

CAPÍTULO VIII

**AÇÃO COLETIVA PASSIVA: ANÁLISE
DOS PRINCIPAIS ASPECTOS E CONTROVÉRSIAS
SOB A ÓTICA DE SUA UTILIDADE
PARA O DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

♦ *Dandara do Lago Guimarães Santos*¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ação coletiva passiva: conceito e classificação – 3. O requisito da representação adequada – 4. Conclusão – 5. Referências Bibliográficas

Resumo: O presente trabalho propõe-se a analisar sistematicamente os pontos de maior relevância e polêmica inerentes à ação coletiva passiva, espécie de instrumento processual de tutela transindividual em que o pólo passivo da demanda é ocupado por uma coletividade devidamente representada. Procurar-se-á demonstrar, pautando-se em argumentos sólidos, que malgrado a lacuna normativa acerca *defendant class action* e da escassa literatura nacional a respeito, são indubitáveis os benefícios que a sua inserção traz ao ordenamento pátrio, em especial à harmonização das relações consumeristas e concretização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ação Coletiva Passiva, Representatividade Adequada, Interesses Metaindividuais; Relações de Consumo.

1. INTRODUÇÃO

O direito positivo, não é difícil constatar, é caracterizado sobremaneira pela qualidade mutatória que lhe é intrínseca. Sendo um produto construído pelos homens é atingido, portanto, pelas necessidades e interesses destes, as quais se alteram de acordo com o panorama fático vivenciado em um dado período de tempo.

1. Estudante da Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, estagiária do Ministério Público do Trabalho – PRT 5ª Região, membro do CEPEJ (Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas).

Nesta senda, é necessário inferir que a aplicação da Ciência do Direito, das vertentes do direito material e do direito processual demanda interpretação. O valor de uma ciência encontra-se também na quantidade de aplicações práticas que possa permitir, alterando-se, então, consoante as transformações do perpassar cronológico. Não se defende, aqui, o utilitarismo imediato como indicador único do valor da concepção científica. Contudo, um ideal de ciência desinteressada, pautada tão somente nos critérios de rigor, exatidão e coerência da teoria, independentemente de sua aplicação prática não se coaduna com os propósitos do Direito. A Ciência Jurídica se justifica enquanto instrumento de distribuição de justiça e pacificação social.

A ascensão de uma sociedade cada vez mais massificada, cujo número de situações ou lesões “padrão” é robusto, tornou necessário, a fim de obter-se uma efetiva e célere prestação jurisdicional, a utilização de meios capazes de tutelar os direitos coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, descritos no art. 81 do microsistema consumerista), demandando-se, por via oblíqua, o aperfeiçoamento da técnica processual. Isto decorre da percepção de que as regras de direito processual civil clássicas foram concebidas para atender a filosofia liberal-individualista patente do século XIX (ênfase no direito material individual discutido em juízo). Assim, as ações coletivas apresentam-se como ferramenta mais ajustada ao amparo de demandas onde a matéria litigiosa discutida refere-se a um agrupamento humano.

As ações coletivas podem ser qualificadas em ativas ou passivas. No sistema brasileiro, reputa-se ação coletiva ativa aquela que um dos legitimados apontados no rol legal (LACP, CDC, Lei 4.717/1965) pleiteia em juízo direito alheio, atinente à coletividade. É caso de legitimação extraordinária ou substituição processual, respaldada na exceção à regra geral da legitimação ativa, concorde disposto no art. 6º do CPC. Em outro diapasão, a ação coletiva passiva afigura-se como aquela em que a classe ocupa o pólo passivo da demanda judicial. Em outras palavras, ajuíza-se ação *contra* um dado agrupamento humano. Acerca desta última, embora de crescente utilização do sistema jurisdicional brasileiro, padece lacunosa de expressa disciplina legal.

É imprescindível reconhecer que é ineficaz a sapiência do direito material sem que se possa utilizar de forma proveitosa os instrumentos processuais existentes, com o escopo de obter-se uma efetiva proteção dos direitos e interesses da sociedade. Em tal sentido, contudo, é visível a defasagem do direito processual em relação ao direito material, no que se refere à aptidão para amoldar-se aos novos espécimes de conflitos e litígios

que surgem a cada dia². Tal constatação é visualizada nitidamente quando em foco a ação coletiva passiva.

O pensamento crítico do direito impõe uma avaliação questionadora do próprio contexto que em ele está inserido, bem como dos fatores e motivações que o levaram a sustentar-se como tal. O direito é um produto da evolução histórica, e conseqüente atendimento aos interesses de determinadas épocas, razão pela qual é necessário, sob pena de alienação, que se considere o fenômeno jurídico, paralelamente com o econômico, político e social como fruto de uma dinâmica e de uma sucessão de contextos. Afinal, deve-se perguntar a uma idéia sempre qual é o senhor que ela serve, já que “todo o ponto de vista é a vista de um ponto”.

2. AÇÃO COLETIVA PASSIVA: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Como já se mencionou nas linhas alhures, a ação coletiva passiva consubstancia o instrumento processual em que a *parte ré* da demanda é a coletividade. Ou seja, pleiteia-se o bem da vida *em face* da coletividade, sujeita a uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição).

Diante desta definição, é preciso ilustrar que a ação coletiva passiva pode ser classificada em *original* ou *derivada*. A primeira é aquela que, sem qualquer vinculação ou interferência em processo anterior já existente, inicia o processo coletivo. A segunda, por sua vez, a figura do grupo é colocada no pólo passivo da ação, mas atrelada a outra existente ou que já existiu. Assim, decorre de processo coletivo em trâmite e é proposta pelo réu do dito processo, como nas hipóteses de reconvenção, embargos do devedor e ação rescisória. Este presente trabalho, registre-se desde logo, destina-se a examinar, primordialmente, os contornos e principais pontos controversos da ação coletiva passiva originária.

Para melhor compreensão do tema, é conveniente elencar exemplos práticos de ação coletiva passiva em seu caráter originário. Em tal ensejo, é possível cogitar de ação coletiva ajuizada em face de comunidade indígena acusada de impedir acesso a determinado espaço público. Neste caso, a tribo, em verdade, detém um dever coletivo difuso de não impedir o acesso ao espaço público (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, 2009, p. 406-407). Ou, ainda, a ação coletiva proposta contra sindicato de revendedores de combustível, onde se requereu a adequação dos preços a limites máximos

2. Tal efeito pode ser explicado pela natureza instrumental do processo: ele existe para “dar conta da impossibilidade de aplicação voluntária do direito material. É pensado, pois, ao menos na atualidade com os olhos voltados para a realidade do direito material, e vive a reboque deste,

de lucro, de maneira a salvaguardar a livre concorrência e os direitos dos consumidores (VIOLIN, 2008).

Esta modalidade de ação, não obstante a sua indubitável utilização na prática forense, ainda é vista por muitos juristas com certa apreensão e temor. Tal fato se deve não apenas à ausência normativa específica (a qual é superada utilizando-se a construção jurisprudencial e a interpretação sistemática dos princípios constitucionais), mas, por certo, à propensão, por ocasiões viciosa, que o nosso ordenamento possui de proteção aos interesses do grupo. É recorrente o pensamento em prol da maioria e a repulsa pela constatação desta como opressora³.

É útil apontar, ademais, que a omissão legislativa no que tange este tipo de ação não é absoluta. O cabimento das ações coletivas passivas é nítido, primeiramente, pois se trata de direito de ação, viabilizador do acesso a justiça. Impedir a utilização deste meio processual é barrar o direito subjetivo do autor em ajuizar ação com o escopo de ver ao menos apreciado direito e interesse que entende lhe possuir. Obstaculiza, por conseguinte, princípios explícitos da nossa Carta Magna, quais sejam, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação, responsáveis por promover a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

No mesmo esteio, o Código de Defesa do Consumidor admite, em seu artigo 83, a possibilidade de ajuizamento da ação coletiva passiva⁴. Ada Pelegreni, grande percussora neste tema, atesta haver fundamento para o processamento da ação coletiva passiva no art. 5º, § 2º da Lei 7.347/1985.

Nota-se, por derradeiro, que embora reconheça-se a importância da disciplina normativa pormenorizada, de modo a superarem-se questões e debates

Assim, os problemas sentidos pelo direito material somente de maneira reflexa serão percebidos pela dimensão processual. Por esta natural característica, ao direito processual sempre é mais difícil e moroso adaptar-se às necessidades da sociedade (...). (ARENHART, 2003, p. 24 apud VIOLIN, 2008, p. 33-34).

3. Quanto a este aspecto, relevante a constatação de Flávia Fornaciari na sua tese de doutorado, onde salienta que "as ações passivas são vistas com certo receio pelos julgadores, pelos legisladores e pela própria coletividade, tanto no ordenamento brasileiro como naqueles alienígenas a que se teve acesso, pois existe uma tendência de proteção aos interesses do grupo. Talvez por serem afeitos a mais pessoas, apresentarem, por vezes, carga social relevante e, igualmente, não terem os seus titulares claramente identificados, é natural pensar neles como freqüentemente ofendidos e sujeitos a proteção. Ocorre que a coletividade também pode violar direitos alheios, sendo, assim, materialmente possível que seja inserida no pólo passivo das ações". (FORNACIARI, 2010, p.93).
4. 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. (grifou-se).

acerca da matéria, é inegável que a judicialização de interesses contra uma classe é necessidade vigente e já praticada.

Ressalte-se que o assunto, ainda pouco enfrentado pela doutrina nacional, detém como principais pontos polêmicos os relacionados a legitimidade para agir e a extensão subjetiva da coisa julgada. Analisemos, cuidadosamente, em virtude de ser o ponto inicial e pedra de toque do estudo desta *class action*, a legitimidade sob o amparo da representação adequada.

3. O REQUISITO DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

No estudo da ação coletiva passiva no Brasil, é imperioso percorrer-se a inspiração advinda do sistema da *common law* estadunidense. Aliás, as ações coletivas em nosso ordenamento possuem influência nítida das *class actions* norte-americanas. A existência das ações coletivas passivas, alcunhadas também de *defendant class actions* é prevista pela Rule 23 do ordenamento norte-americano, o qual versa, já nos seus pré-requisitos (a) o seguinte: “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members”⁵.

A abertura para o manejo das ações coletivas onde a classe localiza-se na parte ré da demanda é dada pelo dispositivo acima transcrito. Há de destacar-se, contudo, que o regramento estadunidense sobre a matéria não ultrapassa os termos genéricos da Rule 23, razão pela qual naquele sistema as *defendant class actions* por vezes são utilizadas como mera ação ativa às avessas. Senão vejamos.

Ao cogitar-se de ação coletiva passiva, é preciso ter em mente que ela se destina, em verdade, a permitir a defesa concentrada por intermédio de uma única demanda de um direito violado ou ameaçado por um grupo. Não seria, então, uma inversão da ação ativa, destinando-se tão somente a obtenção de provimento que impeça os desejos do grupo, iniciada por um potencial réu (GIDI, 2007, p. 392).

Dentre os requisitos de maior significação apontado pelo sistema norte-americano no que concerne à admissão das ações coletivas passivas, avulta-

5. Rule 23. Class Actions.

(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,

(2) there are questions of law or fact common to the class,

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

-se o da **representatividade adequada**. Portanto, quando a coletividade está no pólo passivo da demanda, necessariamente, há de ser representada por um membro apto a legar-lhe a melhor defesa possível, de forma a adequadamente expor, argumentar e defender os interesses do grupo discutidos em juízo. Este requisito é fundamental para que a consequência do provimento judicial atinja a todos os envolvidos na ação, já que o não atendimento pleno à ampla defesa e ao contraditório impedirá que os efeitos da sentença vinculem aqueles não presentes efetivamente no processo.

Neste panorama, como bem enumera João Violin, em um modelo de representação de interesses, em oposição ao de representação de pessoas: “não é necessário que todos os interessados tenham participado do processo, mas que seus interesses tenham sido defendidos de maneira adequada, correta, que permita ao juiz pronunciar sentença com carga declaratória suficiente para vincular terceiros”⁶.

Parte-se da premissa de que, como são os interesses que estão sendo judicializados, e não cada componente do grupo individualmente considerado, pode-se prescindir da participação efetiva e pessoal de todos os envolvidos, até porque a marca da indivisibilidade e indeterminabilidade incide, respectivamente, sob interesses e sujeitos envolvidos.

Repita-se que, caso não verificada a adequabilidade da representação os efeitos advindos da decisão em sede de ação coletiva passiva abarcará tão somente àqueles que efetivamente participaram do processo, não servindo, então, aos propósitos da dita ação. Isto porque, em verdade, uma representação inadequada é nada mais que uma não-representação, obstacularizando, até por um ideal de justiça e igualdade, que efeitos porventura negativos atinjam indivíduos que não tiveram a sua defesa apropriadamente desenvolvida. Neste diapasão, ante a hipótese de o legitimado passivo se furtar, negligentemente, da incumbência de empregar a defesa a contento, José Vigliar (2007, p.317/318) enumera que deve sanções de índole processual.

Se é verdade que sempre haverá a possibilidade de o legitimado passivo deixar de realizar a defesa a contento, devemos adverti-lo com a possibilidade de uma dupla punição, que interessa ao sistema processual: (a) retirando-o da dessa condição, no curso do processo (leia-se até a prolação da sentença de mérito); (b) não permitir que realize a representação da coletividade em outras demandas coletivas (mesmo que ativas), diante deste comportamento faltoso.

6. *Op. Cit.*, p. 50.

No *common law* norte-americano, o encarregado de verificar a adequabilidade do representante é o juiz, embora o *class defendant* seja escolhido pelo autor da ação, devendo ser membro da classe e ter interesse direto na causa. Observa-se, conseqüentemente, que a ação do magistrado deverá ter pró-ativa e minuciosa, tendo poderes mais dinâmicos, em flagrante aproximação da figura do “juiz Hércules”, descrito por Cândido Rangel Dinamarco, em oposição ao dantes escorreito “juiz Pilatos”.

No Brasil, todavia, no melhor das considerações, segundo a doutrina que patrocina a inserção crescente da *defendant class action*, pode-se admitir que possuímos um sistema de aferição *sui generis*, ao contrário do puramente *ope legis*. Em tal panorama, Vigliar elenca que a apreciação da representatividade seria composta por duas fases: a) de regra, deixar-se-ia ao juiz o encargo de analisar a representatividade adequada para o pólo passivo; b) realização de uma “exclusão *ope legis*”, daqueles que, a exemplo do Ministério Público, jamais poderiam figurar na parte ré.

4. CONCLUSÃO

O Direito das Relações de Consumo, o ramo especializado a regulamentar, com base em regras, princípios e até microsistema próprio e singular, as relações travadas entre consumidores (standards ou por equiparação) e os fornecedores. Visualiza-se, de plano, a figura constante a uma coletividade envolvida.

A ação coletiva passiva, por certo, detém grande aplicabilidade nesta seara, mormente por ser possibilitadora se uma **ação mais efetiva e concentrada** em face daqueles supostamente violadores de garantias alheias ou transgressores de um dever jurídico de sujeição.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, 2003. In: VIOLIN, João. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- ESTADOS UNIDOS. *Federal Rules of Civil Procedure. Rule 23. Class Actions*. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 08 em fev. 2011.

- FERNANDES, Juliana Ramos. *A constitucionalidade da ação coletiva passiva*. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3303.pdf>>. Acesso em: 19 de mar. 2011.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos*. 2010. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2010, sob orientação da Professora Ada Pellegrini Grinover.
- GIDI, Antônio. *Class Actions em Brazil – A Model for Civil Law Countries*. *The American Journal of Comparative Law*. Estados Unidos, vol. LI, n. 2, p. 312-408, 2003.
- _____. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos. As ações coletivas em uma respectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.
- VIGLIAR, José. *Defendant Class Action Brasileira: Limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In: GRINOVER, Ada; MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- VIOLIN, João. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008.