ares condenatório quando se tratar de pagamento de despesas processuais, litigância de má-fé ou, ainda, cominação de multa diária para retorno à atividade, garantia dos serviços essenciais e suspensão do movimento paredista. Além disso, nada impede que o trabalhador cumule objetivamente pedidos de uma ação ordinária com a ação de cumprimento que não se configura num procedimento especial, contudo, se o sindicato militar como substituto processual somente poderá solicitar os direitos consagrados no dissídio coletivo ao grupo como um todo, sem cumulação de demandas¹²⁴².

O artigo 195 da CLT¹²⁴³, com a redação dada pela Lei nº 6.514/77, também foi objeto de muita polêmica na doutrina e na jurisprudência, contudo, na atualidade, vigora o

¹²³⁹Cf. SAKO, Emília Simeão Albino. Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional, cit., p. 1186.

¹²⁴⁰Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 241.

¹²⁴¹Cf. Id. Ibid., p. 242-243.

¹²⁴²Cf. Id. Ibid., p. 244-245.

¹²⁴³Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

§ 1º - É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

§ 2º - Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver,

entendimento de amplitude de conteúdo desse dispositivo em virtude do substrato do artigo 8º, III, da CF. Diante disso, é admitida a legitimidade não só do sindicato como também das federações e confederações (excluída as centrais sindicais) na hipótese de ausência dos primeiros na base territorial. Da mesma forma, consolidou-se o entendimento de que não se restringe a representação dos associados à postulação por adicionais de insalubridade e periculosidade, mais sim se caracteriza como substituição processual de toda a categoria, a fim de privilegiar a uniformidade de tratamento sem discriminação em prol da celeridade processual e do preceito constitucional em comento¹²⁴⁴

O artigo 25 da Lei nº 8.036/90¹²⁴⁵ também prevê uma espécie de substituição processual em relação ao recolhimento do Fundo de Garantia, com a mesma amplitude delineada no artigo 8º, III, da CF, com apenas um temperamento, pois necessário que os entes sindicais, para viabilizar a realização de perícia e a real compreensão da demanda que invariavelmente trata de diferenças no mencionado recolhimento, promovam a identificação dos beneficiários. Assim, decisões judiciais vêm reconhecendo a necessidade de indicação do rol dos substituídos para facilitar o processo e, por conseguinte, transforma-se numa espécie de “fundamentação da petição inicial coletiva”. Essa é uma verdadeira exceção na substituição processual, segundo Homero Batista Mateus da Silva, uma vez que a regra consiste na condenação genérica, cabendo a sua especificação na liquidação e execução, momento em que se poderá demonstrar os pagamentos realizados em relação aos substituídos, visto a empresa deter os documentos comprobatórios a respeito de seus empregados¹²⁴⁶.

Outra hipótese de substituição trabalhista foi inserida nas leis de reajuste salarial para propiciar aos sindicatos o ajuizamento de ação, visando à aplicação dos índices a todos os membros da categoria e não apenas aos seus associados, com lastro na interpretação constitucional do mencionado artigo 8º, III, da CF, mas se encontra em desuso na atualidade¹²⁴⁷.

requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

§ 3º - O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, nem a realização ex officio da perícia. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

¹²⁴⁴Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 253-254.

¹²⁴⁵Art. 25. Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos desta lei. (Vide Medida Provisória nº 651, de 2014)
Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverão ser notificados da proposição da reclamação.

¹²⁴⁶Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 256-257.

¹²⁴⁷Cf. Id. Ibid., p. 257-259.

É admissível o entendimento no sentido de que apenas as questões comuns devem ser defendidas em juízo por meio da substituição processual, no intuito de facilitar a visualização do conflito e a produção de provas, contudo, diante da dificuldade em se estabelecer o que seria efetivamente essa “questão comum” a melhor opção é propiciar o acesso dos reputados hipossuficientes ao juízo sempre que possível, ou seja, na dúvida a interpretação deve ser favorável à substituição processual.

Emília Sako assim se pronuncia:

“Os sindicatos podem pleitear, em nome próprio, direitos individuais puros dos trabalhadores, como horas extras, diferenças de salário, reintegração etc. Podem, por exemplo, requerer, por meio da substituição processual, o pagamento de horas extras para dez trabalhadores numa empresa onde trabalhem mil, e embora ausente a homogeneidade metaindividual, a substituição é possível, pois as horas extras para os dez empregados poderá fundar-se em redução da jornada de trabalho em razão da existência de turnos ininterruptos de revezamento impostos apenas aos dez empregados. Da mesma forma, podem formular pedido de reintegração ao emprego para cinco empregados dispensados com justa causa em razão da participação em greve, ou o cumprimento de cláusula contratual”¹²⁴⁸.

Na opinião de Estevão Mallet, a origem comum não é suficiente para a configuração do conceito de direitos individuais homogêneos, uma vez que apesar da origem comum de diversos direitos em virtude do desrespeito do empregador, por exemplo, no pagamento de horas extras muitos fatores interferem na identificação do direito individual de cada um dos trabalhadores que podem estar em regime de horas reduzida ou em compensação de jornada, apresentarem função de direção ou gerência e, ainda, podem trabalhar em atividades externas ou apresentarem horários diferenciados de trabalho que merece abordagem individualizada¹²⁴⁹.

Estevão Mallet reconhece a predominância das questões comuns sobre as individuais em hipóteses de acidentes aéreos, intoxicação alimentar de passageiros em cruzeiros, estas decorrentes de um fato único, a cobrança ilegal de consumidores por equivocada interpretação da cláusula cuja origem se dá em atos sub-reptícios semelhantes, pois não haveria exigência de identidade plena das situações individuais de cada afetado, mas sua condição não cause diferenças substanciais no tratamento dado ao caso concreto a que cada um está submetido. No âmbito trabalhista continua o autor mencionando exemplos como a atividade exercida próxima a depósito de combustíveis em que a periculosidade estará presente independentemente de condições específicas do empregado e o não recolhimento do FGTS¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸SAKO, Emília Simeão Albino. op. cit., p. 1186.

¹²⁴⁹Cf. MALLETT, Estevão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais, cit., p. 122-123.

¹²⁵⁰Cf. Id. Ibid., p. 130-132.

A constatação das questões individuais predominarem sobre as comuns tem impedido a certificação de ações coletivas nos EUA em situações graves, como a contaminação por amianto sob o argumento de que o tempo e o nível de exposição associado à capacidade orgânica diferenciada de cada indivíduo impedem a apreciação da ação sob uma perspectiva de questões comuns, da mesma forma, no Canadá, em relação à fraude na franquia sob a fundamentação de que cada contrato individual apresenta particularidades desde as declarações de vontade externadas até a celebração do contrato, isso apesar de identificaram 40 contratos nessa situação irregular. Ainda na recusa em admitir uma ação como coletiva, encontram-se no Brasil precedentes que impediram a discussão de não formalização de vínculo de emprego de vários trabalhadores em relação a um mesmo empregador, não pagamento de horas extras aos empregados de uma empresa¹²⁵¹, dentre outras hipóteses. Observando essas decisões, Estevão Mallet ressalta que é impossível traçar uma regra geral de conduta, pois essa avaliação irá depender da apreciação da causa de pedir, do pedido e da defesa do réu para constatar como se dará o contraditório, o que, em tese, poderá autorizar a formalização de uma ação coletiva se a discussão se restringir ao ataque ao regime de trabalho adotado pelo empregador que, por exemplo, estaria violando a jornada reduzida da prestação de serviços em turnos ininterruptos de funcionamento, independentemente de relegar à liquidação a apreciação das horas extras devidas ante a predominância da questão comum¹²⁵².

Estevão Mallet não reconhece, por exemplo, na sentença genérica das ações civis públicas em relação aos direitos individuais homogêneos, uma funcionalidade adequada de tutela coletiva, não resolvendo o conflito na medida em que se configuraria em mera reprodução da lei (quando as questões individuais predominem sobre as comuns), ao reconhecer, por exemplo, o dever de pagar horas extras, preconizando que a liquidação se transformaria num verdadeiro processo de conhecimento ou seria necessário para contornar esse problema resolver as situações individuais dos beneficiados na sentença genérica, o que seria contraproducente em atrair a vedação do listisconsórcio multitudinário com seus problemas de tumulto processual¹²⁵³.

Apesar desse entendimento embasado em fundamentos sólidos e perfeitamente defensáveis sob o ponto de vista jurídico, é possível identificar algumas vantagens da sentença genérica que não a equiparam a uma mera reprodução da lei, o que, a nosso ver,

¹²⁵¹Cf. MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais, cit., p. 132-135.

¹²⁵²Cf. Id. Ibid., p. 136-139.

¹²⁵³Cf. Id. Ibid., p. 123-127.

legítima sua manutenção no microsistema processual de tutela coletiva. Em primeiro lugar, a condenação genérica demonstra que o Poder Judiciário já está alerta sobre o reiterado descumprimento pelo réu das normas em vigor, o que, no mínimo, gera um temor psicológico naquele que não cumpre a lei. Num segundo momento, percebe-se que numa ação civil pública, os pedidos não se restringem, na maioria das vezes, ao pagamento de indenização em relação a direitos individuais homogêneos, mesclando-se pedidos de direitos coletivos, individuais homogêneos e em algumas situações até a defesa de interesses e direitos difusos. A situação de descumprimento reiterado da norma trabalhista, por exemplo, na recusa do pagamento de horas extras, desde que comprovada pelo legitimado coletivo com a especificação de alguns paradigmas dentre a coletividade de beneficiados embasará outros pedidos de caráter eminentemente coletivo, como a condenação em danos morais coletivos por reiterada inobservância das normas de ordem pública. Além disso, em terceiro lugar pode-se ressaltar a publicidade dessa sentença que acaba alcançando com maior efetividade as camadas mais humildes da população que, muitas vezes, sequer detém o conhecimento do direito que a lei assegura. Assim, não se pode simplesmente desprezar a condenação genérica ao equipará-la a uma repetição dos termos da lei, uma vez que essa sentença propiciará efeitos concretos no ambiente laboral e, por óbvio, reforçará a necessidade de tratamento uniforme aos interessados, que ao promover a liquidação poderão demonstrar o seu dano pecuniário de maneira pormenorizada sem causar prejuízos ao contraditório e à ampla defesa diante da observância de um procedimento previamente estabelecido pela lei.

Mallet reputa que para caracterizar a homogeneidade do direito que viabilize uma apreciação coletiva em conjunto com a origem comum deve encontrar-se a predominância das questões comuns sobre as individuais em similaridade com o exigido pelo sistema americano, motivo pelo qual apresenta elogios para os artigos 141, II¹²⁵⁴ e 152¹²⁵⁵ do

¹²⁵⁴Art. 141. A defesa coletiva dos direitos decorrentes da relação de trabalho será exercida quando se tratar de: I - direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; II - direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de natureza divisível, de que sejam titulares pessoas determinadas, que tenham origem no mesmo fato ou ato jurídico e que sejam caracterizados pela prevalência das questões comuns sobre as questões individuais; III - direitos individuais, assim entendidos os de natureza divisível e de que sejam titulares pessoas determinadas, sempre que apresentarem afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. O disposto nesta lei não prejudicará as hipóteses de defesa de direitos difusos previstas no processo comum.” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Fórum Nacional do Trabalho. Reforma Sindical. *Proposta de Emenda à Constituição - PEC 369/05 - Anteprojeto de Lei*. Brasília, 2005, cit.).

¹²⁵⁵“Art. 152. O processo será extinto sem julgamento do mérito quando a origem do direito em que se amparar o pedido não for comum aos integrantes do grupo ou quando as questões individuais prevalecerem sobre as questões comuns”. (Id. Ibid.).

anteprojeto de lei de relações sindicais elaborado pelo Forum Nacional do Trabalho¹²⁵⁶.

É interessante nesse momento destacar que a extinção do processo autorizada pelo artigo 152 do mencionado projeto, na ausência da predominância de questões comuns sobre individuais, é de uma carga de discricionariedade muito ampla ao juiz que não apresenta nenhuma diretriz legal de como poderia aferir essa “predominância” que propiciaria a extinção do processo sem resolução do mérito. O mais adequado seria que ao invés da extinção do processo fosse readequado o procedimento, na medida em que o NCPC de 2015, no artigo 317, especifica que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”, o que demonstra a intenção do legislador em preservar o procedimento e enseja uma atuação mais célere, efetiva e eficiente do magistrado na conformação do processo a questão submetida em juízo até pelo fato do artigo 141, III, do anteprojeto, autorizar a tutela coletiva de direitos individuais com “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”.

Acrescente-se a isso que, em nossa opinião, não se vislumbra tantos problemas para a manutenção da concepção dos direitos individuais homogêneos, como preceitua o CDC, que também apresenta uma carga de discricionariedade alta relativa à interpretação do juiz acerca do tema “origem comum”, o que não traria maiores benefícios a sua alteração com o acréscimo de predominância das questões comuns sobre as individuais.

Aliado ao acima narrado, a proposta de redação do artigo 170 do anteprojeto de relações sindicais poderá gerar maior tumulto e litigiosidade para definir o que seriam direitos homogêneos com “origem no mesmo fato ou ato jurídico e que sejam caracterizados pela prevalência das questões comuns sobre as questões individuais” e os direitos individuais com “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito” diante dos efeitos diversos da coisa julgada de acordo com a identificação desses interesses, qual seja, *secundum eventum litis* ou *pro et contra*¹²⁵⁷ em prejuízo da tutela necessária ao

¹²⁵⁶Cf. MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais, cit., p. 127-129.

¹²⁵⁷“Art. 170. Nas ações coletivas previstas neste Título, o conteúdo da sentença fará coisa julgada: I - "ultra partes", mas limitadamente ao grupo, quando se tratar da hipótese prevista no inciso I do art. 141 desta Lei; II - "erga omnes", apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todos os integrantes do grupo, na hipótese do inciso II do art. 141 desta Lei; III - "erga omnes", no caso de procedência ou de improcedência do pedido, para beneficiar ou prejudicar o autor da demanda e o titular da relação jurídica controvertida, na hipótese do inciso III do art. 141 desta Lei, bem como na liquidação coletiva de direitos individuais homogêneos. § 1º Na hipótese prevista no inciso I, a coisa julgada não prejudicará direitos individuais dos integrantes do grupo.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso II, em caso de improcedência do pedido os interessados poderão ajuizar igual demanda a título individual, no prazo de até 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da sentença. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Fórum Nacional do Trabalho. Reforma Sindical. *Proposta de Emenda à Constituição - PEC 369/05 - Anteprojeto de Lei*. Brasília, 2005, cit.).

direito alimentar dos trabalhadores e em descompasso do adotado para os demais cidadãos, como, por exemplo, os consumidores, o que causaria mais prejuízos do que benefícios.

Aliás, como o artigo 791, § 1º, da CLT, estabelece que “nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato”, é possível inferir que a associação sindical também atuará no ajuizamento de questões meramente individuais por meio da representação processual, o que também é comum em outros ordenamentos jurídicos¹²⁵⁸.

Ora, diante desse contexto, o que não pode ocorrer é a ausência de proteção ao direito do trabalhador, seja por meio da representação, seja pela substituição processual. Todavia, diante das facilidades que a substituição processual permite é preferível a sua adoção do que se utilizar na fase de conhecimento da representação e ajuizar centenas de ações com a divisão das iniciais em bloco de trabalhadores, com a comprovação da autorização específica deles para demandar se nada impede que por meio da substituição processual se alcance uma sentença genérica. Oportuno consignar que essa técnica do ajuizamento em bloco pode ser aplicada na fase de liquidação e de execução em que o próprio sindicato prosseguirá promovendo vários procedimentos de acordo com os documentos que angariar junto aos trabalhadores em atenção ao princípio da economia processual. Por fim, nada impede que, apenas na liquidação e na execução, cada um dos trabalhadores individualmente venha a promover os atos diretamente com ganho de tempo e uniformidade na solução da matéria de mérito pertinente à controvérsia.

4.4.6. Questões polêmicas na substituição processual trabalhista

A interferência do substituído no processo apresentado pelo substituto processual é repleta de polêmica na doutrina e jurisprudência, mas no direito do trabalho ganha peculiaridades, na medida em que foi editada a súmula 310, do TST, hoje, cancelada, permitindo o seu ingresso como assistente litisconsorcial¹²⁵⁹ e uma ampla disposição do seu direito, celebrando acordo ou efetivando transação ou renúncia, mesmo contra a vontade do substituto. Essa postura gerou críticas tendentes a afastar a aplicação do enunciado, na medida em que o empregador, por meio de pressões diretas e indiretas,

¹²⁵⁸“No cualquier representante puede actuar en el proceso en lugar de la parte en sentido material, sino únicamente quien tenga de ella la representación general o la representación para el asunto al cual se refiere el proceso (art. 77); en el proceso singular del trabajo, además, el presidente o el secretario de la asociación legalmente reconocida de la categoría a la cual pertenece la parte, o bien un funcionario delegado por él (art. 435)” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., p. 176).

¹²⁵⁹O artigo 18 do NCPC de 2015 permite a assistência litisconsorcial do substituído e o CDC também a reconhece quando se discutem direitos individuais homogêneos.

poderia interferir na livre vontade do substituído¹²⁶⁰.

A solução encontrada por Homero Batista Mateus da Silva é diferenciar os casos em que o empregado comparece em juízo com advogado próprio, comunicando a distribuição de ação individual daquele que, ao exercer sua capacidade postulatória permitida na CLT, apresenta petição na ação coletiva, comunicando renúncia, desistência, transação ou acordo, gerando a presunção de vício na manifestação da vontade. Diante desse quadro, as soluções devem ser diferentes, priorizando as maiores vantagens para o obreiro numa ação individual e rechaçando subterfúgios tendentes a obstar a concessão de direitos trabalhistas¹²⁶¹.

Francisco Gérson Marques de Lima, em ponderação sobre o assunto, assim se expressa:

“Desta sorte, a ação individual promovida pelo empregado não induz litispendência para com a ação coletiva interposta pelo sindicato substituto processual, conquanto verse sobre o mesmo objeto e idêntica causa de pedir. Afinal, há de ser preservada a renúncia (mesmo tácita) do obreiro à tutela coletiva.

(...)

Com efeito, pode ser que o indivíduo promova sua ação individual por desconhecer a ação coletiva, de mesmo objeto, movida pela entidade sindical. Urge, pois, que o juiz (às vezes, como veículo da parte contrária) dê-lhe disso ciência, oportunando-lhe pedir, dentro de 30 dias, suspensão do processo relativo a sua ação individual. Caso o reclamante não requeira a suspensão do processo no prazo acima (trinta dias, a contar da ciência dos autos da ação coletiva) ou, antes, opte expressamente em continuar sua ação individual, isto implica em renúncia aos benefícios (e, com mais razão, aos malefícios) por ventura auferidos judicialmente pelo sindicato na ação coletiva”¹²⁶².

Essas matérias são objeto de homologação pelo juiz para ensejarem efeitos jurídicos, como ressalta Homero Batista Mateus da Silva, que assevera “a homologação, também chamada de chancela, não envolve cognição exauriente e não significa que o juiz tenha adentrado ao mérito das razões internas e externas que levaram a parte a tal deliberação”¹²⁶³.

A proibição pura de manifestação nas hipóteses clássicas de direitos individuais homogêneos não surte efeito, visto a possibilidade de o substituído manifestar seu interesse em desvincular-se da ação coletiva, mantendo sua ação individual ou até ingressar com ação individual já na inicial salientando sua desistência em relação aos efeitos da ação coletiva, aplicando-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 259-260.

¹²⁶¹Cf. Id. Ibid., p. 260.

¹²⁶²LIMA, Francisco Gerson Marques de. Ações coletivas sindicais e litispendência, cit., p. 521-522.

¹²⁶³Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 260.

¹²⁶⁴Cf. Id. Ibid., p. 259.

Apesar disso, por mera ficção legal, a sentença de homologação equivale à análise do mérito, impedindo nova demanda e sendo atacável por ação rescisória, na Justiça do Trabalho, nas hipóteses de renúncia e transação, pois a desistência possibilita o ingresso de nova ação, ao menos de caráter individual¹²⁶⁵.

A melhor forma de abordar o problema é fortalecer a avaliação do juiz ao homologar esses atos, atuando com prudência, atendendo ao espírito de tutela dos hipossuficientes e só referendando aqueles atos devidamente motivados, podendo a medida ser recusada pelo juízo, como autoriza a súmula 418 do TST¹²⁶⁶.

Outra solução seria admitir que o substituído, ainda que se apresente como assistente litisconsorcial, não poderá renunciar ou transacionar o seu direito na ação coletiva devido ao objetivo de uma condenação genérica da parte contrária, cabendo a ele apenas o auxílio do substituto processual. Caso deseje transacionar ou renunciar terá que ingressar com uma ação individual, no prazo de 30 dias da ciência da ação coletiva, para se desvincular de eventual procedência da demanda coletiva ou aguardar a fase de liquidação e execução do processo coletivo. Nessa última hipótese, como há a possibilidade dos valores não pleiteados serem destinados a um fundo de recomposição dos bens lesados, é possível construir o entendimento que, mesmo na liquidação e execução, seria irrenunciável o seu direito diante do reflexo coletivo.

A amplitude da substituição processual pelos sindicatos foi consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em sede de diversos recursos extraordinários, estabelecendo que a previsão do artigo 6º do CPC, de 1973 e, conseqüentemente, do artigo 18 do NCPC, deve ser interpretada à luz da CF e jamais o inverso, bem como no sentido de que a semelhança do artigo 513 da CLT, com o artigo 8º, III, da CF (substituição processual de toda a categoria), não pode impedir a avaliação das premissas e do contexto em que o substrato normativo foi inserido no texto constitucional, com tratamento diferenciado do artigo 5º, XXI, da CF (representação processual dos associados), para as associações em geral, em interpretação sistemática justificadora da mencionada substituição processual para os entes sindicais¹²⁶⁷.

A dispensa da pormenorização dos trabalhadores na petição inicial e sua autorização para o ajuizamento da ação, bem como o cancelamento da súmula 310 do TST privilegia a defesa dos empregados em juízo, uma vez que retira os entraves oriundos do

¹²⁶⁵Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 260.

¹²⁶⁶Cf. Id. Ibid., p. 260-261.

¹²⁶⁷Cf. Id. Ibid., p. 261-263.

receio de ser despedido ou sofrer retaliações do empregador com a sua não personalização na ação civil pública apresentada pelo sindicato em defesa da categoria¹²⁶⁸.

Da mesma forma, há compreensão de que as federações e confederações também podem figurar como substitutas processuais da categoria não organizada em sindicato na base territorial para as ações expressamente previstas na CLT¹²⁶⁹.

Quanto à amplitude dos direitos que podem ser defendidos em juízo via substituição processual há certo consenso na jurisprudência de que são restritos aos direitos coletivos e individuais homogêneos, mas, com certeza, como afirma Homero Batista Mateus da Silva, “preferencialmente, a atuação do sindicato, enquanto substituto processual, deverá voltar-se para as questões de direito, as questões de repercussão e os temas de base comum”¹²⁷⁰.

Apesar dessa recalcitrância no tocante aos direitos difusos, não é possível desconsiderar o efeito reflexo na tutela de direitos coletivos que acabam por atingir reflexamente os direitos difusos como, por exemplo, a determinação de colocação de filtros para conter a poluição das fábricas que além de beneficiar os trabalhadores da empresa que residam em seu entorno atingem os cidadãos comuns que em nada se relacionam com o empregador, como já salientamos, possibilitando reflexamente a defesa dos direitos difusos.

De outro lado, Emília Simeão Albino Sako afirma “os sindicatos têm legitimidade para propor ações civis públicas em defesa de direitos difusos transindividuais ou coletivos da categoria”¹²⁷¹, mas, em nossa opinião, somente a forma de abordar o pedido e a causa de pedir permitirá se constatar tratar-se de uma ação afeta a Justiça do Trabalho.

4.4.7. Mandado de segurança coletivo

O artigo 5º, LXX, da CF, de 1988, especifica, em suas duas alíneas, que o mandado de segurança coletivo pode ser ajuizado por “partido político com representação no Congresso Nacional” e “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Há polêmica sobre a existência ou não de substituição processual no mandado de segurança coletivo, uma vez que não se exige para a legitimação específica autorização dos associados das entidades ou da categoria.

¹²⁶⁸Cf. SAKO, Emília Simeão Albino. op. cit., p. 1185.

¹²⁶⁹Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 263.

¹²⁷⁰Id. Ibid., p. 264.

¹²⁷¹SAKO, Emília Simeão Albino. op. cit., p. 1185.

O segundo debate seria que a disposição constitucional, ao restringir as entidades com instituição e funcionamento por um ano, restringe-se às associações, não atingindo os sindicatos e as entidades de classe, como a OAB, CFM, dentre tantas outras profissões regulamentadas.

O terceiro elemento polêmico consiste na possibilidade de defesa de parte dos membros das entidades e não necessariamente de todos os seus integrantes ou a existência ou não de obrigatoriedade de defesa de toda a categoria, no caso dos sindicatos.

Essa situação começou a se consolidar com a edição das súmulas 629 e 620 do STF, que, respectivamente, expressam “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” e “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”¹²⁷².

Ao analisar o conteúdo do artigo 21 da Lei nº 12.016/2009¹²⁷³, é possível identificar que a defesa parcial de interesses foi absorvida pela legislação, bem como a desnecessidade de autorização dos membros e integrantes, contudo, mantêm-se as demais polêmicas. Esse mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, determina a defesa apenas dos interesses coletivos e individuais homogêneos por meio do mandado de segurança coletivo¹²⁷⁴.

Opondo-se a esse entendimento, Emília Sako defende a tutela ampla de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de mandado de segurança coletivo¹²⁷⁵, o que aparentemente seria o mais lógico, na medida em que não há restrição no texto constitucional.

Inferre-se que essa restrição aos direitos difusos em mandado de segurança ocorre devido a necessidade nesses casos de plena dilação probatória em que será necessária a realização de perícia e outros meios que não se restringe a mera prova documental, bem

¹²⁷²Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 267.

¹²⁷³Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

¹²⁷⁴Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 267-268.

¹²⁷⁵Cf. SAKO, Emília Simeão Albino. op. cit., p. 1186.

como o foco nos sindicatos e nas entidades de classe que apresentam uma legitimidade mais vocacionada a defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos, o que não ocorre com as associações.

Em tese, a mencionada restrição acaba por proteger esses direitos uma vez que os efeitos da decisão de mandado de segurança, ao menos na lei editada não são proferidas *secundum eventum litis*.

Estevão Mallet, ao analisar a definição de direitos individuais homogêneos presente no parágrafo único, do artigo 21, da Lei nº 12.016/2009, não a reputa adequada, pois, em sua opinião:

“Não leva em conta que, para a homogeneidade, não é decisiva a origem comum. O que importa é, isso sim, a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais, como realçado em várias legislações que mais apropriadamente disciplinaram a tutela coletiva de direitos”¹²⁷⁶.

A norma infraconstitucional não dispensa a constituição de um ano para as entidades associativas, muito provavelmente por ser reprodução do texto constitucional, sendo adotado por Estevão Mallet o entendimento do uso da analogia com as demais normas que tratam das ações coletivas (LACP e CDC), permitindo ao juiz no caso concreto, diante de relevância considerável atreladas ao dano ou ao bem jurídico tutelado, a mencionada desconsideração desse prazo¹²⁷⁷.

Quanto a não exigência da constituição da entidade sindical há pelo menos um ano, existe o MS 198.919/DF, de 1999, como paradigma para afastar esse requisito¹²⁷⁸.

O artigo 22 da Lei nº 12.016/2009 trata tanto da avaliação da litispendência quanto da coisa julgada, em que a primeira é semelhante ao previsto no CDC e o segundo, adaptável à possibilidade do mandado de segurança coletivo defender os interesses de alguns membros da entidade, dos associados ou da categoria¹²⁷⁹, mas não diferencia a decisão de procedência com a de improcedência para fins de vinculação à coisa julgada.

¹²⁷⁶MALLET, Estevão. Nova Lei do Mandado de Segurança: avanço ou retrocesso? *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 30, n. 110, p. 44, dez. 2010.

¹²⁷⁷Ver Id., loc. cit.

¹²⁷⁸Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 267.

¹²⁷⁹Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

A questão da litispendência entre mandado de segurança coletivo e individual adota solução próxima ao CDC, possibilitando a desistência da ação individual nos trinta dias a contar da comunicação da existência da ação coletiva para se beneficiar dos efeitos coletivos da coisa julgada, que pode implicar com o silêncio numa recusa tácita a aderir a ação coletiva ou promover por petição escrita a desistência da ação individual, sem que a presença das duas ações impliquem, por esse expediente, em litispendência¹²⁸⁰.

A menção ao mandado de segurança coletivo, em nossa pesquisa, serve apenas para discutir o instituto da substituição e da coisa julgada na ação coletiva, uma vez que sua funcionalidade direcionada à autoridade pública não é adequada à discussão travada no estudo acerca da coletividade no polo passivo (grupo, classe ou categoria) representada adequadamente no processo. Um dos pontos mais sensíveis refere-se aos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo na possibilidade do sindicato defender apenas o interesse de alguns membros da categoria, mas, nessa hipótese, deve ser ressaltado que tal interesse não deve se opor aos demais interesses da categoria como um todo em sua essência. Essa possibilidade deve ser concebida quando um ato afeta um subgrupo da categoria, mas dentro da concepção de defesa de seus interesses e direitos, seja no âmbito trabalhista, seja no âmbito civil.

4.4.8. Ação civil pública na Justiça do Trabalho: uma perspectiva diversa dos dissídios coletivos

A primeira ideia que vem a nossa mente quando o assunto é direito coletivo no Direito do Trabalho relaciona-se aos dissídios coletivos, contudo, como bem assevera Amauri Mascaro Nascimento, essa tutela “na atualidade, adquiriu uma nova fisionomia com a ação civil pública e com a substituição processual”, sendo certo que apesar de não existir uma lei específica para essa ação na Justiça do Trabalho, “a subsidiariedade do direito comum permitiu a migração da ação civil pública para o âmbito trabalhista”¹²⁸¹.

A pioneira ação civil pública que se tem notícia ajuizada no Poder Judiciário trabalhista data de 1992, na antiga 6ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal (processo nº 372/92), referente a uso de mão de obra de maneira irregular em virtude de inquérito civil elaborado pelo Ministério Público do Trabalho em desdobramento de denúncia da Federação Nacional das Associações de Pessoal da Caixa

¹²⁸⁰Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 268.

¹²⁸¹Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa do direito coletivo em ação civil pública, cit., p. 7-8.

Econômica Federal¹²⁸².

Como não há normas específicas na CLT, utiliza-se subsidiariamente das disposições do CDC e da LACP, mas a prioridade é o uso das normas trabalhista no que cabível¹²⁸³.

Quanto à competência, a Orientação Jurisprudencial nº 130¹²⁸⁴, da Seção de Dissídios Individuais II, anteriormente se baseava no artigo 93 do CDC¹²⁸⁵, sofrendo uma alteração no ano de 2012, atualmente especificando que:

130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI Nº 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.

II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

¹²⁸²Cf. SAKO, Emília Simeão Albino. op. cit., p. 1184.

¹²⁸³“Indubitavelmente, o artigo 769 consolidado indica o caminho mais seguro à proceduralização da ação civil pública no seio trabalhista, ao explicitar que o Processo Comum será fonte subsidiária do Processo do Trabalho quando houver omissão, exceto quando constatada incompatibilidade com as normas rituais instituídas para a Justiça do Trabalho. Assim sendo, o rito ordinário trabalhista, concernente àquele descrito para as reclamações trabalhistas em geral, deve ser seguido tanto quanto possível, com a inserção, nos momentos próprios, dos preceitos peculiares e especiais pertinentes à ação civil pública, assim sendo possível o debate no campo liminar e, em seguida, a realização dos atos processuais em audiência, sejam as tentativas conciliatórias nos momentos próprios, seja a oportuna apresentação da resposta da parte Ré, instrução plena e razões finais, até o pronunciamento final do Juízo por meio de regular sentença. Com relação aos recursos possíveis, há que se considerar apenas que, em relação à decisão liminar eventualmente concedida, à falta da possibilidade do recurso de agravo contra decisões interlocutórias, eventual ataque da parte atingida deve, neste particular, efetivar-se pela via do mandado de segurança junto ao respectivo Tribunal Regional do Trabalho, e, em relação à sentença, logicamente, o recurso cabível será o ordinário previsto na própria CLT, dada a similitude com a apelação cível”. (OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho: objeto, legitimidade “ad causam”, interesse processual e execução do julgado. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/23191-23193-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2016).

¹²⁸⁴Redação original - DJ 04.05.2004

Nº 130. Ação civil pública. Competência territorial. Extensão do dano causado ou a ser reparado. Aplicação analógica do art. 93 do código de defesa do consumidor.

Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das varas do trabalho da capital do estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.

¹²⁸⁵“Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

O inciso IV, da supracitada orientação jurisprudencial, encontra-se em consonância com a previsão do artigo 59 do NCPC, ao estipular o registro ou a distribuição da petição inicial como mecanismo que torna prevento o juízo.

O artigo 2º da LACP, ao tratar da matéria, dispõe que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”, acrescentando, em seu parágrafo único, que “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

Com a alteração da Orientação nº 130, da Seção de Dissídios Individuais II, houve um distanciamento do artigo 93 do CDC e uma aproximação do artigo 2º da LACP.

Essa determinação de que a competência para ajuizamento da ação civil pública é funcional implica em reconhecer o interesse público¹²⁸⁶ fundante da fixação dessa competência, o que autoriza a sua apreciação de ofício pelo juiz independentemente de requerimento da parte. De outro lado, se não observado o critério a consequência será a nulidade da decisão proferida, com a ressalva do § 4º do artigo 64, do NCPC¹²⁸⁷. O interesse público, no presente caso, localiza-se na melhor apreciação da prova por parte do juiz da localidade do dano mais próximo dos elementos de prova¹²⁸⁸.

Da mesma forma, deve ser encarada a competência por prevenção que apresenta critério funcional¹²⁸⁹ no intuito de viabilizar uma prestação jurisdicional uniforme pelo

¹²⁸⁶“o que prepondera para o estabelecimento do regime jurídico da competência não é o critério utilizado pelo legislador para definir a atribuição do órgão jurisdicional (funcional, material, valorativo ou territorial), mas sim o interesse público que se esconde por trás de tal eleição”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência nas ações coletivas em matéria ambiental. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 19 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/index.php/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/77-a-competencia-nas-acoes-coletivas-em-materia-ambiental>>. Acesso em: 15 ago. 2016).

¹²⁸⁷Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

¹²⁸⁸“A razão de ser desta regra calcada no critério territorial ser absoluta – tanto quanto a do já mencionado art. 95 do CPC (item 1 supra) – funda-se no princípio da efetividade, pois o juiz do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide (STJ, Recurso Especial n. 39.111/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 06.10.1997). Em outros termos, a regra ora estudada não foi compilada pelo legislador para proteção de um interesse privado, mas sim em razão do interesse público na maior facilidade da produção da prova e da apuração da verdade real que tem o juiz do local do dano”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência nas ações coletivas em matéria ambiental, cit.)

¹²⁸⁹“O presente critério é o primeiro a ser analisado pelo operador jurídico em favor da correta delimitação da competência interna. É critério de dupla faceta, que identifica os casos de foro privilegiado (*ratione personae*) e de vínculo legal da nova causa com dado juízo previamente estabelecido por outra ação acessória, conexa ou continente”. (Id. Ibid.).

mesmo juízo, evitando distorções em atenção a um interesse público subjacente.

Como já salientado linhas atrás, essa competência funcional deve ser aplicada em caso de novas ações civis públicas, mas não deve impedir o ajuizamento de ações individuais em prejuízo ao acesso à Justiça dos hipossuficientes.

Percebe-se que a competência se estabelece pelo local do dano nas ações civis públicas, portanto, os limites subjetivos no polo passivo não interferirão na competência se presente sindicato, federação, confederação e outros representantes, pois isso irá interferir na amplitude da vinculação da coletividade representada e não na competência da Justiça do Trabalho quando a causa for de sua competência. No intuito de impedir discussões acerca da limitação da representatividade à sua base territorial, os sindicatos poderão litigar em litisconsórcio ativo, sendo certo que diferentemente da substituição processual prevista nas normas da CLT nada impede que as federações e confederações venham a ajuizar diretamente a ação civil pública como associações em defesa do interesse dos trabalhadores da categoria, o que elateria os limites subjetivos dos efeitos da lide¹²⁹⁰.

Da mesma forma, na hipótese de ações coletivas em geral devem ser seguidas as regras de competência usual do processo do trabalho especificado pelo artigo 651¹²⁹¹ da CLT, que só sedem diante da omissão da legislação trabalhista, como ocorre nas demandas decorrentes das ações civis públicas¹²⁹² e de competências inseridas pela Emenda nº 45/2004, como, por exemplo, a lide entre sindicatos, sindicato e trabalhadores ou sindicato e empregadores atinente às contribuições sindicais¹²⁹³, em que se aplicam as normas processuais comuns diante do teor do artigo 769 da CLT.

¹²⁹⁰Em algumas situações especiais até mesmo uma confederação e federação poderão figurar no polo passivo de ações civis públicas ou coletivas em gênero sendo essencial a análise de cada caso concreto. Um exemplo seria ao publicamente seus representantes estimularem a violência em movimentos paretistas.

¹²⁹¹“Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. (Vide Constituição Federal de 1988).

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima. (Redação dada pela Lei nº 9.851, de 27.10.1999) (Vide Constituição Federal de 1988)

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário. (Vide Constituição Federal de 1988)

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços”.

¹²⁹²CC - 20829-21.2014.5.04.0019, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 28/06/2016, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016.

¹²⁹³CC - 10622-02.2012.5.00.0000, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 12/04/2016, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016.

Os sindicatos são legitimados como associação para o ingresso da ação civil pública, nos termos do artigo 5º, V, da Lei nº 7.347/85, o que inclui a pertinência temática de suas finalidades institucionais e a constituição da entidade há pelo menos um ano¹²⁹⁴. Esse instrumento é muito eficaz para a proteção do meio ambiente do trabalho¹²⁹⁵, bastando a apresentação dos estatutos fundantes da entidade sindical para aclarar suas finalidades institucionais, mas diante da conformação dos sindicatos no Brasil é possível presumir essa legitimação, diante da representação da categoria inerente ao princípio da unicidade sindical¹²⁹⁶. Aliás, não se vislumbra motivos legítimos para impedir a defesa de interesses coletivos por sindicato formado há menos de 1 ano se sua constituição e registro nos órgãos competentes for regular, especialmente quando é sabido que essa é sua função precípua.

O Ministério Público do Trabalho também é um legitimado natural para a Ação Civil Pública que, na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo (difusos e coletivos), acaba defendendo não só os trabalhadores, mas toda a sociedade¹²⁹⁷, como ocorre em danos ambientais ou discriminação em massa de empregados, com debates mais acalorados apenas na tutela de direitos individuais, contudo, a jurisprudência vem adotando uma interpretação ampliativa na defesa coletiva de interesses individuais homogêneos¹²⁹⁸.

Como já aventado nas linhas acima quando o assunto é a defesa de direitos e interesses de uma parcela fragilizada da sociedade, a melhor política é a multiplicidade de entes ou órgãos titulares do direito de ação e não sua restrição.

A alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, ao limitar a coisa julgada ao limite da competência territorial do juízo, é incoerente, exigindo o ajuizamento de centenas de ações para cumprimento de cotas de pessoas com necessidades especiais numa única empresa

¹²⁹⁴Nesse sentido ver também SAKO, Emilia Simeão Albino. op. cit., p. 1185.

¹²⁹⁵“(…), pode-se assentar que a competência para a ação coletiva que envolve meio ambiente de trabalho pode, dependendo da causa de pedir e do pedido, recair tanto na competência da Justiça do trabalho, desde que seja focado o aspecto do interesse do trabalhador na relação de emprego, quanto na competência da Justiça comum, quando o fato for tratado não sob o prisma do direito do trabalhador, mas atacando interesse geral da sociedade” (CALVET, Otavio. A competência da justiça do trabalho para ações coletivas que tutelam o meio ambiente de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 10, p. 1178, out. 2003).

¹²⁹⁶Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 270.

¹²⁹⁷A possibilidade do Ministério Público do Trabalho e dos Sindicatos alternadamente defenderem direitos dos trabalhadores tem suscitado debates polêmicos na doutrina como, por exemplo, a concepção de Amauri Mascaro Nascimento no sentido de que:

“É de toda conveniência uma gradação entre legitimação do Sindicato e legitimação do Ministério Público do Trabalho, e, se não for assim, a ação civil pública poderia ser utilizada para a defesa de todos os direitos previstos nos artigos 7º e 8º da constituição Federal, e o Sindicato, ainda que legitimado a defende-los, ficaria prejudicado, secundarizado, em danosa contribuição para o seu enfraquecimento em nosso ordenamento jurídico, o que levaria o Ministério Público a ser um braço sindical” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 9).

¹²⁹⁸Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 270-273.

com filiais espalhadas pelo país, o que estimulou a edição da OJ nº 130 da SDI-II, do TST¹²⁹⁹.

A liquidação e a execução das ações civis públicas podem gerar alguns problemas procedimentais apesar de que, se os direitos forem difusos ou coletivos em sentido estrito, a melhor opção é a sua implementação coletiva, seja em decorrência da indivisibilidade, seja em virtude da celeridade e uniformidade do tratamento a ser dado no caso concreto.

Na liquidação e execução de lesões a direitos individuais homogêneos, as peculiaridades de cada beneficiado recomendam o procedimento individual quando se referir ao pagamento de indenizações ou outros valores com uma dilação probatória maior que permite o uso dos embargos à execução, no intuito de inviabilizar o título, mitigando os problemas decorrentes da não integração do exequente desde o início do processo. Quando se pretende o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer por economia processual a execução coletiva é medida que se impõe¹³⁰⁰.

Como não há um procedimento pormenorizado no CDC ou na LACP, quando a competência for da justiça do trabalho aplica-se, num primeiro momento, as disposições da liquidação e da execução trabalhista (CLT) para, somente diante das omissões, utilizar-se de maneira subsidiária do CDC¹³⁰¹, o que também ocorre na fase de conhecimento, pois só é permitido o uso do NCPC desde que as normas sejam compatíveis e a CLT¹³⁰² e o microsistema de tutela coletiva não solucionarem, com instrumentos adequados, a questão.

Nos direitos difusos e coletivos é admissível a liquidação e a execução de ofício pelo juiz que proferir a sentença coletiva, nos termos dos artigos 877 e 878 da CLT e 98 do CDC¹³⁰³, sendo destinado eventuais valores ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, com base no artigo 13 da LACP ou para instituições públicas e privadas responsáveis e com experiência na recomposição dos bens jurídicos supraindividuais afetados.

Na hipótese de direitos individuais homogêneos, a sentença genérica poderá ser liquidada e executada pelos trabalhadores individualmente afetados, seus sucessores e pelos legitimados no CDC, dentre os quais o sindicato, em substituição processual, contudo, se a matéria for pertinente à situação pessoal de cada trabalhador, ensejando a liquidação por artigos recomendável que seja efetivada de maneira individualizada pelos

¹²⁹⁹Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., v. 7, p. 271-272.

¹³⁰⁰Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 152.

¹³⁰¹Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. Execução de ações coletivas na justiça do trabalho, cit., p. 624.

¹³⁰²No caso das omissões a CLT recomenda o uso da Lei de execução fiscal na fase executiva. O artigo 889 da CLT expressamente prevê: “aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

¹³⁰³Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. op. cit., p. 625.

trabalhadores e, da mesma forma, a execução da sentença¹³⁰⁴.

A liquidação de ofício é mais adequada na lesão dos direitos difusos e coletivos dada a uniformidade de tratamento, mas não nos direitos individuais homogêneos, quando depender de elementos em posse dos trabalhadores, diante das peculiaridades de cada um dos atingidos que deverão provocar o Judiciário sendo admissível, até mesmo, verbalmente com a apresentação dos documentos comprobatórios do seu direito e, frise-se, sem necessidade de advogado diante da dispensa do causídico no sistema processual trabalhista¹³⁰⁵.

É possível a execução coletiva dos direitos individuais homogêneos após a liquidação individual dos valores devidos, sendo preferível para evitar tumulto processual que o legitimado apresente execuções em lotes, especificando os valores, os trabalhadores e colacionando as certidões de liquidação¹³⁰⁶.

O sindicato também poderá dar início à execução nas causas de interesses individuais homogêneos depois de transcorrido o prazo de um ano especificado no artigo 100 do CDC, oportunidade em que o numerário será recolhido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, todavia, apesar da possibilidade de defesa da não dedução do valor global da indenização recolhida ao fundo, se protocolado pedido individual em momento posterior, pois a nova execução individual deveria gravar o patrimônio do executado¹³⁰⁷, a melhor opção é a suspensão desse recolhimento ao fundo até o alcance final do prazo prescricional para a execução individualizada a fim de evitar o *bis in idem*.

Quando a coletividade encontra-se no polo passivo, não há mecanismos específicos tratando da liquidação e execução, o que necessitaria de aperfeiçoamento legislativo, inserindo a possibilidade da exigência de indenização do grupo, classe ou categoria como um todo em face do representante adequado com atos expropriatórios ou aplicação de multas atingindo diretamente o patrimônio dos integrantes do grupo e não apenas o representante no processo em decorrência de obrigações de fazer, não fazer e pagar.

Assim, poder-se-ia criar um sistema de obrigações solidárias dos integrantes do grupo, em que todos seriam responsáveis pela integralidade ou proporcionalmente, neste último caso, por exemplo, pela recomposição do dano, poderiam contribuir os responsáveis individualmente segundo sua capacidade contributiva em decorrência de seu poder econômico até um teto, que poderia ser o valor total do dano ou valores inferiores

¹³⁰⁴Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. op. cit., p. 625-627.

¹³⁰⁵Cf. Id. Ibid., p. 627.

¹³⁰⁶Cf. Id. Ibid., p. 628.

¹³⁰⁷Cf. Id., loc. cit.

escalonados em decorrência da renda declarada à receita federal pelo tempo que for necessária a recomposição do bem jurídico afetado. Nesse caso, a própria capacidade econômica do representante do grupo em juízo poderia ser avaliada, diante disso, eventuais entidades com personalidade jurídica seriam as responsáveis pelo pagamento da indenização de acordo com a proporcionalidade de sua capacidade econômica, medida também pelo seu patrimônio aferível nas declarações de renda à receita federal quando componham o grupo acionado judicialmente e condenado na ação.

Nas obrigações de não fazer, a simples comunicação do conteúdo da decisão seria suficiente para vincular o grupo, classe ou categoria, possibilitando o arbitramento e a cobrança de multa diante do descumprimento de caráter pessoal ou institucional a depender da composição do polo passivo e da conduta exigida da coletividade, por conseguinte, atingindo entidades personalizadas e os membros dos grupos, classe e categoria.

Na hipótese de obrigação de fazer há necessidade de ponderação da capacidade do representante do grupo, classe e categoria e dos integrantes desses segmentos implementarem ou não a atividade exigida e se o ato em si for economicamente custoso seria o caso de se estabelecer uma proporcionalidade, como na condenação em indenização ou obrigação de pagar para que todos, de alguma forma, contribuam, criando um efeito pedagógico geral.

Da mesma forma, quando se pensa no sindicato enquanto representante da categoria para a realização de convenções coletivas e acordos coletivos ou a iniciativa de distribuição de um dissídio coletivo, está se tratando de uma coletividade de interesses perfeitamente personificada em relação à categoria, atuando dentro dos contornos legais estipulados pela Constituição e pela lei, seja na elaboração de novas condições de trabalho, seja na interpretação das normas coletivas criadas. No Brasil, esta representação é facilitada diante da unicidade sindical¹³⁰⁸, que, se fosse extinta, teria que ser substituída por mecanismos de aferição do representante adequado, como ocorre na Espanha.

As relações de trabalho são perenes na sociedade entre trabalhadores e empregadores, o que justificou a elaboração de mecanismos tendentes a aliviar as tensões cotidianas entre as classes e, como são reiteradamente renovados esses conflitos, os instrumentos se aperfeiçoaram. Por isso é muito difícil comparar ou equiparar as demais

¹³⁰⁸Há uma diferença entre a unicidade sindical em que somente se admite a existência de um único sindicato na base territorial da unidade sindical em que num ambiente de pluralidade de sindicatos somente um representa a classe em decorrência da vontade dos trabalhadores sem interferência estatal (SILVA, Juliana Araújo Lemos da. Sindicalização, negociação coletiva e greve do servidor. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 146).

relações de massa com as oriundas dos contratos de trabalho. Dentre as que mais se aproximam, devido aos nuances de hipossuficiência, apontam-se as relações de consumo, com a curiosa circunstância de que, em ambos os casos narrados, os consumidores e os trabalhadores em suas relações apresentam conflitos com o empresariado, que seria como um grupo uniforme em que se poderia pensar, em termos de estruturação de um sistema de ação coletiva passiva.

Assim, o sindicato patronal poderia figurar como um órgão adequado também para representar os empresários nas relações de consumo, ou seja, os próprios sindicatos na inexistência de entidades mais capacitadas, dado seu maior entrelaçamento com a defesa da categoria econômica em qualquer âmbito dos interesses dos seus integrantes que não se restringe as relações de trabalho, apresentariam uma representatividade adequada, em nível de organização e coordenação das atividades, mais propícia a figurarem no polo passivo de ações coletivas em substituição do grupo de empresários do que a presente nos sindicatos de trabalhadores.

Essa representatividade do empresariado pelos sindicatos seria mais facilmente aceita na medida em que a função dessas entidades sindicais aproxima-se mais da representação da categoria “para o bem e para o mal”, pois não há a limitação inerente aos sindicatos dos trabalhadores, em que se persegue tradicionalmente melhores condições de trabalho para os empregados, ou seja, uma situação mais benéfica em sentido amplo.

A melhor opção é diferenciar as causas em que se discutem direitos trabalhistas das demais ações envolvendo grupos de trabalhadores e empregadores. Assim, aplicar-se-á a sistemática dos dissídios coletivos sempre em benefício dos trabalhadores, mas quando um grupo ou a classe invadir outras áreas jurídicas, com condutas em prejuízo dos direitos e interesses da sociedade ou de parcela dela, a representação ou substituição processual poderá ocasionar ônus por não contar com normas de caráter tutelar dos obreiros, como ocorre na relação empregatícia.

Diante da maior especialidade e conseqüentes peculiaridades das relações de trabalho na solução dos conflitos coletivos é possível defender a sua manutenção fora de uma regulamentação tendente a sistematizar as ações coletivas passivas e ações civis públicas passivas ou mesmo os processos coletivos no Brasil.

A sistemática laboral é diferente, pois se trata de um ramo jurídico com princípios e preceitos próprios que merecem destaque dos demais ramos do direito.

Nessa concepção é possível destacar as ações coletivas passivas ou as ações civis públicas trabalhistas (ativas e passivas) das demandas típicas dos dissídios coletivos,

podendo ou não aproveitar a constituição de um sindicato para sua presença no polo passivo, mas não se confundindo com os dissídios coletivos que possuem natureza própria.

Em algumas situações será possível utilizar o sindicato como representante adequado, mas, em outras circunstâncias, isso é incompatível com o objeto da demanda, o que implica em atuar em face de uma massa sem delimitação precisa.

O ente sindical assim como o Estado, ao representar toda a categoria e não apenas os seus filiados, deve pautar-se por uma posição que comporte o interesse de todos, portanto, mais imparcial em defesa dos interesses da classe em seu conjunto desde que tais valores se consolidem de forma identificável.

Há entendimento sumulado do STF admitindo a defesa do interesse de parcela da classe ou dos integrantes da entidade associativa, mas isso sob uma perspectiva do polo ativo da ação e não do passivo, visto ser incoerente a defesa e representação em qualquer circunstância, especialmente se tais atos são afrontosos a interesses legítimos e amparados pelo ordenamento jurídico de outros grupos ou segmentos sociais.

Interesses fragmentados não podem ser defendidos *a priori* pelo sindicato, seja em virtude de conflitos internos em que seria incongruente, por exemplo, quando duas facções dentro do mesmo sindicato se chocam, não seria viável sua presença no polo ativo e passivo da ação, mas sim dos elementos (membros e integrantes do sindicato ou da categoria) em choque, ou, ainda, poderiam ser ambas as facções acionadas pelo sindicato no polo ativo, no intuito de pacificar a classe.

Um exemplo: se um grupo dissidente da categoria de trabalhadores decide realizar uma paralisação das atividades contra recomendação do ente sindical que reconhece o caráter essencial da atividade, como seria legitimamente possível ingressar com uma ação em face do sindicato para que ele exija de um membro da categoria que pode não ser associado da entidade que se abstenha da paralisação?

Não se pode admitir uma automática representação nesse caso, uma vez que as circunstâncias de cada caso concreto devem ser ponderadas.

Melhor explicando: a categoria é representada nos dissídios coletivos com necessidade de autorização da classe, mesmo quando se objetiva a melhoria das condições de trabalho dos obreiros, com legitimação da representação dos não filiados em juízo.

É comum aos estatutos das entidades associativas e sindicais colher a opinião da classe, inclusive para o ajuizamento de ações em substituição processual à categoria em hipóteses asseguradas pela legislação, o que não se confunde com a exigência de autorização dos beneficiados, como ocorreria numa representação processual dos associados.

A situação altera-se completamente quando o que se pretende é impor uma exigência à categoria de empregados, como, por exemplo, a obrigatoriedade do uso de equipamento de proteção individual que a lei já determina.

Se o sindicato de empregadores ou uma empresa em particular ajuizar uma ação coletiva passiva para exigir que os seus empregados utilizem o equipamento de proteção seria subverter o sistema tutelar do trabalhador, na medida em que ainda que se pudesse pensar numa multa ao sindicato, se não recomendar aos associados e membros da categoria o uso do equipamento, não cabe a ele o poder de direção da organização empresarial na fiscalização desse uso. Essa prática seria uma forma de transferir o dever do empregador para os empregados por meio do sindicato, o que não se coaduna com o regime tutelar idealizado pela legislação.

Se o ato é atribuído a um ente definido, ele ingressa na ação e responde pelas ameaças e eventuais danos causados, mas se essa formação é indefinida, aí surge a necessidade e a legitimação de um sistema próprio para propiciar a defesa dessa coletividade em juízo.

No exemplo dos equipamentos de proteção é correto pressupor que cada empregador, ao identificar o não uso do equipamento, poderá aplicar penalidades ao trabalhador e, até mesmo, demiti-lo por desobediência somado ao risco à sua vida e demais trabalhadores do setor quando o risco é potencial a todos pelo não uso de um dos membros da equipe, mas não pode almejar um salvo conduto impeditivo da atuação do Ministério do Trabalho pela ausência de uso do equipamento simplesmente porque ajuizou uma ação coletiva em face do sindicato de trabalhadores da categoria econômica.

Assim, a utilização do sindicato como representante adequado vai depender do objeto da demanda e dos sujeitos que se pretende atingir com o ajuizamento na Justiça do Trabalho e não apenas da discussão de condições de trabalho em geral, devido à diversidade de situações que podem envolver as discussões em juízo.

Se for possível identificar recomendações ou atos do sindicato incentivadores de práticas irregulares dos trabalhadores será possível ajuizar uma ação de obrigação de fazer, não fazer e, até mesmo, indenização em face da entidade como representante dos membros da categoria, que eventualmente atenderem a sua solicitação com ou sem atribuição de multa, o que o legitimaria como representante adequado e poderia atingir os trabalhadores envolvidos numa perspectiva ampliada em que todos fossem citados por edital, dando plena comunicação da obrigação de não fazer e das consequências dentre elas a multa e a indenização em que o sindicato e o grupo concreto implementador dos atos seriam

solidariamente responsáveis.

Mas se a categoria não se encontra organizada ou é dissidente em relação a questões pontuais nas empresas, aquilo que desborda da representatividade sindical nos dissídios coletivos, convenções e acordos coletivos deve direcionar a ação ao grupo dissidente e não a classe como um todo.

Um exemplo para esclarecer a questão: se um grupo de empregados de determinado setor econômico resolve efetuar uma paralisação em massa, não almejando melhores condições de trabalho, mas, com o intuito de pressionar os empregadores e os sindicatos a admitirem a formação de uma nova categoria de trabalhadores, qual o sentido de direcionar uma ação ao sindicato existente? Quem seria efetivamente o representante adequado desse grupo?

Nesse caso, deve ser aplicada de maneira mais adequada a experiência americana com as *defendant class actions*, ou seja, um indivíduo identificado como líder do movimento ou um grupo de indivíduos devem ser reputados como representantes adequados pelo autor da ação, com a possibilidade desse controle pelo juiz, no intuito de afetar todos os integrantes do grupo por meio de uma citação por edital dos desconhecidos. Deve ser efetivada uma ampla comunicação da ação antes da decisão de certificação, sem opção de exclusão do polo passivo, mas, tão somente, de auxílio na identificação do representante adequado, bastando esses procedimentos para se exigir de todos os que praticarem os atos ilícitos a aplicação de multas e outras apenações, sem descurar da recomposição do dano ao bem jurídico tutelado em juízo.

Não é porque o sindicato representa a categoria em dissídios coletivos que será sempre o representante natural para todo tipo de ação que envolvam grupos, especialmente se houver uma nítida pretensão de fraudar a lei, desviando-se de deveres e obrigações legais, como o fornecimento e fiscalização do uso de equipamento de proteção individual.

Mais uma situação a se considerar: se uma única empresa é identificada pelo Ministério Público do Trabalho mantendo trabalhadores em condição análoga de escravos, seria aceitável que se ingressasse com ação em face do sindicato da categoria? A princípio, seria contraproducente, pois se o sindicato da categoria se posiciona contra essa prática, como poderia representar adequadamente essa empresa e outras que, em tese, adotem a mesma prática? A representação adequada no polo passivo não pode ser encarada como uma ficção legal, mas sim aferível de acordo com cada caso concreto, a fim de propiciar a participação dos interessados no processo em respeito ao devido processo legal, viabilizando o alcance pelos efeitos da coisa julgada. Se a prática não for adotada apenas

por uma empresa, seria possível identificar membros desse grupo e os levar a juízo com ampla publicidade para que os integrantes desse segmento saibam que serão atingidos pelos efeitos da sentença e, se quiserem, venham a ingressar no polo passivo da ação para evitar uma decisão desfavorável.

Michele Taruffo identifica, dentre os elementos que influenciam o direito processual, o denominado “multiculturalismo”, em que a finalidade seria “subrayar el surgimiento de una especial atención con respecto a culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos”, ensejando o “multiculturalismo jurídico”, propiciando a consciência da presença de diversidades de culturas no direito¹³⁰⁹.

A “cultura jurídica”, por assim dizer, interfere no ordenamento, na medida em que almeja “superar el nivel del puro y simple análisis técnico de normas específicas y precedentes, y de ocuparse también de valores, actitudes, orientaciones e ideologías”, alcançando o próprio direito processual, o que se postula em juízo e a sua forma de solução das controvérsias¹³¹⁰.

É perceptível que as peculiaridades de um sistema jurídico decorrem de fatores enraizados em sua estrutura social, ideológica, histórica, cultural e econômica, moldando sua conformação funcional.

Michele Taruffo, sensível a essa evidência, relata:

“El hecho realmente importante es que en muchos casos las diferencias nacionales son estructurales y profundamente enraizadas en la historia local, en las tradiciones y en las orientaciones políticas, en diversos valores morales y religiosos. En otras palabras, muchas diferencias importantes se derivan de las culturas nacionales que influyen directa o indirectamente la estructura de cada sistema procesal y el modo en el cual estos funcionan concretamente”¹³¹¹.

Esse fenômeno não se restringe aos países, podendo ser identificado também no seio de um mesmo sistema processual, como o brasileiro, em que há uma tendência em alteração dos mecanismos para uma mais adequada tutela dos direitos discutidos em juízo, mas, além disso, atender os interesses de uma variedade de grupos que compõem a sociedade numa diversidade que deve ser estimulada e protegida pelo Estado enquanto exercício democrático de prerrogativas lícitas.

Michele Taruffo, mais uma vez, pondera sobre o assunto:

¹³⁰⁹Cf. TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras: escritos sobre a justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006. p. 5.

¹³¹⁰Cf. Id. *Ibid.*, p. 6.

¹³¹¹Id. *Ibid.*, p. 210.

“En efecto, es preciso considerar que muchos Estados nacionales son internamente multiculturales a causa de su composición étnica, religiosa o política, y que una pluralidad de culturas jurídicas existe a menudo dentro de un mismo país. En cierto sentido, esta es una consecuencia obvia de la fragmentación y complejidad de las sociedades evolucionadas: una sociedad compleja tiene una cultura jurídica compleja. Por lo demás, sociedades multiculturales han existido siempre en la historia de todas las áreas políticas y jurídicas del mundo”¹³¹².

No caso dos sindicatos, essas entidades congregam uma multiplicidade de facções, como alertamos nas linhas acima, situação agravada pela unicidade sindical no Brasil, não permitindo que os grupos internos destoantes migrem para outra associação sindical, motivo pelo qual o sindicato compõe-se de diversos segmentos, nem sempre apoiados ou autorizados pela maioria dos membros da categoria ou pela cúpula dirigente da entidade.

Na realidade, o direito do trabalho em sua funcionalidade tutelar ao trabalhador, considerado a parte mais fragilizada numa relação laboral, também é um exemplo dessa especialização do procedimento adotado nos sistemas processuais constatável na maioria dos países decorrente “de premisas culturales y políticas peculiares”, mas não é o único diante da necessidade, na era hodierna, de “tutela de los derechos colectivos o generales”, este último fundamentado especialmente na defesa do meio ambiente e do consumidor,¹³¹³ mas atingindo todo tipo de direito coletivo em sentido amplo.

A própria legislação americana consagra o requisito da impossibilidade de comparecimento em juízo de todos os interessados como um elemento para a formação dessa representatividade adequada no polo passivo, caso contrário, formar-se-ia um litisconsórcio ou acionar-se-ia diretamente a entidade, caso se tratasse de direitos próprios dela, motivo pelo qual os casos concretos devem ser analisados individualmente segundo suas peculiaridades.

É necessário diferenciar entre pseudo ações coletivas passivas das verdadeiras ações coletivas passivas e, muitas vezes, em decorrência do pedido e da causa de pedir, elas podem entrelaçar-se, dificultando essa identificação que deve se basear na defesa de interesses de grupos, parcela da coletividade ou de toda ela no polo passivo em face de direitos individuais ou de outros grupos no polo ativo, sem confusão com os procedimentos da ação civil pública e das ações ordinárias ou de outros instrumentos processuais especiais que apenas são meios para que seja solicitada a prestação jurisdicional pelo Estado na pacificação dos conflitos submetidos a sua apreciação.

¹³¹²TARUFFO, Michele. op. cit., p. 12.

¹³¹³Cf. Id. Ibid., p. 13.

As verdadeiras ações coletivas passivas que admitem um representante adequado para substituir a presença de todos os interessados no polo passivo da ação não se confundem com a ação de grupos de indivíduos perfeitamente identificáveis em número que permita o seu comparecimento pessoal em juízo (as vezes por meio de representação processual da entidade mediante expressa autorização outra diretamente nos autos por meio de litisconsórcio) e devem, a exemplo das *class actions* americanas, apresentar requisitos que demonstrem uma relação intrínseca do representante com os representados afetando a sua participação em juízo e o desenvolvimento de uma defesa escoreta e, sem pretensão de ser redundante, adequada.

Em síntese: não se poderá utilizar o sindicato no polo passivo de ações civis públicas ou que sigam o rito ordinário ou, ainda, o especial para minorar direitos trabalhistas, sendo possível a ação coletiva passiva para exigir da coletividade o cumprimento das normas jurídicas que a ela cabe respeitar. Essas situações podem ocorrer esporadicamente no direito do trabalho, como na hipótese de necessidade de manutenção dos serviços essenciais durante a greve, dentro de certas perspectivas casuísticas ou, ainda, para evitar o exercício abusivo do direito de greve e, eventualmente, recompor determinado prejuízo injusto. As hipóteses fora do âmbito do direito do trabalho são mais fáceis de identificar, como a invasão de propriedades rurais, os vandalismos em passeatas e outras medidas, como o exercício abusivo de direitos em detrimento de outros grupos, não existindo sequer o anteparo das normas tutelares dos direitos coletivos dos trabalhadores para propiciar eventuais ponderações dos princípios aplicáveis ao caso concreto.

Essas sugestões poderão ser objeto de um estudo aprofundado, inspirando futura codificação ou alteração pontual da legislação, ao regular as ações civis públicas passivas e as ações coletivas passivas.

4.4.9. Exemplos indiciários das ações civis públicas e ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho: diferenças da posição do sindicato dos empregados e dos empregadores

Em pesquisas no banco de dados de jurisprudências de Tribunais Regionais do Trabalho, como os da 2ª, 9ª e 15ª Região, utilizando-se os termos “ação coletiva passiva”, “ação civil pública passiva” ou “defendant class action”, não se apontou uma única decisão judicial abordando esses temas¹³¹⁴.

¹³¹⁴Pesquisa efetivada nos sites oficiais dos Tribunais em 19.07.2016.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, localizou-se um acórdão, datado de 2012, tratando da Apelação nº 037853385.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que o sindicato dos empregados em empresas de vigilância segurança e similares de São Paulo apela de decisão favorável ao Ministério Público do Estado de São Paulo, que julgou procedente ação civil pública tendente a responsabilizar o ente sindical para “reparação de supostos danos urbanísticos decorrentes da afetação do trânsito quando da realização das reivindicações paredistas”, ou seja, em virtude de atos dos membros da categoria em decorrência da deflagração de greve e das manifestações decorrentes. O acórdão do Tribunal de Justiça acabou por cassar a decisão, determinando a remessa da questão para apreciação da Justiça do Trabalho por entender que a matéria envolve a discussão da competência do artigo 114, II, da CF, referindo-se aos limites do exercício do direito de greve em conflito com os derivados da liberdade de ir e vir. Em sua defesa, o sindicato apregoa a inexistência da ação coletiva passiva em nosso ordenamento e a impossibilidade de substituir os seus membros propugnando pela declaração da ilegitimidade passiva, dentre outros elementos que não foram analisados diante do acolhimento da preliminar de incompetência.

Apesar da decisão ter sido cassada, com a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho, o acórdão comprova que as ações coletivas passivas começam a despontar em nosso sistema jurídico, como já salientado linhas atrás, com o próprio pronunciamento vanguardista do Supremo Tribunal Federal, no MS 26750, relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013, em que se reconheceu a legitimidade para representar todos os juízes a Associação dos Magistrados Brasileiros em procedimento administrativo aberto pelo Conselho Nacional de Justiça, não se exigindo a notificação de todos os juízes nem sua vinculação à entidade.

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz aponta como uma forma eficaz de uso da ação coletiva passiva a estipulação da condenação de dano moral coletivo e a especificação de obrigações de não fazer no que se refere ao trabalho escravo, direcionando a demanda em face dos integrantes da “lista suja do trabalho escravo”, prevista na portaria interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011, que “enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo”. Essa portaria consigna em seu artigo 2º: “a inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo”. O estudioso preconiza que nitida é a questão comum de fato ou de

direito, reputando as empresas presentes em determinado Estado como “uma coletividade organizada” bastando, em sua compreensão, indicar como réu um dos integrantes dessa lista para que o grupo (sob o aspecto fático) fosse representado em juízo, devendo essa escolha recair sobre um representante adequado aferido pelo juiz da causa sem possibilidade de exercício do *opt out*. Para o autor “uma sentença coletiva no caso em análise seria executada em face do representante do grupo-réu, mas todos os membros do grupo responderiam na execução”¹³¹⁵.

Apesar de bem intencionada a sugestão do pesquisador supramencionado, não específica como se daria, sob o viés prático, essa ação em maiores pormenores, o que prejudica uma análise sistemática do instituto. Além disso, a portaria em seu artigo 4º, § 2º, determina que “a exclusão ficará condicionada ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal, bem como da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários”, o que demonstra que essa lista é dinâmica, ingressando e saindo empresas do rol. Essa dinamicidade, por conseguinte, prejudiciaria o ajuizamento de execução¹³¹⁶ de valores referentes ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, salvo se esclarecido desde o início da ação que a decisão condenatória abarcará todos aqueles que, num futuro, venham a integrar a lista e independentemente de sua saída posterior. Como aspecto positivo pode-se ressaltar o fato que a figuração na lista somente é admissível após a consolidação do auto de infração, o que traz uma maior estabilidade na identificação do polo passivo¹³¹⁷ vinculado por eventual decisão judicial, contudo, não há diferenças significativas se, ao invés de restringir a condenação ao grupo de empresas presente na lista, definir como cobertos pela decisão todos os empregadores que exploram ou venham a explorar o trabalho escravo identificados por apuração administrativa ou judicial devidamente documentada e comprovada na fase de liquidação e execução, desde que identificados algumas empresas no polo passivo e seja dada ampla comunicação ao ajuizamento da ação e o prazo de defesa para que eventuais interessados promover a defesa de seus interesses compareçam.

¹³¹⁵Cf. CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo - (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 106-109.

¹³¹⁶Há discussão no processo do trabalho se a execução seria uma ação específica ou tão somente uma fase processual. Com base no artigo 840 da CLT seria possível afirmar que a exigência da citação implica na configuração de uma ação, enquanto a movimentação de ofício pelo juiz da execução autorizaria a defesa de tratar-se de uma mera fase processual, especialmente se não há título executivo extrajudicial. (Cf. FRANKLIN, Giselle Leite. op. cit., p. 597-599).

¹³¹⁷Nada impede que esse processo administrativo também esteja sendo discutido judicialmente o que pode causar transtornos na execução da ação coletiva baseada meramente nas conclusões do âmbito administrativo.

O Tribunal Superior do Trabalho, em 2015, no RO - 571-25.2011.5.05.0000¹³¹⁸, ao apreciar a determinação do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, anulou decisão consistente em promover a citação de todos os interessados no resultado de uma ação civil pública, que almejava o reconhecimento da irregularidade na contratação de empregados. O Tribunal Regional, ao apreciar recurso da ré, de ofício, determinou a nulidade do processo diante da ausência de citação de todos os empregados em situação irregular (nomeação para cargo de comissão), entendendo tratar-se de litisconsórcio necessário, o que ensejava a emenda da petição inicial.

O TST considerou que a sistemática das ações coletivas não exige que todos os afetados figurem no polo passivo da ação civil pública, sob pena de desvirtuamento do instituto, reconhecendo a necessidade de cassar a decisão do Tribunal Regional.

Para cassar a decisão do TRT, admitiu o mandado de segurança, temperando o rigor da OJ nº 92, da SDI II, do TST, diante da “grave e irreparável lesão à parte”, aceitando ser “impossível de ser obstada por outro instrumento processual efetivo”, pois só caberia recurso de revista quando a decisão retornasse do primeiro grau com a lesão perenizada, o que poderia inclusive extinguir a ação sem resolução do mérito, caso o Ministério Público não conseguisse emendar a inicial com todas as partes.

Na fundamentação do acórdão consta:

“a ação civil pública, cujo objeto é a tutela de interesses metaindividuais, como no caso da demanda de origem, possui regramento próprio, cabendo a aplicação suplementar do processo civil apenas naquilo em que for compatível com a disciplina específica das tutelas de natureza coletiva”.

Na esteira da jurisprudência do TST, em ação civil pública, o litisconsórcio passivo necessário restringe-se ao Poder Público, apto a fazer cessar a ilegalidade, e a outras associações legitimadas, não se autorizando a aglutinação das pessoas individualmente afetadas por eventual procedência da ação coletiva”.

¹³¹⁸RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR CONSUBSTANCIADO EM ACÓRDÃO DO TRT QUE DECLAROU A NULIDADE DO PROCESSO E DETERMINOU O RETORNO DOS AUTOS À VARA DO TRABALHO DE ORIGEM. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. DETERMINAÇÃO DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO EM RELAÇÃO A TODOS OS EMPREGADOS AFETADOS PELA DECISÃO. INCOMPATIBILIDADE COM AÇÃO COLETIVA. CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. 1. Ato impugnado consubstanciado em acórdão do TRT proferido em recurso ordinário em ação civil pública pelo qual foi declarada nulidade processual e determinado o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, a fim de conceder prazo ao Autor para emendar a inicial no sentido de efetivar a citação de todos os empregados da Ré potencialmente afetados pela decisão a ser proferida naqueles autos. 2. Não obstante o teor da O.J. nº 92 da SBDI-2 do TST, o rigor do verbete tem sido abrandado nos casos em que resultar grave e irreparável lesão à parte, impossível de ser obstada por outro instrumento processual efetivo, como no caso dos autos, em que a mora processual na formação do litisconsórcio passivo com a citação de todos os empregados afetados inviabiliza e deturpa o propósito da natureza coletiva da ação civil pública. 3. Na esteira da jurisprudência do TST, em ação civil pública, o litisconsórcio passivo necessário restringe-se ao Poder Público e a outras associações legitimadas, não se autorizando a aglutinação das pessoas individualmente afetadas por eventual procedência da ação coletiva. Precedentes. Recurso ordinário provido. (RO - 571-25.2011.5.05.0000, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 16/12/2014, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 06/02/2015).

No RO – 10261-64.2013.5.03.0000¹³¹⁹, julgado em 2014, também foi dispensada a existência de litisconsórcio necessário no polo passivo da ação civil pública, a fim de englobar todos os afetados pela decisão. No presente caso, o candidato, num concurso invalidado pelo Ministério Público do Trabalho, pretendia desconstituir a coisa julgada em ação rescisória, cuja pretensão foi julgada improcedente por ilegitimidade de parte. Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho manteve a exclusão da União, diante da capacidade processual do Ministério Público do Trabalho.

Do acórdão extrai-se o seguinte trecho:

“Na linha da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário em ação civil pública voltada à defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, relativamente aos sujeitos que possam ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado.

De fato, não se tratando de ação civil coletiva, que se destina à defesa de direitos individuais homogêneos (art. 81, III, da Lei 8.078/90) e na qual está expressamente facultada a formação de litisconsórcio (art. 103, § 2º, da Lei 8.078/90), não há espaço para a atuação judicial concorrente de sujeitos não expressamente habilitados em lei para o embate judicial coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90).

Afinal, a tutela judicial de direitos difusos e coletivos foi delegada a entes exponenciais específicos (art. 82 da Lei 8.078/90), razão pela qual a defesa da conduta questionada na ação civil pública caberá ao próprio ente moral que figurar no polo passivo da relação processual coletiva.

¹³¹⁹RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTOR AFETADO PELO PROVIMENTO JUDICIAL COLETIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA -AD CAUSAM-. 1. Hipótese em que se pretende a rescisão de acórdão proferido em ação civil pública, no qual declarada a nulidade de edital de concurso público, por ofensa ao art. 442-A da CLT, e determinada a rescisão dos contratos de trabalho eventualmente celebrados pelo Réu com os aprovados no referido certame. Decisão regional em que pronunciada a ilegitimidade ativa para a ação rescisória, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI). Pretensão rescisória fundada em ofensa aos artigos 1º, 5º, II, XXXVI e LIV, e 37, todos da CF, 18 da Lei 1.533/51, 47 e 462, ambos do CPC. 2. Na linha da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário em ação civil pública, envolvendo a pessoa natural ou jurídica demandada e os sujeitos, físicos ou morais, que possam ser alcançados pelos efeitos do provimento judicial a ser editado. O litisconsórcio na ação civil pública apenas se viabiliza em relação aos demais legitimados ativos para o debate coletivo (art. 5º, §§ 1º e 5º, da Lei 7.347/85). De fato, não se tratando de ação civil coletiva, na qual prevista, de forma facultativa, a formação de litisconsórcio (artigos 81, III e 103, § 2º, da Lei 8.078/90), não há espaço para a atuação judicial concorrente de sujeitos não expressamente habilitados para o embate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90). Com efeito, a tutela judicial de direitos difusos e coletivos foi delegada a entes -exponenciais- específicos (art. 82 da Lei 8.078/90), razão pela qual a defesa da conduta questionada na ação civil pública incumbe ao próprio ente físico ou moral que figura no polo passivo da relação processual coletiva. Do contrário, além da própria confusão entre as naturezas, objetos e limites de cognição nas jurisdições coletiva e individual, haveria o próprio risco de inviabilização das ações coletivas, cujo trâmite, em muitos casos, poderia restar inviabilizado em face da própria pluralidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão judicial e que poderiam, em tese, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva, em franca insegurança jurídica. Mas, para além desses aspectos, da inexistência de litisconsórcio necessário em ações civis públicas advém a própria ausência de legitimidade ativa daquele que -- não estando legalmente habilitado para o debate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90) -- sofre os efeitos da coisa julgada respectiva. Nessa situação, embora se possa resguardar aos afetados pelo provimento judicial coletivo a possibilidade de ingresso judicial (CF, art. 5º, XXXV), não será a via da jurisdição coletiva -- adotada na espécie, pois se objetiva rescindir a coisa julgada coletiva -- o caminho processual adequado a esse propósito. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e desprovido.

(RO - 10261-64.2013.5.03.0000, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 16/12/2014, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2014).

Do contrário, além da própria confusão entre a natureza, objetos e próprios limites de cognição nas jurisdições coletiva e individual, haveria o próprio risco de inviabilização das ações coletivas, que poderiam, em muitos casos, restar prejudicadas pela própria pluralidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão judicial almejada e que poderiam, em tese, de forma difusa e desordenada, questionar a autoridade da coisa julgada coletiva.

Nada obstante, da inexistência de litisconsórcio necessário em ações civis públicas advém a própria ausência de legitimidade ativa de terceiro -- que não esteja legalmente habilitado para o debate coletivo (art. 82 da Lei 8.078/90) -- para questionar, em sede rescisória, a higidez do julgamento lavrado na ação coletiva. Na hipótese, foi declarada a anulação do concurso público realizado pela Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG, o que acabou determinando, como efeito direto, a rescisão do contrato de trabalho mantido entre o Autor da presente ação rescisória e referida sociedade de economia mista (aprovado no aludido certame).

Pelos motivos expostos, todavia, ainda que se possa admitir a possibilidade de acesso ao Judiciário por parte do trabalhador afetado pelo provimento judicial coletivo (CF, art. 5º, XXXV), não será a via da jurisdição coletiva - adotada na espécie, pois se objetiva rescindir a coisa julgada coletiva - o caminho processual adequado a esse desiderato”.

Algumas decisões do TST, apesar de reconhecerem a substituição processual dos sindicatos consubstanciada no artigo 8º, III, da CF, de forma reiterada, ressaltam que, se for colacionado o rol de substituídos, somente a eles corresponde os efeitos da coisa julgada, diante da necessidade de adequação do pedido à prestação jurisdicional¹³²⁰, contudo, vem prevalecendo a amplitude dos efeitos da ação civil pública a todos os membros da categoria pela aplicação subsidiária do direito processual na omissão da CLT, o que implica no uso das disposições da Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e, no que couber, da Ação Popular¹³²¹, mas nenhum julgado em especial trata da *defendant class action* ou da ação coletiva passiva.

¹³²⁰ RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITES ESTABELECIDOS NO TÍTULO EXECUTIVO. Embora consagrado, na jurisprudência desta Corte e do Excelso Pretório, o entendimento de que o art. 8º, III, da Constituição da República confere legitimidade ativa ad causam aos sindicatos para atuarem na defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos de todos os integrantes das categorias representadas, prevalece nesta Subseção Especializada - ressalvado o posicionamento da Ministra Relatora - a compreensão de que inviável, em hipóteses como a dos autos, considerar abarcados pelo comando exequendo todos os integrantes da categoria, uma vez restrita a postulação do sindicato, na ação coletiva anteriormente proposta, aos trabalhadores arrolados na peça de ingresso, de modo que contemplado no título executivo - acobertado pela eficácia imunizadora da res iudicata - apenas o rol dos substituídos ali indicados. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-ED-RR - 9846640-55.2006.5.09.0011, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 26/05/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011).

¹³²¹ AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. EXECUÇÃO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PROPOSTA POR SINDICATO. HABILITAÇÃO DE PESSOA QUE NÃO INTEGRA O ROL DE SUBSTITUÍDOS. POSSIBILIDADE. Constatada possível violação do artigo 8º, III, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. EXECUÇÃO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PROPOSTA POR SINDICATO. HABILITAÇÃO DE PESSOA QUE NÃO INTEGRA O ROL DE SUBSTITUÍDOS. POSSIBILIDADE. Verifica-se que o artigo 8º, III da Constituição da República autoriza a atuação ampla do sindicato, na qualidade de substituto processual, mormente quando a sua função institucional precípua é a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos. Assim, a nova ordem constitucional não limita os benefícios concedidos, em reclamação trabalhista, somente aos integrantes da categoria que são sindicalizados, mas a todos os trabalhadores, com o intuito, principalmente, de se evitar nova discussão sobre a mesma matéria. Portanto, no caso vertente,

não se trata de ofensa à coisa julgada, mas, sim, de efeito ultra partes da sentença, conforme disposto no artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho. Como consequência, há a possibilidade de ampliação do rol dos substituídos, na fase de execução de sentença, em face das peculiaridades atinentes ao processo coletivo. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. O apelo esbarra no óbice da Súmula nº 297 desta Corte. Recurso de revista adesivo de que não se conhece. (RR - 9849840-70.2006.5.09.0011, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 23/03/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/04/2011)

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - COISA JULGADA - AÇÃO COLETIVA - EXTENSÃO A TODOS OS MEMBROS DA CATEGORIA PROFISSIONAL - POSSIBILIDADE. A Constituição Federal, em seu art. 8º, III, elevou os sindicatos ao patamar de legítimos defensores dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos membros da respectiva categoria profissional, em questões administrativas ou judiciais. Tal legitimação, consoante se depreende da extensão com que foi redigido o dispositivo em comento, afigura-se ampla, ou seja, independe de norma infraconstitucional que a preveja. Outro não é o motivo que levou o TST a cancelar a sua Súmula nº 310, em atenção a diversos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o aludido verbete limitava, contrariamente ao disposto na Carta Magna, a atuação das entidades em exame. Entretanto, de nenhuma serventia afigura-se a ampla legitimidade conferida pela Carta Magna aos sindicatos representativos das categorias profissionais para a defesa em juízo dos interesses dos trabalhadores se inexistente um conjunto de normas que discipline o processo coletivo. Isso porque os direitos tutelados pelos sindicatos transcendem a esfera jurídica do empregado individualmente considerado, motivo pelo qual institutos como a coisa julgada, a litispendência, a legitimidade de partes e outros devem ostentar traços peculiares no dissídio ora examinado, sob pena de ineficácia da norma constante no art. 8º, III, da Constituição da República. A Consolidação das Leis do Trabalho, como se sabe, não rege o processo coletivo, motivo pelo qual, nos termos do art. 8º, parágrafo único, do diploma consolidado, deve-se utilizar o direito comum como fonte subsidiária da lei trabalhista. No ordenamento jurídico brasileiro, três são os diplomas que regem a tutela dos direitos transindividuais, quais sejam, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 7.347/85 (relativa à ação civil pública) e a Lei nº 4.717/65 (atinentes à ação popular). Assim, o estudo de qualquer demanda coletiva deve ter como parâmetro as leis em comento. Com efeito, o exame dos incisos I, II e III do art. 103 do CDC nos leva a concluir que a eficácia da decisão proferida nas ações ora analisadas dependerá da espécie de direito tutelado. Trata-se, pois, da coisa julgada secundum eventum litis, em que há a extensão subjetiva dos seus efeitos, atingindo-se indivíduos que não fizeram parte da relação processual, mas nela encontram-se representados, por meio de associações legitimadas para tanto. Nessas ações, a procedência do pedido, independentemente da espécie de direito tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo), ensejará a concessão de efeitos erga omnes ou ultra partes ao pronunciamento judicial, que não se limitará às partes do processo. A adaptação do instituto em questão às demandas transindividuais atende ao postulado do efetivo acesso à justiça, constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois afigurar-se-ia sem sentido que uma decisão proferida em ação ajuizada pelo adequado representante do direito postulado não atingisse a todos que se encontrassem na situação objeto de exame pelo Poder Judiciário. Além da coisa julgada secundum eventum litis, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do seu art. 103, instituiu outro mecanismo destinado a adaptar o instituto em comento às demandas coletivas. Trata-se do transporte in utilibus, que outra coisa não é senão a possibilidade de a vítima do evento danoso valer-se da decisão proferida em ação civil pública para reaver os prejuízos oriundos da conduta lesiva aos direitos tutelados pela Lei nº 7.347/85. Para tanto, basta que siga o procedimento previsto nos arts. 96 a 99 da referida codificação. Nesse caso, além da extensão subjetiva do provimento emanado em ação civil pública, amplia-se o objeto do processo, que passa a incluir o pleito atinente à reparação dos danos individualmente suportados por cada vítima do evento lesivo. Consoante se depreende de todo o exposto, o Código de Defesa do Consumidor, norma que disciplina o instituto da coisa julgada nas ações coletivas a fim de possibilitar a efetiva tutela dos interesses que não ostentam caráter meramente individual, instituiu mecanismos que ampliam subjetiva e objetivamente os efeitos da garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Tecidas essas considerações, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que as sentenças proferidas em reclamações trabalhistas ajuizadas pelo sindicato representativo da categoria profissional em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos sujeitam-se, ante a ausência de normatização sobre o assunto na CLT, à legislação que disciplina o processo coletivo, em especial o Código de Defesa do Consumidor, no tocante aos efeitos da coisa julgada. Entendimento diverso ensejaria o retorno ao disposto na Súmula nº 310, V, do TST, no sentido de restringir a eficácia da sentença proferida no dissídio em comento apenas aos empregados associados à referida pessoa jurídica de direito privado, em patente ofensa à interpretação conferida pelo STF à matéria ora analisada. Na espécie, acórdão regional que mantém a limitação do alcance de decisão proferida em reclamação coletiva ajuizada pelo sindicato representativo da categoria profissional aos

Essa situação (a coletividade no polo passivo) pode ser inferida das ações de interdito proibitório, frequentemente ajuizadas por empregadores ou sindicatos patronais em face dos sindicatos dos trabalhadores.

Convém, nesse momento, ressaltar que a possibilidade de declaração de abusos no exercício do direito de greve presente na Lei nº 7.773/89 foi recepcionada pela Emenda nº 45/2004, quer numa perspectiva coletiva, quer numa concepção individual, englobando atos de caráter trabalhista e civil no que pertine à responsabilidade pelos ilícitos cometidos durante o movimento paralisatório, mantendo-se a competência da Justiça Comum (federal e estadual) tão somente para a apuração de delitos penais¹³²². Essa premissa de coibir abusos no exercício de um direito como a greve encontra limites nos interesses alheios ao grupo também protegidos pelo ordenamento jurídico, o que direcionou a proposta de anteprojeto de lei de relações sindicais a rechaçar danos a direitos e liberdades fundamentais, bem como a pessoa e sua propriedade¹³²³.

Ao analisar o interdito proibitório, Arion Romita ressalta a disponibilização desse mecanismo processual em face da coletividade dos grevistas:

“Novo instrumento processual à disposição das partes na Justiça do Trabalho, em decorrência da Emenda nº 45, é o interdito proibitório, por interpretação do art. 114, II, que atribui ao Judiciário Trabalhista competência para as ações que envolvem o exercício do direito de greve. Sem dúvida, com fulcro no artigo 932 do Código de Processo Civil, o empregador, que tenha justo receio de ser molestado na posse de seu estabelecimento em virtude de movimento grevista, poderá impetrar ao juiz do trabalho que o segure na turbação ou esbulho, mediante mandado proibitório, em que se comine ao sindicato esbulhador determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito. Cabíveis são, também, na mesma hipótese, as ações de manutenção

empregados arrolados na respectiva peça de ingresso incide em má-aplicação do art. 8º, III, da Carta Magna, por restringir o campo de atuação outorgado pelo poder constituinte originário às mencionadas entidades. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMADO - PRESCRIÇÃO - ART. 7º, XXIX, DA CARTA MAGNA - MATÉRIA DE CUNHO EMINENTEMENTE INTERPRETATIVO. A matéria analisada pela Corte Regional, qual seja, a extensão dos efeitos de ação coletiva ajuizada pelo sindicato representativo da categoria profissional aos empregados não filiados à mencionada entidade, é regida pelos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, a questão referente à prescrição incidente sobre a pretensão em comento, por ostentar cunho eminentemente interpretativo, já que necessária análise do mencionado diploma legal sob a ótica dos princípios inerentes às relações de trabalho, não se encontra objetivamente disciplinada no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, motivo pelo qual reputo incólume o dispositivo invocado. Recurso de revista não conhecido. (ED-RR - 1147240-59.2006.5.09.0011, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 22/04/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/04/2009).

¹³²²Cf. ROMITA, Arion Sayão. Os novos instrumentos processuais à disposição das partes diante da Emenda Constitucional n. 45/2004, cit., p. 727-726.

¹³²³“Art. 110. São assegurados aos grevistas o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir os trabalhadores a aderirem à greve, a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento. § 1º Os meios adotados por trabalhadores e empregadores não poderão violar nem constranger os direitos e garantias fundamentais. § 2º As manifestações e os atos de persuasão não poderão causar dano à pessoa nem à propriedade. § 3º É vedado ao empregador constranger o trabalhador a comparecer ao trabalho com o objetivo de frustrar ou dificultar o exercício do direito de greve. § 4º É nulo de pleno direito todo ato que represente discriminação em razão do exercício do direito de greve.” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Fórum Nacional do Trabalho. Reforma Sindical. *Proposta de Emenda à Constituição - PEC 369/05 - Anteprojeto de Lei*. Brasília, 2005, cit.).

e de reintegração de posse, acaso verificadas as circunstâncias de fato e de direito focadas nos arts. 926 e ss. do CPC¹³²⁴.

Ocorre que, mesmo após a edição da Emenda nº 45/2004, persistia a controvérsia acerca de qual seria a Justiça competente para apreciar a questão, numa verdadeira confusão entre órgão competente e disposição legal aplicável, sendo certo que o fato de se aplicar normas oriundas do âmbito civil não é suficiente para transportar a competência do julgamento da causa para a Justiça Comum¹³²⁵.

A discussão apenas se pacificou após a edição da súmula vinculante 23 do STF, consignando que “a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada”, mas o Supremo Tribunal Federal sempre demonstrou simpatia pela competência da Justiça do Direito do Trabalho, mantendo-a em relação ao interdito proibitório até o presente momento¹³²⁶.

Após o julgamento dos Mandados de Injunção que acabaram por regulamentar o exercício do direito de greve pelo servidor público, consolidou-se que a competência para apreciação da legalidade ou ilegalidade da greve concentra-se na Justiça Comum, mais precisamente nos Tribunais de Justiça (greve de âmbito local de uma unidade da Federação para servidores estaduais e municipais)¹³²⁷, Tribunais Regionais Federais (greve que não ultrapasse a área de jurisdição do Tribunal para os servidores públicos federais) ou no

¹³²⁴Cf. ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 726.

¹³²⁵Cf. Id. Ibid., p. 726.

¹³²⁶EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: "PIQUETE". ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. "A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil" (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego. 2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva. 3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2003 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho.

(RE 579648, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-08 PP-01534 RTJ VOL-00208-03 PP-01271)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES. DIREITO CONSTITUCIONAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. GREVE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. JULGAMENTO PELO PROCEDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 779473 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 21-08-2015 PUBLIC 24-08-2015).

¹³²⁷AO 2043 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 12-04-2016 PUBLIC 13-04-2016.

Superior Tribunal de Justiça (greve de caráter nacional)¹³²⁸, o que não é objeto de nossa pesquisa, mas também propiciará discussão acerca de interditos proibitórios que, segundo o STF, é de competência dos Tribunais responsáveis pela apreciação da abusividade ou não da greve,¹³²⁹ situação que está pendente de julgamento em sede de repercussão geral no que se refere aos servidores públicos celetistas diante da recusa de julgados da Justiça do Trabalho em apreciar o dissídio de greve em virtude dos óbices orçamentários e o princípio da legalidade que impedem a Administração Pública de participar de acordos e convenções coletivas¹³³⁰.

Apreciando a questão do abuso do direito de greve, bem como condutas obstativas do empregador, existem inúmeros julgados na Justiça do Trabalho que podem elucidar algumas indagações dessa pesquisa na conformação da coletividade no polo passivo da ação por meio do interdito proibitório.

Num primeiro momento identificaram-se decisões que após o encerramento da greve simplesmente extinguem o processo sem resolução do mérito, sob o argumento da perda superveniente do interesse processual com o esgotamento do movimento grevista¹³³¹,

¹³²⁸ AI 855592 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 22-03-2013 PUBLIC 25-03-2013 e RE 866041 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016.

¹³²⁹“(…) Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve (...)” (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471 e MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).

¹³³⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. COMPETÊNCIA PARA JULGAR ABUSIVIDADE DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS CELETISTAS. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. (ARE 665969 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 08-08-2012 PUBLIC 09-08-2012 RDECTRAB v. 19, n. 218, 2012, p. 29-35).

¹³³¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERDITO PROIBITÓRIO. ENCERRAMENTO DA GREVE. CARÊNCIA DE AÇÃO SUPERVENIENTE. ART. 267, VI, DO CPC. Diante de potencial violação ao art. 267, VI, do CPC, dá-se provimento ao agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INTERDITO PROIBITÓRIO. ENCERRAMENTO DA GREVE. CARÊNCIA DE AÇÃO SUPERVENIENTE. ART. 267, VI, DO CPC. Com o encerramento do movimento paredista, cujo direito é legítimo (art. 9º, CF), não subsiste o interesse da parte autora à tutela estatal sobre o bem jurídico ameaçado, uma vez que desapareceu o interesse processual motivador da propositura da ação de interdito proibitório, não mais justificando seu prosseguimento, ante a perda de seu objeto. Tal circunstância autoriza concluir pela perda superveniente de interesse de agir, que, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, redundará na extinção do feito sem resolução o mérito. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. (RR - 1483-62.2011.5.02.0046, Relatora

o que não parece atender o objetivo de uma tutela específica e efetiva. Muitas coisas podem ter ocorrido e cabe ao magistrado intimar as partes antes de uma decisão extintiva nessa conformação a fim de verificar se eventual determinação judicial foi descumprida com incidência de multa, se houve danos ao patrimônio do empregador, dentre outros elementos cruciais para a resolução do conflito associado a um caráter pedagógico em relação as partes, o que derivaria numa decisão de procedência ou improcedência da ação que embasa o pedido. Além disso, como se trata de ação típica do processo civil há o arbitramento de honorários¹³³² e o processo deve ser ajuizado no primeiro grau de jurisdição¹³³³, com a demonstração de ameaças de turbação ou esbulho da posse de bens devidamente comprovadas¹³³⁴, ou seja, se a greve esta na iminência de ocorrer em vias

Desembargadora Convocada: Vania Maria da Rocha Abensur, Data de Julgamento: 21/10/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. CORREIÇÃO PARCIAL. LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSTAR DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA E RESTABELECEM OS EFEITOS DE LIMINAR DEFERIDA EM INTERDITO PROIBITÓRIO. ENCERRAMENTO DA GREVE DOS BANCÁRIOS. Mediante a decisão agravada foi deferida liminar para restaurar a eficácia de liminar concedida em interdito proibitório, em que foi determinado ao Sindicato ora Agravante que se abstinhasse de obstruir as vias de acesso às agências bancárias e centros administrativos do Banco Requerente na Comarca de Curitiba. O término da greve dos bancários conduz à ausência de interesse de agir do Requerente, revelando-se incabível qualquer discussão quanto à liminar concedida por esta Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Tal circunstância conduz à perda de objeto da presente Correição Parcial, com sua extinção, sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, revelando-se, portanto, inviável o conhecimento do presente Agravo Regimental. Agravo Regimental de que não se conhece. (AgR-CorPar - 7622-57.2013.5.00.000, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 06/04/2015, Órgão Especial, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015).

¹³³²RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERDITO PROIBITÓRIO. LIDE NÃO DERIVADA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A presente controvérsia não decorre de relação de emprego, já que se refere à ação de interdito proibitório em que a ora recorrente buscou a intervenção do Poder Público para reaver a posse das suas instalações físicas alvo de turbação pelos seus empregados em greve. Decisão regional em consonância com a Instrução Normativa nº 27/2005, em seu artigo 5º, e com a Súmula nº 219, III, do TST, as quais consignam que os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência, exceto nas lides decorrentes da relação de emprego. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 1492-29.2012.5.06.0191, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 25/03/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015).

¹³³³INTERDITO PROIBITÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR DE MANUTENÇÃO DE POSSE. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DAS VARAS DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL LIGADA À DEFESA DA POSSE. 1. Nos termos do art. 114, II, da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 23 do STF, inscreve-se na competência originária das Varas do Trabalho julgar interdito proibitório cuja causa de pedir decorra de movimento grevista, ou seja, com o fim de garantir o livre acesso de funcionários e clientes a agências bancárias durante período de greve, na medida em que se trata de ação civil de natureza possessória, e não de dissídio coletivo de natureza econômica ou de greve, em que a Justiça do Trabalho exerce o Poder Normativo. 2. O acórdão regional divergiu dessa orientação ao declinar de sua competência recursal e determinar a remessa dos autos à Seção de Dissídios Coletivos do TST, órgão jurisdicional ao qual não foi outorgada constitucionalmente a competência originária para julgar ação possessória. Determinação de retorno dos autos ao TRT da 10ª Região para prosseguir no julgamento do recurso ordinário interposto pela entidade sindical.

(Pet - 5473-59.2011.5.00.0000, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 12/09/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/09/2011).

¹³³⁴RECURSO ORDINÁRIO NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
DATA DE JULGAMENTO: 01/02/2011

públicas, como praças e parques, não é possível ao empregador distribuir um interdito proibitório¹³³⁵.

Essa extinção até seria possível quando reflexos não decorrem do processo, como a ausência da cobrança da multa em decorrência do não descumprimento de determinação processual¹³³⁶, mas a extinção do processo sem resolução do mérito ainda não seria a

RELATOR(A): PAULO SÉRGIO JAKUTIS

REVISOR(A): SERGIO WINNIK

ACÓRDÃO Nº: 20110072094

PROCESSO Nº: 00329005620095020255 (00329200925502000) ANO: 2009 TURMA: 4ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 11/02/2011

PARTES:

RECORRENTE(S): Sindicato dos Trabalhadores Nas Indústrias

RECORRIDO(S): Vesuvius Refratarios Ltda.

EMENTA:

INTERDITO PROIBITÓRIO. PROVADA TURBAÇÃO OU ESBULHO. AUSENCIA. Hipótese em que não comprovada ameaça ou justo receio de o autor ser molestado em sua posse, deve ser julgada improcedente a ação de interdito proibitório. Recurso do réu a que se dá provimento.

¹³³⁵RECURSO ORDINÁRIO NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

DATA DE JULGAMENTO: 18/09/2007

RELATOR(A): SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO

REVISOR(A): VALDIR FLORINDO

ACÓRDÃO Nº: 20070817124

PROCESSO Nº: 01964-2006-316-02-00-8 ANO: 2007 TURMA: 6ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 05/10/2007

PARTES:

RECORRENTE(S): SINDEG SIND EMPREG EMPRES ESTAC GARAG GR

RECORRIDO(S): FLY PARK ESTACIONAMENTOS E GARAGENS LTDA

EMENTA:

INTERDITO PROIBITÓRIO. DIREITO DE GREVE E DE REUNIÃO EM LOCAL ABERTO. O interdito proibitório destina-se à proteção da posse e não a impedir reunião pacífica em locais abertos ao público e nem o direito de greve, direitos de liberdade que são protegidos pelo inciso XVI do artigo 5º e pelo artigo 9º da Constituição da República.

¹³³⁶AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. MOVIMENTO PAREDISTA. INTERDITO PROIBITÓRIO. FIM DA GREVE. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL.

1. Trata-se de ação de interdito proibitório, submetida ao rito sumaríssimo, que foi proposta pelo SINDUSCON (representante da categoria econômica) em face do SINTECLAN (representante da categoria profissional) e que teve por objeto a concessão de liminar para que, durante o movimento de greve, os empregados representados pelo SINTECLAN se abstivessem de praticar atos de violência, bem como piquetes e protestos a uma distância mínima de 100 (cem) metros. 2. **O Juízo de primeiro grau deferiu o pedido do Sindicato autor, mas reduziu a distância de 100 para 20 metros dos canteiros de obras. 3. Mesmo tendo sido acolhida parcialmente a pretensão do Sindicato autor (SINDUSCON), este recorreu ao TRT da 8ª Região. E mediante a Certidão à fl. 196, o TRT declarou a perda superveniente de objeto ao fundamento de que "concedida a liminar em 20/09/2011, no dia 21/09/2011, a greve que motivou a ação acabou, por acordo mediado por esta Justiça Especializada e que não houve qualquer descumprimento da liminar (...)"**. 4. A denúncia de violação do artigo 273, § 3º, do CPC, além da divergência jurisprudencial indicada, não viabilizam o provimento do agravo, na medida em que a ação está submetida sob o rito sumaríssimo, e o conhecimento do recurso de revista está condicionado à demonstração de violação de dispositivo da Constituição Federal. Incidência do artigo 896, § 6º, da CLT. 5. A denúncia de violação do artigo 5º, caput e incisos IV, VIII, XIII e XXXV, da CF também não viabiliza a admissibilidade do recurso de revista na medida em que o dispositivo em questão não tem pertinência com o prazo de validade de liminar concedida nos autos de interdito proibitório, tampouco trata de perda superveniente do objeto da ação. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(AIRR - 1353-87.2012.5.08.0008, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 15/04/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015) (grifos nossos)

medida mais adequada, salvo se as partes realizassem um acordo devidamente homologado em juízo para atender essas pendências decorrentes do processo, pois o mais adequado seria apreciar a procedência ou não dos pedidos formulados em juízo.

A liminar concedida na ação de interdito proibitório é impugnável por meio de mandado de segurança se for teratológica ou contrária ao ordenamento jurídico, mas não demonstra irregularidade quando assegura o exercício do direito de greve sob as condições razoáveis de não violar direitos alheios, com atos de vandalismo ou de obstrução ao atendimento das necessidades essenciais da população¹³³⁷.

O Tribunal Superior do Trabalho, em 2014, destacou que cabe ao empregador comprovar os atos de abusos no exercício do direito de greve com a iminência de danos à pessoa e à propriedade mediante atos de vandalismo, ocupação do estabelecimento e violência, não sendo autorizada a utilização do interdito proibitório como meio de minorar ou obstaculizar o exercício do direito de greve consagrado constitucionalmente por mecanismos processuais de intimidação, pressupondo atuação irregular¹³³⁸.

¹³³⁷MANDADO DE SEGURANÇA NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

DATA DE JULGAMENTO: 13/04/2010

RELATOR(A): ROVIRSO APARECIDO BOLDO

REVISOR(A): SERGIO J. B. JUNQUEIRA MACHADO

ACÓRDÃO Nº: 2010005277

PROCESSO Nº: 12309-2009-000-02-00-8 ANO: 2009 TURMA: SDI

DATA DE PUBLICAÇÃO: 05/05/2010

PARTES:

IMPETRANTE(S): SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCARIOS DE SA O PAULO OSASCO E REGIAO

IMPETRADO(S): ATO DO MM JUIZO DA 63ª VARA DO TRABALHO DE SAO PAULO

(S): BANCO SANTANDER (BRASIL) SA

EMENTA:

INTERDITO PROIBITÓRIO. LIMINAR. DESCARACTERIZAÇÃO DA OFENSA AO DIREITO DE GREVE. Não se vislumbra ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, de satisfazer a prerrogativa constitucional na defesa dos interesses da categoria via movimento paredista, se a decisão impetrada resguardou o direito de greve, vedando, exclusivamente, atos tumultuários e de vandalismo que pudessem obstar o funcionamento, ainda que parcial, das agências bancárias e dos serviços essenciais à população. Segurança denegada.

¹³³⁸RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. AÇÃO POSSESSÓRIA. INTERDITO PROIBITÓRIO. COMPETÊNCIA E CABIMENTO. DIREITO DE GREVE. EXERCÍCIO ABUSIVO NÃO CONFIGURADO. CARACTERIZAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O ajuizamento de ações possessórias, na Justiça do Trabalho, que decorram do exercício do direito de greve, encontra assento no art. 114, II, da Constituição da República, bem como pacificado o seu cabimento pela Súmula Vinculante 23, segundo a qual -[A] Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada-. 2. **O cabimento dessas ações, entretanto, deve ser vista como exceção, de modo que a utilização regular dos meios de persuasão pelo sindicato, inclusive mediante piquetes pacíficos, não conduz à conclusão de que o empregador se encontra na iminência de ver violada a sua posse, tendo em vista a necessidade de se ponderar os direitos de greve e de propriedade, mormente diante da função social desta.** 3. **A norma do artigo art. 6º, § 3º, da Lei 7.783/1989, deve ser interpretada de modo a não impedir o exercício do direito de greve.** 4. **O interdito proibitório, portanto, não pode ser utilizado como tentativa de inviabilizar a livre adesão e participação dos trabalhadores ao movimento paredista, mas sim, para evitar atos de excesso no exercício do direito de greve e que impliquem efetivamente turbação**

Em outra oportunidade, também no ano de 2014, o Tribunal Superior do Trabalho apreciando a conduta dos empregadores ao ajuizarem inúmeros interditos proibitórios, em conduta antissindical, na Justiça Comum (antes da Emenda nº 45/2004 que atribuiu a competência elastecida para a Justiça do Trabalho), consagrou a liberdade sindical prevista na Convenção 98 da OIT, que, por sua vez, impede a pressuposição de abuso no exercício do direito de greve no intuito de impedir a formação do movimento grevista, estipulando em ação civil pública ajuizada pelo sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Belo Horizonte e região uma indenização em dano moral coletivo no importe de R\$ 50.000,00 por interdito proibitório ajuizado em decorrência do abuso no uso dos interditos pelos bancos¹³³⁹.

As ações possessórias compreendem as ações de manutenção, reintegração e interdito proibitório implicando em turbação, esbulho e ameaça na posse, mas, diante do princípio da economia processual e da fungibilidade¹³⁴⁰, admite-se que o juiz conceda,

ou esbulho na posse dos bens do autor. 5. Assim, como no caso, não há registro da ocorrência dos aludidos atos abusivos, resta caracterizado a violação do art. 9º da Constituição da República. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 143500-72.2009.5.22.0002, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 03/09/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014) (grifos nossos).

¹³³⁹**RECURSO DE REVISTA - AJUIZAMENTO SIMULTÂNEO DE INTERDITOS PROIBITÓRIOS - GREVE - CONDOTA ANTISSINDICAL - ABUSO DE DIREITO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL COLETIVO.** Os interditos possessórios são ações hábeis a provocar o Estado no intuito de se promover a defesa da posse que tenha sido tomada, perturbada ou, ao menos, ameaçada. No caso dos autos, os réus impetraram vinte e um interditos proibitórios, tendo como suposto receio a iminência de moléstia à posse provocada pelos movimentos grevistas deflagrados pelos trabalhadores dos réus. A ordem constitucional brasileira, em sua evolução histórica, caminhou, de forma não linear, em torno de três acepções acerca do conceito de greve: -fato socialmente danoso (delito), socialmente indiferente (liberdade) ou fato socialmente útil (direito)-. Na Constituição Federal de 1988 ocorre, pela primeira vez, a elevação do direito de greve como direito fundamental, consagrando-o, desta via, como elemento definidor e legitimador de toda a ordem jurídica positiva. A garantia ao direito de greve deve ser interpretada no contexto de afirmação ao princípio da liberdade sindical e seu sistema e mecanismos de proteção, sendo que o sistema de proteção da tutela da liberdade sindical contra atos antissindiciais transborda a ordem nacional e encontra abrigo no sistema internacional de direitos humanos trabalhistas. **A impetração de interditos proibitórios, independentemente do sucesso ou insucesso das ações, representa, em si, a tentativa de inviabilizar a livre participação dos trabalhadores em atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, o que implica em ofensa ao princípio da liberdade sindical e faz incidir o sistema de proteção contra atos antissindiciais, notadamente, o art. 1º da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho. Portanto, utilizar de ações judiciais, na forma realizada pelos réus, em que se partiu da presunção de abusos a serem cometidos pelos grevistas, requisito particular do instituto do interdito proibitório, atenta contra os princípios concernentes ao direito de greve e configura ato antissindical, consubstanciando abuso do direito de ação, sendo devida a reparação do dano moral suportado pelos trabalhadores da categoria representada pelo Sindicato autor.** Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 253840-90.2006.5.03.0140, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 27/05/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/06/2014) (grifos nossos).

¹³⁴⁰Nesse sentido Ver CALIL, Grace Mussalem. Ações possessórias. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 10 Curso: Processo Civil - Procedimentos Especiais. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/10/processocivil_131.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015 e ver MENDONÇA, Ailton Nossa; HERRAN, Rosemary Samartino. Das ações possessórias—Lei 13105 de 2015. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17525&revista_caderno=21>. Acesso em: 05 ago. 2016.

dentro do âmbito possessório, pretensão diversa do pedido, visto que a modificação das condições fáticas dessas ações é altamente volátil.

De outro lado, diante do caráter dúplice dessas ações, a improcedência da ação ajuizada poderá, se solicitado na contestação, implicar em condenação em danos morais e materiais¹³⁴¹ ou, ainda, ocasionar a reversão da posse ao réu¹³⁴², como vem reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça, o que por si só desaconselha a extinção do processo sem resolução do mérito.

Assim, ajuizado um interdito proibitório em face do sindicato e dos integrantes do movimento grevista em verdadeira ação coletiva passiva é possível, em pedido contraposto, solicitar a indenização por danos morais e materiais em face do empregador, funcionando como uma forma de defesa da coletividade no polo passivo da ação. Além disso, a

¹³⁴¹ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAL E MATERIAL DECORRENTES DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO POSSESSÓRIA TIDA POR TEMERÁRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL FIXADO NO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. PECULIARIDADES DO CASO. CARÁTER DÚPLICE DA AÇÃO POSSESSÓRIA.

1. **O Código de Processo Civil já assegurou à parte que figurar como ré em ação possessória a apresentação de pedido contraposto, não havendo necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão para buscar a proteção possessória ou pleitear indenização por perdas e danos.**

2. Se a parte, somente após vinte anos entre a data em que foi cumprido o mandado de reintegração de posse - momento em que teve de retirar-se do local e, supostamente, sofreu danos morais e materiais -, pleiteia em juízo indenização em decorrência desse fato e restrita aos pedidos expressamente elencados na lei processual civil, deve-se reconhecer prescrita a pretensão, tendo em vista o caráter dúplice da ação possessória (art. 921, c/c 922 do CPC).

Aplicação do princípio da actio nata. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1297425/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 27/02/2015)(grifos nossos)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. NATUREZA DÚPLICE. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. POSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO, PELO RÉU, DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, DESDE QUE CORRELATOS À QUESTÃO POSSESSÓRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 921 E 922 DO CPC.

INDISCUTIBILIDADE DA QUESTÃO RELATIVA À ILICITUDE. RECURSO ESPECIAL DO AUTOR NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO COMPETENTE AGRAVO. TRÂNSITO EM JULGADO FORMAL (PRECLUSÃO). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, NEGANDO-LHE PROVIMENTO.

(EDcl no REsp 1368565/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015)

¹³⁴² CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. NATUREZA MANDAMENTAL E CARÁTER DÚPLICE DA SENTENÇA. LIMINAR. RETIRADA DOS POSSEIROS DAS TERRAS POR ELES OCUPADAS. NECESSIDADE DE RESTABELECIMENTO DA SITUAÇÃO FÁTICA ANTERIOR.

1. **Se a parte autora sucumbiu na pretensão de obter a tutela possessória sobre a área de terra descrita na ação de manutenção de posse, ou seja, se o pedido foi julgado improcedente e tornada ineficaz a liminar que lhe assegurara a posse de terras, a consequência lógica e jurídica é o retorno ao status quo ante.**

2. A expedição de mandado de reintegração de posse, nesse caso, decorre da natureza da sentença e do caráter dúplice da ação possessória. Não é razoável admitir que a parte cuja pretensão possessória foi julgada improcedente possa perpetuar sua posse sobre área de terra antes ocupada por outras pessoas que dali foram retiradas por força de liminar que não mais subsiste.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1483155/BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 16/03/2015) (grifos nossos)

improcedência da ação possessória enseja o reconhecimento da regularidade do movimento paredista.

Mais uma vez, o Tribunal Superior do Trabalho, agora em 2013, ao apreciar dissídio coletivo que declarou a abusividade de greve, manteve a decisão do Tribunal Regional da 6ª Região, sob o argumento de que a liminar de interdito proibitório, mesmo que embasada em provas, não serve por si só para demonstrar, sem o devido contraditório no dissídio de greve, o abuso perpetrado, com a violação ao direito de ir e vir da população e dos trabalhadores não aderentes ao movimento, mas a não impugnação desses fatos pelo sindicato obreiro, aliado ao indício do interdito, tem como consequência inevitável a manutenção da declaração de abusividade da greve¹³⁴³. Apesar da cautela que deve permear a prova emprestada de outros processos, o mesmo Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2010, adotou o entendimento de que os fatos constatados e viabilizadores da liminar no interdito proibitório geravam a presunção de regularidade do procedimento adotado pelo empregador¹³⁴⁴.

¹³⁴³RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. ABUSIVIDADE DO MOVIMENTO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE IR E VIR. PAGAMENTO INDEVIDO. É certo que a liminar concedida na Ação de Interdito Proibitório não poderia constituir prova robusta à comprovação da abusividade do movimento grevista. Faltariam, pois, o contraditório e a percuente análise da moldura probatória, ainda naquele juízo, para que a decisão ali proferida pudesse ter valor de maior convicção neste processo. A liminar ali deferida pode servir, todavia, de indício. No caso concreto, a liminar agrega-se aos próprios termos da defesa, para formar a convicção acerca da ocorrência do fato ilícito. Note-se que não houve impugnação específica quanto à alegação de que os líderes do movimento haviam fechado todos os acessos da sede do IPA, impedindo a entrada de funcionários, da população em geral e de veículos no dia 18/10/2011. O Suscitado apenas alegou que o ajuizamento da Ação de Interdito Proibitório consistiu medida antissindical, deixando intacta a existência do fato alegado, que, por seu turno, vai de encontro com o que preconiza o art. 6.º da Lei n.º 7.783/89. Mantido, por esse fundamento, o entendimento segundo o qual a greve deflagrada é abusiva, não há de se questionar acerca do pagamento de salários, em conformidade com a diretriz consagrada na Orientação Jurisprudencial n.º 10 desta Seção Especializada. Recurso a que se nega provimento. (RO - 2329-12.2011.5.06.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 11/12/2012, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22/02/2013).

¹³⁴⁴RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. GREVE. ABUSIVIDADE. CULPA RECÍPROCA. O TRT reconheceu culpa da suscitante, ora recorrente, pelo movimento de greve, afirmando que a empresa -adotou procedimentos anti-sindicais por meio da utilização precipitada da ação de interdito proibitório-. Não é isso, entretanto, o que se extrai dos documentos juntados aos autos, evidenciando-se o justo receio da suscitante de que fossem praticados atos de vandalismo contra seu patrimônio e das empresas terceirizadas que lhe prestavam serviços de transporte de funcionários. Ademais, tendo o juiz da causa considerado presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar postulada na ação de interdito proibitório, há presunção de que essa ação foi regularmente utilizada, nos limites do exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário. Afastada, assim, a culpa do empregador declarada pelo TRT. GREVE. ABUSIVIDADE. CULPA DO SUSCITADO. O TRT declarou a abusividade da greve por parte do suscitado, tendo em vista que abandonou de forma abrupta as negociações coletivas. A par de não ser viável alterar a conclusão do TRT, nesse particular, sob pena de reformatio in pejus, já que o suscitado não interpôs recurso ordinário, constata-se que de fato não há qualquer documento que comprove a impossibilidade de conclusão das negociações que já estavam ocorrendo. Ademais, há várias irregularidades referentes à Assembléia que teria autorizado a greve, já que não foi comprovada a observância do estatuto do sindicato quanto à publicação do edital e o interregno de três dias entre essa publicação e a realização da Assembléia. Além disso, no edital juntado aos autos, não há menção expressa quanto à deliberação sobre a greve, conforme previsão no

No Tribunal Regional da 2ª Região, os interditos proibitórios nas hipóteses de greve seguem a posição do Tribunal Superior do Trabalho, reconhecendo o movimento paretista como um direito que não deve ser impedido quando adotado meios pacíficos de persuasão sem violência ou ameaças à liberdade de locomoção e ao patrimônio do empregador ou de terceiros¹³⁴⁵, não se admitindo, nesse caso, a procedência de mandado de segurança

estatuto. Também não foi juntada a lista de presentes à Assembléia, inviabilizando a averiguação de que o movimento contou com a aprovação efetiva dos empregados interessados. Cabível, pois, a manutenção do reconhecimento da abusividade da greve, por parte do suscitado, impondo-se a autorização para os descontos dos dias em que os empregados não estiveram em atividade, conforme jurisprudência desta Corte, afastando-se, igualmente, a estabilidade provisória de 60 dias deferida pelo TRT, tendo em vista o disposto na Orientação Jurisprudencial n.º 10 da SDC do TST. Recurso ordinário provido, no particular. (RO - 2013500-11.2009.5.02.0000, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 08/11/2010, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 19/11/2010).

¹³⁴⁵RECURSO ORDINÁRIO. DATA DE JULGAMENTO: 29/06/2010.

RELATOR(A): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS

REVISOR(A): IVANI CONTINI BRAMANTE

ACÓRDÃO Nº: 20100611510

PROCESSO Nº: 01857-2009-383-02-00-4 ANO: 2010 TURMA: 4ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 16/07/2010

PARTES:

RECORRENTE(S): Sindicato dos Empregados em Estabelecimento

RECORRIDO(S): ITAÚ UNIBANCO S.A.

EMENTA:

1. INTERDITO. AÇÃO POSSESSÓRIA EM GREVE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho detém a competência material para conhecer e decidir ações possessórias envolvendo o direito de greve. Assim, conflitos que lhe são correlatos, relativos ao ingresso dos dirigentes sindicais nos locais de trabalho e realização de manifestações pacíficas em frente aos estabelecimentos da base territorial do sindicato, e bem assim, a apreciação de todas as demandas coletivas decorrentes de paralisações, greves ou manifestações da categoria, e também os processos em que se controverte acerca de interdito proibitório, devem ser julgados nesta Justiça Especializada, a teor do entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante nº 23, do E. Supremo Tribunal Federal. 2. INTERDITO PROIBITÓRIO. FECHAMENTO DE AGÊNCIAS BANCÁRIAS. ATIVIDADE SINDICAL LEGÍTIMA E PACÍFICA. ABSOLVIÇÃO DO PAGAMENTO DE MULTA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. É constitucionalmente assegurado o direito dos trabalhadores à paralisação pacífica e temporária dos serviços, após frustrada a negociação com o patronato. In casu, o movimento resultou de deliberação extraída em assembléia geral da classe com oportuno anúncio aos bancos mediante aviso prévio, não se podendo extrair da prova que o fechamento de agências tenha sido resultante de ação violenta ou constrangimento indevido sobre trabalhadores e clientes. Legítimo o trabalho pacífico de conscientização e convencimento acerca dos propósitos da greve. Assim, é de se reconhecer a improcedência da Ação de Interdito proibitório, absolvendo-se o sindicato-réu do pagamento da multa cominada por descumprimento de liminar concedida.

RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO

DATA DE JULGAMENTO: 06/04/2010

RELATOR(A): MARTA CASADEI MOMEZZO

ACÓRDÃO Nº: 20100306483

PROCESSO Nº: 02013-2009-063-02-00-1 ANO: 2010 TURMA: 10ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/04/2010

PARTES:

RECORRENTE(S): Banco Santander (brasil) S.A.

RECORRIDO(S): Sindicato dos Bancários Em Estabelecimento

EMENTA:

"Greve. Interdito proibitório. Multa. Ausência de prova da abusividade. Piquetes e paralisação das atividades dos trabalhadores constituem circunstâncias inerentes a todo e qualquer movimento grevista, não podendo ser considerados aprioristicamente turbação de posse no sentido estrito do termo. Os documentos juntados aos autos não indicam, com a necessária segurança, o descumprimento da ordem emanada pelo MM. Juízo de origem, de que deveria o sindicato se abster de "promover tumultos ou atos que impeçam o

ofertado em face de concessão da medida liminar em interdito ajuizado pelo empregador quando demonstrado o abuso dos trabalhadores e seus entes de representação de classe¹³⁴⁶.

acesso às agências bancárias do autor". Também não há qualquer documento que prove ter sido a greve declarada abusiva, endossando a conclusão originária no sentido de que houve superveniente perda do interesse processual em relação ao interdito proibitório ajuizado. Entendimento contrário implicaria fomento da animosidade entre as partes e imposição de pena severa a órgão sindical que, sem excessos evidentes, limitou-se a defender os interesses da categoria, nos termos do art. 8º, III da Constituição da República. Mantenho."

RECURSO ORDINÁRIO

DATA DE JULGAMENTO: 16/03/2010

RELATOR(A): VALDIR FLORINDO

REVISOR(A): IVETE RIBEIRO

ACÓRDÃO Nº: 20100211091

PROCESSO Nº: 01244-2006-008-02-00-3 ANO: 2009 TURMA: 6ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 26/03/2010

PARTES:

RECORRENTE(S): Sindicato dos Empregados Estab Bancários Banco Bradesco S.A.

EMENTA:

Interdito Proibitório. Greve. Nos termos do artigo 9º da Constituição Federal, o Direito de Greve é um Direito Social Fundamental, e seu regular exercício dá-se sob disciplina do Estado de Direito, portanto, sem se relegar ao oblívio a responsabilização jurídica decorrente de seus abusos e distorções. Até porque, nem mesmo o mais fundamental dos Direitos Fundamentais - a dignidade da pessoa humana como medida de todas as coisas - possui conotação absoluta, posto contemporizar simultaneamente todos os indivíduos, dessa forma, sem poder exceder em proveito de uns e conseqüentemente em detrimento de outros. Situação distinta é o fechamento de agências bancárias pelo esvaziamento do quadro de seus funcionários, em meio ao movimento paredista, sem violência verbal ou física. Assim consideradas aquelas que suscitem a invocação policial ou judicial espontânea, por parte daqueles que venham realmente a ser ameaçados em sua integridade física ou emocional, mas sem perderem a devida noção de proporcionalidade e rindivíduos, dessa forma, sem poder exceder em proveito de uns e conseqüentemente em detrimento de outros. Situação distinta é o fechamento de agências bancárias pelo esvaziamento do quadro de seus funcionários, em meio ao movimento paredista, sem violência verbal ou física. Assim consideradas aquelas que suscitem a invocação policial ou judicial espontânea, por parte daqueles que venham realmente a ser ameaçados em sua integridade física ou emocional, mas sem perderem a devida noção de proporcionalidade e razoabilidade inerentes à natural tensão das circunstâncias da greve. Nem mesmo o interesse dos correntistas ou da clientela do Banco possui legitimidade jurídica para impedir a adesão da categoria ao movimento grevista, com natural fechamento das agências - pelo esvaziamento do quadro de seus funcionários - e cessação temporária das atividades laborativas, e muito menos o interesse do empregador. A crescente informatização do setor bancário, inclusive com perda de centenas de milhares de postos de trabalho azoabilidade inerentes à natural tensão das circunstâncias da greve. Nem mesmo o interesse dos correntistas ou da clientela do Banco possui legitimidade jurídica para impedir a adesão da categoria ao movimento grevista, com natural fechamento das agências - pelo esvaziamento do quadro de seus funcionários - e cessação temporária das atividades laborativas, e muito menos o interesse do empregador. A crescente informatização do setor bancário, inclusive com perda de centenas de milhares de postos de trabalho nas últimas décadas, tornou menos vulnerável a premência no atendimento físico da clientela dos Bancos. Estes devem suportar os desdobramentos do embate institucionalizado entre o capital e o trabalho, cujo último recurso previsto em lei é a greve, uma vez frustrada a negociação coletiva.

¹³⁴⁶MANDADO DE SEGURANÇA

DATA DE JULGAMENTO: 01/12/2009

RELATOR(A): MERCIA TOMAZINHO

REVISOR(A): EDUARDO DE AZEVEDO SILVA

ACÓRDÃO Nº: 2009022457

PROCESSO Nº: 11014-2009-000-02-00-4 ANO: 2009 TURMA: SDI

DATA DE PUBLICAÇÃO: 15/01/2009

PARTES:

IMPETRANTE(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDUSTRIAS METALURGICAS, MEC ANICAS E DE MATERIAL ELETRICO DE SAO PAULO, MOGI DAS CRUZES E REGIAO

IMPETRADO(S): ATO DO MM JUIZO DA 22ª VARA DO TRABALHO DE SAO PAULO

LITISCONSORTE(S): COMPANHIA METALURGICA PRADA

Observe-se que o artigo 567 do NCPC, de 2015, em nada difere do artigo 932 do CPC, de 1973, ao expressar que “o possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbaco ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito”.

O artigo 568 do NCPC estabelece que se aplicar o disposto na seção II, que trata da manutenção e reintegração de posse ao interdito, mas a principal inovação que auxilia a concentração da coletividade no polo passivo está na seção I, que regula as disposições gerais do capítulo III, das ações possessórias.

Nessa seção, além do princípio da fungibilidade do pedido de tutela possessória que se encontra no artigo 554 do NCPC, os respectivos parágrafos do dispositivo dispõem acerca de um procedimento específico para assegurar o conhecimento da ação por todos os interessados (quando haja um grande número de pessoas no polo passivo), com a citação pessoal dos presentes e, por edital, dos não localizados após a diligência de citação, bem como uma ampla publicidade pelos meios de comunicação a fim de salvaguardar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório:

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

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

 2 Para fim da citação pessoal prevista no  1, o oficial de justia procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

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

Essa inserção dos mecanismos em comento corroboram o acima já narrado sobre as ações de interdito proibitório nas manifestações tendentes  invasão de pedágios e áreas públicas em que a jurisprudência e a doutrina inclinavam-se para a citação por edital para integrar todos os manifestantes no polo passivo, mesmo sem a expressa autorização legal para assim proceder.

EMENTA:

LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE. ARTIGO 9 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.783/1989. O exercício do direito de greve é constitucionalmente garantido e, cumpridas as exigências listadas na Lei 7.783.1989 e havendo comprovação de que o movimento  pacífico, deve ser exercido de forma integral. Entretanto, comprovado que o direito está sendo exercido com excesso, não se vislumbra ofensa a direito líquido e certo do impetrante as determinações contidas na liminar concedida na ação de interdito proibitório, que visou assegurar patrimnio da litisconsorte, integridade física de seus empregados e, ainda, o direito ao trabalho para aqueles empregados que não quiseram aderir ao movimento grevista.

A solução encontrada pelo legislador do NCPC permite o uso da analogia para outras situações em que a coletividade se encontre no polo passivo da ação, possibilitando que todos participem da relação processual.

Além disso, o artigo 555 do NCPC autoriza a cumulação do pedido com a condenação em perdas e danos e a indenização dos frutos, bem como a solicitação da adoção de medida necessária e adequada para evitar nova turbação ou esbulho e o cumprimento da tutela provisória ou final.

Além disso, em consagração ao caráter dúplice das ações possessórias de menos de ano e dia assegura-se no artigo 556 do NCPC, que “é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”.

Na realidade, com a adoção da citação por edital daqueles que não se encontram na empresa a título de “turbação”, “esbulho” ou ameaçando a posse do empregador por ficção legal consolidam-se todos os interessados no polo passivo da ação, sendo vinculados pelos efeitos da coisa julgada, não podendo, por exemplo, descumprir a determinação judicial sob pena de arcar com o pagamento das penalidades pecuniárias arbitradas.

Esse dispositivo em si demonstra que nosso ordenamento jurídico já absorveu o ideário das *defendant class actions* ou o melhor das ações coletivas passivas, bastando uma mera alteração legislativa para o aprimorar, dando maior aceitabilidade e segurança à aplicação do instituto, com reflexos diretos no processo do trabalho diante do conteúdo do artigo 769 da CLT.

As decisões discutem interditos proibitórios direcionados aos sindicatos e não a grupos sem personalidade jurídica. Isso pode ser dar por diversos fatores, dentre os quais uma comunicação geral do sindicato à categoria incentivando atos de abuso do direito de greve ou a ausência de conhecimento sobre os reais atores da ameaça ou lesão. Esse exagero de interditos, ao prejudicar o exercício do direito de greve, ajuizando o empregador dezenas de ações só pelo fato do sindicato conclamar a classe à greve, não pode ser tolerado, pois se trata de medida anti-sindical, o que já fundamentou decisão do Tribunal Superior do Trabalho, com a condenação de dano moral coletivo dos bancos que assim procediam.

Toda essa incoerência e multiplicidade de decisões ora concedendo os interditos sem provas cabais de violação a direitos ou ameaça de danos às pessoas, à propriedade e a direitos fundamentais, ora julgando improcedente em privilégio ao direito de greve, ainda convivem com outras decisões que após concederem liminares nos interditos, depois do

período da greve se restringem a julgar prejudicado o pedido, incentivando indevidamente o ajuizamento e proliferação dessas ações em prejuízo ao direitos dos trabalhadores e ao exercício das atividades sindicais legítimas.

Diante dessa incoerência e contradição entre as decisões judiciais, torna-se oportuna a edição de normas mais claras para o tratamento da coletividade em juízo, possibilitando a apenação circunscrita aos subgrupos ou grupos de menor amplitude, sem personalidade jurídica, desde que os reais responsáveis pela lesão e ameaça a bens jurídicos. Isso também ocorre no exercício regular do direito de reunião assegurado constitucionalmente, em que apenas aqueles que abusarem de seu exercício perdem o resguardo da ordem constitucional e não a integralidade do grupo¹³⁴⁷.

Como a greve demanda aviso prévio, muitos empregadores, sem qualquer prova, solicitam o interdito em prejuízo às reivindicações, quando a liminar acompanhada da cominação de multa desestimula os sindicatos a promover a publicidade do movimento paredista e o estímulo à sua adesão.

Na atualidade, com câmeras de segurança não só nas empresas como também nas ruas é possível com certo grau de certeza identificar os atores dos abusos e a apenação do grupo responsável, sem que o direito coletivo ao exercício da greve seja minorado ou restringido indevidamente.

As ações e liminares devem ser ajuizadas e admitidas somente quando existam fortes indícios de que atos de vandalismo ou de abuso de direito estão sendo estimulados pelo ente sindical ou planejados por ele, caso contrário, a responsabilidade não é da coletividade como um todo, mas de subgrupos ou facções que a compõem e continuam atuando amparados na ausência de mecanismos processuais mais efetivos para coibir e apenar tais condutas. Em geral quem é penalizado é a entidade sindical dos trabalhadores e o próprio movimento que se inicia com uma intimação para que cumpra determinações

¹³⁴⁷“Qualquer que seja a finalidade que motive o encontro ou agrupamento de pessoas, não importando se poucas ou muitas, mostra-se essencial que a reunião, para merecer a proteção constitucional, seja pacífica, vale dizer, que se realize “sem armas”, sem violência ou incitação ao ódio ou à discriminação, cumprindo ter presente, quanto a tal requisito, a advertência de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo V/604, item n. 10, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT), para quem “(...) a polícia não pode proibir a reunião, ou fazê-la cessar, pelo fato de um ou alguns dos presentes estarem armados. As medidas policiais são contra os que, por ato seu, perderem o direito a reunirem-se a outros, e não contra os que se acham sem armas. Contra esses, as medidas policiais são contrárias à Constituição e puníveis segundo as leis” (grifei).

(...)

Disso resulta que a polícia não tem o direito de intervir nas reuniões pacíficas, lícitas, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública. Não pode proibi-las ou limitá-las. Assiste-lhe, apenas, a faculdade de vigiá-las, para, até mesmo, garantir-lhes a sua própria realização. O que exceder a tais atribuições, mais do que ilegal, será inconstitucional” (ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014).

judiciais que se aproximam de uma intimidação. A solução é trazer os sindicatos e as empresas para a composição de seus conflitos, valorizando o exercício das atividades sindicais legítimas, dando a oportunidade a categoria e seus representantes coibirem e até apenarem os excessos, sob pena de encampação dos atos ilícitos e ilegítimos.

Essa alteração na postura tanto da legislação quanto do intérprete dará frutos mais sadios do que a “repressão pela repressão”, como se o interdito ou outra ação limitadora do exercício de direitos pudesse ser concedida simplesmente pelo anúncio que um direito será exercido.

A partir do momento que a categoria concientize-se de que tem direitos e responsabilidades e a assembleia geral do sindicato é soberana, devendo ser respeitada sob pena do próprio ente sindical ao tomar conhecimento de abusos os denuncie os apenando sob pena de encampação do ato e de responsabilização coletiva estaremos mais próximos da democracia e do princípio da liberdade de reunião e expressão, desde que conhecida a autoria para responder pelos abusos eventualmente perpetrados, conforme os incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) e XVI (“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”), do artigo 5º da CF, em associação com o artigo 9º da CF.

No último dispositivo, o *caput* expressa que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”, complementado pelo § 2º, ao estipular “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”, que nada mais expressa do que a possibilidade de apenar os trabalhadores que individualmente ou em grupos não sigam os ditames da lei no exercício dessa prerrogativa que como óbice constitucional explícito figura o respeito ao “atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e a continuidade dos serviços e atividade essenciais (§ 1º) e implicitamente os demais direitos consagrados no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a propriedade e a liberdade de ir e vir.

Como já ressaltado nas linhas acima, a questão dos sindicatos dos empregadores conhecido como categoria econômica é um tanto diferenciada das entidades sindicais de trabalhadores, pois, enquanto a celebração de convenção coletiva é um direito para os trabalhadores, aparece como um dever para os empregadores. Além disso, suas atividades enquanto representantes da categoria não se restringem às atividades laborais com participação política ativa, influenciando no mercado e nos padrões de liberdade de concorrência com a

uniformização e a coordenação das atividades que desempenham, tanto que a FEBRABAN¹³⁴⁸ e FIESP, por exemplo, são entidades com um poder inigualável em nossa democracia, interferindo nas relações com os consumidores e demais segmentos da sociedade civil¹³⁴⁹.

A título de exemplo, percebe-se que a pluralidade de ações com temas variados ajuizadas pela FEBRABAN, na Justiça Comum, apresenta-se em grau elevado, ensejando, em 2015, um acordo entre as instituições que a compõem e o Tribunal de Justiça de São

¹³⁴⁸O braço sindical da FEBRABAN denomina-se de FENABAN sendo possível vislumbrar a coordenação de atividades em alto nível de organização pelas informações constantes em seu site institucional: “A Federação Nacional dos Bancos (FENABAN) é uma estrutura paralela à Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN). Trata-se do braço sindical do sistema financeiro, que representa os associados em todas as questões trabalhistas. Seu papel estatutário é contribuir para a modernização das relações entre capital e trabalho no setor bancário e representar os sindicatos patronais nas negociações dos acordos coletivos de âmbito nacional.

Fundada em 1966 e integrada à FEBRABAN em 1983, a FENABAN é formada por sete sindicatos de bancos: de São Paulo (que abrange São Paulo, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Acre, Amazonas, Pará, Amapá, Rondônia e Roraima), da Bahia (Bahia e de Sergipe), do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro e Espírito Santo), de Minas Gerais (Minas Gerais, Goiás, Distrito Federal e Tocantins), do Rio Grande do Sul (Rio Grande do Sul e Santa Catarina), de Pernambuco (Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte) e do Ceará (Ceará, Maranhão e Piauí).

O Conselho de Representantes da FENABAN é formado por membros ativos das diretorias destes sindicatos”. FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS (FENABAN). Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/pagina/3086/14/pt-br/febraban>>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹³⁴⁹“Paradoxalmente, a solução corporativa para os conflitos de classe — tentando deslocar o confronto entre patrões e operários para uma esfera na qual fosse possível neutralizar a desigualdade de poder econômico — produziu efeito contrário, aprofundando de forma definitiva a desigualdade do poder político entre trabalhadores e patrões.

(...)

Os sindicatos operários, dispondo da prerrogativa de acesso ao Estado, tinham a tarefa de conduzir de forma disciplinada suas demandas diretamente ao governo, através da burocracia. As associações patronais inseriram-se nas estruturas político-administrativas, ocupando espaços nessa burocracia, participando das decisões relativas aos seus interesses.

Resultado importante dessa diferença foi a consolidação de um padrão diferenciado de interação das associações de classe com o Estado. Os sindicatos operários se relacionavam com a burocracia de forma dependente e subordinada, enquanto as corporações patronais ganharam status de parceiros da burocracia e do governo.

Os fundamentos da diferenciação estão nessa mesma literatura, embora apareçam de forma sutil, quando ela trata de diferenciar as funções dos sindicatos operários e patronais. Apresentando os sindicatos operários como organizações de combate e resistência, atribui-lhes a função de organizar a cooperação interna para a luta externa contra os patrões.

Os sindicatos patronais seriam instrumentos de organização da competição entre os próprios capitalistas no mercado, tendo como função principal regular preços, condições de venda e de produção, enfim, organizar as condições de permanência no mercado (VIANNA, 1938 e 1940).

Enquanto as funções dos sindicatos operários são referidas diretamente ao conflito com os patrões, as funções dos sindicatos patronais são referidas aos problemas e conflitos internos. A diferenciação sugere a idéia de que, enquanto o trabalhador orienta seu esforço de cooperação para o confronto com o patrão, o sindicato patronal orienta todo seu esforço para controlar a competição no interior da própria classe.

E é óbvio que os objetivos de ambos são idênticos: organizar a cooperação de classe. A diferenciação, no entanto, permite selecionar objetivos derivados de interesses de classe e traduzir a proposta corporativa nos termos desses objetivos. A diferenciação permite também justificar o desenvolvimento de padrões de relação do Estado com trabalhadores e patrões, segundo a divisão de classes. Relações de subordinação hierárquica dos trabalhadores versus autonomia e paridade com os patrões. Estes aspectos já foram exaustivamente tratados pela literatura. O que interessa ressaltar aqui é outra coisa. Refiro-me à tese na qual se apóia a literatura sindical corporativa, para atribuir papéis desiguais às associações, de acordo com clivagens de classe: a tese de que o interesse prioritário dos patrões é resolver seus conflitos intra-classe, no mercado”. (COSTA, Vanda. Ação patronal e corporativismo. *Revista de Sociologia e Política*, n. 10-11, p. 119-126, 1998. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39280>>. Acesso em: 02 set. 2016).

Paulo, a fim de reduzir a litigiosidade, cujas estimativas indicam aproximadamente 1,4 milhões de processos em trâmite só na jurisdição desse Tribunal¹³⁵⁰.

A coordenação e organização que apresentam, os autorizam com maior propensão a exercerem a representação processual coletiva das empresas de sua categoria econômica.

De outro lado, a CLT, ao tratar do grupo econômico de empresas, no artigo 2º, § 2º, dispõe:

“sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”

Analisando o mencionado dispositivo percebe-se que nele encontram-se os fundamentos de um tipo de ação coletiva em face, por exemplo, do réu enquanto grupo virtual de empresas, ainda que não apresentem, as diversas unidades, a mesma personalidade jurídica, demonstrando que no direito do trabalho e mais precisamente no processo do trabalho já é admissível a coletividade enquanto grupo despersonalizado no polo passivo das ações trabalhistas.

Nesse sentido, o TST cancelou a súmula 205, que restringia o direcionamento a outra empresa do mesmo grupo na fase de execução, com o seguinte teor:

“O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

Assim, a jurisprudência do TST consolidouse reconhecendo que não viola a ampla

¹³⁵⁰“Responsável por julgar uma em cada quatro ações judiciais no país, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) recorre à conciliação para tentar resolver o problema da enxurrada de processos judiciais. Acordo firmado no último dia 2/6 entre o TJSP e oito bancos deve reduzir a quantidade de ações judiciais que as instituições financeiras enviarão à Justiça paulista. Após intermediação da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), Itaú, Bradesco, Santander, Votorantim, Banco do Brasil, HSBC, Banco Volkswagen e BNP Paribas assumiram o compromisso de reduzir em 3% o número de ações que chegarão à Justiça nos próximos 12 meses. Estabelecer parcerias assim é a proposta do programa “Empresa Amiga da Justiça”, iniciativa do TJSP para evitar que tantos conflitos cheguem ao tribunal.

Segundo os mais recentes dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2013, dos 95 milhões de processos na Justiça brasileira, 25,5 milhões deles tramitavam no tribunal paulista. Estima-se que apenas os bancos filiados à Febraban estejam relacionados a 1,4 milhão de processos que tramitam nas unidades judiciais do TJSP, como réus (polo passivo) ou autores do processo (polo ativo). Ao se tornar “Empresa Amiga da Justiça”, cada uma das instituições financeiras se comprometeu a adotar soluções alternativas ao processo judicial para resolução de conflitos. O setor de maior litigância nos tribunais de Justiça do país era o dos bancos em 2011, segundo o estudo do CNJ “100 Maiores Litigantes”, pois tinham participação em 12,95% de todos os processos que ingressaram na Justiça Estadual em 2011”. (TJSP fecha acordo com empresas para reduzir processos pela conciliação. Conselho da Justiça Federal, 16 Jun. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79643-tjsp-fecha-acordo-com-empresas-para-reduzir-processos-pela-conciliacao>>. Acesso em: 18 out. 2016).

defesa, o contraditório, nem o devido processo legal¹³⁵¹ a inclusão no polo passivo da execução da empresa do mesmo grupo econômico que foi representado na formação do título executivo na fase de conhecimento¹³⁵².

No ato da inclusão, com base nas provas e indícios nos autos, deve ser dada oportunidade para a empresa inserida se manifestar e, se for o caso, comprovar que não pertence ao mesmo grupo econômico. Isso geralmente ocorre pela apresentação de exceção de pré-executividade, embargos à execução, agravo de petição e recurso de revista¹³⁵³. Todavia, o principal motivo da possibilidade de inclusão, além da expressa previsão de que se trata do mesmo empregador, no artigo 2º, § 2º, da CLT, consiste na representatividade dos interesses do grupo durante o processo de conhecimento.

Na “Jornada sobre o novo CPC: Revisão e Aprovação de Novos Enunciados”, organizada pela Escola Judicial do TRT da 10 Região, aprovou-se o seguinte enunciado:

“Enunciado 40. GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DURANTE A EXECUÇÃO DO FEITO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS.

Não se aplica à execução trabalhista o disposto no artigo 513, § 5º, do CPC, razão pela qual permanece possível a responsabilização de empresa do grupo econômico que não tenha participado da relação processual na fase de conhecimento (cancelamento da Súmula 205 do TST), tendo em vista os seguintes aspectos: a) as teorias do empregador único (CLT, art. 2º, § 2º) e da representação; b) a impossibilidade de a aplicação do CPC representar retrocesso processual e c) o referido dispositivo não constituir inovação, considerando a existência de disposição análoga no CPC de 1973 (art. 472)”¹³⁵⁴.

Um dos fundamentos do enunciado aprovado foi a teoria do empregador único¹³⁵⁵ e

¹³⁵¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico no polo passivo da execução não viola as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 30100-54.1996.5.04.0029, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 25/05/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016).

¹³⁵² Cf. AIRR - 76500-74.2007.5.02.0069, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 13/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/05/2016 e AIRR - 187500-16.1996.5.03.0044, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 03/08/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016.

¹³⁵³ Cf. AIRR - 474-37.2013.5.03.0153, Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros, Data de Julgamento: 16/12/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016 e AIRR - 40300-79.2008.5.05.0221, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 15/06/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016.

¹³⁵⁴ HAYNE, Alexandre Bitencourth. *Novo CPC*: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região aprova enunciados que devem nortear a Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://hayne.jusbrasil.com.br/noticias/314343985/novo-cpc-tribunal-regional-do-trabalho-da-10-regiao-aprova-enunciados-que-devem-nortear-a-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹³⁵⁵ Tanto na teoria da solidariedade ativa e passiva (empregador único) quanto na teoria da solidariedade passiva do grupo econômico é admissível o direcionamento da execução a uma das empresas do grupo. Para maiores esclarecimentos sobre essas teorias Cf. PATRÍCIO, Marcela Faraco. A caracterização de grupo econômico na esfera trabalhista e suas implicações. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4254, 23 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32059>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

da representação, ou seja, o fato do grupo econômico encontrar-se representado em juízo por um de seus membros.

Isso demonstra a tendência em manter o entendimento de inclusão de empresas do grupo econômico na fase de execução, o que não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para atingir os sócios incidente processual que apresenta outros pressupostos.

Assim, conclui-se que, ao menos em relação aos empregadores, a CLT já reconhece o grupo de empresas vinculado a uma decisão judicial desde que ao menos uma delas tenha participado do contraditório e da ampla defesa em respeito ao devido processo legal para a formalização do título executivo. Esse instituto já se aperfeiçoou para admitir não só o controle acionário, a direção e a administração, mas também a coordenação entre essas empresas.

É possível compreender o uso da representatividade dos sindicatos – como representante dos interesses dos trabalhadores – em algumas hipóteses relacionadas a obrigações de fazer ou não fazer, em reforço ao contido nas normas jurídicas em vigor, como, por exemplo, na determinação prévia e conhecida da direção do sindicato para atos de vandalismos em determinada empresa. Diante desse fato, nada impede o ajuizamento de uma ação pelo empregador em face do sindicato exigindo um não fazer em relação aos atos de depredação sugeridos por sua cúpula e, por consequência, a citação por oficial de justiça da entidade sindical e dos dirigentes pessoalmente, bem como dos trabalhadores da entidade, por meio de leitura e afixação de edital pelo oficial de justiça na empresa, com certificação nos autos, acompanhada da devida publicação no órgão oficial e demais meios de comunicação, para propiciar a manifestação daqueles que quiserem nos autos, não sendo necessária a citação de todos os empregados da empresa pessoalmente para a incidência de eventual multa arbitrada pelo descumprimento que poderá atingir tanto o sindicato, ao não coibir a prática, como o próprio trabalhador, em fase de execução da sentença, ao realizar o ato danoso. Tudo isso poderá ser apurado na fase de liquidação, sem a necessidade de um novo processo de conhecimento.

Na hipótese de uma ação tendente a determinação de fazer, nos mesmos moldes da acima narrada obrigação de não fazer, é possível o ajuizamento de uma ação judicial pelo empregador em face do grupo de empregados e do sindicato quando necessária a manutenção de equipamento durante o período de greve, a fim de que o maquinário não se danifique, o que abarcaria, por exemplo, após o proferimento de uma decisão favorável a convocação de um número mínimo de trabalhadores pelo empregador para essa

manutenção se não realizada espontaneamente nos termos do 9º da Lei de Greve¹³⁵⁶, o que poderia gerar multas por descumprimento aos sindicatos e eventuais trabalhadores recalcitrantes em cumulação a eventuais danos materiais apurados em liquidação. Obviamente que como a lei assegura ao empregador a contratação de terceiros para essas tarefas essa hipótese só seria admissível se não houvesse tempo hábil para treinar pessoas capacitadas a operar a manutenção das máquinas e se não existirem empresas prestadoras de serviços que pudessem atender essa demanda.

Outra hipótese a ser visualizada seria uma pane ou defeito, seja por ataque externo ou interno de vírus cibernético ou qualquer outro mal funcionamento, que afete o sistema de pagamento dos trabalhadores, atribuindo um valor a mais para todos os empregados de um grande grupo econômico, com milhares de trabalhadores afetados. É certo que cabe ao empregador o risco da atividade econômica, mas em casos como esses, em que o impacto no orçamento do grupo pode desestabilizar a empresa e arriscar os empregos de todos os trabalhadores, fato este associado a um erro não atribuível ao empregador, que apresenta impacto desproporcional na atividade econômica, não vislumbramos óbices para uma ação ajuizada em face dos sindicatos, com notificação ampla pelos meios de comunicação, publicação no diário oficial, afixação de editais na empresa, dentre outros meios, chamando os trabalhadores a intervirem na ação no intuito de promover e legitimar o desconto dos 5 reais atribuídos pelo sistema de maneira equivocada aos trabalhadores nos meses subsequentes. Ainda que se trate de verba alimentar, deve-se preservar o princípio da boa-fé objetiva que deve permear os contratos e a especial confiança que é intrínseca às relações de emprego.

A situação deve ser analisada caso a caso, mas por óbvio não será possível que o sindicato seja sufocado por inúmeras ações em face dos trabalhadores, o que interferiria na qualidade da defesa dos interesses em juízo. Assim, como medida de contenção, seria essencial a atribuição de um efeito ou caráter dúplice nessas ações em que é identificada uma conduta anti-sindical ou alguma tentativa de precarizar os direitos dos trabalhadores. Nesse caso, seria possível nos mesmos autos, por ocasião da sentença, após a colheita de todas as provas, não só a improcedência, como também a condenação em danos materiais e

¹³⁵⁶“Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo”.

morais coletivos em reverso. Além disso, a possibilidade dada aos trabalhadores de intervirem no processo é crucial para o fim de atuarem diretamente nos autos ou indiretamente, subsidiando os sindicatos com elementos probatórios.

Outro óbice a essas ações com a coletividade no polo passivo decorre da impossibilidade dos empregadores transferirem para os empregados a responsabilidade por atos ou condutas a eles atribuída pela lei, como seria a hipótese da tentativa de exigir, por ações coletivas, o uso de equipamento de proteção individual no intuito de não ser autuado pela fiscalização trabalhista. Da mesma forma, seria indevido que almejassem que os trabalhadores viessem a preservar o meio ambiente de trabalho, não promovendo assédio moral horizontal ou vertical, dentre outras hipóteses salvaguardadas pela norma de ordem pública e cuja responsabilidade para prevenção a eventos ou repressão a condutas é do empregador.

Mais um exemplo para elucidar a questão: o meio ambiente do trabalho pode ser objeto de acordo coletivo, convenção coletiva, dissídio coletivo e também ação coletiva sob o viés de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e, nem por isso, perdem seu caráter de indisponibilidade¹³⁵⁷.

¹³⁵⁷AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS DO DIREITO DE ARENA. COISA JULGADA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 20% PARA 5%, POR MEIO DE ACORDO JUDICIAL FIRMADO PELO SINDICATO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS DE FUTEBOL DO ESTADO DE SÃO PAULO - SAPESPE E A UNIÃO DOS GRANDES CLUBES DE FUTEBOL BRASILEIRO EM AÇÃO CÍVEL. EFEITOS DO AJUSTE. (...) 4. Quanto à matéria de fundo, o que se pode deduzir, pelos elementos do acórdão, é que o Tribunal Regional considerou inadmissível o acordo judicial firmado entre o SABESP e a União dos Grandes Clubes de Futebol Brasileiro, prevendo a redução do percentual mínimo previsto no artigo 42, § 1º da 9.615/98 (Lei Pelé), anterior à sua alteração ocorrida no ano de 2011. 5. No particular, sem adentar no exame do plano da validade do acordo judicial firmado pelo sindicato em ação cível, é certo que o entendimento iterativo, notório e atual deste Tribunal Superior, quanto à interpretação do texto do § 1º do art. 42 da Lei 9.615/1998, na redação anterior à Lei 12.395/2011, é no sentido de que a pactuação então permitida, seja por negociação coletiva ou por acordo judicial, deveria observar o mínimo legal de 20%, em homenagem ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Precedentes. 6. Conclui-se, pois, que na espécie, o ajuste citado não tem o pretendido efeito individual para o reclamante, porque não observa o percentual mínimo legal. O acordo judicial firmado na ação cível é inaplicável para o fim de restringir o direito do autor de postular a diferença de percentual do direito de arena. Agravo de instrumento não provido. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. 1. A pacífica jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o direito de arena, quanto ao período anterior à edição da Lei 12.396/11, equipara-se às gorjetas, integrando a remuneração do atleta profissional, nos moldes do art. 457 da CLT e da Súmula 354 do TST. Precedentes. 2. Dissenso jurisprudencial inválido, nos termos da Súmula 337 do TST. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 2050-86.2011.5.02.0016, Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros, Data de Julgamento: 05/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015) PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. TEMPESTIVIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. MERA REPETIÇÃO DOS FUNDAMENTOS CONSTANTES DOS ANTERIORMENTE INTERPOSTOS. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. (...) ACORDO EXTRAJUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL E IRRESTRITA. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA PRÉVIA E GENÉRICA A TODOS OS EVENTUAIS DIREITOS TRABALHISTAS. A negociação dos direitos do trabalhador assegurados pelo ordenamento jurídico trabalhista encontra limite nas disposições dos artigos 9º e 444 da CLT, não se traduzindo, assim, em direito patrimonial de caráter

Nos três primeiros instrumentos podem ser discutidas a majoração dos adicionais acima do mínimo legal, bem como medidas de proteção individual ou coletiva ao trabalhador como forma de preservação do meio ambiente do trabalho. No quarto, o que se exige basicamente é o cumprimento da lei ou de outros elementos necessários à recomposição do meio ambiente, de acordo com a peculiaridade da atividade econômica e o atual estado da técnica, não sendo o meio hábil para instituir maior remuneração ou melhores condições de trabalho acima do mínimo estipulado pela legislação tutelar.

privado passível de ser objeto de transação, segundo a expressividade da norma civil do artigo 841 do Código Civil de 2002 e do artigo 1.035 do Código Civil de 1916. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas continua sendo uma das notas fundamentais e específicas do Direito do Trabalho. A renúncia aos direitos trabalhistas após a cessação do contrato de trabalho mantém-se, em princípio, vedada, uma vez que seu caráter alimentar não desaparece com o fim da subordinação direta do empregado a seu empregador, e o recebimento das verbas rescisórias constitui, na maioria das vezes, a garantia de subsistência do trabalhador até a obtenção de novo emprego. Por isso mesmo, aliás, os parágrafos 1º e 2º do artigo 477 da CLT estabeleceram que os recibos de quitação de rescisão do contrato de trabalho só serão válidos quando feitos com a assistência sindical ou do Ministério do Trabalho e apenas em relação às parcelas então efetivamente pagas pelo empregador, de forma discriminada. Assim, a cláusula do termo de acordo firmado extrajudicialmente, que, em troca do pagamento de "indenização", estabelece a renúncia prévia e genérica do trabalhador a todos os outros direitos trabalhistas eventualmente existentes, fere a letra e o espírito desses preceitos legais imperativos e é absolutamente inválida, por força do artigo 9º da mesma Consolidação Laboral, e do artigo 51 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, aqui subsidiariamente aplicável, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da CLT). Nesse sentido, a propósito, da impossibilidade de atribuição de eficácia liberatória geral e irrestrita de acordo extrajudicial, tem-se orientado a jurisprudência desta Corte, conforme se percebe da Orientação Jurisprudencial nº 270 da SBDI-1, editada para os casos de transação extrajudicial firmada no bojo de Programa de Incentivo à Demissão Voluntária. Registra-se que, se esta Corte nega a eficácia liberatória geral e irrestrita a acordo extrajudicial firmado no bojo de Programa de Incentivo à Demissão Voluntária, ainda que entabulado por meio de norma coletiva, com muito mais razão não se pode atribuir essa eficácia no caso dos autos, em que o acordo foi firmado de forma individual. Impõe-se, portanto, o conhecimento e provimento do recurso para, afastando o efeito liberatório geral e irrestrito do acordo extrajudicial, determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, a fim de que prossiga no julgamento dos recursos ordinários das partes, como entender de direito, ficando sobrestada a análise dos demais temas da revista. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 38900-36.2003.5.17.0006, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/06/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2011).

PRELIMINAR DE NULIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ACORDO COLETIVO - QUITAÇÃO DA PARCELA HORAS EXTRAS E RESPONSABILIDADE PELOS DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS. (...) QUITAÇÃO DE HORAS EXTRAS POR CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA. A flexibilização do Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, constitui exceção ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Entretanto, tal flexibilização há de ter interpretação estrita, não podendo se estender além das hipóteses previstas. Nesse passo, a Constituição Federal adotou, ainda que timidamente, a tese de flexibilização sob a tutela sindical: redutibilidade salarial, compensação de horários, redução de jornada e trabalho em turnos de revezamento (art. 7º, VI, XIII, XIV). Trata o caso dos autos de exclusão do pagamento de horas extras, por meio de convenção coletiva. Registrou o Regional que "a cláusula não configura a hipótese de uma transação realizada pelo sindicato da categoria do reclamante, constitui, sim, renúncia do Sindicato a direito de seus representados, o que extrapola os limites legais atribuído aos órgãos representantes dos empregados. De se notar, outrossim, que não há, no tocante às horas extras, registro de qualquer contrapartida por parte da categoria econômica, não podendo prevalecer instrumento normativo firmado nesses moldes". Nesse passo, é nulo o acordo coletivo (art. 9º da CLT), uma vez que o art. 7º, XIII, da Constituição Federal só permite a redução da jornada e não a supressão de jornada efetivamente prestada. O direito ao pagamento de horas extras não é passível de renúncia pela via de norma coletiva. Não conhecido. (...) III. Conhecido e, no particular, provido. (RR - 18600-68.2003.5.17.0001, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/05/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010).

Da mesma forma, o sindicato poderá ajuizar uma ação coletiva (ação civil pública) em face de um grupo econômico de empresas, em que os trabalhadores estão submetidos a condições insalubres sem os equipamentos de proteção adequados, sem o pagamento dos adicionais previstos em lei, cumulando vários pedidos, como, por exemplo: a) obrigação de adequar os estabelecimentos as exigências legais com recomposição do meio ambiente do trabalho; b) estipulação de multa diária para o descumprimento da determinação legal; c) pagamento dos adicionais de remuneração previstos na lei não efetivados; medidas de contenção para que eventual poluição produzida não seja submetida aos trabalhadores no ambiente interno da empresa e também afete a população do entorno, em que muitos dos trabalhadores habitam, bem como o arbitramento de dano moral coletivo, dentre outras medidas em que se entrelaçam os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

No mesmo exemplo, se o ajuizamento fosse em face do sindicato patronal e de algumas empresas figurando como representantes adequados de todas as empresas da categoria econômica, ainda que ambas as partes estejam representadas por sindicatos, nos moldes atuais, a demanda deveria ser analisada *secundum eventum litis* no tocante aos direitos individuais homogêneos (pagamentos adicionais devidos) e no tocante aos direitos coletivos em sentido estrito *ultra partes* no plano coletivo, salvo diante da improcedência decorrente da insuficiência de provas, pois a legislação não permite interpretações contrárias ao seu texto e, ainda, com maior razão, ampliadores da restrição de direitos, em afronta ao *caput*, do artigo 7º, da CF.

Em todos os casos discute-se o meio ambiente do trabalho e em nenhum deles é permitida a renúncia de direitos.

Nos dissídios coletivos, o efeito é sempre *erga omnes*, pois não é possível transigir ou renunciar ao mínimo estabelecido na lei, em atenção ao próprio *caput*, do artigo 7º, da CF, não havendo possibilidade de equiparação das exceções apontadas como regra geral.

Além disso, para representar interesses coletivos em juízo, o sindicato aprova a pauta de negociação de um dissídio coletivo em assembleia geral, o que prejudica a sua figuração no polo passivo de ações coletivas na tentativa de prejudicar as condições de trabalho dos obreiros ou a redução de seus direitos dada a peculiaridade própria do sistema laboral.

Sua participação como representante poderia ocorrer em situações específicas que não estejam contidas no conteúdo dos dissídios coletivos econômicos e jurídicos, mas que constam da lei que, por sua vez, sejam ameaçados ou lesionados. Isso funcionaria tanto em face dos empregados quanto dos empregadores.

Um outro exemplo para elucidar a questão: se na iminência da ocorrência de uma greve geral numa determinada categoria, os empregadores ameaçassem fechar os portões da empresa, paralisando as atividades sem pagar os salários no período e contratar seguranças para impedir manifestações pacíficas nas vias no entorno das empresas, não há dúvida que seria possível o ajuizamento de ação coletiva em face desses empregadores e do sindicato patronal, com a determinação de obrigação de não fazer (fechamento dos portões da empresa e uso de seguranças) e de fazer (pagamento dos salários enquanto não se solucionar o conflito coletivo por convenção coletiva ou dissídio de greve que analisará a questão do pagamento dos salários), a depender das provas dos autos.

Mauro Cappelletti, ao analisar o controle das leis pelo Poder Judiciário, dentre seus fundamentos, apresenta a seguinte opinião:

“É, por outro lado, essencial que os direitos fundamentais o *bills of rights* incorporados a todas as Constituições modernas sejam aplicadas mesmo contra a maioria, dado que uma das principais razões de ser, *raison d'être*, é aquela própria de assegurar uma esfera inviolável de liberdade dos indivíduos e das minorias. O princípio majoritário, certamente representa um critério importante de um sistema liberal e democrático, não pode prevalecer estão em questão direitos fundamentais. Como já foi demonstrado no século passado por John Stuart Mill, a tirania da maioria não pode ser menos perigosa do que aquela dos indivíduos e grupos minoritários. Entretanto, um '*terza branca*' não diretamente responsável no confronto da maioria do momento, pode garantir a inviolabilidade de tal direito”¹³⁵⁸.

Essa posição do autor italiano deve embasar a preocupação do Poder Judiciário em tutelar não só grupos majoritários, mas também minoritários, na medida em que, por meio das ações coletivas passivas ou civis públicas passivas, permite avaliar o modo de exercício dos direitos assegurados a esses grupos quando em conflito num caso concreto, evidenciando e legitimando a democracia que permeia nosso sistema jurídico. Além disso, se podem ser acionados no Judiciário esses subgrupos, por simetria, também poderão ajuizar ações em situações específicas.

Mauro Cappelletti, ao tratar do processo, assim dispõe:

“Por outro lado, também no 'processo jurisdicional' é um fundamental núcleo da democracia. O juiz não está, nem deve ser sujeito à vontade da maioria, resta o fato, extremamente relevante, de que o processo judiciário é essencialmente 'participatório', uma vez que isso, diferentemente do procedimento usual do legislativo e administrativo, não se desenvolve *ex officio*, mas é iniciado e levado avante pelas partes, que é próprio destas. Sujeitos que mais diretamente são envolvidos na 'luta de interesses' que caracteriza a vida do direito”¹³⁵⁹. (destaques no original)

Com base na teoria da doutrina italiana é possível identificar o conflito entre direitos coletivos em graus maiores ou menores de aglutinação dos grupos, seja em relação

¹³⁵⁸CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, cit., p. 114-115.

¹³⁵⁹Id. Ibid., p. 115.

a pretensões apreciáveis em juízo, seja em questões extrajudiciais.

Os sindicatos até podem defender o interesse geral ou parcela da categoria fora dos dissídios coletivos e das convenções coletivas, mas essas ações de conteúdo mais restrito dependem também de uma representatividade adequada, na medida em que ao representar grupos de trabalhadores ou de empregadores a defesa dos interesses desse segmento não pode contrariar o da categoria. Nessa seara, acabam atuando de maneira limitada e nem sempre são os representantes mais adequados, pois só o grupo ou segmento diretamente interessado por meio de um ou alguns de seus membros teria melhores condições de defender os seus próprios interesses.

A representatividade adequada do interesse de grupos de obreiros é tão complexa e dificultada em relação a um sindicato quando não se trata de interesse geral da categoria, como ocorre na representação dos grupos divergentes nas associações.

Há uma crise institucional dos sindicatos em diversos países, o que vem gerando discussão sobre métodos de aferição de sua representatividade, em virtude da redução de filiações e outros elementos que fragilizam o poder de barganha política dessas instituições no enfrentamento dos conflitos sociais e na tutela dos interesses coletivos, o que, muitas vezes, deriva na proposta de submissão de determinados atos ao referendo da classe¹³⁶⁰.

Apesar de ser compreensível quando o sindicato atua como substituto processual no polo ativo a decisão afetar apenas os trabalhadores que se situam em sua base territorial¹³⁶¹

¹³⁶⁰“A prática do referendo vincula-se à crise da representatividade sindical. Como ressalta Stamatina Yannakourou, originalmente a presunção de representatividade fundava-se em um princípio majoritário, uma vez que as confederações nacionais detinham altas taxas de filiação. Porém, com o tempo a realidade distanciou-se dessa noção e, de certo modo, o referendo permite compensar o fosso que em determinados casos se criou entre a base e o sindicato. Assim, o referendo consagraria a idéia de que a representatividade sindical deve reencontrar um fundamento majoritário” (SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical, cit., p. 277).

¹³⁶¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - COISA JULGADA - AÇÃO COLETIVA - EXTENSÃO A TODOS OS MEMBROS DA CATEGORIA PROFISSIONAL - EMPREGADO QUE NÃO LABORA NA BASE TERRITORIAL DO SINDICATO QUE AJUIZOU A RECLAMAÇÃO TRABALHISTA DE CUJOS EFEITOS O OBREIRO PRETENDE SE APROVEITAR - IMPOSSIBILIDADE. A Constituição Federal, em seu art. 8º, III, elevou os sindicatos ao patamar de legítimos defensores dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos membros da respectiva categoria profissional, em questões administrativas ou judiciais. Tal legitimação, consoante se depreende da amplitude com que foi redigido o dispositivo em comento, afigura-se ampla, ou seja, independe de norma infraconstitucional que a preveja. Na espécie, acórdão regional que não estende ao obreiro o alcance de decisão proferida em reclamação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Curitiba, por laborar o obreiro fora da base territorial abrangida pela referida entidade sindical encontra-se em consonância com o disposto nos arts. 8º, II, da Carta Magna e 81, II, e 103, II, do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque a ampla representatividade conferida às mencionadas pessoas de direito privado (art. 8º, III, da Carta Magna) deve ser interpretada em consonância com todos os dispositivos constitucionais que disciplinam a atuação sindical no território brasileiro e com as normas que regem os processos destinados a possibilitar a solução de conflitos meta-individuais. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 570440-47.2006.5.09.0011, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2011).

nas ações coletivas em geral, a questão da substituição na ação civil pública não se encontra totalmente pacificada, situação em que Emília Simeão Albino Sako admite a extensão de seus efeitos para todo o território nacional¹³⁶², especialmente diante dos elementos apresentados no item anterior sobre a legislação própria aplicável à ação civil pública, tudo a depender dos limites expressos no pedido e na causa de pedir e decorrentes da representatividade do postulante e réu.

Assim, concordamos com a posição de Gregório Assagra de Almeida, ao repudiar a presença de disposição que vincula apenas os trabalhadores quando o sindicato se encontra no polo passivo da ação, numa nítida discriminação, sendo oportuna a transcrição de seu pensamento, ao analisar o teor do artigo 37 do Código Modelo Ibero americano:

“O tratamento discriminado aos sindicatos, previsto no parágrafo único do art. 37 do Código-Modelo, no sentido de, quando a “*ação coletiva passiva*” for promovida em face do sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando, individualmente, todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido, fere o princípio da isonomia. Não é razoável estabelecer exceção discriminatória somente em relação aos sindicatos, pois não se vislumbra finalidade legítima nessa discriminação. Não é também razoável que um dos filiados do sindicato sofra, no seu plano individual, os efeitos negativos de uma coisa julgada coletiva sem ter tido a oportunidade de se defender, o que representa evidente desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do próprio devido processo legal”¹³⁶³.

Além das considerações do autor, percebe-se, dos argumentos supracitados, o caráter diferenciado da representatividade dos sindicatos nas negociações coletivas e no dissídio coletivo, que não se assemelha a outros institutos no ordenamento jurídico e visam ao benefício e não o prejuízo dos trabalhadores.

Polemizando ainda mais a questão, percebe-se uma alteração na posição dos sindicatos e de sua representatividade na medida em que a organização dos trabalhadores e a defesa de seus interesses têm sofrido transformações, deixando de envolver direitos meramente trabalhistas para invadir outras áreas, até mesmo a posição antes pertencente ao empregador. Nessa situação, por razoabilidade, a representatividade dos interesses de grupos de trabalhadores muitas vezes pode ser contrária à da categoria, o que impede o atrelamento da representação dos seus interesses com a figura do sindicato.

Dessa forma, as peculiaridades de cada caso concreto devem ser apreciadas com razoabilidade, sendo contraproducente a eleição dos sindicatos como legitimados e representantes adequados para responder por qualquer tipo de ação que envolvam os obreiros.

¹³⁶²Cf. SAKO, Emília Simeão Albino. Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional, cit., p. 1190.

¹³⁶³ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 97-98.

Uma proposta legislativa traria o benefício de aclarar as possibilidades de responsabilização dos grupos ou da categoria, evitando aventuras judiciais ou o acolhimento de pretensões descabidas sem uniformidade, em prejuízo ao exercício legítimo das atividades sindicais, como vem ocorrendo com os interditos proibitórios.

Com o término do capítulo quarto responde-se as duas primeiras indagações objeto da pesquisa: a) existem ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico? Sim, tanto no direito processual civil, como no direito processual trabalhista, como vimos no primeiro e no quarto capítulo; b) se existem, como se dá a abordagem da doutrina e da jurisprudência no direito processual civil e trabalhista? A abordagem da doutrina e da jurisprudência não é uniforme, ora consagrando a presença da coletividade no polo passivo, ora a negando e, em alguns momentos, confundindo os institutos, o que causa uma imensa instabilidade em nosso sistema jurídico e na efetividade da prestação jurisdicional. Associado a isso, a concepção e percepção de legitimidade de parte e de representação adequada não é uniforme, juntamente com os efeitos da coisa julgada, o que potencializa os problemas de interpretação do instituto, impedindo a pacificação social do conflito em prol do convívio harmônico dos diversos grupos e segmentos sociais, prejudicando o desenvolvimento do país como um todo; c) é possível um aprimoramento legislativo por meio de reformas pontuais ou a elaboração de um código de processo coletivo para regular a questão da coletividade no polo passivo ou, ainda, diante do arcabouço legislativo existente não se demonstra necessária qualquer alteração? A terceira e última indagação será analisada no quinto capítulo, contudo, de antemão é possível identificar que a ausência de normas mais específicas para tratar do assunto vem gerando instabilidade no sistema processual que recomendaria a adoção de reformas legislativas, como se verá adiante.

5. AS ALTERAÇÕES POSSÍVEIS E DESEJÁVEIS PARA A SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NÃO PREVISTAS NA CLT

Nos capítulos anteriores foram avaliados os aspectos gerais das ações coletivas em gênero e com a coletividade no polo passivo em especial, bem como as formas de tratamento dessas ações no sistema processual brasileiro, americano e português, com a abordagem pontual de aspectos do sistema processual espanhol. A ponderação da jurisprudência processual civil e dos precedentes da Justiça do Trabalho, em análise comparativa com a posição da doutrina sobre a forma de identificação do representante adequado da coletividade no polo passivo da ação e os efeitos da coisa julgada, foram essenciais para viabilizar a conclusão neste quinto capítulo sobre a necessidade ou não de eventuais reformas tendentes a proporcionar um aprimoramento legislativo. Essa resposta dependerá da verificação da exigibilidade de um aperfeiçoamento da legislação por meio de alterações pontuais ou a elaboração de um código de processo coletivo para regular a questão da coletividade no polo passivo ou, ainda, a desnecessidade de alterações diante do arcabouço legislativo existente, o que nos levaria a propor apenas uma evolução da interpretação dos mecanismos processuais já presentes em nosso ordenamento, proporcionando a reflexão sobre a aplicação das ações coletivas passivas no processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro.

5.1. O mito das ações coletivas passivas: uma necessidade de superação dos estigmas

Ao apreciar o tema das ações coletivas passivas em caráter geral percebe-se que a maioria dos doutrinadores não analisa de maneira pormenorizada o assunto, muitas vezes relegando-se a afirmar que tem aplicação prática em nosso ordenamento, mesmo sem previsão legal expressa ou restringindo-se a declarar que se aplicam os mesmos princípios e preceitos previstos para as ações coletivas ou civis públicas ditas ativas.

Na realidade, a perspectiva dessas ações coletivas quando encaradas sob o ponto de vista do polo passivo deve se submeter à sistemática das ações em que a coletividade é representada no polo ativo, com inúmeras adaptações e adequações para sua funcionalidade.

Em todos os exemplos mencionados pela doutrina e reproduzidos nessa pesquisa nos capítulos anteriores não se pode enumerar uma situação em que a coletividade foi representada no polo passivo em face da defesa de um direito difuso que estaria

prejudicando um interesse particular. O mais próximo que alcançam é o uso indevido do exemplo do ente estatal encontrar-se no polo passivo em face de uma ação ajuizada pelos representantes de um conglomerado ou empreendimento para exigir a liberação de uma licença ambiental ou algo do gênero. Como já analisado em momento anterior, essa situação não pode ser considerada como exemplo da presença da coletividade no polo passivo representada pela entidade pública na defesa de um direito ou interesse difuso, pois quando o órgão público analisa as disposições atinentes ao licenciamento ambiental, ainda que esteja protegendo indiretamente os interesses difusos da população, está aplicando um arcabouço legislativo e normativo próprio com atuação vinculada à lei.

O particular, ao contestar esses atos, poderá até lograr êxito, desde que consiga demonstrar que, ao preencher todos os requisitos legais, teve seu licenciamento negado arbitrariamente e, para isso, deverá individualizar a conduta de um representante do ente estatal, identificando o erro decorrente da não aplicação do conteúdo da lei ou, se for o caso, demonstrar uma discrepância das exigências legais com o substrato normativo da Constituição.

Constata-se que não se pode ajuizar uma ação em face de uma coletividade sem existir um mínimo de delimitação do grupo com conduta deliberada para um fim específico ou uma omissão direcionada a não realizar determinadas exigências sociais ou ainda uma origem comum na lesão ou ameaça a direitos.

Diversa é a hipótese da coletividade no polo ativo em que é aferível uma lesão global em face de atos isolados e agrupados de membros da sociedade com uma forma de proporcionar maior facilidade de defesa dos interesses coletivos envolvidos ao se legitimar um único representante desses interesses para postular em juízo.

A coletividade é mais facilmente representada no polo ativo do que no passivo, uma vez que, por exemplo, uma lesão ambiental, por mais ampla que seja, pode ser aferida em sua origem, com atribuição de responsabilidade a indivíduos ou grupos de pessoas ou empresas de maneira delimitada e especificada. Diante da mácula aos direitos coletivos e diante da identificação da pessoa ou grupo responsável é viabilizada a distribuição da ação, no intuito de restabelecer o dano e apenar os responsáveis pela prática ilícita.

Quando se pretende focar na coletividade no polo passivo da ação, a diversidade de pessoas e interesses envolvidos não permite identificar, por exemplo, no caso dos direitos difusos, um grupo específico de lesionadores a interesses individualizados, salvo quando se discutem interesses coletivos que estariam no polo passivo da ação em conflitos com outros direitos individuais, coletivos e difusos no polo ativo e, mesmo assim, a depender das circunstâncias do direito e da atividade desempenhada.

Um exemplo esclarecedor seria a acusação de que a poluição global estaria violando o meio ambiente e devido a isso toda a coletividade deveria ser instada, via ação civil pública coletiva, a recompor esse dano ambiental, com pagamento de indenizações a serem revertidas para um fundo responsável pelo estabelecimento do bem jurídico. A diversidade de pessoas e interesses conflitantes e não uníssonos seria tão grande que pela disformidade da massa de pessoas resta impossível que tal ação logre êxito. Primeiro ponto, quem seria o representante adequado dos poluidores? Como se pode apenar os militantes ambientais que lutam contra esse tipo de poluição? E os limites territoriais dos países em que o exercício da jurisdição de um não pode invadir a soberania dos demais, salvo as exceções e hipóteses de confederações ou outras entidades supranacionais que viabilizam esse tipo de responsabilidade e apenação. Seria impossível ou extremamente difícil delimitar a conduta praticada e especificar a responsabilidade da coletividade como um todo!

Uma forma de viabilizar a coletividade no polo passivo seria a sua delimitação, ainda que não matematicamente precisa, ao menos com elementos para sua determinabilidade e, por conseguinte, atribuição de responsabilidade por atos que efetivamente realizou ou permitiu que ocorressem devido a atuação de grupos ou subgrupos de pessoas físicas ou jurídicas, estas últimas ainda que sem personalidade jurídica.

Observe-se que mesmo se houver a alegação de que é um dever coletivo de caráter amplo e geral, pressupondo, portanto, um dever de resguardo e proteção acerca do combate à poluição ambiental, existem vários limitadores que impedem essa atribuição de responsabilidade, como, por exemplo, uma criança ou uma pessoa afetada por incapacidade mental não poderá responder por esses danos direta ou indiretamente (nesse caso, com a remuneração da entidade familiar sendo deslocada para o pagamento da indenização).

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que, uma vez definido e delimitado que um determinado produto submetido à comercialização por empresas causa danos ambientais, não se deve apenar os consumidores por utilizarem o produto, mas sim a empresa que, ao disponibilizá-lo no mercado, assumiu o risco econômico e social de sua comercialização.

Em síntese, a defesa dos interesses e direitos da coletividade no polo ativo é facilitada pela delimitação do ofensor no polo passivo, sendo mais fácil identificar ou atribuir a representatividade adequada para o autor na postura de protetor desses interesses, pois há convergência dos interesses da sociedade e, conseqüentemente, da coletividade no alcance do resultado solicitado na ação judicial ajuizada em seu benefício. Nesse contexto, a lei ou mesmo o juiz pode facilmente identificar um representante adequado para postular a defesa desses interesses em juízo.

A dificuldade de ajuizamento de uma ação em face da coletividade encontra-se justamente nessa mesma circunstância, pois não há como delimitar o interesse de todos da sociedade que não apresentam convergência nos interesses discutidos em juízo, sendo impraticável exigir que uma pessoa recomponha o meio ambiente se ela já o realiza deliberadamente (com coleta seletiva de lixo, por exemplo) ou pague uma indenização social, especialmente se já existem normas que coíbem tal prática, bastando identificar os grupos que as desrespeitaram. Além disso, a situação para a eleição de um representante adequado é difícilíssima quando se pretende atingir direitos difusos.

Diante desses elementos, pode-se afirmar que a presença da coletividade no polo passivo de uma ação somente é legitimada quando não se trata de direitos difusos propriamente ditos, mas meramente coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, em que o grupo é determinável e, por isso, identificável, podendo viabilizar a eleição de um representante adequado para que seja viável a formação de um título judicial especificando uma obrigação de fazer, não fazer ou o pagamento de uma indenização. E, ressalte-se, mesmo nessa hipótese, é necessário distinguir dentro de um grupo maior, como a categoria de trabalhadores, facções, grupos menores ou subgrupos que atuam com designos próprios e diversos da maioria, o que afeta não só a representatividade adequada do que será eleito representante, como a responsabilização da coletividade de pessoas que possuem relação com o objeto da lide.

A solução para viabilizar a coletividade em juízo no polo passivo da ação é a sua determinabilidade aliada a mecanismos de legitimação ordinária ou de substituição processual a serem especificados pelo legislador, por meio de instrumentos propiciadores de uma legitimidade (representatividade processual coletiva) adequada aos grupos e à coletividade.

Esse é o primeiro passo para o início de uma sistematização esmerada da coletividade no polo passivo.

De posse dessas informações convém avaliar o arcabouço legal existente que, em tese, embasa a presença das ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico.

5.2. Fundamentos legais das ações civis públicas passivas e ações coletivas passivas no Brasil

Ao apreciar o conteúdo das normas que integram o microsistema de tutela jurisdicional coletiva no Brasil, não se identifica, a princípio, disposição que impeça ou proíba expressamente as ações coletivas passivas e, por conseguinte, as ações civis

públicas passivas, apresentando, na verdade, preceitos como os artigos 83¹³⁶⁴, 91¹³⁶⁵ e 107¹³⁶⁶ do CDC, que em análise conjugada com o artigo 5º, § 2º¹³⁶⁷, da Lei da Ação Civil Pública, intuem essa possibilidade¹³⁶⁸.

O artigo 91 do CDC, antes de deslegitimar as ações civis públicas passivas, demonstra que há a possibilidade de ingresso dos legitimados para tutelar direitos individuais homogêneos, o que antes de impedir a defesa da coletividade no polo passivo demonstra que a legitimação é eclética¹³⁶⁹.

Ao apreciar essa legitimação, Felipe Silva Noya destaca “ademais, se o objetivo da norma é viabilizar de forma ampla a tutela de direitos coletivos não há que se limitar a intervenção no polo ativo, eis que ao entender que o grupo pode ser demandado, é neste polo (passivo) que deverão ser agregados os esforços para a proteção dos direitos e interesses de massa”¹³⁷⁰.

A Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor sobre os dissídios coletivos em conjunto com a Lei nº 8.984/95, ao estipular que “compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador”¹³⁷¹ e o teor do artigo 114¹³⁷² da

¹³⁶⁴Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹³⁶⁵Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

¹³⁶⁶Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

¹³⁶⁷“Artigo 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). (...)

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

¹³⁶⁸Cf. NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 171-173.

¹³⁶⁹Cf. Id. *Ibid.*, p. 172-173.

¹³⁷⁰Id. *Ibid.*, p. 174.

¹³⁷¹BRASIL. Lei nº 8.984, de 7 de fevereiro de 1995. *Estende a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição Federal)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8984.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

¹³⁷²“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Constituição Federal de 1988, após a redação imposta pela Emenda nº 45/2004, não deixam dúvidas da existência de ações coletivas e, muito mais, com a presença de um grupo ou classe em ambos os polos da ação ou com ação ajuizada diretamente pelo Ministério Público em face de grevistas representados pelo sindicato da categoria, a fim de evitar lesão à sociedade na prestação de serviços reputados essenciais¹³⁷³, mas, como já vimos, apresenta sistemática diferenciada das ações coletivas passivas submetidas ao procedimento comum ordinário ou especial como a ação civil pública.

Há ainda a figura dos consórcios públicos regulados pela Lei nº 11.107/05, em que, segundo Felipe Silva Noya, ao congregar vários entes públicos para propiciar a realização de serviços pode propiciar que uma ação seja ajuizada em face dele ao invés de todos os entes que o integram, numa espécie de substituição processual, em que o “consórcio” representa¹³⁷⁴ os demais entes em juízo que somente responderão de maneira subsidiária.

II as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹³⁷³Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 174-175.

¹³⁷⁴O Superior Tribunal de Justiça entende que os consórcios apresentam personalidade jurídica própria o que enfraquece o argumento da autor, mas não o inviabiliza na medida em que para assuntos específicos o consórcio seria o representante adequado do grupo: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSÓRCIO PÚBLICO. CONTRATO DE REPASSE FIRMADO COM A UNIÃO. ART. 25 DA LC. N. 101/2000. INTERESSE DE AGIR. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. MUNICÍPIOS CONSORCIADOS. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES.

1. Recurso especial em que se discute: a) interesse de agir da parte recorrida; b) legitimidade passiva ad causam da União e da Caixa Econômica Federal em processos que discutam transferências voluntárias e inscrição no CAUC; e c) possibilidade de um Consórcio Público (Consórcio Intermunicipal para o Desenvolvimento do Território do Vale do Rio das Cinzas - CIVARC) formalizar contrato de repasse com

O mesmo ocorreria, na concepção do autor, com os consórcios sem personalidade decorrentes da Lei nº 6404/76, que são representados em demandas judiciais pela administradora¹³⁷⁵, apesar da responsabilidade incidir sobre o patrimônio das empresas

União, mesmo que alguns de seus municípios estejam inadimplentes no CAUC.

2. Caso em que a Caixa Econômica Federal foi excluída do processo e determinado que eventuais pendências de municípios integrantes do referido consórcio não sejam consideradas na análise da viabilidade de formalização de convênio. Ressalvou-se que o efetivo repasse de verbas mediante a celebração de convênios constitui modalidade de transferência voluntária, devendo haver manifestação favorável da Administração Pública Federal.

3. Inviável a análise de ausência de interesse de agir trazida no especial quando esta exige a interpretação de cláusulas contratuais ou a incursão no universo fático-probatório, ante ao óbice trazido pelas Súmulas 5 e 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. É vitável qualquer interpretação que afaste do ente transferidor, a União no caso, a legitimidade para responder a ações que discutam a transferência voluntária do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Apesar de a Caixa, na qualidade de mandatária da União, proceder o exame da documentação referente à regularidade do ente federado, as verbas orçamentárias saem do patrimônio da União, sendo este diretamente vinculado ao objeto do litígio. Em um caso ou outro, poder-se-ia dizer que a Caixa Econômica Federal poderia integrar o polo passivo da ação juntamente com a União, mas, de forma alguma, poderia dizer-se que a Empresa Pública seria exclusivamente legitimada em tal tipo de ação. Não se observa, inclusive, litisconsórcio passivo necessário, ante a ausência de qualquer disposição legal ou natureza da relação jurídica que justifique sua obrigatória intervenção no processo (art. 47 do Código de Processo Civil).

5. Segundo princípio da intranscendência das sanções, penalidades e restrições de ordem jurídica não podem superar a dimensão estritamente pessoal do infrator. O §1º do art. 1º da Lei n.11.107/2005 atribui personalidade jurídica própria aos consórcios públicos. Tais entes possuem autonomia administrativa, financeira e orçamentária, não havendo falar em exceção ao princípio da intranscendência no caso.

6. A sentença de primeiro grau ressaltou que o efetivo repasse de verbas ao consórcio, mediante a celebração de convênios na modalidade de transferência voluntária, depende de manifestação favorável da Administração Pública Federal, não havendo falar em violação da independência dos poderes no caso em questão.

Recurso especial improvido.

(REsp 1463921/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 15/02/2016)”.
 1375

PROCESSIONAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CONSÓRCIO.

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUSPENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PELA EMPRESA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na dita malversação dos artigos 585, inciso II, e 645 do CPC, dos artigos 278, §1º, e 279 da Lei das Sociedades Anônimas, do artigo 58, inciso V, da Lei nº 8666/93 e do artigo 60 da Lei nº 4320/64, uma vez que não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a súmula 282/STF.

2. A tese sustentada para justificar a ausência de interesse processual do ora recorrido ("por ser um contrato administrativo um título executivo extrajudicial, independe para sua executoriedade de processo de conhecimento, denotando a falta de interesse de agir") também não foi debatida, estando ausente o necessário prequestionamento.

3. A parte legítima é aquela que tem autorização para discutir determinada situação jurídica em juízo. No presente caso, conforme consignado pelo Tribunal a quo, verifica-se "pela documentação trazidas aos autos (fls.10-34 e fls.81-93), que o Estado de Mato Grosso do Sul celebrou contrato com o Consórcio Taurus Card Frota, consórcio este constituído pelas empresas Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda e S.H.Informática Ltda (Cláusula 3º do Contrato de fls.Js 1 -88)" (fls. 276). **Assim, como a relação jurídica se estabeleceu entre o Estado e o Consórcio, este é a parte legítima para a demanda.**

4. O Tribunal a quo, ao decidir pela ilegalidade no corte do fornecimento de combustível, consignou que não houve qualquer atraso pela Administração Pública por mais de 90 dias a justificar tal conduta, o que não confirma a tese da ora agravante de que o referido corte teria sido legítimo em razão de ato unilateral do ente estatal, que, por meio de decreto no qual estabeleceu regras para o encerramento do exercício financeiro, cancelou os saldos de empenhos realizados e as despesas já autorizadas, inclusive as relativas ao fornecimento de combustíveis e derivados de petróleo.

consorciadas¹³⁷⁶.

A questão não é pacífica acerca desses consórcios, pois em outros países, como na Espanha, há diversas decisões a favor (ex. A. P. de Salamanca, de 06 de maio de 1997, admitiu a possibilidade de um único gerente funcionar como representante de todas as empresas em união temporal, sem necessidade de citação de todas as entidades com personalidade jurídica) e contra (ex. A. P. de Santander, de 12 de maio de 1997, reconhecendo inexistência de personalidade jurídica e ausência de capacidade processual à união temporal de empresas, não admitindo capacidade de ser parte ou de estar em juízo a quem a lei não autoriza ser sujeito de direitos e obrigações)¹³⁷⁷.

Outro exemplo foi abordado no capítulo anterior quando tratamos do grupo econômico de empresas e a sua representatividade por uma das empresas no processo de conhecimento viabilizar a execução e liquidação em face das demais.

A presença da coletividade no polo passivo da ação coletiva em gênero ou da ação civil pública passiva não pode ensejar “impossibilidade jurídica do pedido”¹³⁷⁸, não havendo proibição no sistema legal brasileiro para essa demanda, sendo uma possibilidade extraída do sistema como um todo¹³⁷⁹.

Para aqueles que defendem a presença da coletividade no polo passivo, a previsão do *opt out* esvaziaria o instituto, sendo pouco provável que algum afetado quisesse integrar o polo passivo para responder em eventual procedência da ação coletiva passiva. Assim, como no Brasil, essa discrepância também ocorre devido ao regime da coisa julgada, que foi projetado para substituir o mecanismo de opção por exclusão da lei, deve ser interpretado à luz do sistema jurídico como um todo. Diante disso, em tese, o conteúdo do artigo 103 do CDC deve ser temperado¹³⁸⁰, o que pode ser efetivado por meio de estipulação legislativa com um tratamento peculiar para a coletividade no polo passivo.

Ao apreciar o teor do artigo 103 do CDC, na visão sintetizada de Ada Pellegrini Grinover, no relatório apresentado para a Associação Internacional de Processo Civil, consta que:

Ora, para ilidir as conclusões do Tribunal a quo e decidir como requer o ora recorrente, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula n° 7 desta Egrégia Corte.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1339896/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014)

¹³⁷⁶Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 175-177.

¹³⁷⁷Cf. NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y titisconsorcio en el proceso civil*: estudo jurisprudencial práctico, cit., p. 144.

¹³⁷⁸Com a supressão da impossibilidade jurídica como condição da ação no NCPC não resta dúvidas acerca dessa conclusão.

¹³⁷⁹Cf. NOYA, Felipe Silva. op. cit., p. 177.

¹³⁸⁰Cf. Id. Ibid., p. 180-181.

“Assim, o sistema brasileiro, afastando-se decididamente do modelo norte-americano do “opt out” e do “optin” das “class actions for damages”, escolheu um critério aderente à sua própria realidade sócio-econômica, levando em consideração as deficiências de informação e de politização do corpo social, as dificuldades de comunicação, os próprios esquemas da legitimação que não contemplam o controle do juiz sobre a 'representatividade adequada' do portador em juízo dos interesses coletivos”¹³⁸¹.

Jordão Violin visualiza a ação coletiva passiva autorizada: a) no artigo 83 do CDC, na medida em que o dispositivo propugna que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”; b) a inversão do polo ativo para passivo nas ações coletivas nas hipóteses de ação rescisória, embargos à execução, dentre outras; c) as ações de inconstitucionalidade em que entra em choque o interesse difuso da integridade e segurança do ordenamento em contraposição ao do ente estatal responsável pela edição da disposição legal ou normativa¹³⁸².

Ada Pellegrini Grinover fundamenta a percepção da ação coletiva passiva no artigo 107, do CDC, que permite a coletividade na convenção coletiva de consumo, o que se for judicializado ocasionará uma ação duplamente coletiva, ressaltando ainda a permissão do artigo 5º, §2º, da LACP, para os demais co-legitimados (poder público e associações) figurarem em qualquer dos polos da ação como assistente litisconsorcial, o que intui a viabilidade da presença da coletividade como réu. Da mesma forma, a aplicação genérica do artigo 83 do CDC permite para a “adequada e efetiva tutela” qualquer tipo de ação tendente à proteção dos interesses presentes no CDC. Para solucionar os efeitos da coisa julgada, defende a autora a inversão¹³⁸³ do previsto na LACP e no CDC, ou seja, na hipótese dos direitos coletivos e difusos somente não haverá coisa julgada quando houver “insuficiência da defesa coletiva” e, no caso dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada não impediria o uso de ações individuais para defesa de seus interesses. Quando a coletividade estiver em ambos os polos, em tese, haverá coisa julgada *erga omnes* diante da necessidade de preservação da isonomia de tratamento^{1384 1385}. Essa inversão, como abordamos no capítulo terceiro, não deve ser interpretada dessa forma sem a edição de uma

¹³⁸¹GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 29-39.

¹³⁸²Cf. VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 99-100.

¹³⁸³Ricardo de Barros Leonel assevera que “atualmente a única solução possível será a aplicação simétrica e inversa do regime de coisa julgada existente na ação civil pública” sem que seja possível prejudicar direitos individuais, salvo daqueles que figurarem como parte no processo por intervirem na demanda. Em sua concepção na ação coletiva passiva a coisa julgada atuará no plano coletivo e só atingirá indivíduos se representados ou substituídos por associações ou entidades com autorização estatutária para isso. (Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 314-315).

¹³⁸⁴Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, cit., p. 8-9.

¹³⁸⁵Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil*, cit., p. 145.

reforma legislativa, o que implica em manter os efeitos da coisa julgada segundo a espécie dos direitos defendidos no polo ativo da ação e do procedimento adotado se tratar de uma ação civil pública ou outras ações ordinárias que seguirão os efeitos *pro et contra*.

Ronaldo Lima dos Santos admite as ações coletivas passivas, agregando aos argumentos de Ada Pellegrini Grinover a existência no direito do trabalho dos dissídios coletivos e das convenções e acordos coletivos, que permitem o mesmo raciocínio das convenções de consumo, contudo, reconhece que a aplicação analógica da coisa julgada poderá deslegitimar as demandas coletivas passivas¹³⁸⁶.

Apesar de nossa posição destoar do propugnado pelos autores acerca de critérios de legitimação, de representatividade adequada de alguns entes, como os sindicatos, e dos efeitos da coisa julgada nessas ações coletivas, como já observamos ao longo da pesquisa, os elementos acima indicados pelos estudiosos demonstram que essas ações são uma realidade que merecem atenção não só da doutrina como dos legisladores e julgadores ante as implicações amplas que apresentam no seio social, interferindo em outras questões.

Essa constatação é reforçada pelos inúmeros julgados apresentados, em especial, no primeiro e quarto capítulo deste estudo.

5.3. Elementos legitimadores das ações coletivas passivas em geral: a teoria da responsabilidade por ato lícito e outros fundamentos

A pacificação dos conflitos e a segurança que uma decisão judicial pode proporcionar ao ser proferida, aclarando os limites dos direitos e interesses da coletividade em face de um indivíduo ou de parcela dessa coletividade, diante do pluralismo e da multidiversidade de grupos de interesse, recomenda a adoção da ação coletiva passiva, qual seja, a disposição tópica de uma coletividade no polo passivo de uma ação.

Um argumento em reforço da possibilidade de demanda em face da coletividade em decorrência de um interesse de notória amplitude e natureza coletiva é a teoria da indenização por ato lícito do poder público, no sentido de que, ainda que se pratique uma conduta legítima e lícita, os danos desproporcionais derivados dessa postura devem ser arcados por aqueles que se beneficiam ou se beneficiaram do ato em decorrência do princípio da solidariedade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro avalia que bastaria um ato lícito que ocasionasse a indivíduos um sacrifício maior do que o submetido aos outros integrantes da sociedade

¹³⁸⁶Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 148.

para ensejar o dever de indenizar por parte do poder público:

“Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato **ilícito** (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Pode-se, portanto, dizer que **a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos**”. (grifos no original)¹³⁸⁷

No mesmo sentido posiciona-se Edmir Netto de Araújo:

“Esse tipo de responsabilidade civil do Estado por atos danosos, que não exige (ao contrário da responsabilidade patrimonial privada) a ocorrência de atos jurídicos ou materiais **ilícitos**, apenas o dano e sua referibilidade ao Poder Público, é o que se denomina, na jurisprudência e na doutrina, como *responsabilidade extracontratual do Estado*, configurada pela *obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos* e, portanto, ao Estado”¹³⁸⁸. (grifos e destaques no original)

O supracitado autor relata que, na era contemporânea, a determinação de que os danos somente são ressarcidos quando provenientes de atos ilícitos não se aplica com a mesma intensidade, uma vez que para a “teoria da solidariedade patrimonial da coletividade frente ao dano sofrido por certo administrado” deve ser aplicada diante de ato lícito¹³⁸⁹.

O princípio da igualdade acaba permeando esse conceito de solidariedade:

“O que se pretende, em conseqüência, com base nesse fundamento – tratamento isonômico – é garantir uma repartição dos ônus provenientes dos atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião do exercício de atividade desempenhada no interesse de todos”¹³⁹⁰

¹³⁸⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 408.

¹³⁸⁸ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 790.

¹³⁸⁹“Para fins de responsabilidade civil do Estado, a caracterização de um ato, jurídico ou material, como ato ilícito, já teve mais importância do que atualmente: com efeito, é mais lógico e mesmo mais fácil atribuir-se responsabilidade quando o comportamento ou omissão danosos tenham sido ilícitos. Tanto é assim que, como se constatou no item anterior, as primeiras disposições constitucionais e mesmo infraconstitucionais do direito positivo brasileiro exigiam a ilicitude ou o abuso para configuração da responsabilidade: as Constituições do Império (1824) e do início da República (1891, 1934 e 1937) falavam em abuso e negligência dos agentes públicos, e o próprio Código Civil (1916) condicionava a responsabilidade a ter o representante do Estado procedido de modo contrário ao direito ou faltado a dever legal, indicando de certa forma a exigência de dolo ou culpa em sentido lato.

No entanto, a adoção, a partir da Constituição de 1946, da teoria objetiva do risco (integral ou administrativo, que para nós é o mesmo), deslocou o respaldo da obrigação de indenizar do Estado para os ditames da teoria da solidariedade patrimonial da coletividade frente ao dano sofrido por certo administrado, em decorrência de atividade ou omissão do Estado, que da coletividade é a síntese. Com isso, **mesmo sendo lícito** o ato (ou omissão), ou, ainda, **juridicizado** para outros ramos do Direito, ou até não identificado qualquer agente causador do dano (fatos, coisas e a atividades à guarda do Estado), no campo da responsabilidade civil o Poder Público não pode se eximir de indenizar o prejuízo decorrente, exceto na hipótese da ocorrência de alguma excludente de responsabilidade.” (destaque no original). (ARAÚJO, Edmir Netto de. op. cit., p. 789.)

¹³⁹⁰TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. Leme: Ed. de Direito, 1996. p. 105.

Esse entendimento, apesar de construído para responsabilizar o ente público, agindo legitimamente em benefício do bem-estar da população, deve ser utilizado pelas mesmas razões em relação à coletividade enquanto grupo organizado, ainda que atuando legitimamente, venha a ocasionar danos desarrazoados a terceiros, como pode se dar com uma conduta deliberada do sindicato patronal ou dos trabalhadores no exercício do direito de greve, em que o princípio da solidariedade entre os integrantes do grupo deve minorar os danos causados a terceiros por seus atos de caráter grupal quando promovam danos a esses membros da sociedade.

A greve funciona como uma espécie de autotutela exercida pelos trabalhadores desde que observados os limites legais. Devido a sua abrangência, em realidade, consiste numa forma de “autotutela collettiva”, ou seja, verdadeiro “strumento di azione dell'associazionismo sindacale”. Essa prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico parte do pressuposto de que devido à fragilidade da posição do trabalhador, a tutela jurisdicional não seria uma medida única e eficaz para a solução do conflito social, permitindo esse mecanismo de pressão¹³⁹¹ para a melhoria das condições sociais¹³⁹².

Nelson Mannrich assevera ser “inadmissível a greve ilimitada ou o abuso de direito”¹³⁹³.

Ora, se de acordo com o artigo 187 do Código Civil, de 2002, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, nada impede que o dano injusto a um terceiro em decorrência dos atos de um segmento da sociedade no exercício de qualquer direito é suficiente para proporcionar uma reparação, o que, em tese, legitima o ingresso de uma ação judicial por parte do prejudicado, sendo certo que o abuso de direito, nesse caso, dispensa a análise da culpa que pode estar presente de maneira accidental, não sendo essencial para caracterizar o instituto¹³⁹⁴.

Como defende Silvio de Salvo Venosa: “o exercício de um direito, ainda que dentro de seu próprio limite, pode causar dano a outrem”, pois a “cada dia mais se torna difícil

¹³⁹¹“Há copiosa doutrina enfrentando o conceito de greve, também conhecida como ação social ‘típica de luta dos trabalhadores’ (Pera, 1996, p. 194).

H. Sinay (1966, p. 133), com a autoridade de quem escreveu um tratado sobre greve, apresenta a seguinte definição: ‘A greve é a recusa coletiva e concertada do trabalho, manifestando a intenção dos trabalhadores de se colocar provisoriamente fora do contrato, a fim de assegurar o sucesso de suas reivindicações’” (MANNRICH, Nelson. O exercício do direito de greve. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7254>>. Acesso em: 03 ago. 2016).

¹³⁹²Cf. TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*, cit., p. 91.

¹³⁹³MANNRICH, Nelson. O exercício do direito de greve, cit.

¹³⁹⁴Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, cit., p. 563.

manter o homem no âmbito de seus próprios direitos”¹³⁹⁵.

O mencionado civilista ressalta que o abuso implica em excesso, no qual “pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem”, situação que deve ser rechaçada, portanto, não só por noções de ética e moral, como também pelo ordenamento jurídico¹³⁹⁶.

Defensável, nessa ótica, que não só em decorrência do abuso premeditado, caberá responsabilização, podendo esse desvio ser acidental e, nesse caso, identifica-se um dano a terceiro. Na verdade, acreditamos que o exercício de um direito não será abusivo desde que não venha a prejudicar terceiros. Em sendo eventual “prejuízo” ilegítimo, isso identificará a existência de abuso, simplificando a análise do “exercício do direito” para fins de indenização.

O Supremo Tribunal Federal, em certa oportunidade, determinou o pagamento de compensação quando demonstrado que a edificação de um viaduto ocasionou prejuízos desproporcionais ao particular,¹³⁹⁷ entretanto, quando a atividade do Estado se restringiu ao exercício regular do poder de polícia excluiu essa possibilidade, demonstrando que as circunstâncias do caso concreto (dentre eles o injusto prejuízo a que não deu causa) influenciam na solução adotada¹³⁹⁸.

¹³⁹⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 555.

¹³⁹⁶Cf. Id. Ibid., p. 556.

¹³⁹⁷“CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6. I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III. R.E. conhecido e provido. (RE 113587, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/1992, DJ 03-04-1992 PP-04292 EMENT VOL-01656-02 PP-00382 RTJ VOL-00140-02 PP-00636)”.

¹³⁹⁸“Poder de Polícia. Apreensão de veículos coletivos. Indenização negada. (Constituição Federal, art. 15, II; Código Nacional do Trânsito, arts. 43, 94 e 95). 1. - O art. 157, parágrafo 8. da Constituição Federal de 1967 (ou art. 163 da Constituição Federal de 1969) rege a monopolização de indústrias e atividades privadas pela União em lei, mas não impede que Município organize sociedade mista sob seu controle acionário, a fim de que explore com exclusividade linhas municipais de transporte coletivo. 2. - No exercício do poder de polícia, na área de seu peculiar interesse (Constituição Federal de 1969 art. 15, II), o Município pode conceder ou permitir a exploração de linhas de transportes, regular sua exploração, tipo de equipamento, horários e tarifas, observadas as normas do Código Nacional de Trânsito, que lhe dá poderes de apreender e remover veículos, que transgridam as regras legais e regulamentares. 3. - Não cabe indenização pelo ato lícito da Prefeitura apreendendo e removendo do tráfego veículos que recalcitram em explorar linha, cuja permissão caiu em caducidade e foi conferida a empresa municipal de transportes. (RE 71632, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, PRIMEIRA TURMA, julgado em //, DJ 28-09-1973 PP-07213 EMENT VOL-00923-01 PP-00314 RTJ VOL-00067-03 PP-00742)”.

Como exemplo da participação de grupos coletivos defendendo direitos e interesses comuns encontra-se a usucapião coletiva, as convenções coletivas de consumo, os acordos e convenções coletivas e os dissídios coletivos, isso comprova uma organização e consolidação dos grupos na era hodierna¹³⁹⁹, em que os direitos devem ser promovidos e os abusos combatidos em virtude da exigência de um convívio harmônico em sociedade com a preservação dos direitos decorrentes do pluralismo sem discriminações e privilégios indevidos.

De outro lado, a teoria da responsabilidade coletiva vem atribuindo o dever de indenizar a um grupo quando impossível comprovar a conduta individualizada de quem efetivamente cometeu o ato que gerou dano indevido¹⁴⁰⁰. Essa teoria também é denominada de “causalidade alternativa” em que os membros da coletividade respondem solidariamente¹⁴⁰¹. As associações de fato também são suscetíveis de responsabilização, o que atingirá o patrimônio de seus associados. Por fim, o uso dos interditos proibitórios com a citação por edital de todos os envolvidos não previamente identificados no momento da citação por oficial de justiça pressupõe que a ação foi direcionada à coletividade e não a indivíduos previamente especificados na petição inicial.

¹³⁹⁹Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 40.

¹⁴⁰⁰Cf. Id. *Ibid.*, p. 41.

¹⁴⁰¹APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. GRAVAÇÃO DE VÍDEO COM CENA DE SEXO EXPLÍCITO E POSTERIOR POSTAGEM NA INTERNET. ATO SEXUAL PRATICADO NO INTERIOR DE VEÍCULO DE PROPRIEDADE DE UM DOS CODEMANDADOS. AUTORA INDUZIDA A ACOMPANHAR OS RÉUS, DE CARRO, ATÉ LOCAL ERMO, ONDE FOI INTIMIDADA, AMEAÇADA E INDUZIDA À PRÁTICA SEXUAL. REPERCUSSÃO DO EPISÓDIO VEXATÓRIO E CONSTRANGEDOR COM A SUA PROPAGAÇÃO E VEICULAÇÃO NA INTERNET. EXPOSIÇÃO INDEVIDA DA INTIMIDADE. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DA IMAGEM DA AUTORA. DIREITO À IMAGEM. DANO INJUSTO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. TEORIA DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA. RESPONSABILIDADE COLETIVA OU GRUPAL. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS PARTICIPANTES DO EVENTO, SENDO IRRELEVANTE IDENTIFICAR QUEM EFETUOU A POSTAGEM DAS IMAGENS NO AMBIENTE VIRTUAL, POIS TODOS CONTRIBUÍRAM PARA A CAUSAÇÃO DO DANO. ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Veiculação indevida e desautorizada, na internet, de cena de sexo explícito. Imagens gravadas por um dos integrantes do grupo de jovens que induziu a vítima a acompanhá-los a local ermo e afastado do centro da cidade onde todos residiam, intimidando-a e constrangendo-a a participar do ato sexual. Responsabilização civil solidária de todo o grupo que participou do episódio, pois houve contribuição relevante de todos para a causação do dano injusto. Aplicação ao caso concreto da teoria causalidade alternativa, diante de situação em que não é possível identificar precisamente a conduta individualizada dos envolvidos, todos partícipes do evento que culminou na difusão das imagens constrangedoras. Violação à imagem e intimidade. Situação desprimorosa e constrangedora que dá margem à indenização por danos morais. DANOS MORAIS IN RE IPSA. Postagem na internet e em mensagens de celular audiovisual da autora em cena íntima, sem autorização. O agrupamento ofensor deve indenizar os danos causados à esfera extrapatrimonial do titular do direito personalíssimo violado. Dano "in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. Montante da indenização pelo dano moral arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto e parâmetro adotado pelo Colegiado em situações similares. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058941691, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/11/2015).

Além disso, como estabelecido no artigo 126 do CPC, de 1973, com redação assemelhada no artigo 140 do NCPC, de 2015¹⁴⁰² (com a consideração ampliada da lacuna no ordenamento jurídico), “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, bem como “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, demonstrando a impossibilidade de recusa no exercício da atividade jurisdicional, como também apreciado no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Não existindo normas específicas para regular a questão, cabe ao Judiciário utilizar instrumentos processuais semelhantes ou criar mecanismos adequados para solucionar a demanda, amparado nos mandamentos constitucionais com motivação conforme o ordenamento jurídico, sem macular a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, assegurando uma “qualidade das garantias” e não os modelos típicos do processo civil individualizado¹⁴⁰³.

Assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição diante da ausência de norma específica, permitindo que a coletividade figure no polo passivo das ações não pode impedir o acesso ao Judiciário, especialmente diante da previsão do artigo 5º, § 1º, da CF, e sua aplicabilidade imediata, desde que respeitado os limites das demais garantias processuais, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, numa ponderação de princípios¹⁴⁰⁴.

Aliado a esses fundamentos é recomendável a apreciação dessas situações pelo Poder Judiciário, no intuito de aplicar os mandamentos constitucionais que não se restringem ao acesso à justiça, mas preconiza a salvaguarda da igualdade e isonomia na sociedade, sendo impraticável que indivíduos ou setores da sociedade sofram danos desproporcionais ocasionados por outros indivíduos ou grupos.

Mauro Cappelletti recomenda:

“A Constituição, distante ainda de ser vista como uma mera proclamação de intentos político-filosóficos, se afirma hoje como *norma jurídica*, vinculante e superior a lei ordinária; os sistemas de controle e atuação da legitimidade constitucional são confiáveis a órgãos jurisdicionais, ou seja, a órgãos suficientemente *independentes e imparciais*, respeitados os titulares do poder político”.¹⁴⁰⁵ (destaques no original)

¹⁴⁰²“Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

¹⁴⁰³Cf. MAIA, Diogo Campos Medina. op. cit., p. 97-99.

¹⁴⁰⁴Cf. Id. Ibid., p. 78-79.

¹⁴⁰⁵CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, cit., p. 111-112.

O autor italiano assevera que “a nossa é a época do direito responsabilizado, do direito não separado da sociedade, mas intimamente ligado a ela, às suas necessidades, às suas demandas, ao grito de esperança, mais 'espesso' diante dos justos protestos e das dores, que vêm da sociedade”¹⁴⁰⁶.

Nos conflitos coletivos há elementos de maior magnitude sob o aspecto multiplicativo, portanto, com maior potencial danoso para a sociedade enquanto coletividade. Esse é um dos aspectos que permite a construção do dano moral coletivo quando particulares afetam direitos difusos ou coletivos em sentido amplo, mas é mais difícil de visualizar na hipótese de uma ação civil pública passiva, na hipótese de toda a coletividade encontrar-se no polo passivo da demanda. Seria uma incoerência que ela cometa um dano coletivo em relação a ela mesma, salvo exceções muito específicas, em que alguns grupos, representando parcela da sociedade, agridam direitos de outros grupos e, mesmo assim, o conceito de dano moral na presente hipótese não deve ser o mesmo do “dano moral coletivo” em sentido amplo de coletividade, mas sim de um dano ao direito coletivo inerente aos membros de um grupo em face de outro, em típicas ações coletivas passivas. Em certas situações, ainda assim, seria possível identificar um dano moral coletivo amplo, como, por exemplo, se um grupo de empregadores fosse identificado como mantenedores de trabalhadores em regime de escravidão, figurando no polo passivo de uma ação civil pública devido à agressão não só às normas trabalhistas, mas de direitos humanos que afetam toda a coletividade.

Na realidade, o dano moral coletivo decorre de violação aos direitos de maior magnitude, que, por essa característica, pertencem à própria sociedade e, uma vez atingidos, não geram ofensa apenas às partes envolvidas no processo, mas afetam toda a coletividade. Um exemplo seria a manutenção acima relatada de trabalhadores na condição de escravidão. Tal ato em si pode, em tese, gerar dano material e moral de caráter individual para cada um dos trabalhadores e outro para a sociedade, diante da severa desconsideração aos direitos humanos de cunho fundamental relacionada à dignidade da pessoa humana enquanto valor defendido e tutelado pelo ordenamento jurídico.

No caso da ação coletiva passiva, a ótica a ser observada é diversa, pois um particular não pode solicitar em face da coletividade um dano moral de caráter coletivo, pois seus interesses são individuais ou sub-coletivos quando envolvem um grupo de interesses (parte da sociedade) em relação a outro grupo ou em relação a toda a

¹⁴⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, cit., p. 116.

coletividade. Nesses últimos casos, o dano em si, seja material, seja moral, será meramente individual ou quando pertencente a um grupo, se não houver ofensa a preceitos de índole coletiva em sua acepção ampla, em nossa concepção, também individual consolidado (soma dos direitos individuais violados). O dano moral ainda pode ser concebido como reflexo de um “evento que atinge um grupo de pessoas ligado por um interesse de cunho grupal”¹⁴⁰⁷, o que também legitima as ações coletivas passivas sob o aspecto coletivo e não apenas individual se for compreendido como um ato de ataque ao coletivo e não aos indivíduos, gerando um dano moral coletivo de maior magnitude do que o meramente individual e menor do que eventual ofensa a direitos difusos.

Após essas considerações é possível compreender que mesmo sem alteração legislativa podemos com os instrumentos que existem em nosso sistema jurídico conceber modalidades de ações em que no polo passivo se encontra a coletividade não em sua concepção absoluta de todos os indivíduos da sociedade, mas sim relativa, ou seja, composta por grupos ou sub-grupos de indivíduos, em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos próprios em detrimento de outros ou, ainda, quando a lesão ou ameaça a direito alheio é atribuída a esses grupos com maior ou menor grau de organização, podendo os fatos serem decorrência de uma união temporal e casual, mesmo que seus membros não acordem ou planejem os atos em conjunto previamente.

5.4. Medidas que visam maior justiça na prestação jurisdicional: aplicabilidade do NCPC de 2015 nas ações coletivas

Enquanto não houver alteração legislativa para a previsão expressa das ações coletivas passivas regulando adequadamente os instrumentos processuais acima delineados temos que utilizar os mecanismos disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

Com a edição do NCPC, em 2015, nosso sistema processual apresenta instrumentos mais efetivos do que os adotados pelo sistema processual espanhol, salvo no tocante à previsão de formas de representação da coletividade no polo passivo como o litisconsórcio quase necessário e a representação processual de grupos despersonalizados em juízo.

Nesse momento, interessante narrar alguns desses mecanismos no intuito de auxiliar na uniformidade das decisões e do estímulo ao cumprimento de determinações

¹⁴⁰⁷BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *O dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro: conceito, delimitação, responsabilização, arbitramento, análise jurisprudencial, medidas preventivas e repressivas no âmbito trabalhista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 15.

judiciais por meio de execução imprópria, no intuito de efetivar a representação da coletividade no polo passivo das ações submetidas ao procedimento comum ou especial.

Uma exigência salutar é a reunião dos processos coletivos para uma decisão conjunta, em que, na Espanha, denomina-se de “acumulación de procesos”, no artigo 76 da Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴⁰⁸, visando à uniformidade não só quando a coletividade se encontra no polo ativo, como também no polo passivo, evitando-se a proliferação de processos similares com decisões destoantes, sendo importante o cadastro desses processos no Poder Judiciário em nível nacional.

Com o artigo 55 do NCPC¹⁴⁰⁹ é possível a conexão¹⁴¹⁰ entre processos com a mesma causa de pedir ou pedido, desde que nenhum deles tenha sido sentenciado com a competência do primeiro juízo, que está prevento para julgar, o que também foi autorizado quando há a probabilidade de “gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

Quando não for possível a reunião para julgamento conjunto, ainda assim recomendável que o juízo que analisou o primeiro processo seja o competente para o julgamento dos demais¹⁴¹¹, a fim de evitar desconformidade das decisões quando não for hipótese de extinção por litispendência ou coisa julgada, o que é possível pela aplicação da

¹⁴⁰⁸“Artículo 76. Casos en los que procede la acumulación de procesos.

1. La acumulación de procesos habrá de ser acordada siempre que:

1.º La sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro.

2.º Entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

2. Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos:

1.º Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley. (...)” (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

¹⁴⁰⁹BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹⁴¹⁰O Código Modelo de Processos Coletivos permite a conexão em seu artigo 29 estabelece que:

“Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais”.

¹⁴¹¹Francisco Gérson Marques de Lima preconiza na hipótese de continuidade das ações individuais em detrimento das coletivas trabalhistas por opção do empregado que o juiz da ação individual deve comunicar o magistrado da ação coletiva prevento para o julgamento das ações quando presente a mesma competência territorial e, por consequente, responsável pela exclusão do empregado da ação coletiva. (Cf. LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Ações coletivas sindicais e litispendência*, cit., p. 522).

Nessa situação diante da especialidade da Justiça do Trabalho e da necessidade de tutelar o trabalhador é essencial que a reunião de processos conexos se dê dentro da mesma competência territorial não sendo razoável exigir que o obreiro tenha que se deslocar a outra região ou seção da Justiça do Trabalho.

distribuição por dependência do artigo 286 do NCPC, com o reconhecimento de ofício pelo juízo¹⁴¹² quando se tratar do mesmo grupo.

Outro ponto que merece destaque são os valores arbitrados para multas coercitivas tendentes a estimular uma obrigação de fazer ou não fazer por parte dos réus em demandas coletivas em que, no Brasil, não existem limites, cabendo ao juiz maior discricionariedade nessa ponderação do que na Espanha, como se observa no artigo 711 da Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴¹³.

O nosso país também apresenta outro diferencial, na medida em que possui tutelas de cunho antecipatórios, ao contrário dos sistemas europeus, como o espanhol, em que só há tutelas cautelares, como se depreende do artigo 728 da Ley de Enjuiciamiento Civil, que além dos requisitos comuns a essas medidas, exige caução das partes salvo quando são discutidos direitos coletivos¹⁴¹⁴. No Brasil, o CDC, em seu artigo 84¹⁴¹⁵, dentre tantos

¹⁴¹²Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do art. 55, § 3o, ao juízo prevento.

Parágrafo único. Havendo intervenção de terceiro, reconvenção ou outra hipótese de ampliação objetiva do processo, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

¹⁴¹³“Artículo 711. Cuantía de las multas coercitivas.

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por ciento del precio o valor y la multa única al 50 por ciento de dicho precio o valor.

2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

¹⁴¹⁴“Artículo 728. Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caucción.

1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

outros dispositivos de leis especiais e no próprio NCPC¹⁴¹⁶, admite a tutela antecipada com arbitramento de multa de ofício para cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, o

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.

En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”. (ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit.).

¹⁴¹⁵“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

¹⁴¹⁶O artigo 297 do NCPC referente à tutela provisória de urgência e evidência dá uma ampla discricionariedade para o juiz “determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. Ainda no intuito de assegurar o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer com a atribuição de multa para cumprimento de ofício existem os artigos 497, 536 e 537: Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. § 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento. § 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência. § 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional. Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 2º O valor da multa será devido ao exequente. § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) § 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

De outro lado, caso o cumprimento da efetivação da tutela de urgência venha a causar danos eles serão liquidados nos próprios autos como se depreende do artigo 302 do NCPC: Art. 302. Independentemente da

que possibilita uma maior discricionariedade ao juiz para estimular a parte a voluntariamente efetivar a determinação judicial, bem como outras medidas visando ao resultado prático equivalente.

O artigo 7º do NCPC¹⁴¹⁷, no intuito de promover um contraditório adequado com paridade de armas, assegura um tratamento igualitário para as partes, visando resguardar o exercício dos direitos, deveres e faculdades, com uma conduta ativa do magistrado, aplicando as sanções processuais, observando os ônus, deveres e obrigações dos autores e réus em atenção à ampla defesa e ao devido processo legal.

A ponderação sobre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em associação ao atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, ao aplicar o ordenamento jurídico pelo juiz, em atenção da dignidade humana e a outros preceitos, como a eficiência, publicidade e legalidade, previsto no artigo 8º do NCPC¹⁴¹⁸, consiste num aperfeiçoamento do artigo 5º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

O NCPC apresenta uma preocupação considerável com a participação das partes na formação da vontade do julgador. Os artigos 9º¹⁴¹⁹ e 10¹⁴²⁰ do diploma exigem a prévia oitiva das partes antes de qualquer decisão, salvo raras exceções, ainda que venha a aplicar matéria reconhecível de ofício, impedindo a denominada “decisão surpresa” e obrigando os magistrados a se aterem aos fundamentos das partes em respeito ao contraditório¹⁴²¹.

reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

¹⁴¹⁷Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹⁴¹⁸Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁴¹⁹Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;
II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701”.

¹⁴²⁰Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁴²¹MILIONI, Pedro de Souza Gomes; MARINHO, Marcelo. O novo Código de processo civil, a concretização do princípio constitucional do devido processo legal, e os reflexos no processo do trabalho, cit., p. 40-42.

O artigo 489 do NCPC¹⁴²² impede uma prática adotada pelos juízes, sob o argumento de maior celeridade na prestação jurisdicional (devido ao excesso de processos em trâmite) que apequenava o princípio da fundamentação, previsto no artigo 93, IX, da CF, exigindo que a mera menção a súmulas, precedentes, artigos ou outros expedientes, sem uma real motivação ou, pior, não aplicar o entendimento consolidado na jurisprudência sem demonstrar por meio de argumentos fortes o porquê se aplicam ou não esses entendimentos, deve ser rechaçado.

Assim, há necessidade do juiz abordar as premissas dos casos em comento, não se recusando, portanto, a apreciar os elementos fundamentais apresentados pelas partes¹⁴²³, devendo, com maior razão, tal postura permear a apreciação dos processos coletivos, ingressando como requisito do devido processo legal coletivo.

Na aplicabilidade do artigo 15 do NCPC, ao preceituar “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”, há polêmica sobre sua interpretação frente às normas contidas na CLT¹⁴²⁴.

¹⁴²² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

¹⁴²³ MILIONI, Pedro de Souza Gomes; MARINHO, Marcelo. op. cit., p. 42-43.

¹⁴²⁴ Em Portugal, como o código de processo do trabalho foi editado com o anteparo da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil revogado, duas correntes se formaram acerca do uso subsidiário da legislação processual comum. A primeira defende a manutenção da aplicabilidade do Código revogado e a segunda o NCPC, especialmente devido ao aprimoramento do sistema processual. A tendência é que essa última corrente prevaleça, mas esse problema não se apresenta no Brasil diante da previsão expressa do artigo 15 NCPC, contudo, deve haver compatibilidade com as peculiaridades e previsões específicas do processo laboral (Cf. PEREIRA, Albertina. Repercussões do novo Código de Processo Civil no Código de Processo do Trabalho. *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura*, Série II, Universidade Lusitana Editora, Lisboa, n. 11, p. 17-21, 2013).

Pedro de Souza Gomes Milioni e Marcelo Marinho reputam o termo “subsidiário” como aplicável na omissão da norma trabalhista e o “supletivo” implicaria numa “releitura” daquilo que já existe enquanto outra corrente inverte os sentidos mencionados¹⁴²⁵.

Ocorre que alguns preceitos como a gratuidade (artigo 98 do NCPC) em caráter amplo não podem ser aplicados para isentar o depósito para recorrer previsto em lei na Justiça do Trabalho para as empresas, que seria incompatível com o artigo 769 da CLT¹⁴²⁶, o que exige atenção na aplicabilidade do NCPC ao processo do trabalho e, sobretudo, ao microsistema de tutela coletiva.

Em verdade, a interpretação que deve prevalecer é a da interação do NCPC com as normas processuais da CLT, desde que não haja incompatibilidades, sendo certo que diversos dispositivos podem ser aplicados no âmbito trabalhista, baseando-se na concepção de devido processo legal instituída pelo NCPC que apresenta base constitucional¹⁴²⁷, especialmente se os novos instrumentos propiciam uma mais adequada defesa aos direitos trabalhistas¹⁴²⁸.

O *amicus curiae*¹⁴²⁹ próprio das ações de controle de constitucionalidade foi ampliado e admitido para a solução de controvérsias de relevância social ou em que conhecimentos específicos sejam necessários, diante da peculiaridade da matéria, em todos os graus de jurisdição, sem restrição, como se depreende do conteúdo do artigo 138 do NCPC¹⁴³⁰.

Esse expediente, portanto, poderá ser de utilidade para as ações civis públicas e, com maior razão, quando a coletividade se encontra no polo passivo nos processos

¹⁴²⁵Cf. MILIONI, Pedro de Souza Gomes; MARINHO, Marcelo. op. cit., p. 43-44.

¹⁴²⁶Cf. SEVERO, Valdete Souto O NCPC e o processo do trabalho: falsas novidades e parâmetros de aplicação. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 33, n. 386, p. 19, fev. 2016.

¹⁴²⁷Cf. MILIONI, Pedro de Souza Gomes; MARINHO, Marcelo. op. cit., p. 44-45.

¹⁴²⁸Cf. SEVERO, Valdete Souto op. cit., p. 19-20.

¹⁴²⁹“*Amicus curiae* é uma expressão que vem do latim e significa, literalmente, “amigo da corte”. O vocábulo latino *curiae* possui diversos sentidos, dentre os quais “sala de sessões de qualquer assembléia” e, nesse sentido, é que se faz razoável empregá-lo, contextualizando-o com a modernidade, como corte ou tribunal” (MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *O Amicus Curiae e a democratização do controle de constitucionalidade*. 2005. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/499>>. Acesso em: 06 set. 2016).

¹⁴³⁰Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

coletivos em geral, viabilizando uma mais precisa percepção da realidade, com a oitiva e participação de associações e sindicatos na compreensão das controvérsias, ainda que não se encontrem num dos polos da ação.

É sempre bom recordar que o direito processual comum se aplica subsidiariamente em caso de omissão do microsistema de tutela coletiva (LACP e CDC) e da CLT.

Essa participação de entes representativos de interesses sociais e coletivos insere no ordenamento jurídico brasileiro o termo “representante adequado”, que não possui uma definição em norma jurídica, cabendo à doutrina e à jurisprudência traçar seus contornos e limites, o que viabiliza o empréstimo do direito comparado de usos e costumes de conteúdo aproximado, como abordado nessa pesquisa.

O mencionado dispositivo, ao considerar irrecorrível a decisão que admite o “amicus curiae”, demonstra a essencialidade dessa arguição para o deslinde da demanda, que pode ser tomada de ofício ou mediante provocação das partes ou de interessados em se manifestarem nos autos em auxílio ao juízo na formação de sua convicção.

A “participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada” no processo implica em reconhecer o valor da integração dos diversos grupos sociais no auxílio da prestação jurisdicional, esclarecendo elementos e circunstâncias que podem influenciar direta e indiretamente na solução da lide.

O magistrado ou relator, ao analisar o caso concreto, poderá estabelecer os poderes de cada um dos colaboradores (*amicus curiae*), elastecendo a prerrogativa de interpor embargos de declaração¹⁴³¹ e de recurso do incidente de resolução de demandas repetitivas. Da mesma forma, a participação de órgão ou entidades de caráter público não interferirá na fixação da competência para julgamento que se define pela relação processual entre autor e réu.

Um ponto curioso no NCPC é o artigo 927¹⁴³², que estabelece o dever de

¹⁴³¹Essa alteração veio em boa hora visto a restrição das decisões do Supremo Tribunal Federal que limitavam a sua participação à sustentação oral, entrega de memoriais, prestação de informações e ao recurso da decisão que não o habilita nos autos. Nesse sentido: “o amicus curiae não possui legitimidade para a oposição de embargos de declaração em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade”(Cf. ADO 6 ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 02-09-2016 PUBLIC 05-09-2016) e “A legitimidade recursal do “amicus curiae” tem sido reconhecida somente na hipótese singular em que lhe seja negado o ingresso formal na causa”(Cf. RE 597165 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 05-12-2014 PUBLIC 09-12-2014). E outra ocasião ampliou-se um pouco essa participação mas nada que os equipare aos poderes exercidos pela parte como a ampliação dos limites objetivos da lide: “faculdade de submeter, ao Relator da causa, propostas de requisição de informações adicionais, de designação de perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre questões decorrentes do litígio, de convocação de audiências públicas”(Cf. ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014).

¹⁴³²“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

obediência para os órgãos jurisdicionais não só das normas infraconstitucionais e da Constituição, mas também determinados precedentes judiciais corporificados nas decisões do STF, em controle de constitucionalidade ou em súmulas vinculantes, acórdãos proferidos pelo sistema de análise de recursos repetitivos (especial e extraordinário)¹⁴³³, súmulas do STF e STJ e no âmbito dos Tribunais, a deliberação do plenário ou órgão especial, bem como as decisões decorrentes de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas¹⁴³⁴.

Como não é possível eternizar entendimentos jurisprudenciais em virtude do dinamismo das relações sociais, o mesmo dispositivo autoriza “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”, exigindo a realização de “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Ao contrário do que muitos defendem, esse

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

¹⁴³³Pelo teor do artigo 928 do NCPC os casos repetitivos assim considerados pelo ordenamento jurídico são mais amplos:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

¹⁴³⁴Essa vinculação pode ter origem na Constituição Federal ou na lei ordinária e, portanto, deve respeitar os níveis hierárquicos atingindo apenas os inferiores não açambarcando o Poder Legislativo que poderá legitimamente editar normas contrárias ao conteúdo dos julgados, nem os Tribunais Superiores notadamente o STF que pode alterar até mesmo as súmulas vinculantes ou os julgamentos em repercussão geral acerca dos motivos determinantes, salvo a proibição de modificações que possam interferir na coisa julgada dos casos pretéritos apreciados por ele que gera a imutabilidade do dispositivo da decisão em cada caso concreto. Na verdade, ampliou-se por demais a vinculação da tese jurídica adotada em diversos expedientes a ponto de ensejar reclamação a sua não obediência englobando os fundamentos jurídicos (tese jurídica) quase que equiparando as decisões do STF em controle de constitucionalidade nos âmbitos de competência dos tribunais. Também é importante diferenciar a coisa julgada que afeta o dispositivo da decisão com o efeito vinculante que engloba as suas razões determinantes (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*: de acordo com a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145-161).

expediente não se confunde com a *stare decisis* do direito americano, na medida em que não é permitido aos juízes brasileiros superarem (*overruling*) os precedentes (*binding precedentes*) diante de um caso concreto, com “superação antecipada” ou “implícita” dos mencionados precedentes pelos próprios juízes de primeiro grau¹⁴³⁵.

No § 3º, do artigo 927, do NCPC, é expressamente prevista, na revisão do entendimento, a modulação dos efeitos das determinações, visando à segurança jurídica e ao interesse social quando houver “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, o que, de certa forma, reforça o nosso entendimento acerca de alterações legislativas, permitindo a modulação dos efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas passivas e em outras ações coletivas, em que a coletividade ou um grupo despersonalizado esteja no polo passivo.

Há, no §4º, do mencionado dispositivo, a exigência ainda de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” quando ocorrer alteração “de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”.

Essa viabilidade de alteração dos precedentes de caráter vinculante demonstra que também nas ações coletivas deve ser observado algo semelhante, não sendo possível a eternização de decisões genéricas se as circunstâncias que embasaram o seu proferimento não mais persistirem e, principalmente, se não forem mais adequadas para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, permitindo-se o ajuizamento de novas ações visando à revisão da situação.

Assim, a revisão dessas sentenças ou condenações genéricas deve ser mutável de acordo com as circunstâncias vigentes, sendo necessária a revisão de seu conteúdo de tempos em tempos. Ora, se nem mesmo a lei é eterna, sofrendo inúmeras adaptações à dinâmica social, não há sentido de defender uma imutabilidade das decisões em processos coletivos.

O § 1º, do artigo 322, do NCPC, ao especificar que o pedido deve ser certo, asseverando que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” é de extrema relevância para os processos coletivos, em que, na maioria das vezes, não é possível pormenorizar os pedidos, especialmente quando se profere uma decisão genérica a atingir todo um grupo, classe ou categoria. Essa é a ideia extraída do artigo 324, § 1º, II, do NCPC, ao admitir o pedido genérico e, portanto, não

¹⁴³⁵Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. op. cit., p. 127-129.

determinado “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato”. Nesse contexto, é possível inferir que, ao se postular o ressarcimento de um dano coletivo, pretende-se não só o pagamento de eventual indenização pelos prejuízos sofridos como também a suspensão da lesão ou correção da prática adotada, sob pena de eternização dos conflitos coletivos com ajuizamento de ações e execuções subreptícias. Essa circunstância e filosofia inerente ao novo sistema processual são perceptíveis também do artigo 323, do mesmo diploma legal, ao determinar que “na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las” e, no parágrafo único, do artigo 325, NCPC, assegurando “quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo”, ao tratar do pedido alternativo no diploma processual, observando-se uma razoabilidade na interpretação dos pedidos, sem desatentar para uma análise conjuntural não só da peça processual como da finalidade do processo enquanto pacificador dos conflitos sociais, como ocorre no artigo 84 do CDC.

O NCPC não conseguiu quebrar o paradigma individualista do processo civil, mas existem diversos expedientes criados, mantidos e aprimorados em relação ao Código de 1973, que permitirão, em sede de aplicação subsidiária aos demais ramos, como o processo coletivo e do trabalho, instrumentos mais aperfeiçoados para a tutela dos direitos metaindividuais, entretanto, longe se esta de um diploma ideal em prol da defesa dos interesses supraindividuais.

Valdete Souto Severo identifica o espírito afoito de aplicabilidade do novo que permeia a atração doutrinária para as aparentes ideias vanguardistas, sob a perspectiva de uma nova codificação, o que é um erro diante dos elementos do NCPC:

“As novidades sempre nos atraem. Somos compelidos em direção ao novo, justamente por sua característica de introduzir algo diferente, capaz de nos retirar da zona de conforto. Convidamos a refletir. É assim com o novo CPC. O problema é que aí a novidade é um disfarce: não passa de reinvenção do que já está ultrapassado. O NCPC não apenas deixa de avançar em aspectos essenciais, tal qual a redução do número de incidentes e recursos, como também insiste numa ideia que já perdeu seu tempo histórico: a proteção aos interesses do devedor. Isso, por si só, o compromete como uma novidade a ser festejada. Se somarmos o fato de que resulta compilação de diferentes doutrinas e mesmo teses individuais, por vezes antagônicas, teremos dificuldade em afastar a conclusão que se impõe. O novo CPC nasce ultrapassado naquilo em que efetivamente interessa: sua suposta intenção de perseguir a realização do projeto social de inclusão e solidariedade, contido na Constituição de 1988. Não se trata, porém, apenas da perda de uma oportunidade de avançar. Vários dispositivos revelam a intenção clara de reforçar o

paradigma racionalista que busca “amarrar” o juiz à vontade da lei (hoje melhor identificada na vontade da súmula)”¹⁴³⁶.

A autora relata a fragilização dos juízes de primeiro grau e o consequente fortalecimento dos magistrados nos Tribunais, em que a análise do caso concreto com a aplicação da lei é substituída pelas súmulas, precedentes e instrumentos de julgamento de demandas repetitivas, em que não se circunscreve ao próprio órgão aplicar a norma, mas acaba por criar preceitos normativos em descompasso com os ideais democráticos, pois ao decidir, o juiz de primeiro grau não pode se afastar das súmulas e demais expedientes (sem fiscalização ou controle adequado), a pretexto de salvaguardar o princípio da fundamentação constitucionalmente assegurado¹⁴³⁷.

Outro problema do NCPC consiste na confusão entre efetividade e previsibilidade (decisões uniformes para casos nem sempre semelhantes), com certa dose de celeridade, suprimindo a avaliação acurada sobre o caso concreto e as peculiaridades dos seres humanos em suas relações e interrelações em prejuízo à democracia (respeito à pluralidade, às diferenças) e vocacionado para cumprir metas de julgamento, num ideário empresarial da justiça medida por números de julgamento e não da qualidade de suas decisões, que só são aprimoradas por meio dos embates das divergências que se encontram tolhidas pelos novos instrumentos criados e incentivados pelo diploma processual. Melhor solução seria o aparelhamento dos juízes para julgar com tempo e, por conseguinte, com tranquilidade necessária a analisar as circunstâncias e o direito vigente, ponderando os reflexos de suas decisões na sociedade¹⁴³⁸.

Se compararmos as demandas repetitivas com os direitos individuais homogêneos, a justiça no caso concreto será melhor adotada para os direitos homogêneos, em que, após uma sentença genérica numa ação civil pública, existe uma fase de liquidação e execução por artigos, o que nos direitos heterogêneos, em que a aplicação da tese jurídica sequer

¹⁴³⁶SEVERO, Valdete Souto op. cit., p. 7-8.

¹⁴³⁷“O que impressiona é que em 2015, quando já devíamos mesmo haver ultrapassado a ideia de positivação do direito em códigos, o NCPC reforce esse propósito liberal de redução da função do Poder Judiciário, criando mais de mil artigos para disciplinar até mesmo o tempo entre uma audiência e outra, ou a ordem em que as sentenças devem ser proferidas. A resistência dos juízes (de primeiro e segundo graus) à aplicação de algumas falsas novidades da Lei 13.105 deve-se bem menos ao medo de fundamentar as decisões (dever constitucional já assegurado pelo art. 93) do que à percepção da armadilha que nela se esconde e que consiste em, sob a pretensão de combate a um ativismo judicial nefasto, estabelecer o ativismo como regra. Ao propor um controle panóptico das atividades do juiz de primeiro grau, o NCPC busca esvaziar a função jurisdicional. Ao mesmo tempo, porém, potencializa a força dos órgãos superiores ligados a esse mesmo Poder Judiciário, permitindo-lhes criar as regras que eles mesmos, ao fim e ao cabo, irão aplicar. Não há, portanto, o decantado prestígio à produção legislativa democrática (que de democrática, ultimamente, tem tido muito pouco), nem há fortalecimento do poder do Estado (administrador)” (Id. Ibid., p. 13).

¹⁴³⁸Cf. Id. Ibid., p. 16-19.

analisa as peculiaridades de cada caso concreto, desconsidera as diferenças inerentes à realidade de cada processo.

Analisando os preceitos do NCPC que podem ser aproveitados para as ações coletivas passivas de maneira subsidiária à CLT e ao microssistema de tutela coletiva (LACP e CDC) podemos nos concentrar em reformas visando a outras medidas em caráter complementar ao que já existe, para não incidir em desnecessário e supérfluo *bis in idem*.

5.5. Alterações culturais na percepção de justiça e na aceitabilidade das decisões

Há uma dificuldade em nosso país sobre a aceitabilidade das decisões judiciais quando elas nos são desfavoráveis, o que estimula a proliferação de recursos no intuito de alterá-las, circunstância potencializada ao se tratar de direitos coletivos que por natureza são indisponíveis.

Elena Paciotti, ao apreciar o sentimento do povo italiano sobre a justiça das decisões, apresenta um parâmetro muito próximo ao brasileiro:

“È certamente difficile far funzionare in modo accettabile un sistema di giustizia in un paese poco amante delle regole e poco incline alla legalità; nel quale all'individualismo non si accompagnano etica della responsabilità e cultura delle libertà, ma anarchismo e insieme, paradossalmente, dogmatismo. Un paese che non crede alle leggi, che cerca di arrangiarsi al di fuori di esse, ma che di fronte a ogni nuovo problema chiede a gran voce: ci vuole una legge! (che rimuova gli ostacoli, che risolva i problemi, che imponga agli altri di piegarsi alle nostre esigenze). Un paese che ama ricorrere al giudice per ottenere quanto ritiene giusto per sé, ma non rispetta le sentenze se non coincidono con la propria visione delle cose”¹⁴³⁹.

A justiça da decisão facilita a sua recepção e o cumprimento voluntário pelas partes, entretanto, como se trata de um conceito relativo, a depender dos valores próprios dos interessados no processo e de circunstâncias sociais, econômicas e culturais, que interferem na formação do indivíduo, a decisão deve apresentar caráter preceptivo e não meramente expressar uma opinião ou a singela vontade do julgador¹⁴⁴⁰. Para atingir essa condição, o juiz deve pautar-se em fundamentos jurídicos sólidos, com base nas normas em vigor e nas peculiaridades de cada caso concreto, sem perder sua imparcialidade e com o cuidado necessário para que seus preconceitos não interfiram no resultado da lide, sendo esse talvez o maior desafio do juízo ao lidar com demandas decorrentes de direitos coletivos em sentido amplo.

¹⁴³⁹PACIOTTI, Elena. *Sui Magistrati: la questione della giustizia in Italia*. Roma: Laterza, 1999. p. 97.

¹⁴⁴⁰“En virtud de la relación de dependencia en que se encuentra, dentro de la dinámica del juicio prudencial, la voluntad con respecto a la razón, dicha decisión no puede tener un carácter puramente volitivo, sino preceptivo. Quiere ello decir que la sentencia no puede consistir en un mero acto de la voluntad del juez, sino en un *precepto*, (...)” (MONTORO-BALLESTEROS, Alberto. *Conflicto social, derecho y proceso*, cit., p. 28-29).

Em linhas gerais, como parâmetro para a decisão justa, o magistrado deve pautar-se pelo princípio da igualdade no caso concreto, com proporcionalidade entre o ato praticado e sua sanção, com o dano sofrido ao bem coletivo e sua recomposição¹⁴⁴¹ e, quando necessário, a isenção para excluir do processo quem não é o responsável pela conduta ilícita ou dano apurado.

Outra forma de conformação social para uma mais efetiva aceitabilidade das decisões judiciais consiste na compreensão de que a concentração da resolução dos conflitos coletivos em um único processo é a forma mais adequada para preservar a igualdade e a uniformidade da solução da controvérsia, o que assegura uma melhor concepção de justiça. Essa justiça é melhor absorvida pela sociedade diante de uma prestação jurisdicional mais célere, daí a importância também de outros princípios, como o da economia processual e o da concentração dos atos processuais, a fim de evitar uma solução tardia do conflito¹⁴⁴². Essa aceitação e conformação é potencializada com a presença do *amicus curiae* e com o caminho de manifestação aberto para todos os interessados no processo que serão atingidos por uma ação coletiva passiva, com uma comunicação ampla, não só por edital.

Além disso, a ampla publicidade funciona como a alma dessas decisões que englobam condenações genéricas, visto que informa aos interessados e aos membros da sociedade que determinada conduta ensejará a repreensão social por meio do Poder Judiciário, seja com o ajuizamento de ações coletivas, seja pela execução das decisões já julgadas.

Essa preocupação, a nosso ver, atende ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório nas ações coletivas passivas em geral.

¹⁴⁴¹“Si el proceso es un instrumento al servicio de la justicia es necesario que la sentencia con la que concluye el proceso sea una sentencia justa, porque sólo una decisión justa puede resolver de manera eficaz los conflictos, restaurando la paz social”

Como la justicia implica la idea de igualdad, de proporción entre dos términos, la justicia de la sentencia requiere que se alcance la debida proporción y adecuación entre la infracción y la sanción; entre el daño causado y la reparación que se establezca. La justicia exige, en definitiva, que el contenido de la decisión judicial sea proporcionado – de acuerdo con el esquema de igualdad o equivalencia que implica la justicia – al valor, a la significación y al alcance de las pretensiones en pugna” (MONTORO-BALLESTEROS, Alberto. op. cit., p. 38).

¹⁴⁴²“A paliar, en la medida de lo posible, la lentitud del proceso -lentitud que constituye uno de los mayores y más frecuentes inconvenientes del mismo, hasta el punto de poder frustrar su finalidad que, no se olvide, es la justa solución de los conflictos – responden determinados recursos técnicos inspirados en el principio de *economía procesal*, tales como la *acumulación*, en sus diferentes manifestaciones, y la *concentración de las actuaciones procesales*” (Id. Ibid., p. 36).

5.6. Direito consuetudinário como fonte processual para a viabilidade da coletividade no polo passivo das ações

Na concepção de Pedro Aragonese Alonso, o direito consuetudinário consiste no “Derecho creado por el pueblo”, com diversas posições sobre os critérios essenciais para sua aplicação ou acerca da subordinação, igualdade ou supremacia em relação ao “derecho legislado”¹⁴⁴³.

Dentre várias correntes, pode-se sintetizar as posições no tocante à possibilidade do costume ser uma fonte do direito processual, apesar das diversas variações, em quatro correntes na Espanha: a) inviabilidade com base no princípio da legalidade que rege o ordenamento; b) aplicável na medida em que o direito consuetudinário não se submete às normas legais devido a sua posição de hierarquia superior; c) conciliadora (intermediária), admitindo como fonte, desde que não haja norma jurídica expressamente, o excluindo; d) a aplicabilidade decorre da impossibilidade do costume ser contido por obra do legislador, pois evidencia um “problema metajurídico”¹⁴⁴⁴.

Não concebemos que os costumes sejam superiores à lei ou que seriam obstados em seu aproveitamento em decorrência do princípio da legalidade, sendo mais atrativa a concepção de tratar-se de um “problema metajurídico” em associação à ausência de vedação legal ou, ainda que a proibição exista, seja ela incompatível com os preceitos constitucionais ao salvaguardar valores mais elevados.

Há posição consolidada na doutrina de países como a Alemanha, em que os denominados “Derecho popular” e “Derecho judicial” são espécies do gênero “Derecho consuetudinario”, contudo, apenas o direito oriundo dos costumes do povo é criado no seio da comunidade e não depende das normas legais, podendo, em algumas circunstâncias, sobrepor-se a elas enquanto a jurisprudência aplica e interpreta a lei ou os costumes, solucionando o conflito de interesses no caso concreto¹⁴⁴⁵.

No caso do direito processual, a relevância do direito consuetudinária depende do Poder Judiciário, pois a sua prática reiterada que irá consolidar o costume como instrumento para a aplicabilidade do direito material.

Mauro Cappelletti consigna que “el primer punto que debe tenerse presente cuando se considera el fenómeno procesal es que éste representa hoy un verdadero y próprio

¹⁴⁴³ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*: (introducción). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, D.L., 1997. p. 494.

¹⁴⁴⁴Id. Ibid., p. 494-497.

¹⁴⁴⁵ARAGONESES ALONSO, Pedro. op. cit., p. 498-499.

fenómeno social de masa”¹⁴⁴⁶.

Nesse contexto, é possível inferir que a movimentação dessas massas (coletividade) em defesas de seus direitos ou ao ofenderem direitos alheios geram uma necessidade de pacificação social para uma harmonização do convívio em sociedade. Se não há mecanismos processuais positivados torna-se necessário o uso do direito consuetudinário e costumeiro utilizado por outros países.

Essa situação é facilmente verificada no processo, na medida em que ao juiz não é possível escusar-se de julgar na ausência de lei, mas, apesar da aparente vinculação dessa questão à norma material, o simples fato da disposição encontrar-se no Código de Processo Civil legitima o uso do costume processual, especialmente com o atual teor do artigo 140 do NCPC, ao expressar “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Como o costume processual decorrente da ausência de norma procedimental num determinado país seria impraticável, em virtude da rígida observância ao procedimento positivado, com raras exceções, percebe-se que o uso de costume nacional é obstado, num primeiro momento, por inexistir um modelo a ser seguido.

Assim, a solução será o costume processual de outros países para viabilizar o julgamento do caso concreto na ausência de possibilidade do uso de mecanismos adequados de natureza nacional até que, por meio dele, forme-se o costume nacional.

O costume para se perenizar demanda tempo e, por razão lógica, há necessidade de um ato inicial visionário que ultrapassa a barreira do preconceito e dos estigmas sociais para, aos poucos, ser absorvido pelo sistema jurídico na medida em que se repete. No caso da demanda em face da coletividade, os primeiros passos já foram dados, a exemplo das teorias da “sociedade de fato” que se transmutaram para a “associação de fato”, objetivando delimitar o polo passivo da ação coletiva e, hoje, encontra-se expressamente previsto no artigo 75, IX, estipulando que “a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica” serão representados em juízo, passiva ou ativamente, “pela pessoa a quem couber a administração de seus bens” e o § 2º, do mesmo dispositivo, do NCPC, ao consignar “a sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada”.

Essa evolução legislativa decorre das decisões judiciais que vinham sendo proferidas em face de grupos despersonalizados, demonstrando a acomodação da norma

¹⁴⁴⁶CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 131.

legal à realidade social, ampliando a questão, mais recentemente, para a responsabilidade anônima ou coletiva decorrente da “causalidade alternativa” e dos interditos proibitórios contra atos de manifestação, passeatas e greves.

Importante ressaltar o pensamento de Carlos Maximiliano:

“Observa-se que nos países latinos a magistratura se não mostra pressurosa em inspirar-se nos ensinamentos do Direito Comparado; ele é mais usado pela doutrina do que pela jurisprudência; porém aquela abre o caminho e arrasta a outra depois; com o auxílio do elemento novo de interpretação e organização jurídica, obtém soluções e aspectos científicos inesperados, que os pretórios adotam afinal”¹⁴⁴⁷.

No direito do trabalho, a absorção do direito comparado para viabilizar a defesa do direito material é mais clara diante do teor dos artigos 8º¹⁴⁴⁸ e 769¹⁴⁴⁹, ambos da CLT, em análise conjugada, na medida em que de nada valerá assegurar a aplicação do direito material se o processual que o instrumentaliza não for assegurado. Em atenção a isso, o artigo 8º da CLT expressamente menciona o direito comparado como fonte subsidiária.

No processo civil comum, como analisamos em tópico acima, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a *defendant class action* como um instrumento aplicável em nosso sistema jurídico, a fim de viabilizar a prestação jurisdicional em situação em que seria impraticável o litisconsórcio passivo de todos os interessados. Além disso, como já ressaltado, o artigo 140 do NCPC apregoa que: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” e ainda que, no parágrafo único, expresse-se que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, a compreensão sistemática dessa disposição permite intuir que a ausência de norma processual também não será motivo para não apreciação e solução do conflito social, especialmente se de índole coletiva.

Como já se pronunciou Chiovenda:

“En un país de escasa legislación escrita, el oficio del juez se acerca al del legislador en el sentido de que frecuentemente aplica al caso particular una norma primero no escrita y que seguramente por esta razón no goza del indiscutible reconocimiento universal que es propio de las leyes escritas, pero el juez en este caso no *encuentra* la norma a capricho, sino que la halla en el conocimiento que tiene del derecho consuetudinario o en la propia conciencia jurídica, en cuanto se siente acorde con la conciencia general”¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁷MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109.

¹⁴⁴⁸Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

¹⁴⁴⁹Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

¹⁴⁵⁰CHIOVENDA, José. *Princípios de derecho procesal civil*, cit., t. 1, p. 88.

Acreditamos que com igual valor o raciocínio empregado por Chiovenda é aplicável quando a questão não se encontra plenamente regulada pela lei ou, mais precisamente como ocorre nas ações coletivas passivas em que sequer existe uma previsão legal explícita, não alcançando a vedação legal para o uso da equidade.

O primeiro passo foi dado, agora, caberá à doutrina e à jurisprudência aperfeiçoarem as formas de admissão da coletividade no polo passivo das ações num aprimoramento e adaptação do devido processo legal coletivo, preparando o meio para absorver com maior facilidade as reformulações legislativas.

5.7. Codificação ou alteração legislativa pontual para adequada sistematização das ações coletivas passivas

O Direito é uma ciência social aplicada e, como toda disciplina relacionada à área de ciências humanas, sofre a influência de diversos fatores culturais, sociais e econômicos ao longo dos anos, que, por sua vez, interferem em sua interpretação e consequente aplicação. Muitas vezes essa interpenetração é automática, sendo difícil de identificar, à primeira vista, contudo, após uma maior consolidação da nova realidade social, aos poucos, os textos legais para acompanhar essas modificações sociais necessitam ser alterados pontualmente, ou, outras vezes, de uma forma mais significativa, submeterem-se à reconstrução total dos pilares normativos.

Diante desse contexto, cabe ao legislador apurar, num determinado momento e contexto histórico, o que deve implementar: uma alteração pontual ou uma reestruturação. Na primeira hipótese basta a edição de uma lei, promovendo as modificações. Na segunda, é essencial o estabelecimento de princípios, metodologias e uma concreta remodelação estrutural do direito por meio de um novo código.

Os códigos em geral também apresentam uma definição complexa, com variações no decorrer do tempo, visto que, na Antiguidade, era compreendido como regulação ampla e geral do Direito em um único texto, enquanto, na Modernidade, adquiriu uma especialização por ramos do Direito e maior sistematização, pois não se tratava mais de uma mera compilação de preceitos¹⁴⁵¹.

Ferruccio Tommaseo destaca que:

“la polemica contro il formalismo è pienamente giustificabile solo quando se dirige contro le degenerazioni del formalismo; invero, occorre avere piena consapevolezza che le forme del processo hanno per se stesse un valore civile altamente positivo”¹⁴⁵².

¹⁴⁵¹Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 7.

¹⁴⁵²TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*, cit., p. 8.

O autor italiano reconhece duas essenciais funções para o formalismo no processo decorrente da “socialità del diritto”, concluindo que:

“Nel processo il formalismo non perde i connotati ora ricordati ma è chiamato a svolgere una duplice essenziale funzione: in primo luogo, infatti, consente di conoscere (di riconoscere) i mezzi di attuazione della tutela giurisdizionale; in secondo luogo, consente di verificare quale sia stato il meccanismo di convincimento del giudice e se questo ultimo abbia seguito le regole di giudizio poste dalle norme processuali”¹⁴⁵³.

O exercício da jurisdição com a aplicação da norma ao caso concreto, pacificando os conflitos sociais, ao assegurar de maneira efetiva o direito substancial, não pode ser obstada pelo direito processual e um formalismo excessivo e inflexível¹⁴⁵⁴.

Ferruccio Tommaseo enuncia que “il formalismo non può essere fine a se stesso ma deve essere efficace strumento per raggiungere lo scopo di assicurare un'adeguata tutela dei diritti soggettivi”, viabilizando, por conseguinte, uma maior eficiência na prestação jurisdicional por meio do trabalho legislativo tendente a concretizar os princípios constitucionais pertinentes¹⁴⁵⁵.

Os juízes, ao exercerem a direção do processo, deveriam atuar com razoabilidade e proporcionalidade, sem propensão aos extremos da inação ou de um ativismo cego, que, sem analisar os elementos probatórios dos autos, decide antes das partes promoverem a produção de provas, segundo suas convicções e visão de justiça própria. Além das partes, também deve o juiz determinar provas complementares para consagrar o ideal de justiça, especialmente quando a matéria objeto da discussão é pertinente aos direitos coletivos em sentido amplo.

Como observa o autor supracitado, “i giudici, infatti, si muovono spesso fra due eccessi: o non esercitano i propri poteri ufficiosi di governo processuale, applicando le regole che sono funzionali a un processo celere o, all'oposto, cedono alle tentazioni d'una giustizia sommaria”, própria das tutelas de urgência¹⁴⁵⁶.

Esse dilema tem perdurado nas reformas processuais da era hodierna.

Gregório Assagra de Almeida pondera sobre as reformas processuais implementadas na atualidade:

“Essas reformas também estão sendo levadas a efeito sem qualquer diagnóstico prévio que constate a real necessidade das alterações e sem prévios estudos sobre os possíveis impactos sociais que elas poderão produzir. Tudo em prol da aceleração e do resultado rápido da prestação jurisdicional e quase nada em favor da boa técnica processual”¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵³TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 9.

¹⁴⁵⁴Cf. Id. Ibid., p. 10.

¹⁴⁵⁵Cf. Id. Ibid., p. 11.

¹⁴⁵⁶Cf. Id. Ibid., p. 12.

¹⁴⁵⁷ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 132.

Na era contemporânea, com a intensificação dos conflitos nas relações de consumo e de trabalho, bem como nas relações jurídicas inerentes à sociedade de massa, constata-se que, desde o final do século XIX, o sistema processual de caráter individualista e fechado, aliado a um direito material de mesma característica, não alcança resultados eficientes na pacificação social por meio do exercício da jurisdição, ingressando, por conseguinte, numa crise de existência, que se agravou após a Segunda Guerra Mundial e perdura até nossos dias¹⁴⁵⁸.

Com a crise dos códigos de direito material e processual e a necessidade premente de pacificação dos conflitos sociais, a solução a médio prazo foi a instituição de microsistemas regulando matérias específicas (ramos autônomos do direito), com uma sistemática tendente a propiciar melhores formas de prestação jurisdicional e de garantia de direitos, com o “deslocamento do centro de gravidade do direito privado, simbolizado pelo Código Civil, que era composto por um corpo legislativo monolítico”, para constituir uma “pluralidade de estatutos autônomos, o que veio a configurar a existência de um polissistema” baseado em “microsistemas”, “estatutos” e “códigos setorializados”¹⁴⁵⁹.

A posição de Gregório Assagra de Almeida sobre a importância de uma codificação do direito processual coletivo¹⁴⁶⁰ que ultrapasse as barreiras do individualismo reinante nos códigos até então editados (evidenciando “um dos grandes momentos na história do direito processual”) é irrefutável, bem como a exigência de um método adequado denominado pluralista e não meramente técnico-jurídico¹⁴⁶¹, todavia, é essencial ressaltar que essa metodologia deve, da mesma forma, atingir processos de índole individual e vocacionada à efetividade da tutela jurisdicional adequadamente prestada apenas com diferenças de grau e intensidade.

A diferença entre preceitos coletivos e individuais como pensamos é de grau e, portanto, a injustiça em uma ação individual que se propaga em relação a milhares de ações individuais pela conformação equivocada da jurisprudência tem efeito tão maléfico quanto uma única decisão em processo coletivo. Além disso, na hipótese dos direitos individuais homogêneos, em que o ordenamento equiparou a sua violação a uma lesão coletiva, em decorrência da consequência de um ato ou fato de origem comum não pode

¹⁴⁵⁸Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 27-28.

¹⁴⁵⁹Cf. Id. Ibid., p. 29-32.

¹⁴⁶⁰Antonio Gidi não acredita ser adequado o termo “código de direito processual coletivo”, pois não se conhece nenhum diploma processual ou material que se intitule de “código de direito” bastando “código de processo civil coletivo” (GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 381-382).

¹⁴⁶¹Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 61.

ser simplesmente tratada de maneira totalmente destoante, se fosse autorizado ao juiz desconsiderar os aspectos coletivos da demanda individual eventualmente ajuizada, como, por exemplo, no arbitramento de uma indenização ao particular tendente a desestimular que o agente causador do dano ilícito reitere essa conduta em relação a outros indivíduos.

Da mesma forma, a aplicabilidade do princípio democrático¹⁴⁶² deve ser utilizada em todos os casos numa sociedade, sem discriminações, em que o sopesamento das condições individuais de fragilidade deve ser tratado de maneira diferente e o multiculturalismo decorrente da diversidade valorizado, com a possibilidade de ampla participação social na construção de qualquer mecanismo jurídico, seja instrumental, seja de cunho substancial.

Gregório Assagra de Almeida pondera que:

“A codificação tem como principal vantagem a *ordenação* e a *uniformização* do sistema a ser codificado. Com isso, a codificação torna mais claro e evidente o *objeto formal* da respectiva área do Direito a ser codificada, de sorte a simplificar o sistema jurídico e a permitir a sua melhor compreensão. Ela facilita também a ordenação dos princípios e das regras de interpretação e de aplicação do Direito no contexto da incidência da respectiva área codificada”¹⁴⁶³. (destaques no original)

Os benefícios indicados à segurança na aplicabilidade da norma com uma menor probabilidade de que se venha a reformar eventual sentença de procedência em defesa dos direitos coletivos por vício processual são sensivelmente visíveis, visto que, com uma norma nova de caráter sistematizador, as lacunas tendem a diminuir e a certeza jurídica a se ampliar em comparação com a análise sistemática de leis esparsas.

Todavia, sobre os riscos de uma codificação, alerta Gregório Assagra de Almeida:

“Apesar de ser muito positiva a idéia da codificação, não se pode negar que existem sérios riscos em relação a essa empreitada, tais como os relativos ao engessamento do sistema; mitigação de conquista com retrocessos indevidos no plano dos avanços já obtidos no sistema pátrio tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional; à adoção de modelos estrangeiros incompatíveis com o sistema brasileiro; à burocratização do próprio sistema do direito processual coletivo, com a geração de incidentes indesejáveis que venham retardar a tutela jurisdicional coletiva com prejuízos aos interesses sociais; à vinculação com a concepção liberal individualista do CPC, o que poderá ocorrer com a elaboração de um código que não rompa com as amarras do referido diploma processual etc”¹⁴⁶⁴.

Assevera o autor, ainda, sobre as interferências políticas numa apreciação pelo Congresso Nacional sem um debate adequado, fortalecedor do projeto que pode ser arquivado em decorrência das influências internas e estrangeiras, sendo um exemplo o desinteresse da União na tutela desses direitos com as alterações promovidas para restringir

¹⁴⁶²Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 62-63.

¹⁴⁶³Id. Ibid., p. 82-83.

¹⁴⁶⁴Id. Ibid., p. 83-84.

a amplitude dessas ações, por meio de medidas provisórias¹⁴⁶⁵.

Aliado a isso, nada impede que outras normas sejam constantemente editadas para alterar o código, modificando com apenas um projeto disposições aplicáveis em diversos instrumentos de tutela coletiva, restringindo conquistas na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo. O que em situação de instabilidade política pode gerar modificações sensíveis nos instrumentos de tutela coletiva, sem o desgaste da abertura de vários processos legislativos para alterar normas atinentes ao mandado de segurança coletivo, LACP e CDC, bastando, um único projeto, devido à concentração das normas num único diploma.

Na realidade, essa diversidade de diplomas em vigor tem permitido ao intérprete, na alteração legislativa circunstancial em um dos diplomas, deixar de aplicar as modificações inseridas em detrimento da defesa dos interesses coletivos, sob o argumento de que atenta ao microsistema de tutela coletiva que integra outros textos normativos, o que perderia a importância se houvesse a concentração das disposições num mesmo código.

De outro lado, Gregório Assagra de Almeida menciona palestra proferida pelo Ministro Herman Benjamin, que externou a ausência de obrigatoriedade de um código coletivo, no ano de 2006, pois já existiriam mecanismos processuais, bem como o receio com o momento político de sua submissão ao Poder Legislativo, acrescentando à questão os inúmeros conflitos entre posições doutrinárias e jurisprudenciais que necessitam se consolidar, não havendo justificativa, naquele momento, para uma mera compilação ou reunião de normas sem alteração significativa na estrutura e sistematização (princípios, métodos e regras) da tutela¹⁴⁶⁶.

Assim, na edição de um novo código de processos coletivos, inúmeros fatores podem interferir, não só em sua implementação, como também em sua alteração ao longo dos anos, o que deve ser avaliado pelos juristas que defendem sua instituição.

Nelson Nery Junior, em entrevista concedida ao Ministério Público, em Minas Gerais, apesar de defender a codificação, ressalta a necessidade de um amplo debate nacional, com essencial observância das disposições constitucionais referentes ao tema¹⁴⁶⁷.

O maior exemplo dessa postura resistente ao tema em comento consiste no arquivamento do projeto de código de processo coletivo brasileiro encampado pelo Ministério da Justiça, do projeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor e da Lei

¹⁴⁶⁵Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit., p. 84.

¹⁴⁶⁶Cf. Id. Ibid., p. 84-85.

¹⁴⁶⁷Cf. Id. Ibid., p. 98.

de Ação Civil Pública no que se refere à tutela coletiva e, mais recentemente, com o veto da coletivização da demanda individual no NCPC.

Nesse contexto, recomendável, diante da polêmica que circunda o tema das ações coletivas passivas, a sua inserção, num primeiro momento, no próprio NCPC, a fim de viabilizar o direcionamento de ações com pedidos de natureza individual ou plurisubjetiva, com ou sem litisconsórcio, em face da coletividade, e, reflexamente, a viabilização das ações civis públicas passivas por meio do uso supletivo do código de processo civil pelo microsistema de processos coletivos. Por efeito reflexo também se atingirá o processo do trabalho, pelo qual o artigo 769 da CLT permite o uso subsidiariamente do processo comum na ausência de normas específicas, o que evidentemente ocorre com a presença da coletividade no polo passivo de ações civis públicas trabalhistas ou em ações em geral diversas dos dissídios coletivos e demais demandas coletivas típicas desse sistema processual peculiar.

Além da maior facilidade de alterações pontuais no NCPC, com o passar dos anos, seria possível o aprimoramento dos instrumentos processuais e uma maior aceitabilidade da opinião pública, com adequada conformação política para a criação de um código próprio de processos coletivos, com a previsão expressa das ações civis públicas ou coletivas passivas. Como elemento justificativo podemos apontar também a inserção de normas tendentes à coletivização do processo no NCPC, iniciando um processo de neutralização ou atenuação do paradigma individualista que permeiam os procedimentos regulados pelo diploma.

Outro fator fundamental para qualquer reforma legislativa no intuito de promover uma adequada representatividade de grupos, classes e categoria no polo passivo, muito bem sintetizado por Ada Pellegrini Grinover, consiste na compreensão de que “leis generosas (...) não bastam, por si só, para modificar a realidade social”, concluindo a pesquisadora: “mas constituem, isso sim, a mola propulsora para que a sociedade civil em geral, e os operadores do direito em particular, atuem com a mesma mentalidade aberta e inovadora do legislador”¹⁴⁶⁸.

Frise-se, mais uma vez, diante da grande polêmica que envolve o tema das ações civis públicas e coletivas passivas, que não seria assertiva a apresentação de uma proposta de codificação ampla da matéria devido à rejeição dos últimos projetos apresentados e, depois de longa discussão, arquivados.

¹⁴⁶⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, cit., p. 51.

Ainda que seja possível doutrinariamente defender a presença da coletividade no polo passivo e a prática jurisprudencial, de certa forma, já tenha absorvido essa ideia, a instabilidade da prestação jurisdicional, com recusas reiteradas na apreciação do mérito dessas demandas devido à ausência de uniformidade na aplicabilidade do instituto, recomenda, nesse primeiro momento, ao menos, uma alteração pontual na legislação processual para propiciar maior uniformidade e segurança jurídica nas demandas em que o grupo, classe ou categoria encontram-se no polo passivo.

Assim, pode-se construir estrategicamente um planejamento mínimo para o aperfeiçoamento de nosso sistema processual em três etapas:

a) a primeira seria o reconhecimento da existência de demandas coletivas em que o grupo, classe e categoria posiciona-se no polo passivo que estão sendo analisadas pelo Poder Judiciário com decisões por vezes contraditórias;

b) a segunda consiste na avaliação de propostas de alterações pontuais na legislação, a fim de proporcionar maior segurança e uniformidade na solução das demandas coletivas passivas;

c) a terceira deve ocorrer após um período de maturação do instituto, com o uso cotidiano na prestação jurisdicional para ensejar, com a constatação de deficiências e necessidades na tutela dos direitos violados e baseada na preservação dos direitos coletivos em geral, visando ao aperfeiçoamento da matéria e, por conseguinte, culminando com a edição de um código de processos coletivos.

Na atual conjuntura processual, estamos vivenciando a primeira etapa, na medida em que a doutrina e a jurisprudência, ainda que timidamente, passaram a reconhecer a coletividade no polo passivo.

Aliado ao reconhecimento jurídico, a sociedade está presenciando um aumento considerável de manifestações, protestos e movimentos de grupos sociais em defesa de interesses coletivos e políticos, que limitando ou atentando contra direitos alheios exige uma fiscalização e controle pelo poder público em prol do convívio harmônico da comunidade.

Nesse momento, por conseguinte, devemos ponderar a implementação da segunda etapa, que será abordada nas linhas seguintes.

5.8. Proposta de alteração pontual simplificada do NCPC como primeiro passo para a consolidação das ações civis públicas passivas e coletivas passivas no ordenamento jurídico

A princípio, como medidas paliativas, no intuito de preencher o vazio legislativo que a situação da coletividade no polo passivo se encontra em nosso sistema jurídico, propõem-se a inserção de alterações em alguns dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, buscando: a) a necessidade de definição da operatividade da coletividade no polo passivo, balizado por um conceito de representação processual coletiva baseada na “representação adequada” até então não expressamente regulada em nosso ordenamento; b) o maior empoderamento do juiz próprio do interesse público na pacificação dos conflitos coletivos; e c) a alteração dos efeitos da coisa julgada quando a coletividade se encontra no polo passivo.

I) A primeira alteração sugerida trata da capacidade processual da coletividade apresentar-se em juízo, sendo uma oportunidade também para delimitar o conceito vago e indeterminado “representatividade adequada”, que se encontra no artigo 138 do NCPC, ao tratar da possibilidade de intervenção do *amicus curiae*. Além disso, outros dispositivos que interferem na conformação da coletividade como parte deverão ser adaptados para viabilizar a sugestão de alteração legislativa, com a consequente ampliação dos poderes de direção do juiz no processo.

Assim, nesse contexto, poder-se-ia conceder ao juiz a discricionariedade para certificar essa representatividade adequada por meio de critérios emprestados do direito comparado e dos vários projetos de códigos relativos aos processos coletivos ora estudados.

A ideia seria nas ações em geral permitir a aplicabilidade da representatividade adequada quando grupo, classe ou categoria atuem no polo ativo e passivo das ações, contudo, excluir essa possibilidade quando as normas especiais, como a LACP e o CDC, atribuem legitimação *ope legis* aos defensores dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que ingressarão com uma ação civil pública (polo ativo) para o procedimento processual específico em juízo. No caso dos representantes no polo ativo da ação civil pública devido à legitimação *ope legis*, as associações teriam possibilidade de relativização da avaliação de sua representatividade com a dispensa da prévia constituição de um ano da entidade quando “haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (artigo 5º, § 4º da LACP e 82, § 1º, do CDC), desde que observada a pertinência temática com suas finalidades institucionais, enquanto os demais legitimados se presumiriam legitimados para

postular em juízo.

Quando se tratar de ação civil pública seria admissível apenas a aplicação das regras ora dispostas como sugestão para conformar a coletividade no polo passivo, sem interferência no polo ativo dada as peculiaridades do procedimento especial cunhado para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no polo ativo, em especial quando se tratar de ente despersonalizado ou conjunto de indivíduos formando grupos como réus da relação processual.

Nas demais ações que sigam o procedimento comum ordinário ou outro procedimento especial que não apresente particularidades na conformação dos polos ativos e passivos da ação, as normas seriam aplicadas como forma de representar adequadamente o grupo, classe e categoria em quaisquer dos polos.

Na hipótese do *amicus curiae*, o nível de exigências para demonstração da representatividade adequada é diverso da averiguada na qualidade de parte num dos polos da ação diante da desnecessidade dele apresentar interesse jurídico em relação ao resultado. A ligação do *amicus curiae* dá-se mais com a matéria discutida nos autos do que com as pessoas que litigam em juízo, sendo essa uma de suas principais diferenças com o instituto da assistência simples. Ainda que os intervenientes a título de *amicus curiae* possam vir a ter algum tipo de interesse na causa, a preponderância de sua atuação será em relação à matéria tratada possuir relevância social e, por conseguinte, o interesse público na solução da questão devido ao impacto na sociedade exigir uma mais segura percepção das questões fáticas e jurídicas pelo Poder Judiciário¹⁴⁶⁹. Aliás, foi essa a intenção ao se inserir essa

¹⁴⁶⁹“A intervenção do *amicus curiae* (...) passou a ser prevista, no direito positivo brasileiro, a partir da Lei 6.616, de 16.12.1978, a qual modificou a Lei 6.385/76 e admitiu a intervenção, nessa qualidade, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter individual, nos quais devam ser apreciadas questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à competência fiscalizadora dessa autarquia federal. A figura do *amicus curiae*, de emprego freqüente no direito norte-americano (máxime após, no plano processual penal, o conhecido caso Gideon, em 1963, quando aceitos pela Suprema Corte dos USA nada menos de 22 *amici curiae*), veio a ser entre nós admitida, a teor do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, também nas ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, ou seja, nas ações de fiscalização normativa abstrata, “ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões”, no dizer do Min. Gilmar Mendes. 18. Igualmente será possível enquadrar, como intervenção atípica e a título de *amicus curiae*, aquela das pessoas jurídicas de direito público prevista no art. 5.º, par. ún., da Lei 9.469/97, norma pela qual é dispensada a comprovação do interesse jurídico da entidade de direito público que deseje intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, em seu patrimônio. (...)”

Como disse o Min. Milton Luiz Pereira, embora o *amicus curiae* não seja titular da relação de direito material, sua participação ganhará mais relevo quando o *thema decidendum* da ação “tenha típicas razões de interesse público, ou seja, quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado”, exigindo assim solução “cativa ao interesse público” (artigo “*Amicus curiae* - Intervenção de terceiros”). Conclusão: embora forte corrente jurisprudencial ainda considere incabível qualquer modalidade de intervenção de terceiro na ação de mandado de segurança, as mais ponderáveis razões jurídicas e pragmáticas indicam, neste momento em que o Direito busca a eficiência no processo, capacitando-o à justa resolução da lide com base em um contraditório amplo, a

figura no controle concentrado de constitucionalidade, visando-se propiciar uma espécie de contraditório democrático¹⁴⁷⁰ nesses procedimentos dado o efeito *erga omnes* dessas decisões e a relevância que detêm apesar do contorno diverso do instrumento utilizado nos EUA, visto o nosso sistema não se basear em precedentes¹⁴⁷¹.

necessidade de abandonar a orientação restritiva e, assim, permitir que o terceiro interessado, máxime um Sindicato, possa intervir no processo do mandamus quer como assistente litisconsorcial, quer em assistência simples, quer, quiçá, se a demanda versar matéria de interesse público, na qualidade de *amicus curiae*.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança: assistência e *amicus curiae*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 213-219, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/33432>>. Acesso em: 06 set. 2016).

¹⁴⁷⁰“Em atenção ao postulado democrático, é necessário que se preserve a abertura deste processo de fiscalização, no sentido de permitir a participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os fatores essenciais e relevantes de classe, grupos ou camadas sociais. Em outras palavras, a admissão de terceiro na condição de *Amicus Curiae* tem por finalidade precípua, pluralizar ou democratizar o processo de controle da constitucionalidade. (...), além do sentido democrático da participação, o *Amicus Curiae* ainda enriquece o discurso/debate trazendo ao feito informações e experiências de implicações políticas, jurídicas, sociais, culturais, técnicas e econômicas valiosas e, por fim e não menos importante, tal admissão além de fortalecer o contraditório e a ampla defesa valoriza, em especial, o princípio da fundamentação racional das decisões, definido no art. 93, IX, da Constituição” (MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. op. cit.).

¹⁴⁷¹“O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. O direito anglo-americano, como se sabe, não é, como o nosso (romano-germânico), um “direito legal”. É um “direito judicial” (*judge-made law*). Assim, as decisões dos tribunais, por causa dos precedentes (*stare decisis*), é que vão dizer o que a lei significa, trate-se de *common law*, *equity*, *act*, *ordinance* ou mesmo *by-law*. No Brasil, salvo causas julgadas abstratamente (controle concentrado), as decisões judiciais valem para as partes, não tendo força *erga omnes*.

As regras do instituto americano não são lá muito bem delineadas, uma vez que podem variar de Estado para Estado, de tribunal para tribunal. Mas, de um modo geral, o terceiro – pessoa natural ou jurídica –, que tem um “forte interesse” que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como domini litis, podem recusar o ingresso do *tertius* em “seu” processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, “grupos de pressão” muito se utilizam do *judicial iter* para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal. A “Rule 37” do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, traz 6 itens e subitens sobre o *Brief for an Amicus Curiae* naquele Tribunal. Vamos, mais para dar uma idéia, pinçar os tópicos mais importantes: 1) O reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer “matéria relevante” (*relevant matter*) ainda não agitada pelas partes (*not already brought to its attention by the parties*). O dispositivo regimental lembra que, se não for observado esse cânone (matéria relevante, não trazida antes), o *amicus* vai sobrecarregar inutilmente a Corte; 2) o *amicus curiae* deve trazer, por escrito, o assentimento das partes em litígio, nos casos especificados regimentalmente. Caso seja negado o consentimento, o *amicus* terá de juntar, com seu pedido, os motivos da negação para que a Corte aprecie. 3) Mesmo em se tratando de pedido de intervenção para sustentação oral, o *amicus* deve, ainda assim, juntar o consentimento das partes, por escrito, para que possa peticionar; 4) o *Solicitor General* não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é reservado a outros representantes de órgãos governamentais, quando legalmente autorizados. 5) O arrazoado não deve ir além de cinco páginas; 6) em sendo o caso, o *amicus* deve ser munido de autorização de seu representado, e fazer uma espécie de “preparo” para custeio processual, salvo se a entidade estiver previamente arrolada como isenta”. (MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Amicus curiae*”: um instituto democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, p. 8-10, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/742/R153-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 06 set. 2016).

No intuito de fortalecer a posição do juiz na direção do processo em busca não só de preservar o devido processo coletivo com um adequado contraditório e a ampla defesa, como também algo mais próximo da verdade real quando a coletividade figurar no polo passivo e ativo, algumas alterações pontuais nas disposições do NCPC, de 2015, podem ser implementadas.

Nossa sugestão, nessa opção, seria, portanto, a inserção de alterações nos artigos 72 (inciso III), 75 (inciso XII e do §§ 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11), 82 (§ 3º), 84 (complemento), 85 (inciso V), 87 (§3º), 113 (inciso IV e §3º), 114 (parágrafo único), 115 (inciso III, com renumeração do parágrafo único para §1º e acréscimo do §2º), 116 (acréscimos no parágrafo único), 121 (§2º), 138 (§§ 4º e 5º), 178 (inciso IV), 185 (parágrafo único), 328 (parágrafo único), 247 (inciso VI), 249 (§§ 1º 2º e 3º), 256 (incisos III e IV), 257 (inciso V e §§1º e 2º), 275 (§3º), 300 (§ 4º), 317 (parágrafo único), 328 (§§ 1º e 2º), 336 (parágrafo único), 339 (§§3º, 4º, 5º e 6º) e 370 (complemento) do NCPC, nos seguintes termos:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado;

III – ao grupo, classe ou categoria revel ou quando os afetados no polo passivo reputados hipossuficientes forem numerosos como nas ações possessórias, o que recomenda a atuação em prol do reforço da defesa da coletividade;

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

(...)

XII – o grupo, a classe ou a categoria pela pessoa jurídica, líder ou membros do grupo certificados pelo juiz como representantes adequados dos interesses e direitos em juízo.

(...)

§ 5º para a certificação do representante na hipótese do inciso XII deve ser observado:

a) no polo ativo: a pessoa jurídica representante do grupo, classe ou categoria poderá apresentar, junto com a inicial, documentos que demonstrem sua legitimação para a defesa dos interesses e direitos dos integrantes da coletividade para o ajuizamento da ação quando não haja legitimação ativa especial, como no Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública.

b) no polo passivo: a pessoa jurídica deverá realizar assembleia geral extraordinária para se posicionar sobre os fatos imputados a seus líderes ou membros segundo os procedimentos de seus estatutos, a fim de deliberar se encamparão os atos, os rechaçarão ou identificam subgrupos em face dos quais se deveria direcionar a ação. A ausência de assembleia implica em encampação dos atos pela entidade personalizada.

§ 6º nos casos do inciso XII deverá ser observado:

a) não sendo possível a representação por uma pessoa jurídica, ela será promovida pelos líderes ou membros do grupo, da classe ou da categoria, sempre que impraticável o litisconsórcio, em relação aos interesses ou direitos coletivos (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) discutidos no polo ativo ou passivo de qualquer ação processual;

b) para a representação se consolidar, não poderá existir procedimento especial para a legitimação dos interessados no polo ativo e passivo;

c) quando existir mais de uma pessoa jurídica interessada na defesa dos direitos discutidos em juízo deverá ser avaliada aquela que detém maior representatividade para figurar como

detentora da representação processual coletiva, não se impedindo que a outra entidade participe como litisconsorte ou assistente simples ou, ainda, *amicus curiae*.

§ 7º Para a admissão da representação processual coletiva por meio dos líderes do grupo, classe ou categoria ou, ainda, por seus membros, é exigível alternativamente em qualquer dos polos da ação:

- a) interesses antagônicos entre os integrantes de uma pessoa jurídica, com a ausência de outras entidades que possam defender esses direitos antagônicos em polos diversos da demanda; ou
- b) não exista um ente com personalidade jurídica congregador dos interesses em discussão.

§ 8º A representatividade adequada embasadora da representação processual coletiva de pessoas físicas ou jurídicas, nos termos do inciso XII, deve ser aferida pelo juízo, em decisão fundamentada, a partir de elementos objetivos e subjetivos no contexto do conflito social, dentre os quais, em caráter exemplificativo, devem ser levados em consideração, segundo as condições de cada caso concreto:

- a) o histórico na defesa em situações similares de caráter judicial e extrajudicial acerca dos interesses do grupo;
- b) o nível de conhecimento sobre os fatos e circunstâncias da causa, de experiência na área do conflito, de credibilidade e reconhecimento no meio social, de capacidade técnica e financeira¹⁴⁷²;
- c) o grau de representatividade dos interesses do grupo por sua proximidade e identidade com os designos dos membros do grupo, classe ou categoria e o objeto da ação;
- d) o tempo de constituição da pessoa jurídica e suas finalidades e efetividades no âmbito coletivo relacionado ao objeto da ação;
- e) a deliberação da assembleia geral da entidade acerca da posição da pessoa jurídica sobre a assunção do polo ativo e passivo segundo o quórum e procedimentos previstos na lei e em seus estatutos constitutivos;
- f) demais elementos que atestem a representatividade do grupo, classe ou categoria em caráter cumulativo ou isoladamente;

(...)

§ 9º Na hipótese do inciso XII, o Ministério Público obrigatoriamente figurará como fiscal da lei sob pena de nulidade, não se admitindo:

- a) a discussão de direitos difusos em sentido estrito, dada a ausência de concretude de violação específica a um grupo, classe e categoria ou a inexistência de imputação de conduta de um segmento da sociedade em detrimento de outro, pois esses direitos são tutelados mais adequadamente pelas ações com procedimento especial;
- b) a representação da coletividade por órgão ou entidade pública, salvo, neste último caso, quando se tratar de ação decorrente do exercício de suas competências no polo ativo da ação (atribuições próprias) ou em face de conduta omissiva ou comissiva do poder público enquanto ente personalizado no âmbito de sua atribuição, o que não se confunde com a presença da coletividade (grupo, classe ou categoria) no polo passivo.

§ 10 A representação processual coletiva no polo ativo e passivo, prevista no inciso XII deve pautar-se pelos seguintes elementos estruturais:

- a) a representação em ambos os polos é matéria de ordem pública aferível a qualquer tempo e grau de jurisdição, reputada como necessária para a constituição da relação jurídica processual de caráter coletivo cuja carga probatória, a princípio, encontra-se com o autor, esteja a coletividade no polo ativo ou no passivo, podendo ser complementada de ofício por diligências do juiz;

¹⁴⁷²A análise deve ser em caráter exemplificativo e não taxativo ou cumulativo analisando a situação em seu aspecto global pendendo na dúvida pela não obstrução ao ajuizamento da ação, pois em algumas circunstâncias aspectos financeiros podem retirar a proteção dos direitos coletivos quando as únicas entidades não possuem recursos econômicos vultuosos, bem como a relevância social pode ser deturpada para impedir a impugnação de condutas atribuídas aos detentores do poder como salientado nas objeções da Colômbia e Argentina às disposições do Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América em seus relatórios nacionais. (Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas, cit., p. 211).

b) na representação da coletividade no polo ativo, após ser recebida a inicial e depois de promovida a citação do réu apontado, e quando no polo passivo, após a contestação, serão publicados editais no órgão oficial de publicação, nos jornais de ampla circulação ou outro meio idôneo de divulgação, no sítio eletrônico do respectivo órgão jurisdicional e tribunal, comunicando à sociedade o ingresso da demanda coletiva com os principais elementos do processo para que qualquer interessado venha a se habilitar nos autos como assistente litisconsorcial ou simples ou, ainda, *amicus curiae*, bem como para impugnar essa representação.

c) na publicação deverá ser ressaltado o ajuizamento da ação, seu conteúdo e as posições do autor e do réu como representantes;

d) decorrido o prazo de 30 dias da última publicação sem manifestação nos autos em contrário, o autor ou réu será reputado presumível representante processual coletivo do grupo, classe ou categoria delimitados na inicial se as demais circunstâncias e elementos dos autos o permitirem.

e) qualquer interessado poderá apresentar-se em juízo por meio de petição instruída com documentos a fim de demonstrar não ser o autor ou o réu o representante mais adequado do grupo, classe ou categoria, cabendo ao juízo deliberar, após a oitiva do Ministério Público, se o processo prosseguirá com o aproveitamento dos atos processuais realizados e com os mesmos representantes processuais ou não, em hipótese alguma sendo admissível a extinção do processo sem resolução do mérito;

f) havendo impugnação após a publicação de edital acerca do ajuizamento da ação e antes do saneamento, ela será decidida na fase de saneamento podendo o juiz excluir o representante o substituindo, mantê-lo em conjunto com outros habilitados ou restringindo a análise da demanda às partes efetivamente integrantes ou representadas no polo, reduzindo os limites subjetivos projetados na inicial, decisão não sujeita a recurso, podendo ser revista por ocasião da sentença.

g) havendo impugnação após o saneamento, o juiz aguardará até a fase de pronunciamento da sentença para se manifestar por ocasião da própria resolução do mérito do processo, apreciando o desempenho do representante processual e os limites de sua representatividade;

h) plena e ampla comunicação também será providenciada por ocasião da publicação da decisão de saneamento, da sentença, do acórdão e do respectivo trânsito em julgado;

i) a situação da coletividade no polo ativo das ações civis públicas não será regida pelas disposições referentes ao inciso XII, diante da legitimação especial das normas que regem o microsistema de tutela coletiva, contudo, serão aplicáveis quando nessas ações coletivas venha a figurar no polo passivo grupo, categoria ou classe, desde que certificada a representatividade adequada dos demandados;

h) após a análise da defesa e demais elementos dos autos na decisão de saneamento, o juízo certificará a representatividade do grupo, classe ou categoria em juízo em decisão irrecorrível de pronto, podendo ser objeto de recurso na oportunidade da decisão de mérito como preliminar;

§ 11 quando o grupo, classe ou categoria deixar de apresentar resposta ou de habilitar-se nos autos para a defesa dos interesses supraindividuais, mesmo após toda a publicidade dada por meios hábeis de comunicação do ajuizamento da ação, será nomeado um curador especial que pela relevância da matéria será desempenhado pela Defensoria Pública;

Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.

§ 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

§ 3º As ações em que o grupo, classe ou categoria figurarem num dos polos, as despesas quando lhe couberem serão antecipadas pelo representante adequado, detentor da representatividade processual coletiva quando não beneficiário da gratuidade de justiça, sendo ressarcido pela parte adversa no caso de se sagrar vencedora a parte a quem representa.

Art. 84. As despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico, a diária de testemunha e a remuneração arbitrada pelo juiz ao representante adequado, que não poderá ser superior ao valor dos honorários advocatícios integrantes da condenação proporcional ao zelo no desempenho do encargo e de acordo com a relevância social do bem jurídico ou do interesse defendido, nas hipóteses do artigo 75, XII, quando a coletividade seja vencedora nos autos.

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço;

V- a relevância social do bem jurídico ou do interesse defendido, com atribuição de valores maiores do que seriam arbitrados para uma ação individual quando grupo, classe ou categoria apresentar-se nos autos por meio da representação processual coletiva de um representante reputado adequado.

(...)

Art. 87. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários.

§ 1º A sentença deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no caput.

§ 2º Se a distribuição de que trata o § 1º não for feita, os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários.

§ 3º Se o grupo, classe ou categoria com a representação processual coletiva de um representante adequado vier a sucumbir às despesas e aos honorários, se não for beneficiário da gratuidade de justiça, serão rateados com os demais membros do grupo, classe ou categoria proporcionalmente, liquidando-se os valores nos próprios autos ou, ainda, as despesas e honorários poderão ser custeadas por um seguro, nos termos da lei.

Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito;

IV- quando grupo, classe ou categoria for representado em juízo por meio de um representante processual coletivo nos termos do artigo 75, XII.

§ 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

§ 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar.

§ 3º Na hipótese do inciso IV, poderá ser deferida, após a fase de conhecimento, a liquidação e a execução, em relação aos direitos de sub-grupos em blocos de interessados para facilitar a apuração dos valores das obrigações ou de determinações específicas, facilitando o contraditório.

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Parágrafo único: nas hipóteses do artigo 75, XII, será admitida a presença de todos os interessados por meio da representação processual coletiva, na medida em que pela natureza da relação jurídica controvertida, a decisão será uniforme ou genérica para todos os interessados participantes do processo por meio do denominado representante adequado, sendo desnecessária a citação de todos que poderão ingressar na demanda formalmente como

litisconsortes, mas por ficção legal já integram a lide, desde que respeitado os requisitos do dispositivo supramencionado.

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

III – inexistente, em relação a quem não tenha participado do processo nas hipóteses do artigo 75, XII, uma vez identificada a ausência de representação adequada do grupo, classe ou categoria ou ineficaz em relação aos que não fizeram parte do grupo adequadamente representado em juízo, o que limitará a eficácia do processo a um âmbito mais restrito, especialmente em relação aos efeitos da coisa julgada.

§ 1º Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo. (renumerado)

§ 2º nas hipóteses do artigo 75, XII, diante da vinculação de todos, ainda que não presentes fisicamente no processo, mesmo que posteriormente se perceba o menor âmbito de representatividade do pretense representante adequado para o grupo, classe ou categoria, a ação será hígida em relação aos efetivamente representados e inexistente para os que não forem adequadamente representados, o que impede a extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

Parágrafo único: o litisconsórcio unitário não se confunde com as hipóteses de ações coletivas em que é proferida uma decisão genérica na fase de conhecimento, como ocorre no artigo 75, XII e no Código de Defesa do Consumidor, pois a situação particular de cada um poderá ser apreciada em liquidação ou execução.

Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.

§ 1º Sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissivo o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual (renumerado)

§ 2º quando o número de habilitados for excessivo, o juiz poderá dar preferência às entidades associativas como assistentes em relação às pessoas físicas quando a ação discutir interesse de grupo, classe e categoria.

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

(...)

§ 4º a representatividade do *amicus curiae* é diversa da exigível para as pessoas físicas ou jurídicas que vierem a figurar no polo ativo ou passivo de ações, pois a análise dos requisitos da representatividade adequada deverá ser atenuada, dado o caráter do interesse público discutido nos autos, não se exigindo, a princípio, interesse jurídico na causa, mas tão somente a pertinência temática entre os fins institucionais da pessoa jurídica, do órgão ou da entidade em conjugação com o seu nível de especialização nas matérias objeto da demanda em juízo.

§ 5º a representatividade adequada da pessoa física será aferida para fins desse artigo segundo o grau de especialização na matéria discutida no processo judicial em trâmite, devendo a manifestação restringir-se aos temas em que os admitidos atuem e venham exercendo atividades profissionais ou acadêmicas.

§ 6º quando o número de habilitados for excessivo, o juiz poderá dar preferência às entidades especializadas em relação às pessoas físicas.

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

(...)

IV – litígios em que se discutam os interesses e direitos de grupo, classe ou categoria.

Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

Parágrafo único: no caso de revelia nas ações em que se discutam direitos de grupo, classe ou categoria no polo passivo ou quando haja número considerável de hipossuficientes nessa posição processual, em reforço da defesa da coletividade, atuará a Defensoria Pública como curador especial.

Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:

I - nas ações de estado, observado o disposto no art. 695, § 3º;

II - quando o citando for incapaz;

III - quando o citando for pessoa de direito público;

IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;

V - quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma;

VI – quando se tratar de ação em face de grupo, classe ou categoria.

Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.

§ 1º Quando a ação for direcionada em face de grupo, classe ou categoria, a citação deverá ser realizada preferencialmente por oficial de justiça;

§ 2º Na hipótese do § 1º, o grupo, a classe ou a categoria, independentemente da citação de seu representante adequado, serão comunicados via citação por edital, a fim de que tomem conhecimento do processo e possam participar dos atos processuais, se assim o desejarem.

§ 3º No caso dos parágrafos supracitados aplicam-se os §§ 1º e 3º do artigo 554¹⁴⁷³, especialmente quando não haja um representante adequado reconhecido pelo juízo e um número considerável de pessoas indeterminadas.

Art. 256. A citação por edital será feita:

I - quando desconhecido ou incerto o citando;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III – quando a ação for direcionada a grupo, classe ou categoria em relação a todos os membros dessas coletividades;

IV - nos casos expressos em lei (renumerado).

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

Art. 257. São requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença das circunstâncias autorizadoras;

II - a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos;

III - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira, salvo na citação de

¹⁴⁷³Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

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

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

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

grupo, classe e categoria em que o prazo mínimo será de 30 dias a contar da última comunicação:

IV - a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia;

V – a advertência nas ações em face de grupo, classe ou categoria de que, caso não venham a se defender em juízo pessoalmente ou por meio de representante adequado, serão todos os membros atingidos pelos efeitos da decisão dada a nomeação de curador especial.

§ 1º O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias. (renumerado)

§ 2º Quando grupo, classe ou categoria forem acionados, a publicação em outros meios de comunicação será obrigatória e não facultativa, contudo, deverão ser consideradas as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias.

Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.

§ 1º A certidão de intimação deve conter:

I - a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de seu documento de identidade e o órgão que o expediu;

II - a declaração de entrega da contrafé;

III - a nota de ciência ou a certidão de que o interessado não a apôs no mandado.

§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada com hora certa ou por edital.

§ 3º A decisão proferida a título de saneamento no processo, a sentença de primeiro grau, o acórdão e o trânsito em julgado quando o processo for direcionado a grupo, classe ou categoria será objeto de ampla comunicação, com a publicação de editais, à semelhança do artigo 257, § 2º.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

§ 4º Quando o juiz verificar potencial lesão a interesses de grupo, classe ou categoria, as medidas de tutela de urgência serão concedidas tão somente mediante caução idônea para propiciar o ressarcimento de eventuais prejuízos.

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

Parágrafo único: quando estiver em discussão o interesse ou direito de grupo, classe ou categoria, ao juiz serão concedidos poderes para regularizar os polos ativo e passivo da ação, estimulando as partes a promover as correções ou as implementando de ofício, a fim de que haja o julgamento do mérito com a efetiva pacificação social, o que pode incluir a modificação do procedimento para melhor promoção da tutela jurisdicional pleiteada, ainda que o autor tenha expressamente solicitado um específico.

Art. 328. Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito.

§1º o dispositivo se aplica, com as devidas adaptações, nas hipóteses em que a coletividade (grupo, classe ou categoria) estiver presente em um dos polos da ação por meio de representante adequado devido à necessidade de uniformidade na prestação jurisdicional, consagrando o pedido ou determinando a sujeição jurídica àqueles que fisicamente não estavam presentes no processo, mas foram devidamente representados, nos termos do artigo 75, XII e § 5º, mesmo que as obrigações sejam divisíveis.

§2º caberá aos que não participaram fisicamente do processo arcar com as despesas processuais em caso de sucumbência a serem rateadas entre todos e eventuais valores despendidos pelo representante adequado para a promoção da defesa da coletividade como, por exemplo, os honorários advocatícios de caráter contratual, mesmo se for vencedora.

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Parágrafo único: nas ações em face de grupo, classe ou categoria, caso solicitada expressamente a declaração de legitimidade da conduta ou atividade, objeto do processo propiciará com a improcedência do pedido da parte autora o reconhecimento da legitimidade da situação ou condição impugnada, implicando na liquidação e execução nos próprios autos das perdas e danos decorrentes das obstruções e da conduta da parte autora, bem como o restabelecimento da situação anterior ao processo.

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

§ 3º Quando se tratar de ação em face de grupo, classe ou categoria, ao se apontar o representante adequado que alega sua ilegitimidade, o juiz ao se convencer que há indícios dessa representatividade o manterá no polo passivo baseado nos elementos coletados após a publicação de editais do artigo 75, §10, “b”.

§ 4º Após transcorridos 30 dias da publicação do edital, a contar do último publicado e comprovado nos autos a data do ato processual, o grupo, a classe ou a categoria legitimará presumivelmente a presença de quem se posiciona no polo passivo como representante processual da coletividade, se as circunstâncias do processo assim o permitirem, desde que não haja impugnação.

§ 5º Na hipótese do § 4º, quando ocorrer impugnação fundamentada, o juiz poderá determinar a sua substituição ou a atuação em conjunto com outro representante adequado.

§ 6º Em qualquer situação de dúvida razoável acerca da representatividade coletiva, a intimação da Defensoria Pública para auxiliar na defesa da coletividade será obrigatória.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, especialmente quando há discussão de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos com a presença de grupo, classe e categoria em um dos polos da ação, podendo complementar indícios de provas apresentados pelas partes para esclarecimento da verdade dos fatos.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

II) A outra alteração necessária para viabilizar as ações civis públicas e coletivas passivas consiste na adequação da coisa julgada, uma vez que, como regra geral, aplica-se *pro et contra*, atingindo as partes que litigam em juízo com efeitos *ex tunc*, salvo nas hipóteses do microsistema de tutela coletiva, nas ações em controle de constitucionalidade ou outras hipóteses excepcionais previstas em lei.

No intuito de compatibilizar as situações, parte-se do pressuposto de que nas hipóteses de ação civil pública, em que a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo encontra-se no polo ativo e, por conseguinte, há interesses sofrendo lesão ou ameaça efetiva de lesão, isso permite serem preservados os efeitos da coisa julgada, como especificado no microsistema de tutela coletiva, priorizando a coletividade no polo ativo, ainda que também esteja presente no polo passivo sob outra roupagem.

Assim, se não for uma ação civil pública, aplica-se a regra geral de efeitos *pro et contra*, vinculando as partes que figuraram no processo, qualquer que seja o resultado. Apesar disso, ao avaliar a presença de grupo, classe ou categoria no polo passivo esse efeito deve apresentar um temperamento, qual seja, se o magistrado perceber que pelas circunstâncias do caso concreto, apenas quem figurou fisicamente no polo passivo ou a representação adequada foi exercida num âmbito inferior aos limites subjetivos postulados pelo autor, o efeito da sentença e, conseqüentemente da coisa julgada deve ser atenuada em decisão fundamentada e com inspiração no sistema adotado na ação popular portuguesa, implementando-se a redução subjetiva do âmbito da coisa julgada. Essa mesma redução poderia ser implementada de ofício pelo juízo quando constatasse essa restrição de representatividade no polo ativo das ações coletivas em gênero e em especial quando a coletividade se encontre no polo passivo mesmo, nesse último caso, nas ações civis públicas passivas.

Daí novamente o mencionado entrelaçamento dos maiores poderes de direção do juiz, com a modulação dos efeitos subjetivos da coisa julgada, como apontado no item anterior, em que a reformulação da representatividade processual coletiva e os efeitos da coisa julgada dependem desse empoderamento, que deve atingir outros preceitos no intuito de dar organicidade ao sistema.

Nossas sugestões de alteração atingiriam os artigos 493 (§§ 2º, 3º e 4º), 503 (§§ 2º, 3º e 4º) e 506 (parágrafo único) do NCPC:

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

§ 1º. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

§ 2º. Quando ocorrerem alterações nas relações jurídicas coletivas sob o aspecto fático ou for identificado um equívoco na tutela jurisdicional solicitada ao juízo, na hipótese da coletividade encontrar-se num dos polos da ação ou estiverem sendo discutidos direitos de grupo, classe ou categoria, aplicar-se-á o princípio da fungibilidade no que se refere ao pedido imediato, a fim de preservar o bem jurídico (pedido mediato) de uma maneira mais efetiva.

§ 3º. À decisão proferida em face de grupo, classe ou categoria, com a ressalva dos procedimentos específicos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho e especiais da legislação extravagante e do Código de Processo Civil, aplicar-se-á o caráter dúplice diante de um singelo pedido na contestação com a declaração de legitimidade da atividade ou conduta impugnada e a conseqüente condenação expressa em eventuais danos materiais e morais de conotação coletiva sempre observado:

a) a liquidação e a execução subsequente, sem necessidade de um novo processo de conhecimento;

b) o juiz ao proferir a sentença baseado no conjunto das provas produzidas nos autos deve identificar e fundamentar expressamente o abuso do exercício do direito de ação na tentativa de limitar direitos coletivos desarrazoadamente.

§ 4º. À decisão proferida em face de grupo, classe ou categoria quando adotado o microsistema de tutela coletiva do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública apresenta procedimento especial que impede o uso do caráter dúplice, seja para a

declaração de legitimidade da atividade ou conduta impugnada, seja para o arbitramento de indenização por dano moral ou material coletivo dependendo de uma ação específica.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

(...)

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial ou ainda em prejuízo dos interesses de grupo, classe ou categoria.

§ 3º Quando o juiz apreciar o mérito de conflito em que figure no polo ativo ou passivo representante de grupo, classe ou categoria, nos termos do artigo 75, XII, é possível que diante das circunstâncias da causa e demais elementos dos autos o magistrado restrinja os efeitos da decisão apenas às pessoas ou entidades que efetivamente participaram do processo ou encontram-se no âmbito da representação adequada de maneira devidamente fundamentada.

§ 4º as ações civis públicas se regem por normas próprias e com efeitos diferenciados da coisa julgada nos termos de lei especial, mas se no polo passivo figurar a hipótese do artigo 75, XII, também será possível restringir os efeitos da imutabilidade da sentença aos que efetivamente participaram no polo passivo ou encontram-se no âmbito da representação adequada, conforme o previsto no parágrafo anterior.

(...)

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Parágrafo único: os representados adequadamente no polo ativo e passivo da ação acerca dos direitos e interesses de grupo, classe ou categoria, de acordo com o previsto no artigo 75, XII, em atenção ao devido processo legal coletivo, não serão considerados terceiros estranhos ao processo, visto serem efetivamente partes, com a ressalva da situação do artigo 503, § 3º.

Essa restrição dos efeitos da coisa julgada poderá ser aplicada quando o juiz identificar que o representante não apresenta a representatividade adequada indicada pelo autor ou, durante o processo, não demonstrou a combatitividade necessária, a demonstração dessa condição, dentre outras possibilidades.

A própria processualista Ada Pellegrini Grinover, ao admitir que no conflito entre classes no polo ativo e passivo, a isonomia ao aplicar o princípio *pro et contra* só seria possível se “firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes”¹⁴⁷⁴, o que nos autoriza a preservar os efeitos da sentença e de eventual coisa julgada a quem figurou no polo passivo de maneira restritiva se o juiz identificar essa não representatividade adequada, em nossa visão, sem a necessidade de extinção do processo sem resolução do mérito, salvo nas hipótese em que o réu em nada se relaciona com o objeto da ação¹⁴⁷⁵.

Com isso, preservar-se-ia os atos processuais e a decisão proferida, restringindo apenas os efeitos da coisa julgada aos participantes efetivamente defendidos nos polos da

¹⁴⁷⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 9.

¹⁴⁷⁵ Apesar de nossa visão, Ada Pellegrini Grinover defende que “em caso de inadequação da ‘representatividade’, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de uma condição da ação coletiva, integrante da legitimação” (Id. Ibid., p. 11).

ação, evitando-se a extinção do processo por ausência de representação adequada, que contaminaria a legitimação da parte processual em caráter ampliado para atingir o grupo, classe ou categoria.

Até se poderia cogitar que essa situação seria um excesso de poder concedido ao magistrado, entretanto, não é menos problemática do que a presente no microsistema de tutela coletiva, quando trata de decisão de improcedência por ausência de provas ou das hipóteses previstas nos projetos de código de processos coletivos que pretendem exigir dos juízes a menção expressa nas sentenças julgadas por insuficiência de provas dessa condição, tentando, com uma definição subjetiva, objetivar um conceito subjetivo de julgamento do caso concreto, sem resolver efetivamente os parâmetros que delimitam o conteúdo da decisão judicial, que fica ao aparente “exclusivo critério do juiz”.

Diante disso, não se percebe maiores dificuldades do que as existentes nos artigos 103, do CDC, 11 do Anteprojeto paulista de Código Brasileiro de Processos Coletivos¹⁴⁷⁶ ou 20 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Aluísio Mendes¹⁴⁷⁷, para definir os limites dos efeitos da coisa julgada sob o aspecto subjetivo.

De outro lado, Francesco Carnelutti assevera que “tanto la potestad inyuncional como la potestad ordenatoria pueden pertenecer al tipo de las potestades vinculadas o al de las potestades discrecionales”, sendo a discricionária “la libertad de su ejercicio respecto de reglas legales, no de cualquier regla y, por tanto, de reglas técnicas o de reglas éticas (...) por eso la potestad discrecional no excluye la obligación de su ejercicio según las reglas éticas o las reglas técnicas ni la responsabilidad por la eventual violación de esa misma obligación”¹⁴⁷⁸.

A decisão proferida por um juiz baseado em seu livre convencimento acerca das provas produzidas no processo apresenta um caráter pessoal e relativo, que limita uma precisão na atribuição “insuficiência de provas”, que não pode ser considerada irrefutável quando exigido por lei, seja afirmado por ele mesmo (o juiz) na sentença ter sido ela proferida ou não com base em insuficiência de provas¹⁴⁷⁹, o que mantém o grau de

¹⁴⁷⁶ Art. 11. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

¹⁴⁷⁷ Art. 20 Motivação das decisões judiciais Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

¹⁴⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, cit., v. 1, p. 294-297.

¹⁴⁷⁹ Há quem defenda que o juiz deve consignar “explícita ou implicitamente” no dispositivo ou fundamentação da decisão se tratar de improcedência em decorrência da “insuficiência de provas”. Outros

relatividade da conclusão e não objetiva algo que é subjetivo na essência.

Assim, concorda-se com a doutrina que admite esse controle externo e posterior da sentença, pois “uma declaração judicial acerca da suficiência de provas não faz da sentença um ato mais resistente a futuras impugnações”¹⁴⁸⁰, da mesma forma, que, em grau de recurso, será possível demonstrar que a representação do grupo, classe e categoria é adequada e, por isso, a eficácia da decisão deverá ser ampla para a coletividade representada no polo passivo, motivo pelo qual, por economia processual, da decisão de certificação da classe representada em juízo não caberá recurso, salvo da sentença. Assim, apesar de todo o processo desenvolver-se sob a perspectiva da representatividade adequada, tal elemento pode ser fiscalizado a qualquer tempo e grau de jurisdição, o que autoriza ao juiz de primeiro grau, ao identificar um equívoco na representação do grupo, classe ou categoria, a restrição dos efeitos da coisa julgada, circunstância essa que poderá ser reavaliada pelo Tribunal mediante recurso de apelação.

O ideal é que a questão prejudicial somente possa ensejar coisa julgada em benefício da coletividade (no polo ativo ou passivo) e se a discussão for entre grupos jamais faria coisa julgada possibilitando a ampla discussão da matéria.

Essas alterações propostas proporcionariam a inserção da coletividade no polo passivo das ações em geral, o que seria aproveitável pelas ações civis públicas, delimitando o grupo, classe e categoria quando figurarem como réus, baseando-se em dois pilares:

a) inserção da legitimidade passiva de entes despersonalizados e da representatividade adequada;

b) a possibilidade de modulação dos efeitos da coisa julgada, restringindo o seu âmbito de aplicação no caso concreto.

Da mesma forma, essa alteração propugnada não modificaria drasticamente o sistema processual, com necessidade de adaptação severa das normas relativas ao microsistema de tutela coletiva (LACP e CDC), nem alteraria substancialmente o Código de Processo Civil ou a própria CLT, visto a aplicabilidade subsidiária das normas do

(Arruda Alvim) defendem a necessidade de constar expressamente na decisão o que deve ser provocado por embargos de declaração sob pena do trânsito em julgado da sentença só poder ser alterado por ação rescisória sob o argumento de documento novo ou violação da lei tornando-se irreversível após o prazo para o ajuizamento dessa ação. Uma terceira corrente (Antônio Gidi) destaca o critério substancial na medida em que uma nova ação proposta com prova adequada por si só demonstra a insuficiência da prova produzida na anterior como acontece nos danos ambientais cuja aferição depende do desenvolvimento tecnológico. Essa última corrente é defendida por Ada Pellegrini Grinover na medida em que situações semelhantes ocorrem, por exemplo, no mandado de segurança em que não há impedimento da discussão em ação ordinária diante da ausência de prova documental robusta do direito líquido e certo. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, cit., p. 9-11).

¹⁴⁸⁰VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 146-148.

processo civil no âmbito trabalhista, situação já consolidada pelo aproveitamento do instrumento da ação civil pública na Justiça do Trabalho, mesmo compreendida como uma norma especial diante da ausência de incompatibilidade. Aliás, é esse o entendimento dos artigos 8º e 769 da CLT e dos artigos 15 e 318 do NCPC, sendo este último enfático ao prescrever: “aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”, acrescentando, em seu parágrafo, que “o procedimento comum se aplica subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”.

Na verdade, o esclarecimento dos conceitos de representação adequada de grupos, classes e categoria no processo do trabalho nas ações ordinárias ou civis públicas, notadamente no polo passivo, auxiliará a distinguir dos dissídios coletivos, em que a categoria toda é representada em juízo no intuito de benefício a classe trabalhadora, os procedimentos especiais nas demandas coletivas mais setorializadas (ação civil pública ou ação ordinária), nos quais os grupos e os subgrupos apresentam interesses e direitos não convergentes, impossibilitando que o sindicato da categoria seja o representante adequado de ambos os segmentos em juízo.

Esse procedimento de delimitar os interesses do grupo e a forma de sua representação adequada em juízo depende de um maior empoderamento do juiz na identificação da classe e no controle da *adequacy of representation*, concluindo Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz: “definir a classe e como ela se comportará na relação jurídico-processual, de certa forma, envolve a quebra de paradigmas do direito processual civil comum, ainda fundado na relação bilateral básica”¹⁴⁸¹.

Outra alteração necessária é a desvinculação dos interesses metaindividuais sob uma perspectiva de análise de sua titularidade, ao invés de focar na questão comum, como vem ocorrendo nos EUA, a fim de solucionar de maneira uniforme o caso concreto¹⁴⁸².

De outro lado, o devido processo legal com a previsão de normas específicas regulando a matéria e, por conseguinte, dando publicidade aos caminhos processuais pelos quais o juiz irá traçar o desenvolvimento do processo judicial é um elemento de maior segurança ao sistema, ainda que venha a prever atividades discricionárias pelo juiz. Nesse último caso, mesmo com o uso de conceitos vagos e indeterminados e da ampla flexibilidade de decisão ao magistrado, as partes saberão de antemão que a situação se

¹⁴⁸¹CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo - (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 103.

¹⁴⁸²Id. Ibid., p. 104.

encontra sujeita a esse regime.

Pedro Paulo Teixeira Manus, em certa ocasião, alertou no sentido de que:

“é preciso observar a questão sob a ótica da garantia do devido processo legal como princípio que impede que cada um busque, segundo suas convicções pessoais, não se submeter à regra legal, desestabilizando a situação processual dos litigantes, entregues às crenças pessoais do julgador.”¹⁴⁸³.

Assim, a modificação legislativa traria um mínimo de estabilidade ao sistema, equalizando a configuração da coletividade no polo passivo ao uniformizar ao menos as balizas para a sua representação em juízo em respeito ao devido processo legal que, além de contraditório e da ampla defesa, pressupõe conhecimento do procedimento a ser seguido pelo magistrado na aplicação do direito ao caso concreto.

Em atenção ao instituto da substituição processual, Pedro Paulo de Teixeira Manus destaca ainda a incompreensão do fenômeno que é analisado sob a ótica do direito individual, descurando-se das peculiaridades que permeiam uma abordagem de direitos difusos e coletivos¹⁴⁸⁴, mas o que se percebe ao longo da pesquisa é uma tendência generalizada para superação dos paradigmas de representação individual em juízo ora vigentes com a evolução da compreensão da representação da coletividade no polo passivo das ações coletivas a partir de uma adaptação de sua já consolidada representação no polo ativo.

O termo “representação” não pode ser compreendido nesse sentido, como uma mera substituição processual autorizada em lei, mas sim como se a categoria, classe ou grupo figurasse no polo passivo diretamente por meio de um “porta voz” (representação processual coletiva), na medida em que, desde o início, o grupo por seus elementos poderiam participar do processo e ao se manterem inertes submetem-se à decisão judicial.

É possível compreender que as normas interpretativas quando editadas pelo legislador visam assegurar maior segurança na aplicação da norma de acordo com seu real alcance e sentido, nessa seara torna-se evidente no NCPC, de 2015, que o Congresso acabou por incorporar ao texto da lei entendimentos sedimentados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a ponto de Flavio Luiz Yarshell defender a aplicação imediata dessas

¹⁴⁸³MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A execução no processo do trabalho, o devido processo legal, a efetividade do processo e as novas alterações do código de processo civil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 73, n. 1, p. 43-50, 2007. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2007/n%201/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho,%20Porto%20Alegre,%20v.%2073,%20n.%201,%20p.%2043-50,%20jan.-mar.%202007.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

¹⁴⁸⁴“Notável, contudo, a confusão que se faz em torno de tema até então pouco explorado entre nós. E tal fato se explica, a partir das dificuldades de identificar e distinguir direitos individuais de direitos coletivos, conceitos mais próximos dos que se ocupam do Direito do Trabalho, mas que nem aqui têm merecido tratamento adequado” (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Substituição processual no processo do trabalho, cit.).

normas dado o conteúdo elucidativo da interpretação vigente em determinado momento, mesmo no período de sua *vacatio legis*¹⁴⁸⁵.

Se tais normas devem ser utilizadas como parâmetros adequados mesmo antes de sua vigência, aproveitando-se, a título argumentativo, dessa constatação do ilustre processualista, é adequado inferir que, após o período de *vacatio legis*, normas como a conformação das ações possessórias apresentam carga principiológica evidente ao regular a formação do polo passivo das ações envolvendo uma coletividade de pessoas, como ocorre na invasão a imóveis públicos e privados na área urbana e rural, situação em que o legislador optou por determinar a citação dos presentes no momento da diligência pelo oficial de justiça, mas no intuito de vincular a todos que efetivamente estejam participando da mencionada invasão ou venham a aderir a ela, determinou o legislador a citação por edital dos não identificados.

Essa citação funciona como uma comunicação geral e deve ser dada a mais ampla publicidade a fim de legitimar a defesa apresentada pelos concretamente citados pelo oficial de justiça que passariam, ao defender suas posições, a funcionar como “porta vozes” do grupo como um todo, ainda que por ficção legal decorrente da previsão no ordenamento da presunção de legitimidade de sua posição processual. Essa situação não é diversa da publicação de editais para comunicar a todos os interessados as ações de usucapião (artigo 259, I, do NCPC de 2015) e nas ações populares¹⁴⁸⁶, no intuito de

¹⁴⁸⁵“Daí ser relevante distinguir a ideia de regras interpretativas dos dispositivos que revogam regra da legislação anterior ou criam regra completamente nova. Em relação a estas, parece insustentável a vigência ou produção de efeitos jurídicos imediatos, ainda que possam ser utilizados como um programa para a atuação do Poder Público; contudo, quanto a regras interpretativas do direito vigente, pode-se falar em eficácia imediata.

É o que se pode entender da lição de Vicente Rao:

"nas leis interpretativas há de o interprete distinguir com rigorosa precisão: a) o que constitui, realmente, a declaração do sentido de uma lei antiga, e b) o que constitui matéria ou disposição nova, para subordinar esta última parte aos princípios e normas que disciplinam o momento da entrada em vigor das leis em geral e suas respectivas consequência".

Neste caso, não faz sentido tolerar a aplicação do direito vigente, no período de *vacatio legis*, de modo diferente da interpretação (ou “declaração de sentido”) fornecida pelo legislador. Sustentar o contrário seria permitir que o julgador pudesse ignorar a vontade legislativa e, sob o pretexto de que a nova lei não se encontra vigente, interpretar a lei atual ao arrepio da interpretação que será soberana. Ainda que não se queira reconhecer tal eficácia imediata, parece clara a magnitude do ônus argumentativo que é imposto ao julgador por estas regras interpretativas “sem vigência”. Para divergir delas, deve o julgador explicitar as razões pela qual não segue a interpretação proposta pelo legislador, ainda que não vigente”. YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo. Normas interpretativas no novo CPC: incidência no período de *vacatio legis*? *Migalhas*, 27 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224087,31047-Normas>> Acesso em: 03 ago. 2016.

¹⁴⁸⁶Lei nº 4.717/65 - Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

I - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

) a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo

regularizar o polo passivo e consagrar a eficácia executiva e vinculante da decisão em relação àqueles que não participaram diretamente como partes efetivamente atuantes no processo, preservando o devido processo legal e o contraditório.

Além disso, diversas disposições do NCPC, de 2015, dispõem sobre a citação por edital como uma forma de comunicação aos interessados em intervir no processo quando ignorado, desconhecido ou incerto o seu paradeiro ou mesmo o próprio citando, sem desconsiderar os demais casos previstos em lei (artigo 256), preservando a lisura do procedimento ao estipular multa quando a parte alegar “dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadoras para sua realização” (artigo 258).

A citação por edital pressupõe, segundo o artigo 257, II, do NCPC, de 2015, “a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos”, bem como a autorização para o juiz “determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias”.

No artigo 259, III, do NCPC, de 2015, resta expresso que é obrigatória a publicação de editais “em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos”.

Como já alertava Liebman:

“La publicidad de los juicios, para consentir el control de la opinión pública sobre el ejercicio de la jurisdicción: debe ser pública bajo pena de nulidad la audiencia en la que se discute la causa (art. 128 del Cód. de proc. civ.) y esto significa que puede asistir a ella el público y que se puede divulgar lo que ocurre y se dice en la audiencia; y las sentencias son publicadas (art. 133 del Cód. proc. civ.) y, por consiguiente, pueden ser conocidas por todos y que su texto puede ser reproducido por la prensa. Por otra parte, las sentencias deben ser motivadas (art. 111 de la Constitución). La motivación con la que el juez expone las razones de su convencimiento y de su decisión, además de ser una garantía de equitativa y ponderado juicio, es un medio de control del fundamento de la decisión para las partes, para el juez de la impugnación, y para la opinión pública en general”¹⁴⁸⁷.

autor (art. 1º, § 6º), bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento.

(...)

II - Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 (trinta) dias, afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação. A publicação será gratuita e deverá iniciar-se no máximo 3 (três) dias após a entrega, na repartição competente, sob protocolo, de uma via autenticada do mandado.

III - Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas, Salvo, quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior.

¹⁴⁸⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 9.

Diante desses elementos, acreditamos ser a publicidade um princípio com especial importância nas ações coletivas passivas, passando a integrar o próprio conceito de contraditório na acepção ampla, visando consagrar a ampla defesa e atender ao devido processo legal.

Ainda que exista a publicidade, nada impede e até mesmo se recomenda que quando um grupo é demandado em juízo, sem que haja um número suficiente de representantes ou, ainda, ocorra a revelia, com a ausência da apresentação de defesa, crie-se a figura do “Defensor do Povo”, que atuaria como curador especial da coletividade, assegurando a ampla defesa e o contraditório inerentes ao devido processo legal. Num primeiro momento essa atribuição poderia ficar a cargo da Defensoria Pública, sem prejuízo da constituição de um órgão especializado no futuro, por meio de agentes aprovados em concurso público de provas e títulos.

Esse curador especial é figura já conhecida de nosso ordenamento jurídico e, na Itália, apareceu como opção legislativa para não paralisar o andamento da ação judicial com a previsão de sua nomeação quando ausente o sindicato representativo da categoria, conforme se depreende da lição de Carnelutti:

“El curador especial ejerce en el proceso todos los poderes que hubieran correspondido al administrador que falta, mientras éste no haya sido subrogado según las normas que regulan la constitución y la acción de la persona compleja (art. 781). A fin de acelerar la reconstitución normal de la persona compleja, el decreto que nombra al curador especial debe ser transmitido en copia "al ministerio público, a fin de que provoque, cuando sea necesario, las providencias para la constitución de la normal representación o asistencia del incapaz, de la persona jurídica o de la asociación no reconocida" (art. 802). Al mismo orden de ideas se reconduce la norma del arto 411, el cual, refiriéndose al art. 17 de la ley del 3 de abril de 1926, n. 563, admite que el juez nombre un curador procesal a la categoría, cuando falte el sindicato que la representa”¹⁴⁸⁸.

Aliado a esse elemento de absorção contemporânea das adaptações necessárias no ordenamento jurídico para propiciar um adequado tratamento do fenômeno de massa, em especial no tocante à situação da coletividade no polo passivo da ação, não podemos tratar a questão como mera decorrência das relações individuais que permeiam a sociedade com o uso de pressupostos, proposições e paradigmas de caráter individualista que muito influenciaram os procedimentos processuais no CPC de 1973, mantendo-se inalterados, salvo raríssimas exceções, no NCPC de 2015.

É chegada a hora de adaptações e construções para alcançar uma tutela judicial efetiva com instrumentos e modelos novos e não arcaicos meramente remasterizados¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁸CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 183-184.

¹⁴⁸⁹“Um segundo ângulo, mas ainda sob o prisma jurídico, é importante ressaltar, como fez Nelson Nery Jr. (anotações de aula, PUCSP, 12-8-93) que as regras processuais contidas no nosso Código de Processo Civil dizem respeito às relações jurídicas individuais, ainda porque instrumentais do Código Civil, este também

Como já observou Estevão Mallet, “não somente o processo tradicional não se presta à defesa dos direitos e interesses coletivos ou transindividuais”, sendo evidente que “os conceitos a ele associados também se mostram inadequados às necessidades inerentes às formas coletivas de tutela processual”¹⁴⁹⁰.

As ações na Justiça do Trabalho têm apresentado um incremento considerável, com cerca de 438 mil processos ajuizados em 1968, número que sobe para 2,4 milhões em 1998¹⁴⁹¹. No ano de 2015, foram ajuizadas na fase de conhecimento, no primeiro grau, 2.659.007 ações enquanto foram sentenciados 2.557.518 feitos, com um acúmulo pendente de julgamento de 1.601.671. No mesmo ano, deu-se início a 633.442 execuções enquanto foram extintas 701.872, com um acúmulo de 2.402.194¹⁴⁹². Nesse mesmo período, em todos os Tribunais Regionais, ingressaram 841.781 processos, com o julgamento de 769.071 e 262.437 ainda pendentes¹⁴⁹³. O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, computou 291.454 processos de ingresso e o julgamento de 305.271, mantendo em acervo 274.845¹⁴⁹⁴. Essa realidade pode ser atenuada com a valorização das ações em que a coletividade figura por meio de representantes no polo ativo e passivo da demanda.

Quando avaliamos os dissídios coletivos no ano de 2015, averiguamos que foram ajuizados no Tribunal Superior do Trabalho 20, tendo 12 terminado por acordos homologados¹⁴⁹⁵. Enquanto isso, todos os Tribunais Regionais receberam 691, analisaram 696, com 229 acordos homologados¹⁴⁹⁶. Em comparação, o número de processos é

voltado às relações jurídicas individuais. Eis aí a razão das dificuldades com que nos deparamos ao tentar enquadrar juridicamente fenômenos das relações contemporâneas, que têm expressão jurídica, como são aqueles relativos aos interesses difusos, interesses coletivos e individuais homogêneos, que solicitam proteção coletiva, ou através de instituições civis e que, por óbvio, não foram contempladas pelo legislador civil e processual civil, diante da realidade que então se lhes apresentava. Há necessidade de novos modelos jurídicos, de modo a podermos enquadrar, satisfatoriamente, a nova realidade e os novos fenômenos sociais.” (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Substituição processual no processo do trabalho, cit.).

¹⁴⁹⁰MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais, cit., p. 112.

¹⁴⁹¹Ver Id. Ibid., p. 120.

¹⁴⁹²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Varas do Trabalho. *Movimentação processual*. 2015. jan.-dez. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/2137d9d9-ace8-4326-8e0a-bd37ae97dc03>>. Acesso em: 08 set. 2016.

¹⁴⁹³BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. *Tribunais Regionais do Trabalho: movimentação processual*. 2015. jan.-dez. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/03dde5be-8827-4d1a-be8a-aca5e788d7ea>>. Acesso em: 08 set. 2016.

¹⁴⁹⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Movimentação Processual do TST*. Ano de 2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/350f2e53-bb87-4df0-9a90-126e6be1a85d>>. Acesso em: 08 set. 2016.

¹⁴⁹⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Dissídios Coletivos e Dissídios Coletivos de Greve*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/a220c7d5-2271-4539-ab6c-3fad4b961cbc>>. Acesso em: 08 set. 2016.

¹⁴⁹⁶BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. *Tribunais Regionais do Trabalho: dissídios coletivos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3572b620-2094-48c9-80f2-7fac96f06a05>>. Acesso em: 08 set. 2016.

sensivelmente menor, o que nos dá uma amostra do potencial do tratamento coletivo das “questões comuns”, apesar das peculiaridades que permeiam os dissídios coletivos que não se comparam com as ações civis públicas e demais ações coletivas em geral.

O princípio da fungibilidade deve ser adotado, da mesma forma que ocorre com as ações possessórias, nas ações coletivas em geral, uma vez que a presença da coletividade num dos polos da ação e o dinamismo inerente às relações jurídicas coletivas exige um julgamento baseado na situação contemporânea à sentença, ainda que os pedidos tenham sido formulados numa moldura fática diversa, como, ao contrário do aplicado por ampla jurisprudência trabalhista, também se exige nas ações de interdito proibitório por disposição expressa de lei. Essa postura de acomodação do pedido de acordo com as transformações das relações até a decisão judicial atenua a necessidade de observância ao princípio da congruência, visando uma tutela efetiva proporcional à importância dos bens jurídicos em discussão e à multiplicidade de pessoas atingidas pela manifestação judicial, o que atrelaria o magistrado apenas ao pedido indireto (bem jurídico), propiciando uma maior liberdade para apreciação do pedido direto (tutela jurisdicional)¹⁴⁹⁷.

Essa interpretação, mesmo sem alteração legislativa, poderia ser extraída da análise conjugada do artigo 492 c/c o artigo 493¹⁴⁹⁸, em associação à exigência de interpretação ampla do pedido externada no artigo 322, §2º¹⁴⁹⁹, todos do NCPC, de 2015, contudo, a fim de evitar multiplicidade interpretativas diante da menção expressa a “fato novo”, o que poderia ensejar o rechaço à pretensão de alterar a forma de tutela judicial não seria descartada a inserção da possibilidade no Código de Processo Civil.

Da mesma forma, a previsão expressa do caráter duplícip das demandas que admitam a coletividade no polo passivo torna-se de extrema importância, uma vez que tal circunstância, por si só, pode inibir o ajuizamento de má-fé de ações em face do grupo, classe ou categoria em verdadeiro exercício abusivo do direito de ação, o que não seria atingido com a exigência de uma ação própria¹⁵⁰⁰, ao menos quando seguem o

¹⁴⁹⁷HOFFMAN, Glauci Aline; MOTRESOL, Deise. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil, cit.

¹⁴⁹⁸Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

¹⁴⁹⁹Art. 322. O pedido deve ser certo.

(...)

^{2º} A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

¹⁵⁰⁰PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CAUSA

procedimento comum ordinário e não o microssistema de tutela coletiva (CDC e LACP), que apresenta dinâmica própria.

Num primeiro momento, bastaria a previsão de que a improcedência da ação geraria automaticamente o dever de indenização em relação à coletividade, o que compreenderia o dano material e moral coletivo se com a concessão de tutelas de urgência fosse obstada a atividade lícita e regular do grupo, categoria ou classe, abrindo a possibilidade de demonstração dos prejuízos em liquidação de sentença e execução subsequente independentemente de um novo processo, bem como a execução da decisão de improcedência que, reconhecendo o direito da coletividade, serviria como título executivo, desde que mantidas a mesma situação fática.

É comum aventar os abusos que podem ser gerados em decorrência da liberdade de litigar em defesa dos direitos difusos e coletivos, por exemplo, com a utilização de mecanismos processuais, como as ações coletivas ou populares para pressionar a parte adversa, consagrando interesses particulares e não metaindividuais, o que foi solucionado em parte com a obrigatoriedade de manifestação do Ministério Público e das próprias partes quando se apresenta uma petição de desistência da ação que poderá ser recusada fundamentadamente pelo *parquet*. É possível aventar como medidas de contenção a exigência de caução, em especial, quando se demandar em face da coletividade, a fim de preservar o ressarcimento de eventuais danos, pagamentos de custas e sanções pecuniárias, uma vez identificada a litigância de má-fé ou o abuso do direito de ação, a fixação na própria sentença da obrigatoriedade de indenização pelos danos a serem apurados em liquidação¹⁵⁰¹.

Na hipótese de conluio entre as partes para obter uma condenação indevida que vincule a coletividade é possível, além da essencial interferência do Ministério Público como fiscal da lei e da regularidade de ações com envergadura de interesse social e coletivo, o maior empoderamento do juiz, com um reforço de sua capacidade instrutória do processo por meio de requisição de provas de ofício, tendente a preservar o princípio da

SUCUMBÊNCIA À PARTE. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

(...)

3. Ademais, nas peças de defesa (contestação - exceto nas ações de natureza dúplice -, contrarrazões de Recurso Especial e contraminuta do Agravo), a parte deve se limitar a resistir à pretensão do seu adversário, seja mediante indicação de objeções processuais (de conhecimento), seja defendendo a sua improcedência, no mérito. É inadequada, portanto, a dedução de pretensão própria, que deve ser pleiteada pelas vias processualmente adequadas.

4. Agravo Regimental não conhecido. (AgRg no AREsp 776.533/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/05/2016)

¹⁵⁰¹Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico, cit., p. 548-550.

verdade real em cotejamento com a ampla defesa, contraditório e devido processo legal¹⁵⁰².

Chiovenda pontua que “la acción es el *poder jurídico de dar vida (porre in essere)* a la *condición* para la actuación de la voluntad de la ley”¹⁵⁰³, nessa acepção a atuação jurisdicional depende dos interessados solicitarem a intervenção judicial, contudo, quando se tratam de direitos difusos e coletivos, há entidades e órgãos públicos legitimados para que a tutela desses interesses não se restrinjam ao ajuizamento incerto de ações individuais, o que também acaba por legitimar esses mesmos entes para a defesa de direitos individuais homogêneos diante do impacto coletivo da ofensa a esses interesses. Da mesma forma que a coletividade no polo ativo deve ser priorizada, é essencial que quando sua presença se consolide no polo passivo haja mecanismos de proteção aos interesses discutidos em juízo.

Isso não significa que exista um “salvo conduto” para a coletividade exorbitar no exercício de seus direitos em prejuízo de outros grupos e pessoas cujos interesses também são tutelados pelo ordenamento jurídico. Todavia, a simples previsão, em caráter dúplice da possibilidade da resistência à pretensão do autor ser salvaguardada se seus pedidos forem improcedentes poderia funcionar nas ações coletivas passivas em geral, como no interdito proibitório da greve, mas não atendem as ações civis públicas passivas, em que o microsistema de tutela coletiva salvaguarda a ofensa de direitos coletivos em sentido amplo no polo ativo, com eficácias diferenciadas para a coisa julgada.

A maioria dos casos associados à ação coletiva passiva refere-se à ofensa à liberdade de ir e vir e aos direitos de posse e propriedade no âmbito trabalhista, situação que no tocante a estes últimos a sistemática das ações possessórias já salvaguarda com certo grau de eficiência.

Devido a isso optou-se, ao invés de consagrar um caráter duplo às ações em que a coletividade figura no polo passivo da ação numa acepção geral, pela restrição desse efeito dúplice às ações que sigam o procedimento ordinário comum do NCPC, não se aplicando quando for utilizado o sistema próprio da LACP e CDC próprio das ações civis públicas, pois neste último caso a legislação sequer permite a cobrança de custas processuais se os autores estiverem de boa-fé. Além disso, como a eficácia dos efeitos da coisa julgada não permitem prejuízo aos detentores de direitos individuais seria impraticável uma sentença que, ao julgar improcedente uma pretensão coletiva ou equiparada, viesse a onerar os legitimados como Ministério Público e demais órgãos públicos que atuaram em defesa dos

¹⁵⁰²Cf. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico, cit., p. 553-554.

¹⁵⁰³CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*, cit., t. 1, p. 60.

interesses coletivos com danos morais e materiais coletivos. Da mesma forma, se as decisões proferidas não podem prejudicar os indivíduos também não poderão ser executadas pelos réus em face da incoerência de uma declaração de improcedência, nesse caso, equivaleria a uma declaração de legitimidade da conduta ou da atividade exercida e objeto da impugnação do autor. A única hipótese admissível seria se ocorresse um abuso no exercício do direito de ação por uma entidade privada a pretexto de tutela dos interesses difusos e coletivos, mas, nessa situação, se o juiz do processo identificar a má-fé deverá cobrar as custas, contudo, diante da ausência de previsão específica e da postura de defesa de interesses coletivos, eventuais danos decorrentes de cumprimento de medidas de urgência e eventuais danos materiais e morais torna recomendável o ajuizamento de uma ação específica, pleiteando essas indenizações e com ampla produção probatória, servindo a má-fé reconhecida em juízo como mero indício de prova após sua confirmação com o trânsito em julgado.

A situação pode parecer discriminatória num primeiro momento, mas a importância dos direitos tutelados e discutidos no polo ativo dessas ações demandam maiores cuidados, especialmente pelo fato do rol de legitimados ativos serem mais restrito que nas ações coletivas passivas em geral, em que qualquer indivíduo ou grupo poderá ajuizar a demanda por seguir o procedimento comum ordinário ou outro especial, sem peculiaridade acerca da legitimação nas partes nos polos da ação.

Assim, numa ação ajuizada por um grupo ou indivíduo em face de outro grupo, aplicar-se-á o caráter duplo da ação sem a necessidade de reconvenção, apenas com o singelo pedido na contestação de reconhecimento da legitimidade da conduta ou atividade impugnada pela parte autora, bem como a possibilidade de execução dessa decisão quando ofendida pelo autor e a liquidação e execução de eventuais perdas e danos decorrentes de eventual obstrução pessoal ou decorrente de medida de urgência¹⁵⁰⁴ ou liminar concedida obstativa dos atos coletivos reputados ao final da ação como regulares.

Não seria coerente promover alterações na CLT na atual conjuntura em que o país se encontra, com a possibilidade de projetos com sugestões de melhoria na abordagem da

¹⁵⁰⁴É oportuno salientar que prática semelhante já existe prevista no artigo 302 do NCPC:

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”.

coletividade no polo passivo de processos servir como pretexto para uma regulamentação genérica, tendente a minorar os direitos e garantias conquistadas após anos de lutas e sensibilização da sociedade.

Na CLT, por exemplo, existe a previsão da extensão das decisões proferidas em dissídios coletivos para todos os trabalhadores de uma empresa ou categoria dentro do mesmo processo.

Algumas observações são importantes e, portanto, devem ser destacadas nesse momento: a) a extensão é para beneficiar os trabalhadores; b) a representatividade processual coletiva encontra-se implícita na atuação para melhoria das condições de trabalho; c) o devido processo legal circunscreve-se à prévia previsão da lei, que pode mitigar o contraditório e a ampla defesa na presença de princípios de maior envergadura, como a igualdade de tratamento.

Não seria admissível um pedido para reduzir os limites subjetivos de aplicação da norma, pois essa postura iria em contrariedade à defesa dos interesses da categoria e seria impeditiva de atuação na sistemática dos dissídios coletivos.

A presunção de representação processual de toda a categoria pelos sindicatos nos dissídios coletivos pressupõe o benefício que será alcançado pela classe e não a piora de suas condições laborais.

Nas ações coletivas passivas em que a pretensão é impedir, recompor ou indenizar os danos decorrentes de uma ação ou omissão lesiva a interesses de pessoas ou grupos por parte de outro segmento social (parcela da coletividade), a sistemática da presença do sindicato é diversa. Há necessidade de legitimação da postura adotada pelo sindicato enquanto representante da categoria e isso deverá ocorrer obrigatoriamente por meio da realização de uma assembleia geral (aberta a todos os interessados e não apenas aos filiados), em prazo razoável, a fim de que a entidade se posicione perante os atos reputados como lesivos. Haverá duas posições a serem tomadas pela assembleia: a) rechaça a conduta do grupo responsável pela ação ou omissão; b) admite tratar-se de ato legítimo aos interesses da categoria e encampa a sua defesa. Essa situação narrada extrapola as questões de condições de trabalho e remuneração típicas dos dissídios coletivos para as quais a sistemática de representação foi idealizada na CLT, daí a oportunidade e conveniência de seu tratamento genérico no NCPC, por meio da regulação das associações enquanto representantes da coletividade.

Assim, somente nessas hipóteses que não tratam de remuneração ou condições de trabalho se poderia pensar em utilizar o sindicato como representante adequado do grupo

de trabalhadores e reflexamente vinculando toda a categoria com uma obrigação de não fazer ou fazer em geral. Para tanto, o sindicato teria que encampar a defesa do ato como direito de toda a categoria e na hipótese de vitória, funcionaria como um salvo conduto para a realização do ato se se tratar de uma ação ordinária ou com procedimento especial diverso da ação civil pública diante dos efeitos *pro et contra*. Caso seja uma ação civil pública deverá submeter-se aos efeitos da coisa julgada de acordo com os direitos tutelados no polo ativo.

Na hipótese de rechaçar a conduta do grupo envolvido também por meio de assembleia geral, deverá definir sua postura diante do caso concreto: a) se forem identificados os responsáveis pelos atos, comunicar a informação ao autor da ação para excluir a categoria do polo passivo com direcionamento ao subgrupo; b) caso não detenham essa informação ou seja impossível descobri-la, deverá solicitar a sua exclusão do polo passivo, comprovando a realização da assembleia e a postura da entidade deslegitimando os atos realizados em contrariedade ao direito que até poderá, dependendo da situação, assumir o polo ativo da ação como assistente litisconsorcial quando o ato praticado pelo grupo for contrário aos interesses da categoria.

Quando os interesses da categoria estão em oposição ao grupo é impossível impor uma obrigação de fazer ou não fazer à categoria, mas a ação dará a oportunidade para as entidades sindicais se manifestarem e deixarem claro sua posição diante do caso concreto, com o benefício de esclarecer a todos sua postura oficial.

A situação é facilmente identificável se nos centrarmos nas obrigações de fazer ou não fazer, contudo, seria possível adotar posição semelhante quando há a pretensão de danos a serem indenizados, pois com a aprovação da assembleia geral encampando os atos e sua defesa, a responsabilidade pelo ressarcimento deverá ser solidária entre o grupo a quem é imputado os danos e a categoria, diante de sua defesa no sentido da realização dos atos.

No caso do rechaço da conduta atribuída ao grupo poderá indicá-lo para a correta formalização do polo passivo e eventual responsabilidade pelo ressarcimento dos danos ou se não for possível comprovar nos autos que não coaduna com esse tipo de conduta, servindo o resultado da assembleia geral como prova aliado a outros indícios, solicitando sua exclusão do polo passivo.

Por óbvio, o juiz avaliará as provas e demais indícios como informes anteriores do sindicato, circulares, notícias de periódicos por meio da produção probatória do autor ou até mesmo de ofício para decidir se o sindicato permanece ou não no polo passivo, mas a deliberação da assembleia geral será um indicativo muito forte da ausência de legitimidade

da entidade figurar no polo passivo da ação.

A situação é diversa quando os atos são estimulados ou praticados abertamente pela direção do sindicato, comprovadas por meio de noticiário, circulares, ordens de serviço, portaria ou qualquer forma de externar a manifestação de vontade da diretoria que foi eleita pela categoria para funcionar como seu “porta-voz”. Nesse caso, há uma presunção de legitimação dos atos por parte da categoria, mas essa presunção poderá cessar com a realização de assembleia geral acerca do assunto, pois se a conduta do dirigente for rechaçada por ser contrária ao ordenamento jurídico, o responsável pelo desvio de finalidade e abuso do poder inerente a seu cargo de dirigente sindical é a pessoa física e não a entidade sindical, que poderia pelos meios próprios destituir esse dirigente, responsabilizando-se pelos danos causados, dada sua condição legal de representante da entidade, mas com direito de regresso em face do real responsável pelos atos reputados ilícitos.

Quando a ação ou omissão é atribuída a um dirigente enquanto representante eleito da vontade coletiva, os atos judiciais poderão ser direcionados a ele como pessoa física e à entidade enquanto ele funcionar como representante de sua vontade. Um exemplo seria o incentivo à invasão de propriedades e destruição do maquinário de empresários pelo representante dos trabalhadores ou no caso do representante dos empresários o estímulo ao *lock out*.

Essa atenção à adequada conformação da coletividade no polo passivo é essencial num Estado Democrático de Direito para equilibrar as relações sociais, impedindo abusos e fraudes em sua utilização para minorar direitos e prerrogativas trabalhistas e de outro lado ocultar atos contrários ao ordenamento jurídico, com a apenação dos reais responsáveis.

Essa vontade generalizada de vinculação de toda a categoria, a pretexto de coibir atos ilícitos deve ser razoável e proporcional, não podendo alcançar limites muito amplos a ponto de colocar os sindicatos, em especial o dos trabalhadores, numa situação mais fragilizada para impor condições ou obrigações que seria impossível de serem pautadas numa convenção coletiva ou dissídio coletivo. Toda a avaliação de cada caso concreto deve ser realizada de maneira específica e ampla, observando a finalidade real da ação ajuizada, bem como os direitos e interesses envolvidos.

A singela vinculação a toda categoria para, por exemplo, o pagamento de uma indenização por um dos trabalhadores de um setor crucial de uma empresa ter sido despedido e, devido a isso, tenha ateado fogo em toda a fábrica, não tem sentido. Não se trata de ato de índole coletiva, mas sim de ato individual, caindo no absurdo de ser equiparável a que o país em que nasceu um terrorista ser responsabilizado pela indenização

de suas vítimas e não o grupo a quem ele pertence, mesmo se esse país combater todos os tipos de atos terroristas. Nem o nascimento num determinado território, nem a profissão que se escolhe seguir são suficientes para esse tipo de vinculação legal para exigir indenização, obrigações de fazer ou não fazer de grupos tão amplos em que os subgrupos diretamente responsáveis sejam beneficiados, ainda que contrários à posição da maioria.

Devido a essas preocupações, no presente momento, as alterações pontuais no NCPC com a possibilidade de aplicação subsidiária ao processo do trabalho no exercício de sua competência ampliada pela Emenda nº 45, de 2004, viabilizará a maturação necessária para futuros aprimoramentos e aperfeiçoamento das reformas processuais, em que a coletividade figure no polo passivo ou nos processos coletivos em geral, sem que a integridade do regime tutelar do trabalhador seja prejudicado com a criação de mecanismos de precarização das relações de trabalho e dos direitos inerentes à prestação laboral.

Com a aplicabilidade da nova conformação no polo passivo da coletividade reprimindo o exercício abusivo de direitos ou a consecução de atos ilícitos, o sistema processual manterá sua completude com a possibilidade de sedimentação e aperfeiçoamento dos instrumentos existentes, o que, num futuro, poderá ensejar até a criação de um código específico de processos coletivos. Esta situação, na atualidade, contudo, mostra-se, à primeira vista, impraticável como se observará nas próximas linhas.

5.9. As dificuldades na elaboração de um Código de Processos Coletivos

O objetivo defendido por muitos de criação de um código de processos coletivos em nosso país é visionário¹⁵⁰⁵ e poderá ser implementado num futuro, contudo, a maturidade social para esse diploma depende de diversos aspectos que podem atrasar sua eficiente absorção pela sociedade, em especial no universo do Poder Judiciário.

O cuidado que deve ser tomado ultrapassa questões meramente jurídicas e alcança outros problemas que poderão prejudicar os resultados almejados com a codificação.

5.9.1. Problemas conjunturais

A codificação em si gera maior estabilidade no conhecimento das regras que regulam a matéria, mas apresenta o inconveniente de uma interpretação e aplicação

¹⁵⁰⁵“Ainda em 2009, mais precisamente em abril, é publicado o II Pacto Republicano, tendo como uma de suas metas, a [...] revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto, cit.).

racionalista, com desvinculação do ideal de justiça e “apego muito grande à letra da lei”¹⁵⁰⁶.

Associado a isso, constata-se uma dificuldade dos operadores do direito manipularem novos instrumentos processuais, bem como o fato de que os debates em torno das codificações restringem-se, na maioria das vezes, a um grupo de juristas encarregados, que, ainda que realizem audiências públicas e consultas tanto à população quanto aos especialistas na área, serão eles os redatores do conteúdo do novo diploma legal, com nítida influência de suas percepções, valores e pensamentos no substrato normativo delineado.

Uma das defesas mais calorosas sobre os processos coletivos consiste no combate à morosidade processual, com uniformidade de tratamento, solucionando numa única decisão diversas situações, que seriam conflitos individuais a serem submetidos num futuro próximo ao Judiciário.

Como pondera Gregório Assagra de Almeida:

“(…), observa-se que, no Brasil, os principais problemas relativos à morosidade e à efetividade da prestação jurisdicional não foram combatidos, tais como os problemas estruturais do Poder Judiciário, a carência na formação e a preparação humanista e também a técnica dos Juizes, Promotores de Justiça, Advogados, entre outros, que ainda não foram efetivamente enfrentados e superados”¹⁵⁰⁷.

Para a criação de um sistema processual de tutela jurisdicional, como a edição de um código de processos coletivos, deve-se atentar para a racionalidade da lei processual em suas acepções de coerência e instrumentalidade, ressaltados por Michele Taruffo, em que: a) a racionalidade como coerência deve seguir preceitos de ordem (sequência lógica do desenvolvimento do processo), unidade (concentração com poucas disposições externas), completude (detalhamento com pequena margem para interpretações destoantes) e simplicidade (clareza na linguagem e facilidade no uso do procedimento); b) a racionalidade como instrumentalidade (capacidade de atingir os fins almejados), como, por exemplo, uma tutela efetiva na aplicação da norma ao caso concreto com justiça dependerá de celeridade processual, mecanismos de prova atinentes à segurança na obtenção da verdade e de asseguramento de uma decisão justa, dentre outras coisas¹⁵⁰⁸.

A crise que atinge os sistemas processuais decorre da não observância desses postulados e geralmente, como acentua Michele Taruffo, desobedecem: a) a unidade e a ordem com a criação de normas especiais para a tutela de segmentos da sociedade, como os trabalhadores e os consumidores que, apesar de mais eficiente com a tutela diferenciada,

¹⁵⁰⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, cit., p.89.

¹⁵⁰⁷ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 136.

¹⁵⁰⁸TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras: escritos sobre a justicia civil*, cit., p. 45-46.

cria um contraste em relação ao cidadão comum que também almeja uma tutela mais efetiva; b) a incompletude com a desatualização dos procedimentos em relação à evolução social e econômica, como ocorre na necessidade de tutela dos direitos coletivos em sentido amplo; c) complexidade ou confusão das disposições editadas pelo legislador sem planejamento para atender questões circunstanciais numa sucessão de reformas parciais e com conteúdo atécnico, contraditório, fragmentado que prejudica a interpretação sistemática; d) a inefetividade da tutela em atender a necessidade de celeridade e prestação jurisdicional adequada em favorecimento ao réu e detrimento do autor, especialmente nas relações jurídicas em que ele é a parte hipossuficiente¹⁵⁰⁹.

Com base nos elementos supracitados é possível inferir uma enorme dificuldade na codificação dos processos coletivos na era hodierna, sendo necessário o desenvolvimento dos institutos por mais alguns anos, a fim de possibilitarem a identificação das zonas mais críticas, com uma preponderância ao alcance de uma decisão justa e não meramente célere diante do objetivo maior de pacificação social, com uniformidade de tratamento das massas numa sociedade extremamente estratificada.

Um primeiro passo no sentido da codificação é a admissão por nosso ordenamento de maneira expressa que a coletividade enquanto grupo, classe ou categoria pode ensejar danos a interesses de pessoas alheias ao seu círculo de relacionamento e o exercício abuso de direitos pode afetar a legitimidade das relações jurídicas titularizadas.

Como ressaltado nas linhas acima, a codificação incentiva uma maior dependência da letra da lei e se essa norma não for bem elaborada funcionará como uma bússola, em que em decorrência de um objeto magnetizado próximo a ela não indica o norte, como deveria, sendo pouco provável que aquele que venha a se utilizar dela encontre o caminho correto antes de identificar e remover o mencionado objeto, que interfere em sua função original.

Assim, sob o aspecto estrutural, pondera-se ser mais seguro, na conjuntura em que se encontra o Brasil, algumas alterações pontuais na legislação, dentre as quais a delimitação da coletividade ou grupo despersonalizado no polo passivo das ações civis públicas ou coletivas passivas em geral, em atenção aos anseios da sociedade e, portanto, com grandes chances de aceitabilidade e monitoramento para aperfeiçoamento futuro.

¹⁵⁰⁹TARUFFO, Michele. op. cit., p. 47-50.

5.9.2. Problemas circunstanciais

Os costumes transformam-se em leis e estas derivam em códigos quando os institutos jurídicos e o sistema em que se inserem alcançam um nível de desenvolvimento que permite sua reunião num corpo único, o que se depreende da concepção de Sílvio de Salvo Venosa, ao afirmar que “cada época histórica tem seu próprio momento para determinadas realizações”¹⁵¹⁰.

Como a codificação adquire existência independente de seus criadores e sua capacidade de conformar-se com as alterações sociais que embasam sua observância pela sociedade acabam por determinar sua perenidade, daí decorre a importância crucial dos conceitos vagos e indeterminados¹⁵¹¹.

Os códigos devem abordar o Direito ou, ao menos, um ramo específico em sua plenitude, diante disso, a tendência é um processo demorado de maturação, o que exige o auxílio da doutrina e da jurisprudência na interpretação da norma e do próprio legislador, ao aperfeiçoar um determinado sistema jurídico ao longo dos anos, por meio de alterações legislativas para, ao final, atingir um nível de concretude e completude suficiente para a formalização de um código¹⁵¹².

Ocorre que esses conceitos indeterminados só devem os ser em caráter relativo e não absoluto, em virtude da exigência de parâmetros mínimos para identificação de seu conteúdo, distanciando a vontade arbitrária do julgador da interpretação amparada nos anseios e valores extraídos do tecido social que legitimam a exegese.

Daí o cuidado com a definição de coletividade, em especial sob o aspecto de sua presença no polo passivo das ações civis públicas e coletivas, que não pode englobar direitos difusos, mas se ater a direitos de grupos, classe e categoria com a possibilidade de atingir numa perspectiva ampla os direitos coletivos (direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), cuja organização e coordenação ainda que temporária e adesiva possa causar lesão em decorrência de uma atividade ou conduta específica e não etéria.

5.10. Codificação futura balizada em tendências da legislação atual e suas propostas de aperfeiçoamento

Outra problemática decorrente da decrepitude do sistema processual em vigor consiste no conflito entre “proceso liberal y proceso justo”, que não são sinônimos como muitos podem

¹⁵¹⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 87.

¹⁵¹¹Id. Ibid., p. 88.

¹⁵¹²Id. Ibid., p. 87-88.

defender, pois os princípios da independência, da inércia, da imparcialidade e do contraditório nada significam se as partes não se posicionam paritariamente não só em termos jurídicos, mas principalmente de maneira prática, o que intui “paridad técnica y también económica”¹⁵¹³.

Existem diversos preceitos que podem sofrer alteração numa demanda coletiva, mas como não é pretensão dessa pesquisa esgotar o assunto serão abordados apenas alguns, a título exemplificativo para demonstrar a premissa apresentada, com atenção redobrada ao polo passivo da ação.

Qualquer reforma que vise codificar num futuro os processos coletivos deverá focar na questão da legitimidade e representação adequada tratada no capítulo segundo e nos efeitos da coisa julgada, objeto do capítulo terceiro, mas não se restringirá a isso, pois exige para dar coerência ao sistema processual a valorização do princípio da publicidade, a definição do órgão jurisdicional responsável para julgamento, mecanismos de ponderação de princípios e maior empoderamento do juiz em sua função na direção do processo e busca da verdade real e não meramente formal, dentre outros fatores¹⁵¹⁴.

Passamos a análise dos principais segundo a nossa ótica, em complemento ao já

¹⁵¹³CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., p. 116.

¹⁵¹⁴Em recente notícia intitulada “Lamachia entrega a deputado proposta de remuneração para autor de Ação Popular”, veiculada no site da Ordem dos Advogados do Brasil em 30.10.2016, constam algumas elucubrações já aventadas nessa pesquisa, como a instituição de uma remuneração ao autor popular e a valorização da atividade do Advogado, conforme se depreende do trecho abaixo reproduzido:

“Brasília – O presidente nacional da OAB, Claudio Lamachia, entregou na tarde desta quinta-feira (27) ao deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS) a proposta de um projeto de lei que faz alterações no formato atual das ações populares.

(...)

“Essa é uma contribuição da OAB com a Ajufe. É a primeira vez que temos uma parceria entre essas duas entidades apresentando uma ideia para um projeto de lei. Ele traz em seu contexto algo que entendemos absolutamente inovador, que é a possibilidade de termos a modificação da ação popular para que ela possa também remunerar aquele que será o autor popular. Muitas vezes o autor da ação ajuíza a mesma, gasta anos de dedicação e trabalho a ela e não recebe nenhum tipo de ressarcimento pela despesa e incomodo que teve durante esse processo todo. Pela proposta, o advogado que vai representar o autor da ação recebe também uma remuneração pelo trabalho realizado”, disse Lamachia.

O presidente nacional da OAB destacou durante o encontro com o parlamentar o potencial que a proposta terá em motivar os cidadãos na proteção dos interesses públicos. “Com este instrumento os quase um milhão de advogados poderão ser verdadeiros fiscais da coisa pública. E teremos ainda condições de transformar todo o cidadão brasileiro que queira agir em defesa do Estado num efetivo fiscal da coisa pública. Portanto, é um instrumento democrático e de combate à corrupção e à impunidade”, afirmou ele.

O presidente da Ajufe destacou que o projeto será um instrumento a mais na luta contra a corrupção. “Essa proposta também vai ao encontro do combate à corrupção. Ela incentiva o autor popular a investigar por conta própria os casos de desvios de recursos. Numa licitação, uma suspeita de superfaturamento, se ele tiver a informação, ele mesmo terá a legitimidade para propor o ressarcimento. E a novidade é justamente a indenização. Uma parte do que for recuperado ir para o autor popular e para o advogado”, declarou Veloso. Ao receber o texto das mãos dos dois presidentes, Lorenzoni elogiou a iniciativa e prometeu dedicar esforço especial na análise da proposta. “Esse tipo de instrumento complementa o sistema e é muito bem-vindo. Vamos nos debruçar com muito afinco sobre ele para fazer uma avaliação mais rápida possível, que permita sua incorporação”, disse o deputado gaúcho” (LAMACHIA entrega a deputado proposta de remuneração para autor de Ação Popular. *Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/52386/lamachia-entrega-a-deputado-proposta-de-remuneracao-para-autor-de-acao-popular>>. Acesso em: 31 out. 2016).

tratado nos capítulos segundo e terceiro.

5.10.1. Valorização da publicidade como método legitimador das decisões judiciais e integrante do devido processo legal enquanto elemento da representação processual coletiva

Durante o ano de 2005, o Fórum Nacional do Trabalho, após estudos com a participação de representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, elaboraram o Projeto de Emenda Constitucional nº 369/2005 e o Anteprojeto de Lei de relações sindicais¹⁵¹⁵.

Dentre as alterações sugeridas, encontram-se modificações no artigo 8º, colocando fim na unicidade sindical e consagrando a liberdade sindical às entidades que atendam os requisitos de representatividade, propondo a redação do inciso II do dispositivo da seguinte forma: “o Estado atribuirá personalidade sindical às entidades que, na forma da lei, atenderem a requisitos de representatividade, de participação democrática dos representados e de agregação que assegurem a compatibilidade de representação em todos os níveis e âmbitos da negociação coletiva”.

A representatividade, nos termos adotados na proposta de emenda, pressupõe conformidade com os interesses da categoria, bem como a função de “porta-voz” legitimado pelo contingente de trabalhadores cujos direitos e interesses serão defendidos e postulados em juízo ou no meio administrativo nas relações entre trabalhadores e empregadores.

Essa visão é facilmente extraída do conteúdo do anteprojeto de lei de relações sindicais proposto em conjunto com a proposta de emenda constitucional. Nesse anteprojeto, a negociação e os contratos coletivos apenas serão possíveis mediante prévia autorização da assembleia dos sindicatos, com ampla divulgação e uma vez autorizada a negociação somente será legitimada com a notificação de outras entidades representativas com personalidade sindical existentes na mesma base de representação, com necessidade de consulta aos representados para a celebração do contrato coletivo (artigos 100 e 101).

Nesse contexto, percebe-se uma valorização da ampla publicidade do início das negociações e da pretensão de negociar, viabilizando a participação em potencial de todos.

Essa pesquisa almeja trazer subsídios para que o ordenamento jurídico se aprimore viabilizando o pleno acesso ao Poder Judiciário de todos aqueles que venham a sofrer lesão

¹⁵¹⁵ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Fórum Nacional do Trabalho. Reforma Sindical. *Proposta de Emenda à Constituição - PEC 369/05 - Anteprojeto de Lei*. Brasília, 2005, cit.

ou ameaça de lesão a seus direitos e interesses, promovendo uma democracia efetiva em que todos os grupos, classes ou categorias vivam em harmonia, sem que se tutelem as pretensões de alguns em detrimento de outros. O real significado da democracia é o respeito à diversidade, com o exercício regular de direitos consagrados pelo ordenamento jurídico não como meio de restrição ao se coibir o abuso, mas sim uma forma de usufruto equânime por todos dos benefícios e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sem sobreposição, como também nivelamento e tutela de acordo com os valores consagrados na sociedade, em que as minorias e a maioria devem se respeitar mutuamente em prol de um desenvolvimento conjunto da sociedade.

O que se percebe nos ordenamentos jurídicos é uma tentativa de uniformidade das decisões atrelada à consagração do princípio da economia processual e a pretexto de atingir esse fim tem mitigado a exigência da coisa julgada vincular somente as partes presentes fisicamente no processo com participação efetiva no exercício do contraditório, o que embasou a figura dos substitutos processuais e, mais recentemente, a figura de um representante da coletividade num aprimoramento e aperfeiçoamento da concepção de contraditório em que pessoas físicas, jurídicas isoladamente ou em grupos comparecem em juízo para defender interesses próprios e alheios, assegurando a bilateralidade necessária a tese e antítese tendente a atingir a síntese consubstanciada na sentença que promoverá uma pacificação social por meio do balizamento e ponderação dos interesses em conflito.

Assim, a ampla publicidade deve funcionar como aliada da celeridade processual e não ser suprimida por ela, uma vez que integra como legitimador da representação processual coletiva a representatividade adequada do “porta voz”, devendo ser realizada senão em todos, nos atos processuais mais relevantes, como no ajuizamento da ação, na decisão de saneamento, na sentença, no acórdão e no trânsito em julgado.

5.10.2. Órgão jurisdicional responsável pelo julgamento dos processos coletivos

Essas ações em que a coletividade figura no polo passivo até o presente momento seriam ajuizadas no primeiro grau de jurisdição, como ações comuns no âmbito civil e no âmbito laboral, mas não se descarta, no futuro, que reformas no sistema processual venham a propiciar o julgamento pelo segundo e terceiro grau, com a conformação de uma competência originária, na medida em que ocorre um maior empoderamento dos Tribunais, como recentemente ocorreu com o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos de revista, especiais e extraordinários julgados pela sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral e as súmulas vinculantes, dado o reflexo coletivo dessas

demandas.

É importante salientar que em quaisquer das hipóteses há a necessidade de capacitação dos órgãos julgadores para um mais eficiente enfrentamento dos conflitos coletivos, com a especialização de varas, turmas e câmaras a fim de propiciar maior justiça na prestação jurisdicional.

5.10.3. Ponderação de princípios nas ações coletivas e o poder criativo do juiz

Como as normas nem sempre são claras quando abordam direitos coletivos em sentido amplo é necessária uma abordagem diferenciada para a apreciação dos conflitos entre direitos coletivos em sentido amplo quando se confrontam no polo ativo e passivo de uma ação.

A lei não consegue definir todas as hipóteses de situações que ela, no futuro, deve regular, o que pode ocasionar o uso dos princípios que embasam a construção dessas normas para dirimir dúvidas, preencher lacunas e conduzir o magistrado a uma solução mais justa para o caso concreto por meio de uma interpretação teleológica.

Não se trata de desconsideração das normas legais, mas de ponderação¹⁵¹⁶ de princípios constitucionais¹⁵¹⁷, na medida em que se as disposições forem analisadas isoladamente, cada uma das partes, em tese, estaria correta, mas, num confronto entre essas posições jurídicas, quando o ordenamento não prevê uma solução para o conflito desses direitos, um dos direitos deve prevalecer em relação ao outro na situação concreta submetida ao Poder Judiciário.

O sentido de justiça é relativo, mas pode ser concebido na sentença como a valoração do “criterio di giudizio utilizzato dal giudice nella própria decisione e la sua conformità alla legge sostanziale”¹⁵¹⁸. Como a lei material extrai seu fundamento dos princípios constitucionais é possível adequar a conformidade da norma a esse conteúdo axiológico presente no ordenamento jurídico.

O “ordenamento jurídico” além das disposições legais deve ser compreendido como “costumes, doutrina, jurisprudência – dominante ou sumulada –, analogia, equidade,

¹⁵¹⁶“A ponderação é o instrumento para a aplicação dos princípios (uma técnica de decisão jurídica). Ponderar significa uma difícil e complexa atividade mental e de sentimentos em torno do que é razoável, visando a alcançar com essa razoabilidade o objetivo que se propôs a norma. Nesta atividade mental há certa discricionariedade judicial” (HUSEK, Carlos Roberto. *Idéias para uma interpretação do artigo 114 da Constituição Federal*. In: FAVA, Marcos Neves; COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 46-54. Disponível em: <<https://extranet.anamatra.org.br/uploads/book/justica-do-trabalho.pdf#page=46>> Acesso em: 31 out. 2016).

¹⁵¹⁷Para maiores esclarecimentos sobre a ponderação de princípios cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012. p. 91-103.

¹⁵¹⁸TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile*: disposizioni generali, cit., p. 79.

princípios gerais, regras de experiência”, sendo que, muitas vezes, após o reconhecimento jurisprudencial, a norma é inserida formalmente pelo legislador ordinário no sistema jurídico¹⁵¹⁹.

Devemos compreender que a visão estanque da jurisdição de equidade e a jurisdição de direito não existe tão delimitada quanto antes, pois a concepção de Calamandrei, no sentido de que “en el sistema de la legalidad hay, pues, entre legislador y juez, una división de trabajo: todos los factores políticos deben ser llevados a la valoración de los órganos competentes para crear las leyes, no de los órganos, tales como en primer término los jueces, a los que corresponde solamente aplicarlas tal como son”¹⁵²⁰, tem perdido um pouco de sua essência com a influência das disposições da *common law* em nosso ordenamento jurídico e do conteúdo axiológico presente nos princípios elencados na Constituição brasileira de 1988.

Na verdade, é possível identificar uma aproximação com a equidade na interpretação que o magistrado implementará sobre o substrato ou conteúdo da norma ao solucionar o conflito de interesses de índole coletiva.

Calamandrei, ao analisar o juízo de equidade, baseado na criação do direito pelo juiz para resolver cada caso concreto, típico do sistema da *common law*, concebe que, ao criar a norma que inexistia previamente estabelecida para reger o caso concreto, ou seja, ao exercer o juízo de equidade, o juiz deve, segundo sua consciência “buscar caso por caso la solución que corresponda mejor a las concepciones morales y económicas predominantes en la sociedad en que vive em aquel momento, y el de ser, por consiguiente, el intérprete fiel de las corrientes históricas de su tiempo”¹⁵²¹.

Se ponderarmos sobre o conteúdo do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, ao especificar “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” podemos perceber que não existem grandes diferenças entre as situações, tão somente que no juízo de equidade não há norma para se interpretar e ao juiz é dado o poder criativo de elaboração do direito sem um parâmetro mínimo pré-estabelecido pela norma.

Essa situação reforça-se com o conteúdo do artigo 8º do NCPC, pois agora se estabelece que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e

¹⁵¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, cit., p. 158.

¹⁵²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 118.

¹⁵²¹ Id. *Ibid.*, p. 117-118.

observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, preceitos que transportados para a ótica coletiva ganham maior amplitude devido ao reflexo da decisão na coletividade ou no grupo. Note-se que além da substituição do termo “lei” por “ordenamento jurídico” são inseridos diversos princípios axiológicos para dirigir o ato de interpretar dos juízes com conteúdo vago e indefinido, privilegiando a função criativa e conformadora do julgamento.

Nessa concepção, podemos conjecturar que o poder criativo do juiz varia em graus, de acordo com a existência ou não de normas que regem determinada matéria incidente sobre uma situação submetida à sua análise enquanto exercício da jurisdição para pacificação social com a resolução dos conflitos.

Além disso, é possível intuir que o princípio de acesso à justiça e de uma prestação jurisdicional efetiva impede que o juiz não profira decisão que dirima as controvérsias, ou seja, não apenas quando a lei expressamente autorize é possível o juízo de equidade, mas sempre que ele for essencial para a solução da controvérsia posta ao Poder Judiciário, uma vez que a utilização dos costumes, dos princípios gerais de direito e da analogia pelo magistrado na ausência de lei, conforme autorizado pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, não deixa de ser, em essência, uma decisão baseada na equidade, com fundamentos em parâmetros gerais tendentes a promover a justiça no caso concreto.

5.10.4. O princípio da verdade real (sistema inquisitivo *versus* sistema dispositivo) nos processos coletivos

Diante dos elementos indisponíveis presentes nos interesses coletivos e na necessidade de solução dos conflitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, seja com a presença da coletividade no polo ativo, seja no passivo, cremos que deve vigorar o princípio da verdade real no âmbito processual e não o meramente formal.

A magnitude do reflexo das decisões proferidas nas ações coletivas não só na sociedade como também no sistema jurídico não pode mais se coadunar com uma verdade meramente formal na produção das provas que, num único processo, determinará o destino de toda uma comunidade ou grupos de pessoas indeterminadas ou determináveis.

Essa tem sido a postura do Poder Judiciário na defesa de direitos indisponíveis, como a determinação da paternidade¹⁵²² e outras questões de relevância social¹⁵²³.

¹⁵²²CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PATERNIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA E INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO

AFETIVO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Se, à época da realização do registro de nascimento, a filiação foi declarada tão somente com base nas afirmativas feitas pela genitora do menor, que induziram o declarante a acreditar ser o pai da criança, é possível questionar a paternidade em ação negatória, com base em vício de consentimento.

2. Se o vínculo biológico foi afastado por prova genética (exame de DNA) e, por depoimentos, comprovou-se a ausência de vínculo afetivo entre o declarante e o menor, não há como manter filiação em desacordo com a realidade.

3. Nas ações de estado, prevalece o princípio da verdade real, que deve ser afastado apenas em circunstâncias particulares e especiais, considerando-se o caso concreto.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 1362557/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 09/12/2014)

DIREITO CIVIL. RETIFICAÇÃO DE PATRONÍMICO. NOME DE SOLTEIRA DA GENITORA. POSSIBILIDADE.

1. O princípio da verdade real norteia o registro público e tem por finalidade a segurança jurídica, razão pela qual deve espelhar a realidade presente, informando as alterações relevantes ocorridas desde a sua lavratura.

2. O ordenamento jurídico prevê expressamente a possibilidade de averbação, no termo de nascimento do filho, da alteração do patronímico materno em decorrência do casamento, o que enseja a aplicação da mesma norma à hipótese inversa - princípio da simetria -, ou seja, quando a genitora, em decorrência de divórcio ou separação, deixa de utilizar o nome de casada (Lei 8.560/1992, art.

3º, parágrafo único). Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1072402/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 01/02/2013).

¹⁵²³TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. ISENÇÃO FISCAL.

DEDUÇÃO DE PARCELAS NÃO ABRANGIDAS. ESCRITURAÇÃO IDÔNEA. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO (ARTIGOS 399, IV, E 400, § 6º, DO RIR/80).

INVIABILIDADE.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 7 desta Corte.

3. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido a violação a dispositivos de lei federal. Súmula 284/STF.

4. A apuração do lucro da pessoa jurídica por arbitramento se justifica quando "a escrituração mantida pelo contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude (art. 399, IV do RIR/80 - Decreto 85.450/80). Todavia, se o contribuinte mantém regular escrituração da receita bruta efetivamente verificada, é com base nela, e não por arbitramento, que o tributo deve ser lançado (art. 400, caput, do RIR/80. Também em matéria tributária deve-se observar, sempre que possível, o princípio da verdade real, inquestionavelmente consagrado em nosso sistema normativo (CTN, art. 148; Súmula 76/TFR).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 549.921/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 01/10/2007, p. 212).

Recurso Especial. Processual Civil. Prova. Produção. Iniciativa.

Princípio dispositivo. Igualdade das partes. Ordem de oitiva das testemunhas.

Admite-se no processo moderno a iniciativa probatória do juiz, pois a efetividade do processo e a absorção do conflito no plano social depende de uma decisão cunhada a partir do princípio da verdade real dos fatos. Tal poder, entretanto, deve ser exercido, sem que o julgador desmereça dos demais princípios que norteiam o processo civil.

A dispensa da prova oral pelo juiz, como consequência sancionatória à ausência do advogado do autor à audiência de instrução e julgamento do rito sumário, o impede de, mais tarde, determinar a inquirição das mesmas testemunhas. Violação aos princípios da imparcialidade do julgamento, do ônus da prova, da ordem de oitiva de testemunhas e do tratamento igualitário que deve conferir às partes.

Recurso especial provido.

(REsp 151.924/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2001, DJ 08/10/2001, p. 210).

Além disso, propício o pensamento de Juan Guzman Tapia:

“Se acostumbra representar a la justicia como una diosa hierática cuyos ojos están vendados, que en una mano sostiene una balanza y en la otra, una espada. Sería sin embargo más alentador para los justiciables que esa figura alegórica continuara sujetando siempre en forma muy recta la balanza, pero que en lugar de la espada contara con un procesador de texto, y en reemplazo de la venda, resplandeciera desde sus ojos muy abiertos un fulgor cálido, clarividente y sabio. La resolución judicial que dictara se extendería conforme a una verdad real, probada y concreta, y sus considerandos reflejarían justicia y caridad. Y, además, si su construcción fuera adecuada y su redacción buena, sobria y culta, sin que se cayera en lo superfluo o en lo abstracto, esta resolución sería a la vez de ética, estética”¹⁵²⁴.

A justiça de uma decisão está relacionada com a conformação da sociedade em relação ao resultado da demanda, ou seja, o grau de aceitabilidade da resolução do conflito ainda que a noção de justiça tenha uma apreciação relativa, variando de acordo com o grupo de pessoas que for afetada e suas concepções sociológicas, culturais, políticas, econômicas etc.

Essa procura pela justiça, pacificação social e consequente segurança é mais facilmente alcançada por meio de um temperamento no princípio da inércia do juiz, especialmente no que pertine à produção de provas no processo.

Calamandrei estabelece que não existem processos totalmente inquisitórios ou dispositivos devido a uma mescla de mecanismos de acordo com a maior ou menor necessidade de alcance da verdade dos fatos (segundo o direito material tutelado), em que se pondera a relação entre o interesse individual (iniciativa da parte) e o interesse público (iniciativa oficial) em diversos procedimentos que podem integrar o sistema processual de um determinado ordenamento jurídico¹⁵²⁵.

Em outra oportunidade, o autor reconhece que é possível a utilização do sistema dispositivo e inquisitório segundo a natureza disponível ou indisponível do direito material objeto da ação judicial, modulando a interferência das partes ou do juiz no procedimento e, no último caso, “en el sentido de dar un predominio más acentuado a los poderes del juez”¹⁵²⁶.

Costumeiramente classificam-se os processos de “*tipo dispositivo* o de *tipo inquisitorio*”, según la diversa extensión de los poderes dados al juez para la investigación de la verdad”, sendo que “en la práctica de las legislaciones positivas se procura coordinar y equilibrar los dos principios y crear un tipo intermedio en el que un principio puede predominar sobre el outro, pero nunca excluirlo absolutamente”¹⁵²⁷.

Nesse sentido Ferruccio Tommaseo apregoa que “conviene subito notare che non

¹⁵²⁴GUZMAN TAPIA, Juan. *La sentencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 121-122.

¹⁵²⁵CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., v. 1, p. 359-360.

¹⁵²⁶Id. *Ibid.*, p. 408-409.

¹⁵²⁷Id. *Ibid.*, p. 359.

existe un processo integralmente inquisitorio o, all'opposto, un processo totalmente dispositivo”, dependendo sua maior propensão para um ou outro de uma opção política do legislador, ora priorizando o interesse público, ora o privado¹⁵²⁸, ou seja, a verdade real ou a verdade formal de caráter fictício no resguardo do direito material¹⁵²⁹.

Obviamente que em uma democracia o magistrado não poderá exorbitar de seus poderes na condução do processo como se fosse um ditador, mas, também, pela mesma razão, não deve adotar uma absoluta passividade diante dos princípios e fundamentos que embasam o Estado do Bem-estar Social, núcleo de irradiação das normas jurídicas que regem as relações sociais em que a verdade dos fatos deve ser buscada e, nesse caso, em sendo o juiz o destinatário da prova não pode permanecer inerte a pretexto da manutenção de sua imparcialidade¹⁵³⁰, pois se assim o fizer já estará sendo parcial em relação à parte que estiver em situação de preponderância social, econômica ou, ainda, cultural, mantendo uma vantagem não declarada, mas, muitas vezes, o real diferencial entre vencedor e vencido na relação processual.

O juiz não é um autômato que computa dados e apresenta um resultado derivado de uma equação, sendo oportuna a visão de Juan Guzman Tapia, ao consagrar que: “la interpretación jurisdiccional de las normas legales, por lo demás, la realizan seres humanos y está destinada a seres humanos”, assim, o elemento humano deve ser priorizado no exercício da função de hermenêutica com vias à pacificação social, visto que “si utilizáramos una lógica matemática a todo caso y a toda situación, sobraría el juez – ser humano – y bastaría una computadora bien programada para dar a cada cual lo suyo o lo que le corresponde”¹⁵³¹.

Mauro Cappelletti assevera que o processo “envolve alguns dos mais fundamentais 'direitos humanos’”, com a atribuição das garantias de um julgador imparcial e independente, sem sofrer as pressões do poder público e de seus órgãos ou de qualquer pessoa ou entidade, contudo, tal situação não determina passividade e inércia do juiz, que deve zelar pela lealdade dos atos processuais e de sua celeridade e regularidade¹⁵³².

¹⁵²⁸“O relacionamento do juiz com o processo consiste no constante exercício dos poderes que ao órgão judicial é conferido pelo Estado para dirigir o processo de modo a que este seja efetivamente *instrumento* a serviço da realização do direito material. Para tanto, os ordenamentos jurídicos modernos ampliam a gama de poderes do juiz, não para que este se torne um ditador em detrimento dos direitos das partes, mas para equilibrar o interesse privado destas, de verem satisfeitas suas pretensões, com o interesse público inerente ao escopo máximo da jurisdição: a solução pacífica e justa dos conflitos intersubjetivos” (GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 67).

¹⁵²⁹TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 20-21.

¹⁵³⁰Ver GOMES, Sergio Alves. op. cit., p. 243-244.

¹⁵³¹GUZMAN TAPIA, Juan. op. cit., p. 118.

¹⁵³²CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, cit., p. 129.

O processualista diferencia o princípio dispositivo em seu sentido substancial do sentido processual, em que no primeiro cabe às partes a delimitação do conteúdo da lide e o início do processo por meio de petição¹⁵³³, enquanto ao segundo enseja a fiscalização do magistrado acerca do desenvolvimento do processo, estipulando prazos a serem cumpridos, sanções efetivamente aplicadas, bem como solicitando meios de prova dentro do que lhe foi circunscrito pelas alegações das partes em atenção a um legítimo trâmite processual¹⁵³⁴.

Iñaki Esparza Leibar compreende o princípio dispositivo como “un reflejo, en la concreta faceta procesal, de la autonomía de la voluntad respecto de los intereses privados”¹⁵³⁵.

O princípio dispositivo que deve vigorar no processo civil sofre diversas mitigações segundo a importância da matéria tratada na demanda, como se percebe de sua definição pela doutrina espanhola “implica que son los litigantes los que determinan en objeto del proceso, sin que sea dado al juzgador el proceder de oficio a hacerlo, salvo en aquellos en los que se decidan cuestiones de orden público como en área del Derecho de Familia”, sendo certo que não se restringe ao pedido ou a renúncia de direitos, pois atinge também a produção de provas, abrindo a possibilidade do juiz solicitar provas complementares para a elucidação do caso concreto¹⁵³⁶.

Na era hordierna, ao contrário do que ocorria no período em que reinava o liberalismo decorrente da exaltação da autonomia da vontade com a aplicação do princípio dispositivo para a produção de provas, observa-se uma reformulação do sistema, em que o juiz teve um reforço em seus poderes de instrução do processo em decorrência do “fenômeno da publicização do processo civil”, viabilizando uma postura mais ativa ao “determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, quando

¹⁵³³Nesse momento relevante destacar que mesmo no ajuizamento das ações o que se refere ao princípio dispositivo substancial há hipóteses que a importância do interesse tutelado exige a distribuição da ação como ocorre nas ações sob a titularidade do Ministério Público como nos relata Liebman:

“Tomadas en su conjunto, las atribuciones del ministerio público en el proceso civil representan una atenuación y un correctivo del principio de la iniciativa de parte y del principio dispositivo; manteniéndose firme la regla de que el proceso civil no puede tener su inicio sino mediante demanda del interesado y que en la instrucción de la causa corresponde a las partes afirmar y probar los hechos sobre los cuales el juez debe formar su convicción y llegar al descubrimiento de la verdad, el legislador ha tenido en cuenta sin embargo la existencia de las relaciones jurídicas de derecho privado, respecto a los cuales el interés público en la actuación de la ley se contempla como más intenso de lo normal y no puede quedar condicionado a la iniciativa de los interesados singulares y confiere por eso al ministerio público en medida más o menos amplia los poderes -que le permitan cumplir las actividades necesarias para asegurar, con respecto a las relaciones indicadas que la regulación dispuesta por la ley reciba por obra de los jueces plena e integral actuación” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 103).

¹⁵³⁴CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, cit., p. 129.

¹⁵³⁵ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: JM Bosh Editor, 1995. p. 34.

¹⁵³⁶SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). *Tratado práctico del proceso civil: disposiciones generales y proceso ordinario*, cit., t. 1, p. 46-47.

necessário for para o conhecimento da verdade e a realização da justiça”¹⁵³⁷.

A direção material do processo pelo juiz é uma exigência da própria sociedade, uma vez que, ao se deparar com uma parte indefesa ou ao constatar que seu representante ou defensor não está agindo de maneira técnica adequada, gerando efeitos similares à ausência de defesa, não deve permanecer inerte, atuando de forma ativa em prol da sociedade sem que isso prejudique sua imparcialidade¹⁵³⁸.

Essa obrigação decorre da própria função judicial que eminentemente permeia a atividade dos magistrados, pois “juzgar, decidir litígios, es una actividad esencial de los jueces”, mais do que isso “el derecho impone a los jueces (a las personas calificadas como jueces por el próprio derecho) la obligación de juzgar”, caracterizando-se esse exercício “la única función consubstancial a la condición de juez” com as demais atividades ou obrigações girando em torno dessa função-fim de “decidir conforme o derecho”¹⁵³⁹.

Nas palavras de Mauro Cappelletti: “a verdade é que a direção 'formal' ou 'técnica' do processo deveria ser confiada, mais que a normas gerais e abstratas, ao critério discricionário do juiz, como precisamente ocorre no direito processual inglês e, ainda que de modo menos acentuado, no americano”¹⁵⁴⁰.

Como bem ressaltado por Sergio Alves Gomes: “na sociedade atual, espera-se do juiz uma atitude ativa ao conduzir o processo”¹⁵⁴¹.

Mauro Cappelletti afirma ser o direito em discussão no processo “coisa das partes”, porém, o interesse decorrente do “bom funcionamento do processo” pertence ao ente estatal e a toda sociedade que clama por “uma administração da justiça o mais possível ordenada, rápida e justa”¹⁵⁴².

Nas situações envolvendo direitos e interesses coletivos, a percepção do juiz deve se atentar aos valores envolvidos no conflito e recordar-se que “la función creadora del juez debe tender siempre hacia el sentido auténtico del derecho, hacia la mejor justicia individual y hacia la mejor justicia general”, de maneira proporcional, no intuito de que “ninguna puede ser sacrificada o preterida, sino deben complementarse”¹⁵⁴³.

¹⁵³⁷GOMES, Sergio Alves. op. cit., p. 85-87.

¹⁵³⁸CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, cit., p. 131.

¹⁵³⁹HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*, cit., p. 20.

¹⁵⁴⁰CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição: civil law: common law: apontamentos histórico-comparativos, cit., p. 433.

¹⁵⁴¹GOMES, Sergio Alves. op. cit., p. 67.

¹⁵⁴²CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição: civil law: common law: apontamentos histórico-comparativos, cit., p. 434-435.

¹⁵⁴³GUZMAN TAPIA, Juan. op. cit., p. 121.

Os conceitos ou termos utilizados nos diversos projetos de código de processo coletivo são de conteúdo indeterminado ou aberto, possibilitando ao magistrado uma perfeita ponderação perante as peculiaridades referentes ao caso concreto quando dispõe sobre o controle da representatividade adequada e outros pontos¹⁵⁴⁴.

Jordão Violin, ao avaliar de maneira percuciente a irracionalidade de não disponibilizar ao juiz mecanismos para impedir que o legitimado, ao ajuizar a ação coletiva, venha a atuar com negligência, desídia ou conluio para macular interesses supraindividuais, preconiza que o artigo 13¹⁵⁴⁵ do CPC, de 1973 (defesa de interesse alheio em nome alheio)¹⁵⁴⁶, ao regulamentar a representação da parte em juízo, em conjugação ao artigo 90¹⁵⁴⁷ do CDC (aplicação subsidiária), admite uma releitura de seu conteúdo para propiciar o controle da representatividade dos legitimados na defesa de interesses coletivos, salvo os efeitos de seus incisos, como a revelia do réu (direitos indisponíveis sequer admitem revelia) e a eventual extinção do processo sem conceder ao legitimado um prazo razoável para adotar a representação adequada, ainda que isso implique em substituição do legitimado, em atenção à importância dos direitos discutidos e da economia processual decorrente de declaração de nulidade futura¹⁵⁴⁸.

O novo CPC, de 2015, apresenta disposição assemelhada no artigo 76¹⁵⁴⁹, portanto, ao juiz, ainda que não existam critérios objetivos e subjetivos como os especificados no sistema americano, poderá avaliar não só a pertinência temática de uma associação e o

¹⁵⁴⁴VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 79.

¹⁵⁴⁵“Art. 13. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:
I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;
II - ao réu, reputar-se-á revel;
III - ao terceiro, será excluído do processo”.

¹⁵⁴⁶Como bem salientado por Felipe Silva Noya “o representante vai, em nome do representado, defender interesse deste, figurando como mero representante, e não como parte processual, posição assumida pelo legitimado extraordinário” (NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 99-115).

¹⁵⁴⁷“Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

¹⁵⁴⁸VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 79-82.

¹⁵⁴⁹“Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.
§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:
I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor;
II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;
III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.
§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:
I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;
II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido”.

período de sua constituição, como também, no decorrer do procedimento processual, fiscalizar a adequada representação mediante a aferição da “qualidade da defesa dos interesses da classe”, consubstanciada em variáveis, como a postura defensiva, a lealdade, o comprometimento, o conhecimento técnico, entre outros pontos, que são perceptíveis ao longo do processo, o que, por obviedade, não permitirá sem previsão expressa na legislação impedimento no acesso ao Judiciário na singela avaliação de “suas atuações passadas ou em seu histórico na defesa dos interesses difusos e coletivos”¹⁵⁵⁰, salvo em situações muito peculiares, o que obsta uma posição generalista nessa matéria.

Da mesma forma, será possível aferir a adequabilidade da conduta do Ministério Público, como ressalva Antonio Gidi:

“(…) não é 'impensável' que um membro do MP atue de má-fé em um processo coletivo. Essa atitude subserviente nos remonta à monarquia inglesa do Século XVIII, que criou a máxima *the king can do no wrong*, que tantas dores infligiu no povo inglês, ao corroborar a infalibilidade do rei e de seus delegados”¹⁵⁵¹. (destaques no original)

Esse espírito permeou o legislador ao editar o conteúdo do artigo 139 do Novo Código de Processo Civil, dando maiores poderes gerenciais ao juiz, ao conduzir o processo, especialmente com os incisos IV (“determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”), V (“promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”), VI (“dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”), VIII (“determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”); IX (“determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”) e X (“quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”)¹⁵⁵².

¹⁵⁵⁰VIOLIN, Jordão. op. cit., p. 136-139.

¹⁵⁵¹GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, cit., p. 405.

¹⁵⁵²BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 out. 2016; BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico,*

Os interesses difusos e coletivos não se amoldam às concepções clássicas de direitos públicos e privados, na medida em que seus titulares são, muitas vezes, indeterminados e tais prerrogativas podem ser exercidas não apenas em face do ente público, mas em relação a qualquer pessoa e entidade, demonstrando seu caráter social, ou seja, as partes da relação não são previamente identificadas.¹⁵⁵³

No processo do trabalho é perceptível em alguns países, como a Itália, uma maior liberdade para o juiz produzir provas na busca pela verdade real e não meramente formal, a ponto de autores como Salvatori Satta e Carmine Punzi afirmarem que “ampliando i potere del giudice e comprimendo, d’altro canto, quelli delle parti, può essere definito semi-dispositivo o parzialmente acquisitivo”¹⁵⁵⁴.

Nessas situações em que a prova é crucial para o deslinde da demanda, a doutrina italiana sugere “l’iniziativa d’ufficio non può, dunque, sollevare le parti da quest’onere di allegazione, essendo limitate le questioni che, nel nostro ordenamento, sono rilevabili d’ufficio”, preservando o ônus probatório acerca dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos atribuídos a cada uma das partes¹⁵⁵⁵.

Em realidade, as alegações das partes são importantes para delimitar a demanda, sendo exigível um mero indício de prova sobre os fatos afirmados por elas, cabendo ao juiz nos processos coletivos complementar a prova em busca da verdade real e diante da relevância dos direitos envolvidos e a fim de evitar fraudes, bem-vinda seria também a produção de provas de ofício¹⁵⁵⁶, elucidando pontos obscuros da demanda.

turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 jul. 2015; BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

¹⁵⁵³GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 226.

¹⁵⁵⁴PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, cit., p. 1049.

¹⁵⁵⁵Id. *Ibid.*, p. 1050.

¹⁵⁵⁶O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América admite no artigo 12, § 3º que “o juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório” situação reproduzida no artigo 10, §4º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Ada Pellegrini Grinover. Ambos estipulam métodos de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Conteúdo assemelhado encontra-se no projeto de lei nº 282/2012 (artigo 90-D, VII) e no projeto de lei nº 5.139/2009 (artigo 20, VIII).

O projeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antônio Gidi em seu artigo 10º amplia sensivelmente os poderes do juiz na condução do processo:

“Artigo 10. Poderes do juiz

10. O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1 O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

10.2 Os representantes e intervenientes participarão do processo e apresentarão documentos, argumentos e requerimentos em conjunto, de forma a evitar repetições e contradições. O juiz somente admitirá peças

Na atualidade, portanto, essencial o amálgama do procedimento dispositivo com o inquisitório, variando a intensidade maior ou menor dos princípios nos atos processuais probatórios de acordo com a preocupação do legislador acerca do interesse público, salvaguardado pelo processo de tutela do direito material em juízo. Nesse contexto, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que flutuam entre o direito público e o privado¹⁵⁵⁷ é de grande relevância social, preponderando o princípio da verdade real e a maior liberdade ao magistrado na colheita da prova necessária ao deslinde da controvérsia em qualquer projeto de regulamentação dos processos coletivos.

Ada Pellegrini Grinover assevera que:

“Todo o direito processual moderno caminha hoje rumo à ampliação dos poderes do juiz, não mais visto como espectador inerte, mas como protagonista principal da relação processual. Ademais, nas demandas coletivas, o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado juiz neutro – expressão com que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instâncias sociais-, motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso¹⁵⁵⁸.”

Assim, intuitivo que o poder de fiscalização do juiz que não permite uma atuação meramente passiva interfere no desenvolvimento adequado do devido processo legal, exigindo uma conduta ativa em prol da regularização do procedimento com efetiva tutela do direito coletivo discutido nos autos, seja limitando-o para que não prejudique indevidamente outros grupos e a sociedade, seja impedindo que pessoas e grupos venham a desrespeitá-los, ao julgar o caso concreto submetido ao seu crivo.

processuais, documentos e provas produzidas em separado, na medida em que não sejam repetitivos. (Vide arts. 2.2 e 6)

10.3 O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo. (Vide art.7)

10.4 O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

10.5 O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

10.6 As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

10.7 O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas”.

¹⁵⁵⁷“Efectivamente, junto a la bipartición clásica entre Derecho publico y Derecho privado, mejor dicho, superándola en buena parte, la doctrina identifica unos nuevos intereses cuya desatención podría hacer chirriar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, que recoge nuestro Texto fundamental precisamente en la sección que goza de mayores garantías” (BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 21).

¹⁵⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, cit., p. 47-48.

Esse poder de fiscalização interfere no regular desenvolvimento do processo, mas também se imiscui na produção da prova, visando alcançar o mais próximo possível da verdade real na solução dos processos coletivos, em especial quando a coletividade se encontrar no polo passivo e, por conseguinte, puder ser onerada com uma condenação, o que exige minimizar as chances dela ser injusta.

5.10.5. O princípio da inércia da jurisdição e a posição da coletividade

O princípio da inércia oriundo do sistema dispositivo detém uma proximidade com o “principio della domanda” na Itália, em que o “potere d'agire in giudizio”, ou seja, de ingressar com uma demanda judicial encontra-se atrelado à “libertà d'agire”, o que significa a autonomia da parte para optar pelo uso dos mecanismos judiciais para a solução dos conflitos sociais, circunstância plenamente aplicável aos direitos disponíveis e indisponíveis, pois o acionamento da tutela jurisdicional depende da vontade da parte e, salvo exceções, como, por exemplo, a atribuição de legitimidade a entidades e órgãos públicos que detêm o dever de dar início de ofício às ações judiciais, consagra a disponibilidade do direito processual de demanda que não se confunde com o direito substancial¹⁵⁵⁹.

Nas ações coletivas passivas essa ponderação perde um pouco o sentido, na medida em que a defesa é essencial para a formação da relação processual com a observância do devido processo legal necessário para vincular os interessados aos efeitos da coisa julgada, especialmente na discussão de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nesse caso há evidente necessidade de apresentação da defesa nas ações coletivas passiva quando a coletividade é atingida como um todo ou em grupos por meio dos efeitos da coisa julgada, a fim de preservar o interesse dos indivíduos não presentes no processo, não havendo essa “disposição processual” em relação à entidade pública ou à privada.

Assim, evidente que mesmo para a propositura de uma ação, o direito material interfere na conduta da parte, com maior razão, na hipótese de ações coletivas ou civis públicas passivas, uma vez que a defesa não é opção, mas obrigação do representante adequado do grupo ou coletividade.

Calamandrei, em certa ocasião, assim se manifestou:

“O ofício do jurista consiste não em tirar as leis do ambiente histórico que nasceram para polilas e colocá-las belamente, como amostras embalsamadas, em suas caixinhas acolchoadas, em um sistema harmônico que dê aos olhos a ilusão tranquilizadora de sua perfeita simetria, adormecendo as consciências ao fazer acreditar que o direito vive por sua conta inatacável em

¹⁵⁵⁹TOMMASEO, Ferruccio. op. cit., p. 238.

um 'céu' teórico no qual as contingências humanas não podem chegar a perturbá-lo; mas sim em dar aos homens a tormentosa mas estimulante consciência de que o direito está perpetuamente em perigo, e que somente de sua vontade de levá-lo a sério e de defendê-lo a todo custo depende sua sorte terrena, e também a sorte da civilização"¹⁵⁶⁰.

Essa busca a verdade real pode ser identificada no *caput* do artigo 370 do NCPC, ao especificar que: “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Essa postura, por conseguinte, mais ativa do magistrado é essencial para a proteção dos grupos, classe e coletividades que estão presentes no polo passivo das demandas ajuizadas.

Essas são algumas das reflexões sobre a aplicação das ações coletivas passivas no sistema processual brasileiro que terão sensível impacto no processo do trabalho por meio da aplicação subsidiária do direito comum, sem que as peculiaridades das ações e instrumentos processuais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho sejam afetados em sua integridade sistêmica para conformar a coletividade nos polos ativos e passivos das ações especificamente delimitadas e previstas na legislação trabalhista.

¹⁵⁶⁰CALAMANDREI, Piero. *Estudos de direito processual na Itália*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Ed., 2003. p. 120.

CONCLUSÃO

A ação coletiva ativa ou passiva deve ser concebida como um gênero em que sua designação significa tão somente que uma coletividade ou parcela dela encontra-se representada organicamente ou substituída ou, ainda, por algum mecanismo assemelhado esteja incorporada na relação jurídica processual e venha, por isso, a sofrer os efeitos da coisa julgada oriundos da decisão.

Numa acepção mais ampla, pode englobar a representação processual em qualquer dos polos por meio de autorização explícita (documento escrito e assinado por cada um) ou implícita (previsão estatutária na constituição ou adesão a associações) dos representados, mas esse tipo de representação se aproxima muito de um litisconsórcio.

A ação civil pública passiva, diante dos elementos apresentados, para fins meramente didáticos, deve ser considerada quando na ação civil pública, em que se discutam direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, encontre-se no polo passivo da ação, independentemente de quem figure no polo ativo (desde que sejam os legitimados para a ação civil pública), uma coletividade de pessoas ou grupo, se representados em juízo de maneira adequada por quem detenha íntima relação com as questões discutidas ou a lei atribua essa legitimação e, devido a isso, detenha legitimidade para realizar os atos processuais, respeitado o devido processo legal, sempre que adotada a sistemática prevista no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei nº 7.347/85, como regras procedimentais de tramitação do processo.

Diante disso, a construção desse conceito poderia ser sintetizada como um aspecto da ação civil pública instalada, em que o designativo “passiva” serviria apenas para indicar que no polo passivo da ação figura também interesses de grupos, classes ou categoria.

Em consequência, a ação coletiva passiva enquanto gênero vincula-se à defesa de interesses e direitos da coletividade no polo passivo da ação, independentemente do procedimento processual a ser seguido, mas não podemos nos olvidar que a causa de pedir e o pedido formulado pelo autor é o que define o procedimento a ser seguido e se a discussão da pretensão envolve direitos individuais do autor ou coletivos e difusos de uma coletividade.

É necessário diferenciar, portanto, as falsas ações coletivas passivas das verdadeiras ações coletivas passivas e, muitas vezes, em decorrência do pedido e da causa de pedir, elas podem entrelaçar-se, dificultando essa identificação, que deve se basear na defesa de

interesses de grupos, parcela da coletividade ou de toda ela no polo passivo em face de direitos individuais ou de outros grupos no polo ativo, sem confusão com os procedimentos da ação civil pública e das ações ordinárias ou de outros de índole processual especial, que apenas são instrumentos para que seja solicitada a prestação jurisdicional pelo Estado na pacificação dos conflitos submetidos a sua apreciação.

As verdadeiras ações coletivas passivas que admitem um representante adequado para substituir a presença de todos os interessados no polo passivo da ação não se confundem com a ação de grupos de indivíduos perfeitamente identificáveis em número que permita o seu comparecimento pessoal em juízo (por meio de representação processual da entidade mediante expressa autorização de seus membros ou diretamente nos autos por meio de litisconsórcio) e devem, a exemplo das *class actions* americanas, apresentar requisitos que demonstrem uma relação intrínseca do representante com os representados, afetando a sua participação em juízo e o desenvolvimento de uma defesa escorreita e, sem pretensão de ser redundante, adequada.

O termo ação coletiva passiva, apesar de ser constantemente utilizado nos projetos modelos e nas discussões que permeiam nosso ordenamento jurídico, é equivocado, na medida em que pode ser confundida com uma ação ajuizada pelo polo passivo, como ocorre na reconvenção. O mais adequado é tratar da presença da coletividade ou de parcela dela no polo passivo de ações em geral, sejam as que seguem o procedimento ordinário, os procedimentos especiais e a ação civil pública.

Após a análise pormenorizada dos antecedentes históricos das ações coletivas e do seu aperfeiçoamento ao longo dos anos, não só no Brasil, como em outros países do *civil law* (Portugal e Espanha) e do *common law* (EUA), bem como da crise das codificações processuais baseadas no ideal individualista, situação que impulsionou diversas reformas tendentes a congregar a coletividade e seus interesses no polo ativo, percebe-se que a massificação das relações sociais, fruto da globalização e da liberdade dos mercados, vem impulsionando a necessidade de delimitação do exercício de direitos de grupos, classes e categoria para que não existam abusos deliberados ou acidentais que venham a ocasionar danos desproporcionais aos direitos e interesses de outros indivíduos, grupos, classes ou categoria.

Essa realidade da nossa era contemporânea tem se agravado, uma vez que o Poder Judiciário não tem a sua disposição mecanismos claros e específicos para a promoção da pacificação social quando o responsável pela ameaça ou lesão a direitos é proveniente de parcelas da coletividade. A ausência de instrumentos processuais específicos é sentida no

âmbito civil e sobretudo no âmbito trabalhista, em que há procedimentos especiais para a solução de controvérsias decorrentes da relação de trabalho, como os dissídios coletivos. Na seara trabalhista, essa necessidade é evidente, visto que as situações que ultrapassam as condições de trabalho e a remuneração dos obreiros decorrente da incorporação de novas competências à Justiça especializada exigem outros procedimentos para a solução das controvérsias que não se adaptam às peculiaridades dos já previstos na CLT com finalidade específica.

Em virtude da proliferação de conflitos sem resolução, circunstância agravada por inexistirem meios consolidados no sistema processual para o Estado intervir como pacificador, o ambiente social perde a harmonia exigível para o desenvolvimento da sociedade como um todo, o que exige alteração de paradigmas.

No intuito de melhor compreender esse fenômeno em que a coletividade deixa de ser encarada como hipossuficiente devido à ausência de organização ou fragilidade de perspectivas em decorrência da dificuldade de acesso ao Poder Judiciário, como ocorre na omissão de informação nas relações de consumo, no abuso do poderio econômico ou na dificuldade de mobilização em prol de seus direitos atrelada à falta de procedimentos processuais de tutela, pois é justamente ela que está ameaçando ou lesionando direitos, torna-se essencial a mudança de paradigma para verificar até que ponto o grupo, classe ou categoria organizada pode, ao exercer seus direitos, causar transtornos a outros bens jurídicos, exigindo, por conseguinte, contenção por meio de obrigações de fazer, não fazer e condenação em indenização.

Esse deslocamento do polo ativo para o passivo da coletividade necessita de ponderações acerca da estrutura processual vigente, daí o interesse desta pesquisa em abordar as “ações coletivas passivas: reflexões sobre sua aplicação ao processo do trabalho no sistema jurídico brasileiro”. Para isso, a acomodação da coletividade no polo passivo das ações deve ser analisada não só sob o a ótica trabalhista, mas principalmente pela civil, em que a legitimidade e representação numa acepção coletiva interagem, exigindo-se uma maior afinidade do representante para promover a defesa dos interesses do grupo, o que, nos EUA, ensejou os critérios de representatividade adequada, questões comuns e pretensões ou resistências típicas do grupo para a certificação do representante em juízo dessa coletividade, fator associado à numerosidade dos membros do grupo impeditiva da presença de todos em juízo.

A formação da relação processual quando a coletividade se encontra como ré depende dessa representação processual coletiva, que pressupõe a representação adequada

desses interesses, ou seja, se o grupo, por meio de seu “porta-voz”, não teve a possibilidade de participar do processo influenciando a cognição do magistrado, não se formou o processo em relação aos membros não representados. Essa participação acaba transparecendo como um pressuposto processual de existência da relação processual que, no caso concreto, poderá ser limitada apenas àqueles efetivamente representados em juízo diante dos elementos ponderados no processo.

A representação da coletividade no polo passivo exige maiores garantias do que a sua legitimação no polo ativo, pois, assim como o direito de ação difere do direito de defesa, é certo que quando a mencionada coletividade se defende as perspectivas processuais se alteram.

Assim, nada impede que a lei previamente estabeleça quem seriam os legitimados passivos para eventuais ações em que a coletividade seja demandada com a designação de um substituto processual, mas essa construção deve levar em conta a “necessidade obrigatória de defesa”, o que, na revelia, exige a defesa por um curador especial, diferindo quando ela está no polo ativo em que se procura facilitar o acesso ao Judiciário para a tutela do direito coletivo em sentido amplo.

Se mesmo quando atuam no polo ativo as associações devem demonstrar alguns requisitos, como, por exemplo, a pertinência temática e o *amicus curiae*, que voluntariamente apresenta-se para auxiliar o juízo na definição da solução fática-jurídica também deve comprovar a sua representatividade para o caso concreto, com maior razão deve existir uma demonstração da representatividade de quem figura no polo passivo. Todavia, a prova, num primeiro momento, caberá à parte autora, mas ao réu deve ser dada a oportunidade de demonstrar ser outro o representante adequado ou reforçar as provas do autor para influir na convicção do juiz, ao certificar essa representação nos autos.

Quando se ajuíza uma ação coletiva ativa esse ônus invariavelmente é do autor que pretende representar a coletividade ou pode ser especificada na lei essa presunção, como ocorre na LACP e CDC, contudo, na hipótese da ação coletiva passiva, esse ônus não se transfere de maneira exclusiva ao réu, continuando com o autor, visto que quem ajuizou a ação deve comprovar a representatividade adequada da coletividade contra quem direcionou sua petição inicial. Curiosamente, caberá ao réu demonstrar em juízo que não é o representante adequado da legitimidade, a título de auxílio ao magistrado, pois se apenas negar a circunstância, o ônus probatório da condição permanecerá com o autor. Apenas se o indicado como representante alegar fato modificativo, suspensivo, impeditivo ou extintivo da pretensão do autor, como, por exemplo, reconhecer que era o representante

legítimo, mas, na atualidade, seria outra entidade que haveria, em tese, um ônus probatório carreado ao réu. Todavia, mesmo nessa circunstância, tal fato por si só não impede a prova da representação adequada do réu por parte do autor ou de ofício pelo juízo dada a importância das matérias discutidas e a possibilidade futura de vinculação aos efeitos da coisa julgada por parte de toda a coletividade, pois a matéria pressupõe questões jurídicas complexas a serem avaliadas em conjunto pelo magistrado no caso concreto.

A ideia da representação como instituto do direito civil para integrar, substituir ou externar a vontade de outra pessoa física ou jurídica especificamente determinada com base na lei ou na vontade das partes evolui para o que denominamos de representação processual coletiva quando não existam normas específicas determinantes dos legitimados para promover essa defesa em juízo, o que implicará na criteriosa avaliação do juiz sobre quem será o representante adequado que exercerá a representação processual coletiva, em especial quando existem subgrupos antagônicos.

O réu é indicado pelo autor e, muitas vezes, pode nem ser interessado na questão, o que exige um maior controle por parte do juiz que supera uma prévia especificação na lei dos legitimados extraordinários para defender a coletividade.

Quando o interesse coletivo está no polo ativo, o magistrado, ao admitir e julgar a lide, procura defender um bem maior, qual seja, o direito da coletividade numa situação positiva em que o autor afirma um direito, o qual acredita existir e que estaria sendo violado. Essa mera convicção na postura do autor pressupõe que agirá de maneira pró-ativa, desenvolvendo os atos processuais na defesa dos interesses da coletividade até o final, salvo comprovação do contrário, o que não enseja, portanto, a ausência de controle do exercício dessa legitimidade, mas apenas o atenua em relação ao polo passivo.

Muitas vezes as decisões sequer exigem uma autorização assemblear (o CDC a dispensa) para essa defesa em juízo dos interesses coletivos quando se trata de uma associação, almejando privilegiar a tutela do direito invocado, contudo, a melhor opção é seguir a linha dos dissídios coletivos na justiça do trabalho, que exigem a prévia aprovação da pauta de reivindicações antes da propositura dessas ações, dando maior legitimidade ao autor.

No caso das associações, acreditamos que o melhor seria uma prévia aprovação por sua assembleia acerca do objeto do litígio e do instrumento processual a ser utilizado, legitimando sua atuação perante seus associados e, de uma forma simples, identificando a vontade do grupo. Em situações emergenciais seria possível a atuação imediata, como o ajuizamento de tutelas de urgência e ações tendentes a impedir a prescrição, mas tudo

deveria ser submetido posteriormente ao referendo do órgão deliberativo dessas entidades, invariavelmente à assembleia geral. Esse procedimento tem a vantagem de criar maiores garantias para que a vontade do grupo seja representada adequadamente em juízo.

A situação modifica-se quando a coletividade está no polo passivo, sendo mais adequado o uso das entidades associativas ou mesmo dos particulares com interesse comum, como representantes adequados, devido a sua maior proximidade com os interesses envolvidos do que órgãos ou entidades públicas.

No caso das associações seria recomendável a manutenção de um sistema de consulta à assembleia geral para verificar se a entidade aceita ou não de bom grado a defesa no polo passivo dos interesses coletivos. Se essa consulta é recomendável para legitimar a atuação no polo ativo em especial nos dissídios coletivos trabalhistas, com maior razão quando a entidade for inserida em seu polo passivo como representante da coletividade. A recusa por parte da assembleia não vinculará a sua exclusão do polo passivo, pois caberá ao juiz analisar a situação e, se for o caso, solicitar que outras entidades também venham a ser incluídas no polo passivo devido a demonstração de má vontade do ente associativo em promover a defesa do grupo. Todavia, se o órgão deliberativo aprovar a posição da associação no polo passivo será um forte indício, aliado a outros elementos, de que ela representará de maneira idônea e adequada os interesses coletivos em juízo.

A figuração da entidade no polo passivo é mais facilmente identificada quando se tratam de interesses dos membros que as compõem na totalidade, o que permite uma representação direta desses interesses no processo, como, por exemplo, quando uma entidade organiza um piquete contra a aprovação de uma lei no congresso. O problema ocorre quando o piquete ou manifestação apresenta atos de vandalismo, mas, mesmo assim, se demonstrado que a entidade não incentivou isso e há um subgrupo responsável que destoa dos demais, nada impede e, na verdade, tudo recomenda que esse grupo identificado seja acionado diretamente e não a entidade.

Embora a representatividade adequada não exija, em tese, mais de uma entidade ou pessoa física, não seria recomendável um único indivíduo no polo passivo, representando uma coletividade, como ocorre no polo ativo da ação popular, salvo se identificado como líder de um grupo de pessoas e elas sejam as atingidas pela decisão judicial, sendo menos salutar ainda quando as questões envolvem direitos ou interesses mais amplos, como os difusos e coletivos dada a maior fragilidade da posição passiva quando o assunto engloba interesses coletivos em sentido amplo.

Se o legitimado não for um representante adequado sequer terá acesso às provas ou saberá acerca do conteúdo da relação jurídica, dos direitos e dos interesses coletivos, daí a maior participação do juiz no controle e aferição dessa legitimidade atrelada à representação adequada.

Acreditamos que o microsistema de tutela coletiva engloba a LACP e o CDC, mas não admitimos o uso desse microsistema para identificar quem seria e quais os limites da coletividade no polo passivo, uma vez que o procedimento especial de legitimação da ação civil pública não é compatível com a categoria, classe ou grupo no polo passivo.

A legislação vigente na LACP foi idealizada para propiciar representantes adequados *ope legis* para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo sob uma perspectiva inerente ao polo ativo da ação.

Quando se discute o polo passivo da ação, a perspectiva se altera e a presença da coletividade em juízo exige um representante processual coletivo que poderia ser compreendido como um “porta-voz” da própria coletividade, como se ela mesma estivesse em juízo. Esse reconhecimento do representante processual coletivo não pode decorrer de uma presunção da lei, mas exige uma ponderação dos elementos probatórios por parte do juiz. O grupo menos amplo do que àquele geralmente presente no polo ativo de uma ação civil pública, na maioria das vezes, não apresenta personalidade jurídica e a sua figuração no polo passivo abre a possibilidade, por uma questão de simetria, do reconhecimento de que ele poderá atuar também no polo ativo para defesa de seus interesses.

Nesse caso não se trata de uma simples substituição processual ou mera representação voluntária oriunda do direito civil, mas se aproxima da representação orgânica em que uma coletividade, ao praticar atos ou omissões deliberadas venham a ameaçar ou lesionar interesses de outras pessoas ou grupos. Essa representação que denominamos de representação processual coletiva apresenta em seu conteúdo diversos elementos que compõem pressupostos processuais e a legitimidade *ad causam* para o ajuizamento e defesa da pretensão externada na ação, delimitando o campo de abrangência dos efeitos da decisão na proporção da concretização de grupos, classes e categorias determináveis e não indeterminadas.

A representação mencionada é perfeitamente admissível em nosso sistema jurídico que comporta inúmeras figuras assemelhadas, como as já abordadas representação anômala do síndico de condomínios e do inventariante, a representação judicial quando o juiz designa durante o processo administradores de bens, bem como a denominada “representação especial” decorrente da gestão de negócios em situações emergenciais.

É necessário ressaltar que a representação ou legitimidade coletiva não é um instituto da ação civil pública, pois também pode ser aplicável nos procedimentos ordinários e especiais quando compatível com a presença da coletividade em um dos polos da ação. A definição do polo ativo da ação civil pública apresenta legitimados especificados na lei, o que impede a presença de uma representação processual coletiva como a concebemos no polo ativo, mas isso não ocorre nos demais procedimentos ordinários e especiais compatíveis com a coletividade em um ou em ambos os polos do processo.

Assim, a amplitude da representação processual coletiva estabelecerá os limites subjetivos da coisa julgada material, seja numa ação civil pública passiva, seja numa ação coletiva passiva em geral ou mesmo no polo ativo ao representar o interesse de grupos em procedimentos que não apresentam normas especiais de legitimação.

Essa representação processual coletiva surgiria exatamente quando não haja norma específica determinando quem seria o indivíduo ou entidade com capacidade de estar em juízo para exercitar a postulação e defesa de direitos na demanda, como ocorre na mera representação processual e na substituição processual expressamente previstas na lei, em que as associações ora representam seus associados, ora toda a classe ou categoria.

A representação processual coletiva confunde-se com a legitimidade *ad causam*, viabilizando o ajuizamento da ação, mas permeia como pressuposto processual antecedente a formação da relação processual, uma vez que somente se consolida se há representação adequada da coletividade, fazendo parte de seu conteúdo a capacidade de ser parte, de estar em juízo e de defesa do grupo, classe ou categoria, sendo muito difícil a análise da questão de maneira apartada desse amálgama de valores consolidados na representação processual coletiva.

Nos termos expostos, a representação adequada entrelaça-se com a representação processual coletiva em que não há uma pressuposição de representação adequada pela lei, ao estipular previamente quem será o substituto processual ou legitimado extraordinário de interesses coletivos em sentido amplo em juízo, cabendo ao magistrado a sua aferição no caso concreto segundo os elementos de legitimação da atuação do representante, averiguando a sua representatividade e atuação adequada.

Diante disso, deve-se descartar a viabilidade de interesses difusos estarem presentes no polo passivo da ação, uma vez que a sua pulverização impede uma ação ou omissão deliberada lesiva a bens jurídicos. É inconcebível que o meio ambiente, numa onda de calor devido às mudanças climáticas, venha a ser acionado no Poder Judiciário para

promover o ressarcimento do dano material na lavoura de uma determinada região. Situação diversa seria se por meio de provas técnicas se demonstrasse que um conjunto de empresas presentes na mesma região por meio de poluição de suas fábricas teriam ocasionado a alteração climática, atingindo a agricultura local. Ora, a diferença das situações é visível, não se tratando de direitos difusos, mas sim de coletivos de determinado grupo de empresários ou, ainda, por meio de uma conduta homogênea lesiva, na hipótese de uma invasão por pessoas na lavoura destruindo toda a plantação.

Com base nessa percepção, apenas os direitos coletivos e individuais homogêneos poderão com o abuso de seu exercício gerar danos, lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos e, por esse motivo, apresentam indivíduos ou entidades que relacionados diretamente com o objeto da ação poderão atuar em juízo como representantes processuais coletivos em conjunto ou separadamente diante da comunhão de interesses, desde que dada oportunidade aos demais vinculados à pretensão discutida em juízo participarem se assim o desejarem diretamente da relação jurídica processual em virtude da citação por edital e demais meios de notificação do ajuizamento da ação.

Dada a posição mais fragilizada da coletividade no polo passivo das ações, o cuidado na eleição pelo representante deve ser maior, com incentivo à assistência (simples ou litisconsorcial) e ao *amicus curiae* para fortalecer a defesa dos interesses do grupo como réu, sendo essenciais maiores poderes para o juiz auxiliar na formação da relação processual, direcionando-a a quem detenha a capacidade de adequadamente representar o grupo, a classe ou a categoria.

Assim, o processo não deve ser extinto por ilegitimidade de parte sendo recomendável que na presença de ilegitimidade aparente ser oportunizado ao próprio réu originariamente apontado o auxílio ao juízo na indicação de quem seria o correto legitimado e, na impossibilidade de identificá-lo, a publicação de editais para ampla comunicação da ação, com a nomeação de um membro do grupo, classe ou categoria para funcionar como representante, sem prejuízo da participação e integração de outros no decorrer da relação processual. Essas táticas permitem que os grupos não se esquivem de responder por suas atividades e condutas, ao ocultar sua composição ou direção organizada, o que poderá ser objeto de futura liquidação e execução em relação aos atos em concreto identificados.

Os limites subjetivos da coisa julgada encontram-se atrelados com a legitimidade e a representação processual coletiva em juízo, o que exige adaptações de nossa legislação para permitir uma modulação de efeitos de acordo com a efetiva representação em juízo

dos interesses dos grupos, classes ou categorias.

A defesa de mera inversão dos efeitos da coisa julgada nas ações civis públicas com a aplicação da LACP e do CDC quando a coletividade se encontra no polo passivo causa uma confusão interpretativa, uma vez que trata todas as ações coletivas como se fossem civis públicas. Além disso, a dificuldade de estabelecer o que seria o oposto à decisão de improcedência por insuficiência de provas, bem como a dificuldade de fundamentação da lógica de impedir que o grupo réu não possa se vincular se se encontrar numa posição de defesa de direitos individuais homogêneos, o que inviabiliza o próprio mecanismo enquanto pacificador dos conflitos sociais.

Da mesma forma, o efeito *pro et contra* pela presença de interesses coletivos em sentido amplo em ambos os polos ou a prioridade de efeitos de acordo com uma hierarquia padronizada em escala descendente dos difusos para os individuais homogêneos é contraproducente para o aperfeiçoamento do instituto.

Acrescente-se que a opção menos traumática é valorizar nas ações civis públicas a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mantendo-se os efeitos diferenciados da coisa julgada de acordo com a perspectiva do polo ativo, aplicando-se a regra geral ao polo passivo de vinculação à decisão de acordo com os limites da representação processual coletiva identificado nos autos. Essa regra também deve ser seguida por todos os procedimentos que não possuam efeitos próprios de coisa julgada.

Assim, nas ações coletivas em geral, que não apresentam um regramento peculiar de efeitos da coisa julgada para os polos ativos e passivo, seria aplicável o *pro et contra* segundo os limites subjetivos do grau de representatividade do autor e do réu.

As opções consagradas em códigos modelos até podem ser utilizadas como eventuais parâmetros para reformas legislativas, mas, no tocante aos efeitos da coisa julgada, é obrigatório um aperfeiçoamento, visto que em muitos deles dá-se ênfase à coletividade no polo ativo, com poucas disposições acerca do polo passivo. Além disso, há uma mera determinação genérica de que se aplicará a norma do polo ativo a essa circunstância (coletividade no polo passivo), no que for compatível, o que se assemelha à ausência de regulamentação da situação peculiar, propiciando interpretações divergentes, em especial acerca dos efeitos da coisa julgada.

Com todos os mecanismo já incorporados por nosso sistema processual, como o incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos de revista, especiais e extraordinários afetando questões repetitivas, formação da coisa julgada em relação a questões prejudiciais, com maior razão, há a necessidade de adoção de um mecanismo de

promoção de uniformidade no tratamento de questões coletivas em que os indivíduos vinculados não estão perfeitamente delimitados, mas podem ser identificados, propiciando sua vinculação aos efeitos da sentença e da coisa julgada, na medida em que seus interesses são defendidos no processo por elementos do grupo, classe ou categoria, salvaguardada a oportunidade de manifestação nos autos dada a ampla publicidade do ajuizamento da ação, da sentença e demais decisões de mérito e de caráter interlocutório relevante, bem como de seu trânsito em julgado.

A inércia não pode ser considerada um meio adequado da parte tratar de questões tão relevantes quanto as que envolvem os interesses coletivos, devendo em virtude da omissão submeter-se aos efeitos da sentença, caso pretenda exercitar os interesses em discussão, sendo possível a intervenção não só como parte direta, mas de outros interessados como assistentes e de especialistas como *amicus curiae*. Aliás, a expressa previsão do *amicus curiae* implicitamente admite que as decisões em maior ou menor medida atingem interesses de terceiros, o que enseja, por técnica de política legislativa, regular adequadamente a matéria, ao menos para impedir interpretações destoantes, trazendo relativa segurança jurídica por meio da especificação de certos parâmetros a serem utilizados na avaliação das situações submetidas ao Poder Judiciário que, na atualidade, encontram-se na exclusiva discricionariedade de cada magistrado.

O Supremo Tribunal Federal já acenou com o reconhecimento da *defendant class action*, no MS 26750, relatado pelo Ministro LUIZ FUX, julgado em 11/11/2013, propiciando a representação processual coletiva de diversos juízes no polo passivo de um procedimento administrativo do Conselho Nacional de Justiça, por uma associação, com a preservação do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, inferindo tal instrumento do nosso sistema processual. A própria CLT, ao tratar do grupo econômico de empresas, no artigo 2º, § 2º, dispõe “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”, demonstrando que no processo do trabalho já é admissível a coletividade enquanto grupo no polo passivo das ações trabalhistas.

Ainda em relação à coisa julgada, outro ponto relevante decorre da questão prejudicial.

No caso da coletividade no polo ativo não é possível que a questão prejudicial tenha efeito de coisa julgada em seu prejuízo nas hipóteses de ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos e nos casos de direitos coletivos e difusos apenas se restringirá ao aspecto coletivo, sem prejudicar direitos individuais decorrentes. Mantida a situação atual do NCPC.

A título de reflexão: quando a coletividade se encontrar no polo passivo por mera necessidade de preservação da discussão futura, tendo em vista os efeitos vinculantes, não será possível que a questão prejudicial venha a fazer coisa julgada em desfavor da coletividade dada a maior fragilidade da coletividade no polo passivo. Se for uma ação coletiva passiva comum, a questão poderá ser debatida em novo processo e se for uma ação civil pública, da mesma forma, dada a repercussão dos efeitos sobre a coletividade, ou seja, grupo, classe ou categoria.

Nas demais questões em que a coletividade se encontra no polo ativo seria salutar que a questão prejudicial desfavorável também não vinculasse os grupos por questão de isonomia e a necessidade de amplo debate dessas questões para preservar uma melhor prestação jurisdicional, com reflexos ampliados.

Ao tratar da situação dos sindicatos, convém ressaltar que enquanto a defesa dos interesses coletivos em sentido amplo no polo ativo por meio das ações civis públicas enseja uma eficácia ampla das decisões em todo o território nacional, com variações da coisa julgada *secundum eventum litis* (individuais homogêneos) ou *secundum eventum probationis* (difusos ou coletivos), as ações coletivas em geral que sigam o rito ordinário, submetem-se aos efeitos *pro et contra*, portanto, deve-se asseverar que quando no polo passivo encontrar-se a coletividade representada por grupo, classe e categoria, esses efeitos também são projetados em face da coletividade, na medida em que ocorre a sua representatividade em juízo, mas com limites mais restritos à representatividade que os porta-vozes realmente possuem. Assim, se sindicatos forem reputados como representantes adequados é importante ressaltar que a sua representatividade se restringe, a princípio, a hipóteses excepcionais e sempre no limite da sua base territorial nas ações previstas na CLT, o que não o legitima, salvo casos especiais, para representar em juízo todos os trabalhadores ou empregados de determinada categoria no Brasil. Situação diversa seria se uma ação fosse direcionada aos Conselhos Federais de Classes que poderiam de maneira adequada representar os interesses dos profissionais com profissão regulamentada e submetidos à sua fiscalização.

O sistema da ação civil pública permitiria a ampliação da ação a fim de permitir que vários sindicatos, federações e confederações venham a integrar o polo passivo de uma determinada ação, ampliando os limites subjetivos de abrangência da lide sobre os seus representados adequadamente, mas sempre com a possibilidade de restrição desse âmbito de acordo com a fiscalização do juiz acerca do real desempenho das partes na defesa dos interesses coletivos. Da mesma forma, seria possível nas ações coletivas passivas em geral essa representatividade da coletividade com inserção de outras entidades tendentes a ampliar os limites subjetivos da lide no polo passivo da ação, fato associado com a citação por edital de todos os interessados, no intuito de permitir a participação de quem tiver interesse na causa e elastecer os limites subjetivos da sentença e, conseqüentemente, da coisa julgada.

Por enquanto atende ao interesse da sociedade a possibilidade do ajuizamento de uma ação em face da coletividade, o que no caso de uma ação civil pública pela própria natureza do microsistema de tutela coletiva propiciará uma eficácia da sentença e da coisa julgada em todo o território nacional quanto aos interesses defendidos no polo ativo em face do réu. De outro lado, quando as entidades sindicais figurassem como representantes da categoria em juízo no polo passivo haveria a necessidade lógica de, numa ação que adote ou não o mencionado microsistema de tutela coletiva (CDC e LACP) de observar-se a representatividade dos sindicatos eventualmente defensores dos interesses coletivos, o que poderia atrair a intervenção de diversos entes sindicais no polo passivo no intuito de vincular áreas mais amplas de abrangência. Assim, ao menos a comunicação do ajuizamento da ação deverá ser ampla, com a ressalva que a não intervenção submeterá os interessados ao conteúdo da sentença, sendo o juízo no qual a ação foi distribuída considerado preventivo para a apreciação dos casos referentes ao mesmo pedido e causa de pedir dada a conexão entre as ações.

Nessa seara, o papel do jurista deve ser de vanguarda e não de culto ao conservadorismo, fingindo não ver o que, além de plenamente visível, destoa do que normalmente ocorre na era contemporânea.

Diante de novos problemas, o intérprete das leis e investigador jurídico transcende as normas estáticas e busca no dinamismo da sociedade a conformação do direito enquanto meio de regulação das relações sociais, caso contrário a lei e seu caráter normativo deixa de existir, na medida em que ninguém a observa, perdendo a eficácia social necessária para sua perenidade e segurança na prevenção e resolução dos conflitos sociais.

É preferível o uso da expressão representação processual coletiva do que representação de interesses para designar a participação de entidades, membros ou líderes como porta vozes de parcela da categoria, classe ou grupo em juízo. A denominação dá uma noção mais exata por ser delimitada no tempo e espaço segundo os elementos que são apresentados ao juiz para avaliar a representatividade do que a representação de interesses que intui um conteúdo dinâmico e mutável ao longo do tempo. Além disso, essa representação deve ser concebida como algo diverso da substituição processual, em que todos os interessados são substituídos por força de lei sem necessidade de autorização, ou da singela representação processual em que os membros do grupo concedem uma autorização expressa para um ente ou alguém representá-los, pois a representação processual coletiva atinge subgrupos ou, melhor explicitando, parcelas da coletividade que apresentam opinião e ações próprias, podendo causar lesão ao direito de outras pessoas sem deter um representante predefinido pela lei.

Essa representação processual coletiva é mais vocacionada para o polo passivo das ações, mas, em algumas circunstâncias, poderá atingir o polo ativo quando grupos minoritários ou subgrupos não tiverem a especificação legal de um ente substituto na demanda ou uma autorização específica para que alguém os representem em juízo, aproximando-se de uma representação orgânica.

Nesse contexto é possível priorizar a solução das controvérsias envolvendo a coletividade no polo passivo, demonstrando que os pontos essenciais desse instituto consistem na definição precisa da representação da parte nos polos da ação quando se trata de uma coletividade, especialmente despersonalizada envolvendo subgrupos, gerando com esses parâmetros de identidade uma segurança jurídica reflexa, na medida em que se promove uma uniformidade de decisão atingindo todos os interessados com observância dos princípios da celeridade, economia processual, isonomia, duração razoável do processo e efetividade da tutela dos direitos de todos os integrantes da população com um amplo acesso à justiça, visando à pacificação dos conflitos sociais.

Assim, num primeiro momento, bastaria a alteração de disposições no NCPC para delimitar regras da presença da coletividade despersonalizada ou desses subgrupos em juízo para minorar sensivelmente as dificuldades de uso das ações coletivas passivas e ações civis públicas passivas, estabelecendo parâmetros seguros sobre as pessoas, as entidades ou entes despersonalizados que se encontram na relação jurídica processual, seja no polo ativo, seja no polo passivo.

Com base nessa alteração jurídica, as demais também poderiam ser pontuais, tendo a coisa julgada como outro elemento essencial a ser delimitado e aprimorado pelo legislador, mas é importante salientar que ao se alterar a questão da representatividade já será possível aplicar o entendimento defendido nessa pesquisa acerca dos efeitos da coisa julgada que permaneceriam *pro et contra* nas ações ordinárias comuns e de acordo com os direitos defendidos no polo ativo das ações civis públicas quando utilizado o microsistema de tutela coletiva.

Dentro dessa concepção de alteração legislativa, como já salientado linhas atrás, o passo mais importante é a definição da representatividade da coletividade em juízo, relegando a um segundo momento eventual modificação dos efeitos decorrentes da coisa julgada nas ações coletivas passivas. Essa medida propiciará o atendimento imediato ao anseio da sociedade em ver consagrado o amplo acesso à Justiça por meio do aforamento de demandas em fase de coletividades e grupos despersonalizados.

Quando a coletividade se encontra no polo ativo há maior facilidade em nosso ordenamento jurídico em admitir a defesa por um representante reputado adequado responsável pela representação processual do grupo, classe ou categoria em juízo diante do microsistema de tutela coletiva (LACP e CDC) e no caso das ações ordinárias ou com procedimentos especiais diversos daqueles, pois o litisconsórcio necessário ativo violaria o princípio do amplo acesso à jurisdição, o que, por exemplo, autoriza a cobrança de um débito por um dos credores solidários com a posterior distribuição aos demais que não participaram no processo, como previsto no artigo 328 do NCPC.

Uma forma de regularizar essa representação processual da coletividade no polo ativo seria admitir a pessoa física ou jurídica que comparece, desde que demonstre o interesse e legitimidade próprio para a pretensão como representante do grupo com a publicação de editais para que os demais interessados possam vir a juízo integrar o polo ativo, reforçando essa representação, mas essa situação não é obstativa do ajuizamento da ação, na medida em que aqueles que estiverem no processo serão abarcados pela coisa julgada, ainda que não se admita a representação do grupo, classe ou categoria que ainda apresentam seus direitos e interesses assegurados pelos legitimados especificados no microsistema de tutela coletiva. Assim, não há negativa de acesso ao Judiciário.

Para aprimorar o sistema da representação processual no polo ativo nas ações que não são afetas ao microsistema de tutela coletiva (LACP e CDC), portanto, seria possível admitir que quando o polo ativo está sofrendo danos ou ameaça é mais fácil delimitar o grupo pelo interesse em coibir os atos, podendo o grupo, classe ou categoria indicar

diretamente o representante adequado com a inicial e a publicação de edital antes do saneamento solucionar a questão para legitimar as partes como representantes adequados nas ações com procedimento comum ordinário ou especiais, que não interfiram na forma de legitimação das partes.

Quando a coletividade se encontra no polo passivo diante das barreiras decorrentes do litisconsórcio passivo necessário, “quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes” ou por determinação da lei, todos os réus necessitam ser efetivamente citados, como se depreende do artigo 114 do NCPC, as dificuldades são maiores. Todavia, há soluções a serem adotadas. Na Espanha, existe a figura do litisconsórcio quase necessário, permitindo que apenas uma das partes possa ser acionada e a solução seja aplicável a todas, dada a solidariedade ou equivalência de posições. Em nosso país, podemos identificar figuras semelhante com o grupo econômico (artigo 2º, § 2º, da CLT) no polo passivo das ações trabalhistas, funcionando uma das empresas como representante das demais que poderiam ser acionadas na fase executiva sem necessidade de participação física no processo de conhecimento, o que intui a possibilidade da coletividade sem contornos previamente definidos ser representada no polo passivo das ações.

Essa viabilidade da coletividade no polo passivo é reforçada pelos parágrafos do artigo 319, do NCPC, de 2015, que autorizam a dispensa da especificação dos nomes e designativos dos autores e réus “se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça” (§ 3º), possibilitando também “requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção” (§ 1º).

Daí a necessidade de compreensão da representação processual coletiva como um instituto dinâmico, que equivaleria à representação adequada do sistema americano com adaptações ao nosso sistema processual em situação assemelhada, mas não equivalente ao que ocorre com um indivíduo incapaz de externar sua vontade em juízo ou de uma parte complexa (pessoa jurídica) que, dada as circunstâncias peculiares de sua condição, necessita de um representante legal ou um curador para que este atue em nome do representado ou melhor externando a sua vontade enquanto órgão ou porta-voz da coletividade. Essa representação processual coletiva deve ser inferida pelo juiz diante de cada caso concreto sob uma ótica orgânica e não meramente de pessoa interposta.

É possível identificar nas reformas recentemente promovidas uma valorização dos princípios em prol da duração razoável do processo, efetividade, celeridade e economia processual, o que implica no princípio *pro actione* coletiva. Nesse contexto, diante das

informações coletadas, na dúvida entre o acolhimento da ação restrita a um determinado grupo ou em caráter mais amplo no sentido de englobar uma classe, categoria ou grupos sem contornos precisamente definidos, o juiz preferiria o uso dos mecanismos de comunicação ampla e geral do ajuizamento da ação, admitindo eventuais interessados no resultado da ação e, com isso, procurará garantir uma aplicabilidade geral a quem estava ameaçando ou lesionando direito alheio e também a quem eventualmente vier a praticar atos semelhantes, mantendo a uniformidade e isonomia ao tratamento dado matéria.

Quando se pondera a situação específica trabalhista em face das ações coletivas passivas percebe-se que os dissídios coletivos (econômicos, jurídicos e de greve) são hipóteses peculiares de ações denominadas duplamente coletivas por apresentarem a categoria enquanto coletividade representada em ambos os polos da ação.

Além disso, a substituição processual do sindicato em relação aos membros da categoria apresenta disposições específicas de índole constitucional (artigo 8º, III, da CF), presentes na CLT (artigos 195 e 872) e em normas trabalhistas extravagantes (artigo 25 da Lei nº 8.036/90), com peculiaridades próprias que não se confundem com a previsão da LACP e CDC ao regular as ações civis públicas. Essas disposições de caráter processual laboral foram cunhadas no intuito de pacificar as relações de trabalho, estipulando melhorias na remuneração e das condições laborais com preocupação com o tratamento isonômico dos empregados pelo trabalhador, como ocorre no procedimento de extensão dos dissídios coletivos.

A substituição processual na Justiça do trabalho apresenta como sua finalidade essencial preservar o trabalhador de um embate com o empregador, ao despersonalizar o polo ativo da demanda, precavendo eventuais retaliações em face dos obreiros que durante o contrato de trabalho solicitem a aplicação das normas de ordem pública previstas na CLT e, ao mesmo tempo, garantindo que a massa de pessoas que dependem do emprego para sobreviver não seja vilipendiada em seus direitos essenciais de caráter alimentar, seja por desconhecimento do conteúdo da norma, seja por receio de perder o posto de trabalho.

A dependência do empregado do seu vínculo laboral para sobreviver o coloca numa situação de hipossuficiência em grau mais elevado do que o consumidor, na maioria das contratações presentes no mercado, salvo em algumas hipóteses específicas da prestação de serviços essenciais, como água, luz etc.

O sindicato laboral em nenhuma das previsões de procedimentos processuais trabalhistas relacionadas aos dissídios coletivos ou, ainda, na formulação de acordos e convenções coletivas, substitui a classe para piorar sua situação laboral ou proporcionar a

redução de seus direitos, com a exceção das previsões específicas do artigo 7º, VI, XIII e XIV, da CF.

E mesmo quando atua na negociação coletiva ou no ajuizamento do dissídio coletivo há exigência de aprovação por assembleia geral da categoria, propiciando uma maior legitimidade para as reivindicações formuladas e apresentadas como pauta de negociação.

É verdade que nas hipóteses de substituição processual nas ações de cumprimento, instituição e pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, reajuste de remuneração, recolhimento do FGTS essa deliberação em assembleia não é exigida, mas isso decorre da pretensão de efetividade do mandamento constante da lei, o que, em tese, vem em benefício de toda a classe e não em seu prejuízo.

As ações anulatórias de acordo e convenção coletiva do trabalho também apresentam um caráter de benefício da categoria, uma vez que visam adequar o conteúdo da negociação coletiva às normas de ordem pública, o que não implica em prejuízo à classe.

Assim, qualquer pretensão de utilização do sindicato no polo passivo de ações coletivas não previstas na CLT em decorrência de ameaça ou lesão de direitos por grupo, classe ou categoria deve apresentar sistemática diferenciada em relação ao constante na legislação trabalhista para tutela dos trabalhadores.

A ação civil pública ou outros procedimentos processuais comuns ou especiais não previstos na CLT devem submeter-se a regras diferenciadas acerca da delimitação da coletividade no polo passivo, o que implica em interpretações também diferenciadas e em eventuais alterações legislativas tendentes a aprimorar o sistema processual brasileiro.

Como é notório, quando os sindicatos atuam no polo ativo de ações civis públicas há uma ampla legitimação prevista na LACP e CDC, que os autorizam a representar como substitutos processuais toda a categoria, com efeitos da coisa julgada moderados no intuito de privilegiar os direitos discutidos em juízo (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que jamais poderão prejudicar os direitos individuais dos trabalhadores. Como as situações exigidas como pretensão principal dessas ações é o cumprimento das normas legais não há uma exigência de realização prévia de assembleia geral ou outra forma de legitimação dessas entidades, desde que a pretensão apresente pertinência temática com as finalidades institucionais da entidade.

A perspectiva altera-se quando a coletividade apresenta contornos definidos como ocorre com a ameaça de lesão ou efetiva lesão de grupo, classe ou categoria a direitos alheios, pois, nesse caso, impõe-se ao Poder Judiciário, por meio de uma ação coletiva

passiva, o dever de prestar uma atividade jurisdicional propícia a uma adequada pacificação social.

Na hipótese acima aventada não há como inferir do ordenamento jurídico uma representação processual do grupo, classe ou categoria pelo sindicato, almejando proporcionar uma decisão em prejuízo do interesse da coletividade tão somente pela circunstância de ser um sindicato.

No intuito de propiciar uma adequada representação da coletividade no polo passivo das ações civis públicas ou que seguem o procedimento comum ordinário e especial, o interprete deve se embasar não nas normas presentes na CLT, mas sim no NCPC enquanto direito processual comum aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho.

Nas ações coletivas passivas em que a pretensão é impedir, recompor ou indenizar os danos decorrentes de uma ação ou omissão lesiva a interesses de pessoas ou grupos por parte de um outro segmento social (parcela da coletividade) a sistemática da presença do sindicato no polo passivo é diversa. Há necessidade de legitimação da postura adotada pelo sindicato enquanto representante da categoria ou de parcela dela e isso deverá ocorrer obrigatoriamente por meio da realização de uma assembleia geral (aberta a todos os interessados e não apenas aos filiados) em prazo razoável, a fim de que a entidade se posicione perante os atos reputados como lesivos. Haverá duas posições a serem tomadas pela assembleia: a) rechaça a conduta do grupo responsável pela ação ou omissão; b) admite se tratar de ato legítimo aos interesses da categoria e encampa a sua defesa. Essa situação narrada extrapola as questões de condições de trabalho e remuneração típicas dos dissídios coletivos para as quais a sistemática de representação foi idealizada na CLT, daí a oportunidade e conveniência de seu tratamento genérico no NCPC por meio da regulação das associações enquanto representantes da coletividade.

Assim, somente nessas hipóteses que não tratam de remuneração ou condições de trabalho se poderia pensar em utilizar o sindicato como representante adequado do grupo de trabalhadores e reflexamente vinculando toda a categoria com uma obrigação de não fazer ou fazer em geral. Para tanto o sindicato teria que encampar a defesa do ato como direito de toda a categoria e na hipótese de vitória funcionaria como um salvo conduto para a realização do ato, tratando-se de uma ação ordinária ou com procedimento especial diverso da ação civil pública diante dos efeitos *pro et contra*. Caso seja uma ação civil pública deverá se submeter aos efeitos da coisa julgada de acordo com os direitos tutelados no polo ativo.

Na hipótese de rechaçar a conduta do grupo envolvido também por meio de assembleia geral deverá definir sua postura diante do caso concreto: a) se forem identificados os responsáveis pelos atos, comunicar a informação ao autor da ação para excluir a categoria do polo passivo, com direcionamento ao subgrupo; b) caso não detenham essa informação ou seja impossível descobri-la, deverá solicitar a sua exclusão do polo passivo, comprovando a realização da assembleia e a postura da entidade, deslegitimando os atos realizados em contrariedade ao direito, que até poderá, dependendo da situação, assumir o polo ativo da ação como assistente litisconsorcial quando o ato praticado pelo grupo for contrário aos interesses da categoria.

Quando os interesses da categoria estão em oposição ao grupo é impossível impor uma obrigação de fazer ou não fazer à categoria, mas a ação dará a oportunidade para as entidades sindicais se manifestarem e deixarem claro sua posição diante do caso concreto, com o benefício de esclarecer a todos sua postura institucional.

A situação é facilmente identificável se nos centrarmos nas obrigações de fazer ou não fazer, contudo, seria possível adotar posição semelhante quando há a pretensão de danos a serem indenizados, pois com a aprovação da assembleia geral, encampando os atos e sua defesa, a responsabilidade pelo ressarcimento deverá ser solidária entre o grupo a quem são imputados os danos e a categoria diante de sua defesa no sentido da realização dos atos.

No caso do rechaço da conduta atribuída ao grupo poderá indicá-lo para a correta formalização do polo passivo e eventual responsabilidade pelo ressarcimento dos danos ou se não for possível comprovar nos autos que não coaduna com esse tipo de conduta, servindo o resultado da assembleia geral como prova, aliado a outros indícios, solicitando sua exclusão do polo passivo.

Por óbvio, o juiz avaliará as provas e demais indícios, como informes anteriores do sindicato, circulares, notícias de periódicos por meio da produção probatória do autor ou, até mesmo, de ofício para decidir se o sindicato permanece ou não no polo passivo, mas a deliberação da assembleia geral será um indicativo muito forte da ausência de legitimidade da entidade figurar no polo passivo da ação.

A situação é diversa quando os atos são estimulados ou praticados abertamente pela direção do sindicato, comprovadas por meio de noticiário, circulares, ordens de serviço, portaria ou qualquer forma de externar a manifestação de vontade da diretoria, que foi eleita pela categoria para funcionar como seu “porta-voz”. Nesse caso há uma presunção de legitimação dos atos por parte da categoria, mas essa presunção poderá cessar com a

realização de assembleia geral acerca do assunto, pois se a conduta do dirigente for rechaçada por ser contrária ao ordenamento jurídico, o responsável pelo desvio de finalidade e abuso do poder inerente a seu cargo de dirigente sindical é a pessoa física e não a entidade sindical, que poderá pelos meios próprios destituir esse dirigente, responsabilizando-se pelos danos causados dada a condição legal de representante da entidade, mas com direito de regresso em face do real responsável pelos atos reputados ilícitos.

Quando a ação ou omissão é atribuída a um dirigente enquanto representante eleito da vontade coletiva, os atos judiciais poderão ser direcionados a ele como pessoa física e à entidade, enquanto ele funcionava como representante de sua vontade. Um exemplo seria o incentivo à invasão de propriedades e destruição do maquinário de empresários pelo representante dos trabalhadores ou, no caso do representante dos empresários, o estímulo ao *lockout*.

Essa atenção à adequada conformação da coletividade no polo passivo é essencial num Estado Democrático de Direito para equilibrar as relações sociais, impedindo abusos e fraudes em sua utilização para minorar direitos e prerrogativas trabalhistas e de outro lado ocultar atos contrários ao ordenamento jurídico, com a apenação dos reais responsáveis.

Essa vontade generalizada de vinculação de toda a categoria, a pretexto de coibir atos ilícitos deve ser razoável e proporcional, não podendo alcançar limites muito amplos a ponto de colocar os sindicatos, em especial o dos trabalhadores, numa situação mais fragilizada para impor condições ou obrigações que seriam impossíveis de serem pautadas numa convenção coletiva ou dissídio coletivo. Toda a avaliação de cada caso concreto deve ser realizada de maneira específica e ampla, observando a finalidade real da ação ajuizada, bem como os direitos e interesses envolvidos.

A singela vinculação de toda a categoria para, por exemplo, o pagamento de uma indenização por um dos trabalhadores de um setor crucial de uma empresa ter sido despedido e, devido a isso, tenha atado fogo em toda a fábrica não tem sentido. Não se trata de ato de índole coletiva, mas sim de ato individual, sendo equiparável ao absurdo de um país onde nasceu um terrorista ser responsabilizado pela indenização de suas vítimas e não o grupo a quem ele pertence, mesmo se esse país combater todos os tipos de atos terroristas. Nem o nascimento num determinado território, nem a profissão que se escolhe seguir são suficientes para esse tipo de vinculação legal para exigir indenização, obrigações de fazer ou não fazer de grupos tão amplos em que os subgrupos ou indivíduos diretamente responsáveis sejam beneficiados, ainda que contrários a posição da maioria.

Devido a essas preocupações, no presente momento, as alterações pontuais no NCPC, com a possibilidade de aplicação subsidiária ao processo do trabalho no exercício de sua competência ampliada pela Emenda nº 45, de 2004, da CF, viabilizará a maturação necessária para futuros aprimoramentos e aperfeiçoamento das reformas processuais em que a coletividade figure no polo passivo ou nos processos coletivos em geral, sem que a integridade do regime tutelar do trabalhador seja prejudicado com a criação de mecanismos de precarização das relações de trabalho e dos direitos inerentes à prestação laboral.

Com a aplicabilidade da nova conformação no polo passivo da coletividade, reprimindo o exercício abusivo de direitos ou a consecução de atos ilícitos, o sistema processual manterá sua completude com a possibilidade de sedimentação e aperfeiçoamento dos instrumentos existentes, o que, num futuro, poderá ensejar até a criação de um código específico de processos coletivos, circunstância que na atualidade mostra-se, à primeira vista, impraticável.

Quando grupos menores ou subgrupos em contraposição ao interesse da maioria ou de parcela da coletividade são os responsáveis por atos lesivos deve ser aplicada de maneira mais adequada a experiência americana com as *defendant class actions*, ou seja, um indivíduo identificado como líder do movimento ou um grupo de indivíduos devem ser reputados como representantes adequados pelo autor da ação, com a possibilidade desse controle pelo juiz, no intuito de afetar todos os integrantes do subgrupo por meio de uma citação por edital dos desconhecidos, aplicando-se por analogia o procedimento das ações possessórias. Deve ser efetivada uma ampla comunicação da ação antes da decisão de certificação da legitimação, sem opção de exclusão do polo passivo, mas, tão somente, de auxílio na identificação do representante adequado, bastando esses procedimentos para se exigir de todos os que praticarem os atos ilícitos a aplicação de multas e outras apenações, sem descurar da recomposição do dano ao bem jurídico tutelado em juízo. Além da disposição da analogia, nosso ordenamento jurídico autoriza a não especificação dos réus na petição inicial se a dificuldade dessa pormenorização for obstativa ao acesso à Justiça, pela impossibilidade ou onerosidade (artigo 319, §3º, do NCPC), bem como é possível compreender que o artigo 140 do NCPC, ao expressar “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, em associação à assertiva “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, demonstrando a impossibilidade de recusa no exercício da atividade jurisdicional, como também apreciado no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que evidentemente legitima o uso do costume processual.

Somado a isso, ainda existe o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o artigo 8º do NCPC, de 2015, muito semelhantes, ao prever este último “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Como o costume processual decorrente da ausência de norma procedimental num determinado país seria impraticável, em virtude da rígida observância ao procedimento positivado, com raras exceções, por conseguinte, o modelo a ser seguido seria o costume processual de outros países para viabilizar a solução do caso concreto na ausência de possibilidade do uso de mecanismos adequados de natureza nacional, o que legitima o uso das *defendant class action* com adaptações.

Aliado a isso, os artigos 8º e 769 da CLT permitem o uso do direito material e processual comum e do direito comparado para viabilizar o julgamento de mérito da ação.

Para comprovar a presença da coletividade no polo passivo extraída por inferência de nosso ordenamento jurídico não nos restringimos a mencionar as ações possessórias, em especial os interditos possessórios obstativos de atos de vandalismo nos procedimentos de greve, mas também as sociedades e associações de fato, a responsabilidade por ato lícito com o dever de ressarcir o resultado ilegítimo do exercício de direitos, preceitos como os artigos 83¹⁵⁶¹, 91¹⁵⁶² e 107¹⁵⁶³ do CDC, que em análise conjugada com o artigo 5º, § 2º¹⁵⁶⁴, da Lei da Ação Civil Pública e o grupo econômico de empresas, em que ao ser representado por uma única empresa na fase de conhecimento permite o direcionamento da execução a outra entidade componente do grupo, ainda que apresente personalidade jurídica diversa.

¹⁵⁶¹Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹⁵⁶²Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

¹⁵⁶³Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

¹⁵⁶⁴“Artigo 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007)._(...)

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

Apesar de ser possível a conformação da coletividade no polo passivo das ações trabalhistas fora das hipóteses previstas na CLT, por meio do uso de instrumentos regulados no direito material e processual comum, a multiplicidade de decisões contraditórias, como, por exemplo, ora concedendo os interditos sem provas cabais de violação a direitos ou ameaças de danos às pessoas, à propriedade e a direitos fundamentais, ora julgando improcedente os pedidos em privilégio ao direito de greve ainda convivem com outras decisões que, após concederem liminares nos interditos, com o término do período da greve se restringem a julgar prejudicado o pedido, incentivando indevidamente o ajuizamento e proliferação dessas ações em prejuízo aos direitos dos trabalhadores e ao exercício das atividades sindicais legítimas. Recomenda-se, portanto, um aperfeiçoamento da legislação vigente para trazer maior segurança na prestação jurisdicional.

Diante dessa incoerência e contradição entre as decisões judiciais, torna-se oportuna a edição de normas mais claras para o tratamento da coletividade em juízo, a fim de possibilitar em situações como aquelas que englobam subgrupos ou grupos de menor amplitude sem personalidade jurídica, os reais responsáveis pela lesão e ameaça a bens jurídicos, sejam sancionados e não a coletividade.

A solução é trazer os sindicatos e as empresas para a composição de seus conflitos, valorizando o exercício das atividades sindicais legítimas, dando a oportunidade a categoria e seus representantes coibirem e até apenarem os excessos sob pena de encampação dos atos ilícitos e ilegítimos.

Essa alteração na postura tanto da legislação quanto do intérprete dará frutos mais saudáveis do que a “repressão pela repressão”, como se o interdito ou outra ação limitadora do exercício de direitos pudesse ser concedida simplesmente pelo anúncio que um direito será exercido, o que evidentemente improcede.

A partir do momento que a categoria se conscientize de que tem direitos e responsabilidades e a assembleia geral do sindicato é soberana, devendo ser respeitada sob pena do próprio ente sindical, ao tomar conhecimento de abusos, os denuncie e apene sob pena de encampação do ato e de responsabilização coletiva estaremos mais próximos da democracia e do princípio da liberdade de reunião e expressão, desde que conhecida a autoria para responder pelos abusos eventualmente perpetrados, conforme os incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) e XVI (“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente

convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”), do artigo 5º da CF, em associação com o artigo 9º da CF.

No último dispositivo, o *caput* expressa que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”, complementado pelo § 2º, ao estipular “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”, que nada mais expressa do que a possibilidade de apenar os trabalhadores que individualmente ou em grupos não sigam os ditames da lei no exercício dessa prerrogativa, que como óbice constitucional explícito figura o respeito ao “atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e a continuidade dos serviços e atividade essenciais (§ 1º) e implicitamente os demais direitos consagrados no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a propriedade e a liberdade de ir e vir.

A situação deve ser analisada caso a caso, mas por óbvio não será possível que o sindicato seja sufocado por inúmeras ações em face dos trabalhadores, o que interferiria na qualidade da defesa dos interesses em juízo. Assim, como medida de contenção seria essencial a atribuição de um efeito ou caráter dúplice a essas ações em que é identificada, por exemplo, uma conduta anti-sindical ou há uma tentativa de precarizar os direitos dos trabalhadores sendo possível nos mesmos autos, por ocasião da sentença após a colheita de todas as provas, não só a improcedência como também a condenação em danos materiais e morais coletivos. Além disso, a possibilidade dada aos trabalhadores de intervirem no processo é crucial para o fim de atuarem diretamente nos autos ou indiretamente, subsidiando os sindicatos com elementos probatórios.

Outro óbice a essas ações com a coletividade no polo passivo decorre da impossibilidade dos empregadores transferirem para os empregados a responsabilidade por atos ou condutas a eles atribuída pela lei, como seria a hipótese da tentativa de exigir por ações coletivas o uso de equipamento de proteção individual no intuito de não ser autuado pela fiscalização trabalhista ou a preservação do meio ambiente de trabalho, não promovendo assédio moral horizontal ou vertical, dentre outras hipóteses salvaguardadas pela norma de ordem pública e cuja responsabilidade pela prevenção a eventos ou repressão a condutas é do empregador enquanto gestor.

Da mesma forma, o sindicato poderá ajuizar uma ação coletiva (ação civil pública) em face de um grupo econômico de empresas, em que os trabalhadores estão submetidos a condições insalubres sem os equipamentos de proteção adequados, sem o pagamento dos adicionais previstos em lei, cumulando vários pedidos, como, por exemplo: a) obrigação de

adequar os estabelecimentos as exigências legais com recomposição do meio ambiente do trabalho; b) estipulação de multa diária para o descumprimento da determinação legal; c) pagamento dos adicionais de remuneração previstos na lei não efetivados; Além disso, nada impede a solicitação de medidas de contenção para que eventual poluição produzida não seja submetida aos trabalhadores no ambiente interno da empresa e também afete a população do entorno, em que muitos dos trabalhadores habitam, bem como o arbitramento de dano moral coletivo, dentre outras medidas em que se entrelaçam os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Essa situação é possível pois esses direitos estão previstos expressamente na lei e o não cumprimento pelos empregadores causa lesão ao grupo, classe ou categoria.

No mesmo exemplo, se o ajuizamento fosse em face do sindicato patronal e de algumas empresas, figurando como representantes adequados de todas as empresas da categoria econômica, ainda que ambas as partes estejam representadas por sindicatos, nos moldes atuais, a demanda deveria ser analisada *secundum eventum litis* no tocante aos direitos individuais homogêneos (pagamentos adicionais devidos) e no tocante aos direitos coletivos em sentido estrito *erga omnes* no plano coletivo, salvo diante da improcedência decorrente da insuficiência de provas, pois a legislação não permite interpretações contrárias ao seu texto e, ainda, com maior razão, ampliadores da restrição de direitos, em afronta ao *caput*, do artigo 7º, da CF.

Em todos os casos discute-se o meio ambiente do trabalho e em nenhum deles é permitida a renúncia de direitos.

Nos dissídios coletivos, o efeito é sempre *erga omnes*, pois não é possível transigir ou renunciar ao mínimo estabelecido na lei, em atenção ao próprio *caput*, do artigo 7º, da CF, não havendo possibilidade de equiparação das exceções apontadas no texto constitucional como regra geral.

Associado a isso, convém relembrar que para representar interesses coletivos em juízo, o sindicato aprova a pauta de negociação de um dissídio coletivo em assembleia geral, o que prejudica a sua figuração no polo passivo de ações coletivas na tentativa de prejudicar as condições de trabalho dos obreiros ou a redução de seus direitos dada peculiaridade própria do sistema laboral.

Sua participação como representante poderia ocorrer em situações específicas em que os direitos ou interesses não estejam contidos no conteúdo dos dissídios coletivos econômicos e jurídicos, mas que constam da lei que, por sua vez, sejam ameaçados ou lesionados. Isso funcionaria tanto em face dos empregados quanto dos empregadores.

Um outro exemplo para elucidar a questão: se na iminência da ocorrência de uma greve geral numa determinada categoria, os empregadores ameaçassem fechar os portões da empresa com o beneplácito do sindicato patronal, paralisando as atividades sem pagar os salários no período e contratar seguranças para impedir manifestações pacíficas nas vias no entorno das empresas, não há dúvida que seria possível o ajuizamento de ação coletiva em face desses empregadores e do seu sindicato representativo, com a determinação de obrigação de não fazer (fechamento dos portões da empresa e uso de seguranças) e de fazer (pagamento dos salários enquanto não se solucionar o conflito coletivo por convenção coletiva ou dissídio de greve que analisará a questão do pagamento dos salários).

Em síntese, a defesa dos interesses e direitos da coletividade no polo ativo é facilitada pela delimitação do ofensor no polo passivo, sendo mais fácil identificar ou atribuir a representatividade adequada para o autor na postura de protetor desses interesses, pois há convergência dos interesses da sociedade e, conseqüentemente, da coletividade no alcance do resultado solicitado na ação judicial ajuizada em seu benefício. Nesse contexto, a lei ou mesmo o juiz pode facilmente identificar um representante adequado para postular a defesa desses interesses em juízo.

A dificuldade de ajuizamento de uma ação em face da coletividade encontra-se justamente baseada nessa mesma circunstância, pois não há como delimitar o interesse de todos da sociedade que não apresentam convergência nos interesses discutidos em juízo, sendo impraticável exigir que uma pessoa recomponha o meio ambiente se ela já o realiza deliberadamente (com coleta seletiva de lixo, por exemplo) ou pague uma indenização social, especialmente se já existem normas que coíbem tal prática, bastando identificar os grupos que as desrespeitaram. Além disso, a situação para a eleição de um representante adequado é difícilíssima quando se pretende atingir direitos difusos, sendo impraticável por exemplo que se pleiteie em face dos direitos difusos, como o meio ambiente, uma condenação de dano moral coletivo englobando toda a coletividade dada a confusão entre autores e réus, só se admitindo se ocorrer entre subgrupos a demanda e mesmo nessa hipótese não se tratarão de danos coletivos em sentido amplo a ponto de atingir direitos difusos em decorrência de ofensa à sociedade como um todo, mas em menores proporções, salvo em situações específicas, como o trabalho escravo que além da violação às normas trabalhistas implica em mácula aos direitos humanos.

Diante desses elementos, pode-se afirmar que a presença da coletividade no polo passivo de uma ação somente é legitimada quando não se trata de direitos difusos propriamente ditos, mas meramente coletivos em sentido estrito ou individuais

homogêneos, em que o grupo é determinável e, por isso, identificável, podendo viabilizar a eleição de um representante adequado para que seja viável a formação de um título judicial, especificando uma obrigação de fazer, não fazer ou o pagamento de uma indenização. E, ressalte-se, mesmo nessa hipótese, é necessário distinguir dentro de um grupo maior como a categoria de trabalhadores facções, grupos menores ou subgrupos, que atuam com desígnios próprios e diversos da maioria, o que afeta não só a representatividade adequada do que será eleito representante como a responsabilização da coletividade de pessoas que possuem relação com o objeto da lide.

De outro lado, a dificuldade de aceitabilidade das decisões judiciais pode ser atenuada por meio de parâmetros mais uniformes no proferimento de uma decisão justa por parte dos magistrados com base nas normas em vigor e nas peculiaridades de cada caso concreto, sem perder sua imparcialidade e com o cuidado necessário para que seus preconceitos não interfiram no resultado da lide, adotando o princípio da igualdade no caso concreto, com proporcionalidade entre o ato praticado e sua sanção com o dano sofrido ao bem coletivo, excluindo do processo quem não é o responsável pela conduta ilícita ou dano apurado. A duração razoável do processo decorrente de uma maior celeridade e da economia processual derivada de uma decisão em ações coletivas passivas com uniformidade de tratamento ao grupo também é um elemento importante para a maior aceitabilidade das decisões com ampla publicidade e possibilidade de manifestar-se nos autos pessoalmente ou por meio de um representante adequado. Se dada a oportunidade de manifestação, os membros do grupo não a externaram devem se contentar com o resultado para o qual contribuíram ainda que pela inércia.

O Direito é uma ciência social aplicada e, como toda disciplina relacionada à área de ciências humanas, sofre a influência de diversos fatores culturais, sociais e econômicos ao longo dos anos, que, por sua vez, interferem em sua interpretação e consequente aplicação. Muitas vezes essa interpenetração é automática, sendo difícil de identificar à primeira vista, contudo, após uma maior consolidação da nova realidade social, aos poucos, os textos legais para acompanhar essas alterações sociais necessitam ser alterados pontualmente, ou, outras vezes, de uma forma mais significativa, submeterem-se a reconstrução total dos pilares normativos.

Diante desse contexto, cabe ao legislador apurar, num determinado momento e contexto histórico, o que deve implementar: uma alteração pontual ou uma reestruturação.

Assim, na edição de um novo código de processos coletivos, inúmeros fatores podem interferir, não só em sua implementação, como também em sua alteração ao longo dos anos, o que deve ser avaliado pelos juristas que defendem sua instituição.

O maior exemplo dessa postura resistente ao tema em comento consiste no arquivamento do projeto de código de processo coletivo brasileiro encampado pelo Ministério da Justiça, do projeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública no que se refere à tutela coletiva e, mais recentemente, com o veto da coletivização da demanda individual no NCPC.

Nesse contexto, recomendável, diante da polêmica que circunda o tema das ações coletivas passivas, a sua inserção, num primeiro momento, no próprio NCPC, a fim de viabilizar o direcionamento de ações com pedidos de natureza individual ou plurisubjetiva, com ou sem litisconsórcio, em face da coletividade, e, reflexamente, a viabilização das ações civis públicas passivas por meio do uso supletivo do código de processo civil pelo microsistema de processos coletivos. Por efeito reflexo também se atingirá o processo do trabalho, pelo qual o artigo 769 da CLT permite o uso subsidiariamente do processo comum na ausência de normas específicas, o que evidentemente ocorre com a presença da coletividade no polo passivo de ações civis públicas trabalhistas ou em ações em geral diversas dos dissídios coletivos e demais demandas coletivas típicas desse sistema processual peculiar.

Ainda que seja possível doutrinariamente defender a presença da coletividade no polo passivo e a prática jurisprudencial, de certa forma, já tenha absorvido essa ideia, a instabilidade da prestação jurisdicional, com recusas reiteradas na apreciação do mérito dessas demandas aliado à ausência de uniformidade na aplicabilidade do instituto, recomenda, nesse primeiro momento, ao menos, uma alteração pontual na legislação processual para propiciar maior uniformidade e segurança jurídica nas demandas em que o grupo, classe ou categoria encontram-se no polo passivo.

Assim, pode-se construir estrategicamente um planejamento mínimo para o aperfeiçoamento de nosso sistema processual em três etapas:

- a) a primeira seria o reconhecimento da existência de demandas coletivas em que o grupo, classe e categoria posiciona-se no polo passivo que estão sendo analisadas pelo Poder Judiciário com decisões por vezes contraditórias;
- b) a segunda consiste na avaliação de propostas de alterações pontuais na legislação, a fim de proporcionar maior segurança e uniformidade na solução das demandas coletivas passivas;

c) a terceira deve ocorrer após um período de maturação do instituto, com o seu uso cotidiano na prestação jurisdicional para ensejar, com a constatação de deficiências e necessidades na tutela dos direitos violados e baseada na preservação dos direitos coletivos em geral, o aperfeiçoamento da matéria e, por conseguinte, culminando, se for o caso, com a edição de um código de processos coletivos.

Acreditamos que o presente momento se encontra propício para a segunda fase em que os parâmetros seriam traçados para proporcionar ao intérprete um direcionamento adequado às alterações sugeridas para o NCPC de 2015, visando dar mais segurança à aplicabilidade das normas atinentes a conformar a coletividade no polo passivo da ação e, num futuro, após a maturação e sedimentação em nosso país desses institutos, influenciar a elaboração de um código de processos coletivos. As modificações foram sugeridas apenas, num primeiro momento, no NCPC de 2015, no intuito de permitir que os operadores do direito trabalhista, ao promover o julgamento das lides submetidas ao crivo da Justiça do Trabalho, possam manter a higidez do sistema processual laboral, não ampliando demasiadamente a interferência da representatividade sindical na precarização das condições de trabalho e remuneração do empregado. A primeira fase, seguramente, com as decisões judiciais analisadas nessa pesquisa, já encontrou a sua plena superação, cabendo uma maior atenção as duas subsequentes.

Assim, as alterações propugnadas visam ao aumento do poder de direção do juiz no processo em reforço aos mecanismos já existentes com a possibilidade da produção de provas de ofício quando a coletividade se encontra num dos polos do processo com uma aproximação da verdade real e não meramente formal mais próxima do sistema inquisitivo em decorrência do interesse público subjacente na pacificação dessas controvérsias. Em associação a isso, a determinação do juiz certificar o representante processual coletivo adequado para cada caso concreto com critérios balizadores dessa decisão e a adaptabilidade dos efeitos da coisa julgada ao âmbito dessa representatividade por ocasião da sentença é medida que se impõe, no intuito de garantir o devido processo legal, conformando a presença da coletividade no polo passivo da demanda.

A princípio, como medidas paliativas, objetivando preencher o vazio legislativo que a situação da coletividade no polo passivo se encontra em nosso sistema jurídico, propõem-se a inserção de alterações em alguns dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, buscando três eixos: a) o primeiro elemento é a necessidade de definição da operatividade da coletividade no polo passivo, balizado por um conceito de representação processual

coletiva baseada na “representação adequada”; b) o segundo, relaciona-se ao maior empoderamento do juiz, por se tratar de elemento próprio do interesse público na pacificação dos conflitos coletivos; e c) o terceiro, relativo aos efeitos da coisa julgada quando a coletividade se encontra no polo passivo.

Nossa sugestão, nessa opção, seria, portanto, a inserção de alterações nos artigos 72 (inciso III), 75 (inciso XII e do §§ 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11), 82 (§ 3º), 84 (complemento), 85 (inciso V), 87 (§3º), 113 (inciso IV e §3º), 114 (parágrafo único), 115 (inciso III, com renumeração do parágrafo único para §1º e acréscimo do §2º), 116 (acrécimos no parágrafo único), 121 (§2º), 138 (§§ 4º e 5º), 178 (inciso IV), 185 (parágrafo único), 328 (parágrafo único), 247 (inciso VI), 249 (§§ 1º 2º e 3º), 256 (incisos III e IV), 257 (inciso V e §§1º e 2º), 275 (§3º), 300 (§ 4º), 317 (parágrafo único), 328 (§§ 1º e 2º), 336 (parágrafo único), 339 (§§3º, 4º, 5º e 6º) e 370 (complemento), 493 (§§ 2º, 3º e 4º), 503 (§§ 2º, 3º e 4º) e 506 (parágrafo único) do NCPC.

Evidente o entrelaçamento dos maiores poderes de direção do juiz, com a certificação da representação processual coletiva e a modulação dos efeitos subjetivos da coisa julgada, em que a reformulação da representação processual e os efeitos da coisa julgada dependem desse reforço de seus poderes que deve atingir outros preceitos no intuito de dar organicidade ao sistema em busca da verdade real.

Qualquer reforma que vise codificar num futuro os processos coletivos deverá focar na questão da legitimidade e representação adequada tratada no capítulo segundo e nos efeitos da coisa julgada, objeto do capítulo terceiro, mas não se restringirá a isso, pois exige para dar coerência ao sistema processual a valorização do princípio da publicidade, a definição do órgão jurisdicional responsável para julgamento, mecanismos de ponderação de princípios e do maior empoderamento do juiz em sua função na direção do processo e na busca da verdade real e não meramente formal, bem como a necessidade de defesa da coletividade no polo passivo para a formação da relação processual, dentre outros fatores.

O rol seria extensivo dada a complexidade da edição de um novo código, mas, dentre outros fatores sensíveis evidenciados nessa pesquisa, cabível também uma atenção especial a não admissão de procedimentos sumários ou juizados especiais em processos em que a coletividade figure no polo passivo da ação, devido a necessidade de maior dilação probatória e participação das partes. Da mesma forma, recomendável uma ampla possibilidade de revisão por qualquer um que for reputado membro do grupo e, conseqüentemente, atingido pela decisão. A postura do representante e do Advogado devem ser objeto de uma fiscalização mais rígida do que ocorre nas causas individuais,

com maior interferência do juiz nos atos processuais. O magistrado nessa concepção de empoderamento não poderá extinguir o processo sem resolução do mérito. De outro lado, o representante processual coletivo deverá ser incentivado a promoção desse *múnus público*, o que implica no arbitramento de uma remuneração pela representação na hipótese do grupo a que representa ser o vencedor na lide, podendo ratear as despesas e custas processuais que tiver em qualquer hipótese com os representados identificados apontando nos autos os responsáveis. De qualquer forma, devido a exigibilidade de defesa na hipótese de revelia essencial a nomeação de um curador especial, o que também se torna exigível para viabilizar um reforço na defesa coletiva quando atingir um grupo numeroso de pessoas reputadas hipossuficientes.

Além disso, qualquer tentativa que venha a implicar na representação processual coletiva dos sindicatos no polo passivo de ações deve se submeter a algumas reflexões:

- a) não poderá interferir nas ações específicas com sistemática procedimental especial previstas na CLT que tratam de formas de estipulação de remuneração e condições de trabalho acima do mínimo garantido pela norma jurídica;
- b) restringir-se-á às ações civis que sigam o procedimento comum ou especial, desde que comportem essa representatividade sem que existam parâmetros específicos, como ocorre no polo ativo da ação civil pública apesar de ser possível sua presença no polo passivo;
- c) jamais poderá ser utilizada como subterfúgio para minorar direitos trabalhistas ou piorar as condições de trabalho dos empregados, sendo um instrumento aceitável para conter abusos no exercício de direitos e ilícitos, bem como o cumprimento do integral do conteúdo da lei seja de conteúdo trabalhista, seja de conteúdo do direito comum;
- d) a situação dos sindicatos de empregados e dos sindicatos de empregadores não é similar, funcionando estes últimos como associações corporativas de defesa de interesses mais amplos que englobam a atuação no mercado, não se restringindo a meras questões laborais, motivo pelo qual as poucas decisões que atingiram uma categoria por meio da representação sindical envolviam sindicatos patronais, como o caso narrado no Paraná acerca dos postos de combustíveis restrito ao direito comum (formação de preços prévios) e não laboral;
- e) o nível de organização e coordenação das entidades patronais é mais aperfeiçoado, viabilizando uma maior influência das posturas recomendadas pelas instituições em relação aos empregadores;

Em síntese: a) existem ações coletivas passivas em nosso ordenamento jurídico? (observa-se que tanto na legislação quanto na aplicação das normas pelo Poder Judiciário é reconhecida a presença da coletividade ou de parcelas da coletividade no polo passivo das ações); b) se existem, como se dá a abordagem da doutrina e da jurisprudência no direito processual civil e trabalhista? (apesar do reconhecimento de sua presença em nosso ordenamento jurídico, o tratamento dado a questão pela doutrina e jurisprudência é divergente); c) é possível um aprimoramento legislativo por meio de reformas pontuais ou a elaboração de um código de processo coletivo para regular a questão da coletividade no polo passivo ou, ainda, diante do arcabouço legislativo existente, não se demonstra necessária qualquer alteração? (a opção mais sensível ao estágio de evolução do sistema processual no qual nos encontramos consiste na alteração pontual da legislação diante das dificuldades de construção, aprovação e aplicabilidade de um código de processos coletivos).

Na realidade, tudo depende da política legislativa: a representação processual coletiva, a coisa julgada, os seus efeitos e a sua imutabilidade, a conformação da coletividade no polo passivo etc., mas as necessidades da sociedade em busca da pacificação social transcendem o direito legislado, motivo pelo qual a reforma legislativa será implementada pelo Poder Legislativo ou será impulsionada pelo intérprete das normas em vigor, como já acenou o STF.

Essas são as reflexões reputadas pertinentes para embasar o aperfeiçoamento de nosso sistema processual sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades existentes, diante das múltiplas concepções que um instituto tão ambíguo, indeterminado e impreciso pode ensejar no intérprete, mas no anseio de atenuar as divergências com parâmetros mais objetivos que permitam um desenvolvimento direcionado aos fins de preservação harmônica do sistema processual em evolução.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ALEGRE, Carlos. *Acesso ao direito e aos tribunais: anotações aos Dec.-lei no. 387-B/87, de 29 de dezembro, Dec.-lei no. 391/88, de 26 de outubro*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012.

ALMEIDA, António. A acção popular e a lesão dos bens ambientais. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura, Série Direito*, Coimbra. n. 1/2, p. 367-384, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Renato Rua de. A mediação e a conciliação e o seu impacto nos dissídios coletivos. *LTR: Legislação do Trabalho. Suplemento Trabalhista*. São Paulo, ano 50, n. 47, p. 219-222. 2014.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de ofício*. Bogotá: Temis, 2004.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: (introducción)*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, D.L., 1997.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAZI, Roland. La Legitimacion como elemento de la accion. In: MORELLO, Augusto M. *La Legitimación: homenaje al professor doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 23-37.

AROUCA, Jose Carlos. Ação de dissídio coletivo. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 33, n. 121, p. 146-151, nov. 2013.

ARRUDA, Hélio Mário de. Dissídio coletivo - natureza jurídica, procedimento e recorribilidade da sentença normativa. *LTr: Legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 45, n. 58, p. 281-283, 2009.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Reflexões sobre a coisa julgada e sua relativização. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8350>. Acesso em: 23 maio 2016.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *O dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro*: conceito, delimitação, responsabilização, arbitramento, análise jurisprudencial, medidas preventivas e repressivas no âmbito trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARIONI, Rodrigo. Repercussão geral – anotações sobre as propostas formuladas pelo ministro Luís Roberto Barroso. *Migalhas*, 25 set. 2014 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208121,101048-Repercussao+geral+anotacoes+sobre+as+propostas+formuladas+pelo>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BATISTA, Deocleciano. *A querela nullitatis insanabilis* como meio perpétuo de impugnação da coisa julgada inválida. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4394/arquivo5567_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BILHALVA, Vilson Antonio Rodrigues. I - Oposição em dissídios coletivo; II - Greve. *Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*, São Paulo, n. 23, p. 43-50, 1995.

BONSIGNORI, Franco. *Concetto di diritto e validità giuridica*. Milano: Giuffrè, 1985.

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico. *Revista del Poder Judicial*, n. 66, p. 513-554, 2002.

_____. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: José María Bosch, 1995.

_____. Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular. *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1, p. 101-120, 1990.

_____; RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 2, p. 1828-1840, 1999.

BURTON, Donald E. The metes and bounds of the defendant class action in patent cases. *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* v. 5, 292 (2006). *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 3, p. 2, 2006. Disponível em: <<http://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=ripl>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de direito processual na Itália*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Ed., 2003.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. v. 1.

CALIL, Grace Mussalem. Ações possessórias. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 10 Curso: Processo Civil - Procedimentos Especiais. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/10/processocivil_131.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

CALVET, Otavio. A competência da justiça do trabalho para ações coletivas que tutelam o meio ambiente de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 10, p. 1176-1178, out. 2003.

CAMPOS, Flavio Nunes. Direito ao trabalho e o direito de greve: a solução judicial do conflito coletivo e o consenso corporativo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 40, p. 177-186, jan./jun. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. A acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, n. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.

_____. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

_____. *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

_____. O processo civil italiano no quadro da contraposição: civil law: common law: apontamentos histórico-comparativos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez. 2005.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro: 1 diritto sindacale*. 6. ed. Torino: UTET Giuridica, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança: assistência e amicus curiae. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 213-219, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/33432>>. Acesso em: 06 set. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, [s.d.]. v. 1.

CASTILHO, José Luciano de. A reforma do Poder Judiciário: o dissídio coletivo e o direito de greve. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 31-40, jan./abr. 2005.

CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Cassais Y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922. t. 1.

CORREIA, Camile Cassiane Soares; ROSSO, Rocco Antonio Rangel. Da *querella nullitatis*. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9540-9539-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

COSTA, Vanda. Ação patronal e corporativismo. *Revista de Sociologia e Política*, n. 10-11, p. 119-126, 1998. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39280>>. Acesso em: 02 set. 2016.

CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ações coletivas passivas e o combate ao trabalho escravo contemporâneo - (re)pensando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Brasília, v. 12, n. 47, p. 93-109, jul./set. 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na resposta do réu. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/paradoxo-corte-codigo-processo-civil-traz-mudancas-resposta-reu>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. Novo CPC traz mudanças na arguição de ilegitimidade passiva. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-19/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arguicao-ilegitimidade-passiva>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 mar. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 20, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995.

DAVIS, Roberto. Competência em ações oriundas de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 149-150, 1996.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 41, n. 252, p. 79-110, fev. 2016. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45017745/Os_limites_objetivos_da_coisa_julgada_no_novo_Codigo_de_Processo_Civil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1470474574&Signature=WLM%2BylJEfeiItM%2BGD%2BvrPgqZhk0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DOs_limites_objetivos_da_coisa_julgada_no.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2016.

DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil (l. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. *Unisul de Fato e de Direito*: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 6, n. 11, p. 35-53, 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=DA+COISA+JULGADA+NO+NOVO+C%3%93DIGO+DE+PROCESSO+CIVIL+%28L.13.105%2F2015%29%3A+CONCEITO+E+LIMITES+OBJETIVOS&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5>. Acesso em: 26 jul. 2016.

DESDENTADO BONETE, Aurélio; VALDÉS DE LA VEJA, Berta. *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo*: una síntesis de jurisprudencia. Madrid: Trotta, D.L., 1998.

DI IORIO, Alfredo J. *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal*: propuesta de un derecho jurisdiccional. Buenos Aires: Depalma, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DIDIER, Freddie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-26-abril-2011-freddie-didier.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Incentive awards to class action plaintiffs: an empirical study. *Cornell Legal Studies Research Paper*, n. 05-037, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=869308>. Acesso em: 18 jul. 2016.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: JM Bosh Editor, 1995.

FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos*: negociación, mediación, conciliación. Buenos Aires; Santa-fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS (FENABAN). Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/pagina/3086/14/pt-br/fenaban>>. Acesso em: 18 out. 2016.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (Art. 24.1 de la CE). *Revista de Estudios Políticos*, n. 33, p. 207-220, 1983. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3247>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Anotações sobre o controle judicial de representação adequada nas ações coletivas e a ampliação da legitimação ativa coletiva para os membros do grupo individualmente considerados. *LTr*: Legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 45, n. 129, p. 617-624, 2009.

FRANKLIN, Giselle Leite. Execução de ações coletivas na justiça do trabalho. *Direito e Paz*, Lorena, v. 15, n. 29, p. 591-632, 2013.

FREITAS, José Lebre de. A acção popular ao serviço do ambiente. *Lusíada*: revista de ciência e cultura. Série Direito, Coimbra, n. esp., p. 231-241, 1996.

FURLAN, Alessandra Cristina. O instituto da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1453>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência nas ações coletivas em matéria ambiental. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 19 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/index.php/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/77-a-competencia-nas-aco-es-coletivas-em-materia-ambiental>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”*. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

GALVÃO, Larissa Aveno Ordoñez de Andrade. Teoria da substanciação e da individualização: relações com elementos da ação e coisa julgada. *Jus Navegandi*. Publicado em 01/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35448/teoria-da-substanciacao-e-da-individualizacao-relacoes-com-elementos-da-acao-e-coisa-julgada>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coisa julgada no dissídio coletivo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 67, n. 6, p. 692-696, jun. 2003.

GARCÍA CASTILLO, Juan. *Las partes em la ley de enjuiciamiento civil: 1/2000 de 7 de junio*. Córdoba: Católica, 2005.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel. *Unidad de negociación del convenio colectivo, capacidad convencional y representación profesional en el derecho positivo español*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo, 1977.

GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n. 88, p. 269-271, out./dez. 1997.

_____. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 87-114, jan./jun. 2004.

_____. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18368-18369-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

_____. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2008.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.

GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

GOMES, Domingos Taciano Lepri. Da constitucionalidade do art. 16 da Lei de ação civil pública. Limitação da coisa julgada no âmbito territorial do órgão prolator. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 25-52.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *La proliferación de procesos civiles*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 39-52, abr./jun. 1996.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, p. 3-12, maio/jun. 2002.

_____; WATANABE, Kazuo; GIDI, Antonio (Rel.). *Código-Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=11_16&shop_detail=241> Acesso em: 30 jan. 2016.

_____; _____; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GUGLINSKI, Vitor. Ações coletivas na reforma do Código do Consumidor. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3452, 13 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23243>>. Acesso em: 15 maio 2016.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difuso*. Elcano (Navarra): Aranzadi, D.L. 1999.

GUZMAN TAPIA, Juan. *La sentencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

HAYNE, Alexandre Bitencourth. *Novo CPC: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região aprova enunciados que devem nortear a Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://hayne.jusbrasil.com.br/noticias/314343985/novo-cpc-tribunal-regional-do-trabalho-da-10-regiao-aprova-enunciados-que-devem-nortear-a-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

HENDERSON, William D. Reconciling the Juridical Links Doctrine with the Federal Rules of Civil Procedure and Article III. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1347-1378, 2000. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1374&context=facpub>>. Acesso em: 18 out. 2016.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. 2. ed. La Plata: Librería eEd. Platense, 2006.

HOFFMAN, Glauci Aline; MOTRESOL, Deise. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 14, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/?journal=juridica&page=article&op=view&path%5B%5D=4130>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Bogotá: Temis, 2004.

HUSEK, Carlos Roberto. Idéias para uma interpretação do artigo 114 da Constituição Federal. In: FAVA, Marcos Neves; COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 46-54. Disponível em: <<https://extranet.anamatra.org.br/uploads/book/justica-do-trabalho.pdf#page=46>> Acesso em: 31 out. 2016.

IGLESIAS CABERO, Manuel. *Reforma laboral y negociación colectiva*. Madrid: COLEX, 1997.

JUCOVSKY, Vera Lucia. Instrumentos de defesa do meio ambiente: ação popular e participação pública: Brasil-Portugal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 39, p. 32-94, jul./set. 1999.

LAMACHIA entrega a deputado proposta de remuneração para autor de Ação Popular. *Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/52386/lamachia-entrega-a-deputado-proposta-de-remuneracao-para-autor-de-acao-popular>>. Acesso em: 31 out. 2016.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional: de acordo com a Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

LEVY, Maurício Rodrigo Tavares. Poder normativo da justiça do trabalho e emenda nº 45. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues; SANTOS, Enoque Ribeiro (Coords.). *Direito coletivo do trabalho em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 205-233.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. Ações coletivas sindicais e litispendência. *LTr: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 29, n. 79, p. 519-522, 1993.

MACHETE, Rui. Ação procedimental e ação popular – alguns dos problemas suscitados pela Lei nº 83/95, de 31 de Agosto. *Lusíada: revista de ciência e cultura, Série Direito*, Coimbra, n. esp., p. 261-270, 1996.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Amicus curiae”: um instituto democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, p. 8-10, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/742/R153-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 06 set. 2016.

MACIEL, José Alberto Couto. Dissídio coletivo: substituição ou representação. *Revista LTr*. São Paulo, v. 63, n. 12, p. 1605-1607, dez. 1999.

MADDEN, John J.; PAULLY, Denise G. Making the class determination in Rule 23 (b)(3) Class Actions. *Fordham Law Review*, v. 42, n. 4, p. 791-819, 1974. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4591&context=flr>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 111-142, jan./dez. 2010.

_____. Nova Lei do Mandado de Segurança: avanço ou retrocesso? *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 30, n. 110, p. 37-46, dez. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MANNRICH, Nelson. O exercício do direito de greve. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7254>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A execução no processo do trabalho, o devido processo legal, a efetividade do processo e as novas alterações do código de processo civil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 73, n. 1, p. 43-50, 2007. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2007/n%201/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho,%20Porto%20Alegre,%20%20v.%2073,%20n.%201,%20p.%2043-50,%20jan.-mar.%202007.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. Substituição processual no processo do trabalho. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 15, ago./nov. 1996. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20394/substituicao_processual_processo_trabalho.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo y obligacional. In: EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: CONTENIDO NORMATIVO Y CONTENIDO OBLIGACIONA. JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 2. Madrid, 24-25 nov. 1988. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990. p. 37-54.

MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. *O Amicus Curiae e a democratização do controle de constitucionalidade*. 2005. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/499>>. Acesso em: 06 set. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELES, Edilton. As ações coletivas no processo do trabalho: normas aplicáveis do Código de Defesa do Consumidor. *Revista LTr*. São Paulo, v. 57, n. 9, p. 1079-1083, set. 1993.

_____. Amplitude do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 10, p. 1184-1193, out. 2014.

MELO, Raimundo Simão de. Ajuizamento de dissídio coletivo de comum acordo. *IOB-repertório de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n.2, p. 56-51, jan. 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 153, p. 188-216, nov. 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11/12, p. 163-202, 2003/2004.

MENDONÇA, Ailton Nossa; HERRAN, Rosemary Samartino. Das ações possessórias – Lei 13105 de 2015. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17525&revista_caderno=21>. Acesso em: 05 ago. 2016.

MEROI, Andrea A. *Procesos colectivos: recepción y problemas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MILIONI, Pedro de Souza Gomes; MARINHO, Marcelo. O novo Código de processo civil, a concretização do princípio constitucional do devido processo legal, e os reflexos no processo do trabalho. *Justiça do trabalho*, v. 33, n. 386, p. 37-45, fev. 2016.

MINISTRO suspende efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre ultratividade de acordos. *Notícias STF*, 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>> Acesso em: 20 out. 2016.

MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

MONTORO-BALLESTEROS, Alberto. *Conflicto social, derecho y proceso*. Murcia: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1993.

MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Orgs.). *Processo coletivo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 413-428. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8).

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. Reconvenção no novo Código de Processo Civil. *Páginas de Direito*, 16 nov. 2015 Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/319-artigos-nov-2015/7435-reconvencao-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

MUNGUBA, Filipe Ferreira. O recurso de amparo espanhol como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 21 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55690&seo=1>>. Acesso em: 11 maio 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa do direito coletivo em ação civil pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 97, p. 7-10, maio 2008.

NAVARRO HERNÁN, Manuel. *Partes, legitimación y titisconsorcio en el proceso civil: estudio jurisprudencial práctico*. Madrid: Colex, 1998.

NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar. *Poder judicial y sistemas de fuentes: la potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid: Civitas, 2002.

NOYA, Felipe Silva. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NUNES, António Avelãs. *Os trabalhadores e a crise do capitalismo*. Lisboa: Página a Página, 2015.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho: objeto, legitimidade “ad causam”, interesse processual e execução do julgado. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/23191-23193-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

OLIVEIRA, Dalva Amélia de. Os dissídios coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho: pesquisa histórica. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 59-80, jul./set. 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Dissídio coletivo, impulso bilateral: a tese de inconstitucionalidade. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 67-74, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Da obrigatoriedade da participação dos sindicatos econômicos na negociação coletiva de trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 72-81.

OTERO, Paulo. A acção popular: configuração e valor no actual direito portugues. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 59, n. 3, p. 871-893, dez. 1999.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 12, p. 1431-1434, dez. 2005.

PACIOTTI, Elena. *Sui Magistrati: la questione della giustizia in Italia*. Roma: Laterza, 1999.

PALOMEQUE, Manoel Carlos. *Una caracterización del sistema sindical español*. Disponível em: <<http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com.es/2011/02/una-caracterizacion-del-sistema.html>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

PATRÍCIO, Marcela Faraco. A caracterização de grupo econômico na esfera trabalhista e suas implicações. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4254, 23 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32059>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

PEGO, Rafael Foresti. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho: e o paradigma da estrutura sindical brasileira*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2012.

PEREIRA, Albertina. Repercussões do novo Código de Processo Civil no Código de Processo do Trabalho. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Série II, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, n. 11, p. 17-21, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

PINTO, Antônio Benedito Ribeiro. Sindicato como substituto processual em defesa de direitos dos associados. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 53-71.

PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM, 2000.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Barcelona: Libreria Bosch, 1978.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2005.

REMÉDIO JUNIOR, José Ângelo. Da eficácia das decisões do dissídio coletivo jurídico e da ação anulatória de negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v.74, n.11, p. 1313-1324, nov. 2010.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/64924>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998.

RODRIGUES, Alessandro Pinheiro; WAGNER, Jorge da Silva; SALETTI, Leandro Costa. Conflitos coletivos de trabalho. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 206-299, mar. 2014.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 149, p. 79-103, jul. 2007.

_____. The use of defendant class actions to protect rights in the internet. *Panoptica*, v. 1, n. 05, 2007. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=The+Use+of+Defendant+Class+Actions+to+Protect+Rights+in+the+Internet+&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5> Acesso em: 18 jul. 2016.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La acumulación inicial de acciones en el derecho procesal español*. Barcelona: Cedecs, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. Os novos instrumentos processuais à disposição das partes diante da Emenda Constitucional n. 45/2004. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 23, p. 729-723, dez. 2005.

ROSSI, Júlio César. Ação coletiva passiva. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 198, p. 259-280, ago. 2011.

SAKO, Emília Simeão Albino. Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional. *Revista LTr*, São Paulo, ano 69, n. 10, p. 1184-1190, out. 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. Class actions: algumas premissas para comparação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 174, p. 215-243, ago. 2009.

SALVIANO, Maurício de Carvalho. O lock-out e o Ministério Público. *LTr: Legislação do Trabalho. Suplemento Trabalhista*. São Paulo, ano 41, n. 97, p. 443-444, 2005.

SAMANES ARA, Carmen. *Las partes en el proceso civil*. Madrid: La Ley, 2000.

SANTANA, Anna Luisa Walter de. Limites subjetivos da coisa julgada e os reflexos em relação a terceiros. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 4, n. 1/2, 2015. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1382>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

SANTOS, Carolina de Oliveira Lemes. Aspectos do dissídio coletivo de comum acordo e do poder normativo da justiça do trabalho pós-emenda constitucional nº 45/2004. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues; SANTOS, Enoque Ribeiro (Coords.). *Direito coletivo do trabalho em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 165-204.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4609>>. Acesso em: 17 maio 2016.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim Científico*, Brasília, v. 3, n. 10, p. 139-154, jan./mar. 2004.

SAVIO, Manuela Pereira. Ação civil pública e ação coletiva: problema terminológico. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/83-acao-civil-publica-e-acao-coletiva-problema-terminologico>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

SEVERO, Valdete Souto O NCPC e o processo do trabalho: falsas novidades e parâmetros de aplicação. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 33, n. 386, p. 7-36, fev. 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: direito coletivo do trabalho*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. v. 7.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

SILVA, Juliana Araújo Lemos da. Sindicalização, negociação coletiva e greve do servidor. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 141-163.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 259-280, 2006.

SOARES, Marcelo Negri. Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil. 2015. *Research Gate*, jan. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Marcelo_Soares9/publication/272182654_Constituicao_a_Devido_Processo_Legal_e_Coisa_Julgada_no_Processo_Civil/links/5582602f08ae12bde6e4bc5c.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2016.

SOARES FILHO, José. *Elementos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coord.). *Tratado práctico del proceso civil: disposiciones generales y proceso ordinario*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008. t. 1.

SOTTO MAIOR, Mariana. O direito de acção popular na Constituição da Republica Portuguesa. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministro da Justica*, Lisboa, n.75/76, p. 239-272, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: LEX, 2003.

STOLL, Luciana Bullamah. Convenções ns. 87 e 98 da OIT, unicidade e unidade sindical e as novas diretrizes do direito sindical brasileiro. In: SANTOS, Enoque Ribeiro (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação do servidor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 103-128.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Do ajuizamento dos dissídios coletivos. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 112-113, set. 2006.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras: escritos sobre a justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*: com particular referência ao processo de conhecimento. 2016. Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7710/4/Miolo_WEB_Cartilha_O%20Direito%20Intertemporal%20e%20o%20Novo%20CPC.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

TJSP fecha acordo com empresas para reduzir processos pela conciliação. Conselho da Justiça Federal, 16 7un. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79643-tjsp-fecha-acordo-com-empresas-para-reduzir-processos-pela-conciliacao>>. Acesso em: 18 out. 2016.

TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile: disposizioni generali*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2005.

TORRES, Mario Jose de Araújo. A ação popular no direito português. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 7-16, abr./jun. 1997.

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. Leme: Ed. de Direito, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VERBIC, Francisco. I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: procesos coletivos/class actions. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, n. 209, p. 397-401, jul. 2012.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela de urgência e de evidência no NCPC. *Nomos*: revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 35, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://200.129.29.202/index.php/nomos/article/view/2529>> Acesso em: 26 jul. 2016.

VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*. Salvador: Juspodivm, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo. Normas interpretativas no novo CPC: incidência no período de vacatio legis? *Migalhas*, 27 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224087,31047-Normas>> Acesso em: 03 ago. 2016.

Legislação, Jurisprudência e dados dos Tribunais

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Apresentação do Anteprojeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bXbGSY3uBbgJ:www.direitoeurj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=es>> Acesso em: 30 jan. 2016.

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ministério da Justiça - última versão - Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e Órgãos do Governo Federal. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 29 mai 2016.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950. *Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1134.htm>. Acesso em: 04 jul. 2016.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a ação popular*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 06 jul. 2015.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e Adolescente*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. Lei nº 8.984, de 7 de fevereiro de 1995. *Estende a competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição Federal).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8984.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm>. Acesso em: 04 jul. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 jul. 2016.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Estatuto do Idoso.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. *Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 18 mai. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. *Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5498CDBBA61BA8561EF9973C54B8107.proposicoesWeb2?codteor=651669&filename=PL+5139/2009>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 282/2012. *Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas.* Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=112480&tp=1>>. Acesso em: 14 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 928550/AP. Recorrente: Estado do Amapá. Recorrido: Marcos Ravel Magalhães de Abreu. Relator Ministro Herman Benjamin. *DJe*, 31/08/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=928550&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 776533/PI. Recorrente: Estado do Piauí. Recorrido: Francisco Carlos Araujo. Relator Ministro Herman Benjamin. *DJe*, 23/05/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=776533&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 10 jul. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1113950/MG. Recorrente: José Nilson Rabelo Cardoso. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Herman Benjamin. *DJe*, 27/08/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1113950&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1113950/MG. Recorrente: José Nilson Rabelo Cardoso. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Herman Benjamin. *DJe*, 27/08/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1113950&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1137177/SP. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Daniel Alves Henriques. Relator Ministro Humberto Martins. *DJe*, 02/03/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1137177&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1137177/SP. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Daniel Alves Henriques. Relator Ministro Humberto Martins. *DJe*, 02/03/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1137177&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1170170/RJ. Recorrente: Sonia da Fonseca. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Og Fernandes. *DJe*, 09/10/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1170170&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1173874/RS. Recorrente: Banco ABN Amro Real S.A. Recorrido: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. *DJe*, 24/03/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1173874&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1268965/SC. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Sergio Kukina. *DJe*, 06/04/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1268965&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 23 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1288560/MT. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Recorrido: Sherlock Holmes da Silva. Relator Ministro Castro Meira. *DJe*, 03/08/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1288560&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1380787/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator Ministro OG Fernandes. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1380787&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1446433/SC. Recorrente: Besc Financeira S.A. e outro. Recorrido: Neli Lino Saibo e outro. Relator Ministro Sidnei Beneti. *DJe*, 09/06/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1446433&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1545352/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Vice Presidente do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1545352&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 322064/DF. Recorrente: Maria das Graças Lins Cordeiro. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=322064&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 75383/DF. Recorrente: Fundação Sistel de Seguridade Social. Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores em empresas de telecomunicações e operadores de mesas telefônicas no Estado do Mato Grosso. Relator Ministro Sidnei Beneti. *DJe*, 30/11/2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=75383&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 817402/AL. Recorrente: Estado de Alagoas. Recorrido: José Pedro de Alcantara Sobrinho. Relatora Ministra Jane Silva. *DJe*, 09/12/2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=817402&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp1339896/MS. Recorrente: Consórcio Taurus Card Frota. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. *DJe*, 26/03/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1339896&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1419350/RS. Recorrente: Associação dos Produtores de Soja do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Humberto Martins. *DJe* 05/05/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1419350&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1368565/MG. Recorrente: Eduardo Augusto Piacesi Chaves. Recorrido: Francisco Augusto de Carvalho. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe*, 07/10/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1368565&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1051302/DF. Recorrente: Fundação Sistel de Seguridade Social. Recorrido: Sindicato dos trabalhadores em empresa de telecomunicações -SINTEL. Relatora Ministra Nancy Andrighi. *DJe*, 28/04/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1051302&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1072402/MG. Recorrente: Efigênia Anacleta Gonçalves. Recorrido. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. *DJe*, 01/02/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1072402&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1156021/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Linear Componentes Eletronicos Ltda. e outros. Relator Ministro Marco Buzzi. *DJe*, 05/05/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1156021&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1236916/RS. Recorrente: Tecnovidro Indústria de Vidros Ltda. Recorrido: Leonor Massolini Schulke. Relator Ministro Nancy Andrighi. *DJe*, 19/11/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1236916&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1261888/RS. Recorrente: Rio Grande Energia S.A. Recorrido: Everaldo Pereira Mustardeiro. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. *DJe*, 18/11/2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1261888&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 23 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1297425/MT. Recorrente: Cimento Portland Mato Grosso S.A. Recorrido: Aurelina Lourenço Videira. Relator Ministro João Otávio de Noronha. *DJe*, 23/03/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1297425&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1309090/AL. Recorrente: Cisne Indústria e Comércio de Refrigerantes Ltda. Recorrido: NORPET Indústria e Comércio e representação de embalagem plástica Ltda. Relator Ministro Sidnei Beneti. *DJe*, 12/06/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1309090&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1362557/DF. Recorrente: G.P.L. Recorrido: H. da S. L. Relator Ministro João Otávio de Noronha. *DJe*, 09/12/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1362557&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 137.4678/RJ. Recorrente: FUNDAÇÃO GEAPPREVIDÊNCIA. Recorrido: Emília Carvalho dos Santos. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. *DJe*, 04/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201300802796&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1374678/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/06/2015, *DJe*, 04/08/2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/06/REsp-1.374.678-RJ.pdf>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1377400/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Município de Lages. Relator Ministro OG Fernandes. *DJe*, 01/12/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1377400&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1463921/PR. Recorrente: União. Recorrido: Consórcio Intermunicipal para o desenvolvimento do vale das cinzas. Relator Ministro Humberto Martins. *DJe*, 15/02/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1463921&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1480250/RS. Recorrente: União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Herman Benjamin. *DJe*, 08/09/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1480250&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1481089/SP. Recorrente: Sulamerica Companhia de Seguro Saúde e outros. Recorrido: Associação Brasileira dos Asmáticos de São Paulo. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. *DJe*, 09/12/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1481089&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 151924/PR. Recorrente: Rajindra Kaur Sing. Recorrido: Joaquim Sergio Fernandes Fagundes. Relatora Ministra Nancy Andrichi. *DJe*, 08/10/2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=151924&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 11 mai. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 240343/SP. Recorrente: Mendes Junior Engenharia S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. *DJe*, 20/04/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=240343&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 549921/CE. Recorrente: Thermus ar condicionado e refrigeração Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. *DJe*, 01/10/2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=549921&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 588202/PR. Recorrente: Instituto do Seguro Social. Recorrido: Varasquim e cia. Ltda. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. *DJe*, 25/02/2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=588202&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 604880/SE. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Maria Amélia Silveira Andrade. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. *DJe*, 11/06/2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=604880&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 23 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2139. Recorrente: Partido Comunista do Brasil e outros. Intimado: Presidente da República e outro. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>>. Acesso em: 27 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3026. Recorrente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 16/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2178282>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395. Recorrente: Associação dos Juizes Federais – AJUFE e outro. Intimado: Congresso Nacional. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2268427>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187. Recorrente: Procurador Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em 17/06/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691505>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 323. Recorrente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN. Intimado: Tribunal Superior do Trabalho e outros. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4599102>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 647651. Recorrente: Empresa brasileira de EMBRAER. Recorrido: Sindicato dos metalúrgicos de São José dos Campos e região e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4104046>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 665969. Recorrente: Federação Estadual dos Trabalhadores da Administração dos Serviços Públicos Municipais e outros. Recorrido: Município de São Bernardo do Campo e outros. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4177709>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 679137. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em empresas de transportes metroviários do Estado do Rio de Janeiro - SIMERJ. Recorrido: Companhia de Transportes sobre trilhos do Estado do Rio de Janeiro - RIOTRILHOS. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4221096>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 875527. Recorrente: Luiz Fernando Lima Soares. Recorrido: Associação Potiguar de Educação e Cultura APEC. Relator Ministro Presidente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4736079>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 144. Recorrente: Associação Profissional dos Bombeiros Civis. Intimado: Congresso Nacional. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 28/05/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1490233>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 144. Recorrente: Associação Profissional dos Bombeiros Civis. Intimado: Congresso Nacional. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 28/05/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1490233>>. Acesso em: 10 fev. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 708. Recorrente: SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa. Intimado: Congresso Nacional. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 01/04/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2232963>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 198.919/DF, de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236401>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 26750. Impetrante: Gilberto Passos de Freitas e outro. Impetrado: Conselho Nacional de. Relator Ministro Luiz Fux. *DJe*, 225 DIVULG 13/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2532460>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 113587. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 03/04/1992. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751371/recurso-extraordinario-re-113587-sp#>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 197.911. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235845>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe*, 182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630085>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 573232. Recorrente: União. Recorrido: Fabrício Nunes. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 14/05/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2581151532460>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 579648. Recorrente: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Belo Horizonte e região. Recorrido: HSBC Bank Brasil S.A. – Banco múltiplo. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 06/03/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2599344>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 586453. Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social PETRO. Recorrido: Nivaldo Mercenas Santos e outros. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 20/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2616941>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 596663, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe*, 232 DIVULG 25-11-2014 PUBLIC 26-11-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7329845>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 596663. Recorrente: Espólio de Aprígio Belarmino de Camargo e outro(a/s) Recorrido: Banco do Brasil S.A. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 24/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2659105>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 606003. Recorrente: FERTICRUZ Comércio e Representações LTda. Recorrido: Lauri Antonio do Nascimento. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 10/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3797518>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 606003. Recorrente: FERTICRUZ Comércio e Representações LTda. Recorrido: Lauri Antonio do Nascimento. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 10/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3797518>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 71632. Relator Ministro Aliomar Baleeiro. Julgado em 28/09/1973. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14462842/recurso-extraordinario-re-71632-pe>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 779473. Recorrente: Sindicato dos trabalhadores nas empresas metalúrgicas mecânicas e de material elétrico de São José dos Campos e região. Recorrido: EMBRAER empresa brasileira de aeronáutica S.A. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 21/08/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4483216>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. AC. 238172-6. Apelante: Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens No Estado do Paraná. Apelado: Setcepar - Sindicato das Empresas de Transporte de Cargas do Paraná e outro. Relator Lauri Caetano da Silva. DJ 12.08.2004. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 273814000. Apelante: Grêmio Recreativo Esportivo e Cultural Torcida Mancha Verde. Apelado: Ministério Público. Relator Ruy Camilo. DJ 27/03/1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 301334600. Apelante: Grêmio Esportivo Recreativo e Cultural Tricolor Independente. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Cesar Lacerda. DJ 04/08/1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C67243D8E5D7F8836D9098D1FBE802C7.cjsg3>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 37853385.2009.8.26.0000. Apelante: Sindicato dos empregados em empresas de vigilância segurança e similares de São Paulo. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Cesar Lacerda. DJ 04/08/2012. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.nuProcOrigem=3785338520098260000&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 39901.07.2012.8.26.0114. Apelante: Grêmio Recreativo Esportivo e Cultural Torcida Fúria independente. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Vito Guglielmi. DJ 03/06/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 4883.26.2014.8.26.0575. Apelante: Fazenda Pública do Município de São José do Rio Pardo. Apelado: proprietários de imóveis desabitados e fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador em todo município. Relator Ponte Neto. DJ 22/07/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ap. 1162821-8. Apelante: Construtora Proalto Ltda. Apelado: Município de Dois Vizinhos. Relatora Denise Antunes. DJ 25.11.2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ap. 1457906-9. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens em Maringá e Região. Relator Nilson Mizuta. DJ 16.02.2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ap. 377542-8. Apelante: Rodovia das Cataratas S.A. Apelado: Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens no Estado do Paraná. Relator Lauri Caetano da Silva. DJ 28.02.2007. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Resc. 70026998930. Réu: Ministério Público. Autor: Mozart de Souza Machado. Relator Matilde Chabar Maia. DJ 11.05.2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Resc. 70028922763. Autor: Irio Adam. Réu: Ministério Público. Relator Arno Werlang. DJ 05.11.2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Resc. 70022197248. Autor: As ervas curam indústria farmacêutica Ltda. Réu: Ministério Público. Relator Paulo Antônio Kretzmann. DJ 20.06.2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AgI. 70051056836. Agravante: Ministério Público. Recorrido: Antonio José Galvan. Relator Francisco José Moesch. DJ 24.04.2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ap. 70058941691. Apelante: C.S.B. Apelado: F.M.M. Relator Miguel Ângelo da Silva. DJ 25.11.2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região. MS 12309-2009-000-02-00-8. Recorrente: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de São Paulo Osasco e região. Recorrido: MM. Juízo da 63ª. VT de São Paulo e outro. Relator Rovirso Aparecido Boldo. DJ 05/05/2010. Disponível em: <<http://aplicacoes8.trtsp.jus.br/sis/index.php/segundaInstancia>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região. RO 01244-2006-008-02-00-3. Recorrente: Sindicato dos Empregados Estab Bancários Banco Bradesco S.A. Recorrido: Banco Bradesco S.A. Relator Valdir Florindo. DJ 26/03/2010. Disponível em: <<http://aplicacoes5.trtsp.jus.br/consultasphp/public/index.php/primeirainstancia>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região. RO 01857-2009-383-02-00-4. Recorrente: Sindicato dos empregados em estabelecimento bancário. Recorrido: Itau Unibanco S.A. Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros. DJ 16/07/2010. Disponível em: <<http://aplicacoes5.trtsp.jus.br/consultasphp/public/index.php/primeirainstancia>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região. RO 01964-2006-316-02-00-8. Recorrente: Sindeg Sind Empreg Empres Estac Garag Gr. Recorrido: Fly Park Estacionamentos e Garagens Ltda. Relator Salvador Franco de Lima Laurino. DJ 05/10/2007. Disponível em: <<http://aplicacoes5.trtsp.jus.br/consultasphp/public/index.php/primeirainstancia>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região. RO 02013-2009-063-02-00-1. Recorrente: Banco Santander (brasil) S.A. Recorrido: Sindicato dos Bancários Em Estabelecimento bancários e financeiros. Relator Marta Casadei Momezzo. DJ 19/04/2010. Disponível em: <<http://aplicacoes5.trtsp.jus.br/consultasphp/public/index.php/primeirainstancia>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. *Tribunais Regionais do Trabalho*: dissídios coletivos. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3572b620-2094-48c9-80f2-7fac96f06a05>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. *Tribunais Regionais do Trabalho*: movimentação processual. 2015. jan. -dez. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/03dde5be-8827-4d1a-be8a-aca5e788d7ea>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª. Região. AC 5000838-79.2015.404.7210. Recorrente: Galli Comércio Representações Ltda. ME. Recorrido: União e outros. Relator Ministro Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. DJ 26/05/2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50008387920154047210&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=940562fe2d617f339dbd6770134b6249&txtPalavraGerada=eqfc&txtChave=>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª. Região. AG 5007976-96.2015.404.0000. Recorrente: Associação Brasileira de Proteína Animal. Recorrido: União e outros. Relator Ministro Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ 26/05/2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50079769620154040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=940562fe2d617f339dbd6770134b6249&txtPalavraGerada=eqfc&txtChave=>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª. Região. AG 5008704-40.2015.404.0000 Recorrente: Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: União e outros. Relator Ministro Fernando Quadros da Silva. DJ 03/06/2011. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50087044020154040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=940562fe2d617f339dbd6770134b6249&txtPalavraGerada=eqfc&txtChave=>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AgR-CorPar - 7622-57.2013.5.00.000. Recorrente: Sindicato dos empregados em estabelecimento bancário e financeiros de Curitiba e Região. Recorrido: HSBC Bank Brasil S.A. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. DJ 30/04/2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=7622&digitoTst=57&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1353-87.2012.5.08.0008. Recorrente: Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Pará - SINDUSCON. Recorrido: FETRACOMPA e outros. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DJ 17/04/2015. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1353&digitoTst=87&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 30100-54-1996-5-04-0029. Recorrente: Proforte S.A. Transportes de Valores. Recorrido: Gilberto Juarez Soares e outro. Relator Ministro Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. DJ 03/06/2016. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=30100&digitoTst=54&anoTst=1996&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 40300-79.2008.5.05.0221. Recorrente: CDR - Clinica de Doencas Renais Ltda. Recorrido: Josane de Almeida Santos e outros. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DJ 15/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=207680&anoInt=2015&qtdAcesso=108481145>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 474-37.2013.5.03.0153. Recorrente: Eletro Casa Nova Ltda. Recorrido: Toni Denilson dos Santos. Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros. DJ 12/02/2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=207680&anoInt=2015&qtdAcesso=108481145>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 570440-47.2006.5.09.0011. Recorrente Dirceu Muros Lourenço. Recorrido: Banco Itaú S.A. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ 23/09/2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=570440&digitoTst=47&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 76500-74.2007.5.02.0069. Recorrente: GRFC Empreendimentos Ltda. Recorrido: Pedro Antonio de Almeida e outros. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ 06/05/2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=76500&digitoTst=74&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Dissídios Coletivos e Dissídios Coletivos de Greve*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/a220c7d5-2271-4539-ab6c-3fad4b961cbc>>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E ED EDRR 9846640-55.2006.5.09.0011. Recorrente: Banco Itau S.A. e outros. Recorrido: Darcir Antonio Sandi. Relatora Ministra Rosa Maria Weber. DJ 03/06/2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9846640&digitoTst=55&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. EDRR 9849840-70.2006.5.09.0011. Recorrente: Itau Banco S.A. Recorrido: Lucelina da Mara Albino. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ 30/04/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1147240&digitoTst=59&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Movimentação Processual do TST*. Ano de 2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/350f2e53-bb87-4df0-9a90-126e6be1a85d>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Pet 5473-59.2011.5.06.0000. Recorrente: Sindicato dos empregados em estabelecimento bancário de Brasília. Recorrido: Banco do Brasil S.A. Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa. DJ 30/09/2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=5473&digitoTst=59&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução nº 203, de 15 de março de 2016*. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/81692/2016_res0203_in0039.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RO 2013500-11.2009.5.02.0000. Recorrente: Sindicato dos trabalhadores nas indústrias metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes. Recorrido: Companhia Metalúrgica Prada. Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda. DJ 19/11/2010. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2013500&digitoTst=11&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RO 2329-12.2011.5.06.0000. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Agricultura e Meio Ambiente do Estado de Pernambuco. Recorrido: Instituto Agrônomico de Pernambuco - IPA. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. DJ 22.02.2013. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=55593&anoInt=2012&qtdAcesso=105615133>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 143500-72.2009.5.22.0002. Recorrente: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários e financeiros no Estado do Piauí. Recorrido: Banco Bradesco S.A. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. DJ 03/10/2014. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=143500&digitoTst=72&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1483-62.2011.5.02.0046. Recorrente: Sindicato dos trabalhadores nas empresas de fabricação, beneficiamento e transformação de vidros, cristais, espelhos, fibra de lã de vidro no Estado de São Paulo. Recorrido: Saint Gobain Vidros S.A. Relator Desembargadora Convocada Vania Maria da Rocha Abensur. DJ 23/10/2015. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1483&digitoTst=62&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1492-29.2011.5.06.0191. Recorrente: Refinaria Abreu e Lima S.A. Recorrido: Sindicato dos trabalhadores nas Indústrias da construção de estradas, pavimentação e obras de terraplanagem em geral do Estado de Pernambuco – SINTEPAV. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. DJ 31/03/2015. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=194792&anoInt=2014&qtdAcesso=108223385>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 18600-68.2003.5.17.0001. Recorrente Nova Orla Tour Ltda. Recorrido: União e outros. Relator Ministro Emmanoel Pereira. DJ 14/05/2010. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=18600&digitoTst=68&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 253840-90.2006.5.03.0140. Recorrente: Banco Santander S.A. e outros. Recorrido: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Belo Horizonte e região. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DJ 20/06/2014. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=253840&digitoTst=90&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 38900-36.2003.5.17.0006. Recorrente Cisa Trading S.A. e outro. Recorrido: Werner Manfred Franz Max Muller. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. DJ 17/06/2016. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=124394&anoInt=2006&qtdAcesso=106815425>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 9849840-70.2006.5.09.0011. Recorrente: Itau Banco S.A. Recorrido: Adir Pereira Benevides. Relator Ministro Pedro Paulo Manus. DJ 01/04/2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9849840&digitoTst=70&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-406>. Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Varas do Trabalho. *Movimentação processual*. 2015. jan. -dez. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/2137d9d9-ace8-4326-8e0a-bd37ae97dc03>>. Acesso em: 08 set. 2016.

ESPAÑA. *Constitución Española* Sinopsis artículo 24. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *Constitución Española*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 09 abr.; 02 ago. 2016.

_____. *Constitución Española*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=24&tipo=2>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *Constitución Española*. Texto consolidado. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. *La Constitución española de 1978*. Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=53&fin=54&tipo=2>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. *La Constitución española de 1978*. Título VI. Del Poder Judicial. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=117&fin=127&tipo=2>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534&tn=1&vd=&p=20151030&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

ESPAÑA. *Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18762&tn=1&vd=&p=20151211&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. *Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13010&tn=1&vd=&p=20080126&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-8789>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-10325>>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. *Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em: 29 jul.; 02 ago. 2016.

_____. *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12632>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11723&tn=1&vd=&p=20151031&acc=Elegir>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Fórum Nacional do Trabalho. Reforma Sindical. *Proposta de Emenda à Constituição - PEC 369/05 - Anteprojeto de Lei*. Brasília, 2005. Disponível em:

<http://www3.mte.gov.br/fnt/PEC_369_de_2005_e_Anteprojeto_de_Reforma_Sindical.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2016.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_pt_2005.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

_____. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis&so_miolo="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis&so_miolo=)>. Acesso em 06 jul. 2016.

_____. Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril. *As Bases da Política de Ambiente*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&nversao="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&nversao=)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. *Código de Processo Civil (Novo)*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=)>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=)>. Acesso em: 16 jan.; 05 jul. 2016.

_____. *Lei n.º 83/95, de 31 de agosto*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=722&artigonum=722A0016&n_versao=1&so_miolo="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=722&artigonum=722A0016&n_versao=1&so_miolo=)>. Acesso em: 06 jul. 2016.