

AUTORIA: PEDRO JOSÉ COSTA MELO
A ADMIMISSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO DIREITO
BRASILEIRO.

THE ADMISSIBILITY OF THE DEFENDANT CLASS ACTIONS IN BRAZILIAN LAW.

RESUMO

As recentes manifestações de grupos revelam a necessidade do estudo acerca da admissibilidade das ações coletivas passivas no Direito Brasileiro. O problema central ocorre porque inexistente regramento legal acerca da admissibilidade destas ações no Brasil. Estas são ações em que o grupo figura como réu. São muitos os exemplos de ações coletivas passivas nos Tribunais brasileiros, justificadas pelo fato de que existem situações jurídicas coletivas em que o grupo figura como sujeito passivo. Muitos problemas secundários surgem da inexistência de regramento exposto acerca de tais ações, como a questão da representação do grupo réu no processo judicial, ou o efeito vinculante da decisão final quanto aos integrantes do grupo. Utilizando o método hipotético-dedutivo, será possível identificar que os princípios do devido processo legal e do contraditório, bem como o direito fundamental de ação, têm importante papel para resolver os problemas decorrentes da ausência de legislação expressa, ainda que seja desejável que se tenha uma nova legislação regendo as ações coletivas passivas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Ação; Coletiva; Passiva; Direito; Brasileiro.

ABSTRACT

The recent group manifestations reveal the need to study if Brazilian law accepts the defendant class actions. The central issue occurs because there is no legal regulation about the admissibility of these actions in Brazil. These are actions which has the group like defendant. There are many examples of defendant class actions in Brazilian Courts, justified by the fact that there are legal situations in which the groups are the debtors. Many secondary problems overcome from the inexistence of express rules about these actions, like the representation of the defendant group in the lawsuit, or the binding effect of the final decision throw the class members. Using the hypothetical-deductive method, it is possible to identify that the principles of due process of law and contradictory, and the fundamental right of action, play a very important role to solve the problems of the absence of express legislation, even if it is desirable to have a new legislation ruling the defendant class actions in Brazil.

KEYWORDS: Defendant; Class; Actions; Brazilian; Law.

1. INTRODUÇÃO

O direito positivo brasileiro prevê um dos mais avançados sistemas de tutela jurisdicional coletiva do mundo. Trata-se de microssistema composto pelas Leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), 4.717/65 (Lei da Ação Popular - LAP), 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança - LMS), diplomas estes interpretados em conformidade com a Constituição Federal (ALMEIDA, 2007, p. 48; MAZZEI, 2009, p. 380; DIDIER JR e ZANETI JR, 2012 p. 53-55). No entanto, muito embora seja inegável a sua importância, é evidente que tal microssistema se preocupa demasiadamente com a proteção dos grupos, sem maiores considerações acerca do seu controle (MAIA, 2009, p. 1).

Tal situação pode ser explicada pelo fato de que, quando do advento da Constituição de 1988, da LACP e do CDC, com o conseqüente desenho estrutural do microssistema da tutela coletiva, não se pensava em nenhuma forma de controle sobre grupos, uma vez que mal tinham forças para se defender de lesões contra seus interesses. No entanto, passada a fase de redemocratização do país, as coletividades já superaram o estágio da “pobreza organizativa”, de forma que se faz necessária a criação de instrumentos processuais eficientes para limitar e tutelar suas atividades (ROQUE, 2013, p. 634-635).

A mesma observação é feita por Maia (2009), para quem deve se contrabalancear o incentivo à organização e reunião de pessoas com a possibilidade de se limitar a sua atuação e força. Atos executados de forma descentralizada e fluída passam a produzir efeitos mais genéricos, praticamente impossibilitando o seu controle por meio do tradicional processo individual. Arremata o doutrinador sintetizando que “se a lesão é coletiva, a defesa da sociedade também deve ser efetivada de forma coletiva”. (MAIA, 2009, p. 2).

Tais considerações são corroboradas pelos recentes eventos vivenciados no Brasil. Manifestações coletivas que bloqueiam vias públicas ou causam desmedida depredação ao patrimônio – público e privado - e greves que escapam a um controle jurisdicional efetivo são apenas dois exemplos da incapacidade do Direito Processual Civil tradicional, de matiz individualista, para lidar com o controle das coletividades. A tutela penal, por sua vez, revela-se muitas vezes excessiva, especialmente quando se considera a orientação da utilização da sanção penal apenas como *ultima ratio*. É preciso, portanto, que a Ciência do Direito Processual Civil se debruce sobre uma tutela jurisdicional que permita o controle das coletividades.

Eis o objetivo deste trabalho. Diante da necessidade presente de oferecer instrumentos processuais exercitáveis em face de grupos, propõe-se estudar a chamada ação coletiva passiva, que é justamente aquela ação que coloca o grupo no polo passivo da relação jurídica processual, na qualidade de demandado. O tema é relativamente novo na doutrina brasileira, merecendo destaque que todos os Anteprojetos de Código de Processos Coletivos preveem a ação coletiva passiva, ainda que de maneira não uniforme (ROQUE, 2013, p. 630; DIDIER JR e ZANETI JR, 2012, p 422) Assim, se faz necessário examinar se o direito positivo brasileiro admite uma ação em que a coletividade seja demandada, enfrentando os principais óbices suscitados pela doutrina acerca da sua admissibilidade e eficácia.

2. AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: O QUE SÃO E POR QUE EXISTEM?

Estudar se o direito positivo brasileiro admite a ação coletiva passiva exige a prévia apresentação do seu conceito. A ação coletiva passiva nada mais é do que uma ação em que se busca a tutela jurisdicional em face de um grupo (DIDIER JR e ZANETI JR, 2012, p. 421; ROQUE, 2013, p. 471-472; LEONEL, 2013, p. 207). Isto significa que o grupo será demandado, ocupando o polo passivo do processo que se formará, razão que justifica a denominação “passiva”. É coletiva justamente por envolver situações jurídicas titularizadas por uma coletividade. No entanto, a coletividade figurará como ré, e não como autora, como ordinariamente se observa em ações coletivas no Brasil.

Como assinalado linhas acima, todo o microssistema da tutela coletiva foi desenhado para que o grupo ocupe o polo ativo da relação jurídica processual. O legislador tratou de expressamente reconhecer a possibilidade de o grupo vir a júízo para buscar a tutela de seus direitos. A ação coletiva tradicional é aquela em que o grupo figura como autor, a ação coletiva ativa. O Direito Processual Coletivo Brasileiro, muito embora bastante evoluído, não prevê expressamente a possibilidade das ações coletivas passivas, como habitualmente se observa nos países ligados à tradição jurídica do *Common Law*, nos quais há muito são admitidas as ali chamadas *defendant class actions* (MULLENIX, 2008, p. 285.) . Tal situação leva, inevitavelmente, a um questionamento: a ausência de previsão legal expressa da ação coletiva passiva é óbice para que seja admitida no Brasil?

Tal questionamento é respondido pela constatação prática de que são muitos os casos de ações coletivas passivas encontradas no Judiciário brasileiro (LEONEL, 2013, p. 212). Um exemplo simbólico é dado pelas ações propostas em face das chamadas torcidas organizadas, comuns no final da década de 90, na qual se buscou a extinção das associações constituídas

pelos torcedores organizados (MAIA, 2009, p. 41-43). Muito embora as ações tenham sido ajuizadas em face das pessoas jurídicas formalizadas pelos torcedores, é de se ver que o objetivo daquelas demandas era afetar o direito de associação de seus integrantes, que não puderam mais se reunir utilizando-se dos símbolos e estrutura daquelas organizações.

Outro exemplo que pode ser trazido a lume consiste em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Ceará, no município de Baturité/CE, em face de comerciantes locais individualizados e de todos os comerciantes localizados no centro da cidade, buscando tutela inibitória para que as calçadas daquela municipalidade não fossem ocupadas para a exposição de produtos à venda. Perceba-se que a individualização de alguns comerciantes na inicial daquela ação não subtraiu o seu caráter coletivo, uma vez que se buscou afetar todo e qualquer comerciante, ainda que não expressamente nominado na ação, impedindo que realizassem conduta em desfavor do direito, titularizado pela coletividade, de livre circulação em espaços públicos da cidade (MAIA, 2009, p. 43).

Os dissídios coletivos da Justiça Trabalhista são outro exemplo que pode ser indicado. É comum que os Tribunais Trabalhistas se debrucem sobre dissídios de natureza econômica e jurídica, onde se discutem situações coletivas de grupos, (MELO, 2011, p. 73; MAIA, 2009, p. 1). Nestes casos, ainda que os sindicatos representativos das categorias econômica (empregadores) ou profissional (trabalhadores) figurem como partes formais da relação jurídica processual, eventual decisão judicial vincula a todos os integrantes daqueles grupos. O grupo é o verdadeiro réu da ação. No entanto, a aplicação de regras próprias do processo trabalhista poderia levar à consideração de tal hipótese seria alheia ao microssistema da tutela coletiva, desqualificando o exemplo como espécie de ação coletiva passiva (LEONEL, 2013, p. 209-210).

A mesma crítica não pode ser feita às ações relativas aos limites do direito de greve, uma vez que não são ajuizadas apenas na Justiça do Trabalho, submetendo-se ao regramento do microssistema da tutela coletiva. Estas ações são ordinariamente ajuizadas em face dos sindicatos e associações de classe que representam determinadas categorias grevistas. No entanto, tais entidades não atuam defendendo direito próprio, mas sim direito do grupo. A greve é direito coletivo porque titularizado pelo grupo, tanto que sua definição legal consiste em suspensão de natureza coletiva da prestação de serviços (artigo 2º da Lei 7.783/1989). Não são as associações de classe e sindicatos que têm direito a deflagrar greve. Tampouco são tais entes que têm o dever de observar os limites de tal direito, como a manutenção dos serviços essenciais à coletividade. Quando se busca declarar a ilegalidade de uma greve, busca-se, ordinariamente, obrigar determinada categoria grevista a retomar suas atividades.

Não é por outra razão que Maia (2009, p. 44), Didier Jr. e Zaneti Jr. (2012, p. 425-429) descrevem exemplos de ações relativas ao exercício do direito de greve que configurariam, na verdade, ações coletivas passivas. São casos em que a decisão judicial deveria vincular não apenas os sindicatos e associações de classe que figuram como réus, mas os próprios trabalhadores grevistas. Na greve deflagrada pelos Policiais Federais em 2004, o Governo Federal ajuizou ação em face da categoria, representada pela Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, objetivando declarar a ilegalidade do movimento paredista e obrigar os grevistas a retomarem suas atividades. O mesmo raciocínio se aplica à ação civil pública ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro diante de greve dos Defensores Públicos daquela unidade federativa, em que figurou como representante da categoria grevista a Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro.

Mesmo aqueles que se posicionam contra a admissibilidade da ação coletiva passiva no Brasil reconhecem alguns casos em que a coletividade será Ré no processo (MAZZILLI, 2010, p. 374/376). Refere-se, especificamente, às ações rescisórias contra decisões transitadas em julgado que julgam procedentes ações civis públicas, bem como aos embargos à execução de termos de ajustamento de conduta, celebrados com o Ministério Público.

No primeiro caso, é de se ver que o Réu da ação rescisória será o autor da ação civil pública em que proferida a decisão rescindenda. Na ação coletiva originária, este autor era um grupo, que agora será o verdadeiro réu da ação rescisória, anteriormente substituído por um sujeito de direito que ostentava legitimidade *ad causam*. É hipótese, inclusive, já consagrada na jurisprudência pátria, como se observa do enunciado 406, inciso II, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Já no segundo exemplo, versando o termo de ajustamento de conduta celebrado pelo Ministério Público sobre direito transindividual, os embargos à execução ajuizados quando iniciada a execução deste negócio jurídico terá, no polo passivo, a coletividade que titulariza a situação jurídica objeto da avença. Portanto, a coletividade será a Ré nos embargos à execução, caracterizando-os, nesta hipótese, como ação coletiva passiva.

O que é importante compreender é porque existem ações coletivas passivas. Didier Jr. e Zaneti Jr. (2012, p. 422), de forma brilhante, apontam como fundamento a existência de situações jurídicas passivas coletivas, compostas por deveres e estados de sujeição coletivos. São estas situações jurídicas que dão origem a demandas ajuizadas contra uma coletividade, colocada como sujeito passivo da relação jurídica afirmada na petição inicial. Afinal, se há situações jurídicas exercitáveis em face de uma coletividade, deve o sistema processual ofertar instrumentos aptos a efetivá-las. Nesta linha de raciocínio, alertam os autores que é

preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das situações jurídicas coletivas passivas, indicando que as propostas de código de processo coletivo tentam fazê-lo, a nível legislativo.

Na doutrina, tal lição já foi objeto de precioso esforço de Neves (2012, p. 464-465), que identifica que o processo coletivo passivo deriva da afirmação de uma relação jurídica de direito material da qual resultam situações jurídicas passivas coletivas *lato sensu*. Para se ter uma ação coletiva passiva é preciso que se afirme um dever ou estado de sujeição coletivo, o que afastaria uma pretensão meramente declaratória em face da coletividade, conhecida como “ação coletiva às avessas”. (GIDI, 2007, p. 392).

No entanto, o doutrinador não precisa em que consistiriam os deveres ou estados de sujeição coletivos. Ademais, como alerta Leonel (2013, p. 213), toda sentença de improcedência contém a declaração de inexistência do direito pleiteado pelo autor, declaração esta favorável ao réu que ligita contra uma coletividade. Muito embora o raciocínio tenha alguma pertinência, não se pode tomá-lo para a generalidade dos casos, uma vez que muitas vezes a improcedência decorre não da inexistência de situação jurídica, podendo se fundar em exceções substanciais que impedem o exercício do direito, como seria o exemplo da prescrição.

No entanto, ao menos no que diz respeito às ações dúplices, vislumbra-se que há uma declaração, desfavorável ao grupo, de inexistência da relação jurídica invocada como fundamento da pretensão autoral, e, conseqüentemente, a declaração da existência de uma situação jurídica titularizada pelo réu. Ademais, é necessário lembrar que o princípio da correspondência entre direito e dever é aplicável a toda e qualquer relação jurídica, de forma que a todo direito corresponde sempre um dever e a todo dever corresponde um direito (MELLO, 2013, p. 375-376). Portanto, é preciso uma definição mais acurada do que seriam estas situações jurídicas coletivas passivas.

Uma tentativa válida é feita por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2012, p. 422), diante da ausência de regulamentação legislativa nos dias atuais, ao tentar extrair os conceitos de quais seriam os deveres passivos coletivos através de uma interpretação inversa dos conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, previstos pelo artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, concebidos para a coletividade numa situação jurídica ativa. Seriam situações jurídicas passivas difusas aquelas que de natureza indivisível, titularizadas por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. As situações jurídicas passivas coletivas em sentido estrito seriam aquelas de natureza indivisível titularizadas por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a

parte contrária por uma relação jurídica base. Já as situações jurídicas passivas individuais homogêneas seriam aquelas que têm origem comum, sendo, no entanto, divisíveis.

Estas definições, embora úteis, não precisam qual a formação desta categoria dogmática. Em favor da existência das situações jurídicas passivas coletivas pode se destacar que não se discute, no atual estado da arte da Ciência do Direito Processual, que existem situações jurídicas ativas que são titularizadas por coletividades. Superou-se o dogma individualista, com raízes no Iluminismo, de que apenas existem situações jurídicas individuais. A divergência, quando existe, diz respeito à qualificação dos direitos individuais homogêneos como espécie de situação jurídica titularizada por um grupo ou se tais direitos constituem apenas direitos individuais coletivamente tratados, por razões de conveniência e economia processual (DIDIER JR e ZANETI JR, 2012, p. 82-83). No entanto, é menos controversa a consideração dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, em razão da sua indivisibilidade, como situações jurídicas de titularidade coletiva (LEONEL, 2013, p. 93-99; NEVES, 2011, p. 125; DIDIER JR e ZANETI JR, 2012, p. 85).

Por outro lado, é precioso lembrar um importante princípio aplicável às relações jurídicas. Trata-se do já mencionado princípio da correspectividade entre direitos e deveres (MELLO, 2013, p. 375-376), que também poderia ser estendido à correspectividade entre direitos potestativos e estados de sujeição. Isto significa que a todo direito titularizado por um sujeito de direito corresponde um dever titularizado por outrem. Da mesma forma, a um direito potestativo corresponde um estado de sujeição. Ora, se é possível identificar direitos titularizados por um grupo, é possível que situações jurídicas passivas também tenham titularidade coletiva. Têm-se, então, deveres e estados de sujeição coletivos.

A estas situações jurídicas passivas titularizadas por grupos podem corresponder situações jurídicas ativas individuais ou coletivas. É possível pensar um direito individual oponível contra um grupo, como o direito à liberdade de locomoção em face de um grupo que por meio de manifestação bloqueie vias públicas. É possível pensar, também, em direitos coletivos que correspondam a deveres igualmente coletivos, como o direito da sociedade à continuidade dos serviços públicos essenciais diante de categoria de profissionais médicos que paralise completamente as unidades de saúde de determinada municipalidade. Tal constatação permite realizar uma classificação, proposta por Maia (2009, p. 53-54). No primeiro exemplo mencionado, haverá uma ação coletiva passiva simples, pois há uma coletividade apenas no polo passivo da demanda. No segundo exemplo, dá-se origem a uma ação duplamente coletiva, pois há coletividades em ambos os polos da relação jurídica processual.

Outra classificação possível de ser realizada está na distinção entre ações coletivas passivas originais e derivadas (DIDIER JR e ZANETI JR, 2012, p. 423-424). Nesta, a colocação da coletividade no polo passivo decorre de outro processo judicial, em que tal coletividade figurou como autora inicialmente. É o caso da ação rescisória de decisão de procedência em ação civil pública, mencionado linhas acima. Já naquela, a ação coletiva passiva não tem vínculo com qualquer processo anterior, tratando apenas de relações jurídicas de direito material não trazidas ao Judiciário previamente.

Assim, se há situações jurídicas passivas titularizadas por grupos, haverá a necessidade de um instrumento processual que dê adequado tratamento a tal categoria dogmática. As regras do processo civil individual, especialmente aquelas relacionadas à extensão subjetiva coisa julgada, são imprestáveis para tal finalidade. Tais regras, por vincular os efeitos da decisão apenas às partes que formalmente participaram do processo – ou ao menos tiveram oportunidade de fazê-lo -, exigiriam que todos os integrantes do grupo integrassem a relação jurídica processual, na qualidade de réus e com possibilidade de apresentação de defesa, o que inviabilizaria o processamento da pretensão e a efetivação da situação jurídica ativa exercitável em face da coletividade.

Portanto, o tratamento destas situações coletivas passivas deve ser dado através de instrumento que siga as regras do microsistema da tutela coletiva. Para conflitos coletivos, o processo deve ser igualmente coletivo. A ação coletiva passiva seria a resposta dada pelo Direito Processual ao problema. O grupo e seus integrantes seriam “representados” no processo por meio de um legitimado extraordinário, que viria a juízo para defender os interesses da coletividade que representa. A decisão, por sua vez, terá aptidão para vincular a todos os integrantes da coletividade. No entanto, a compatibilidade das regras do microsistema da tutela coletiva ao tratamento das situações jurídicas passivas coletivas enseja alguns questionamentos pela Ciência do Direito Processual e pela própria jurisprudência brasileira. Passa-se a enfrentar os principais problemas, atinentes à legitimação coletiva passiva, bem como o regime da coisa julgada e seus efeitos quanto aos integrantes do grupo (ROQUE, 2013, p. 629).

3. O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA PASSIVA.

Um dos principais óbices suscitados pela doutrina brasileira para a aceitação da ação coletiva passiva diz respeito à ausência de previsão expressa, no Direito Positivo nacional, de legitimação coletiva para representação do grupo no polo passivo da demanda. Neste sentido,

Mazzilli (2010, p. 374) argumenta que os legitimados para a ação coletiva são apenas para representar a coletividade no polo ativo da demanda, uma vez que a “substituição processual é matéria de direito estrito, e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo”.

Lenza (2003, p. 199), por sua vez, relata que Arruda Alvim, ao tecer comentários sobre o Código de Defesa do Consumidor, rejeita a possibilidade de propositura de ação coletiva em face dos legitimados do artigo 82 daquele diploma, em razão de uma análise sistemática dos seus artigos 81, 82 e 103. Esse entendimento restritivo da legitimação coletiva ao polo ativo encontra eco na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, como se observa do acórdão que julgou o Recurso Especial 1.051.302/DF (DJe 28/04/2010).

Para o exame da questão é necessário lembrar que a legitimação *ad causam* para ações coletivas no Direito Positivo brasileiro tem sua regra geral extraída dos artigos 5º da LACP e 82 do CDC. Por legitimação *ad causam* entende-se tradicionalmente a atribuição, pelo Direito Positivo, de uma situação legitimante a determinado sujeito de direito, que o autoriza a figurar como parte no processo, garantindo a formação do contraditório. O processo em que litigam partes legítimas é processo onde o contraditório se instaurou regularmente (MOREIRA, 1989, p. 9-10). Costuma-se denominar o legitimado coletivo, também, de representante da coletividade, numa acepção que foge ao conceito técnico-jurídico de representação para significar a qualidade de um verdadeiro porta-voz dos interesses do grupo em juízo. (GIDI, 2002, p. 61-62).

Muito embora em geral o Direito atribua a situação legitimante ao titular da relação jurídica submetida ao Judiciário, por vezes o legislador, por motivos especiais de conveniência, atribui eficácia legitimante a sujeito de direito que não participa desta relação jurídica. Tem-se aí a legitimação extraordinária, orientada pela regra extraída do artigo 6º do Código de Processo Civil, que prevê que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Assim, as normas extraídas daqueles dispositivos atribuem legitimação extraordinária para ações coletivas ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública, ainda que sem personalidade jurídica, e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam em seus fins institucionais a defesa de direitos transindividuais. É possível ainda, concluir pela legitimidade coletiva dos sindicatos com fundamento em norma extraída do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal. O artigo 232 da Carta Magna atribui, também, legitimidade para ingressar em juízo às comunidades e organizações indígenas. Trata-se,

nestes casos, de situação que se adéqua ao conceito de legitimação extraordinária por substituição processual traçado por Moreira (1989, p.12; outros), uma vez que os legitimados extraordinários atuam de forma autônoma e exclusiva em relação aos titulares dos direitos e deveres transindividuais, os grupos que titularizam as situações jurídicas discutidas nas ações coletivas.

A partir destas normas, a doutrina majoritária conclui que o Brasil adotou um sistema *ope legis* de legitimação coletiva. Isto significa que basta que determinado sujeito de direito seja contemplado no rol estabelecido pelo legislador para que tenha legitimidade para conduzir ações coletivas. Não caberia ao juiz qualquer tipo de controle judicial acerca da forma como o sujeito de direito legitimado conduz o processo (ALMEIDA, 2007, p. 93-94; MENDES, 2007, p. 26; NERY JÚNIOR e NERY, 2003, p. 1999).

É de se perceber que o raciocínio daqueles que negam a atribuição de legitimidade passiva para a representação do grupo como réu decorre de uma interpretação dos dispositivos acima mencionados, que no seu entender se refeririam apenas ao polo ativo da demanda. Ocorre que se o microsistema não atribuí, expressamente, legitimação coletiva passiva, também não a veda.

Por tal razão, seria possível interpretar o regramento sobre a matéria para reconhecer a possibilidade de o grupo figurar no polo passivo. Há autores que apontam a existência de regras que, ainda indiretamente, permitem a colocação da coletividade como ré de uma ação, através da atribuição de legitimação coletiva passiva àqueles sujeitos de direito acima mencionados (ROQUE, 2013, p.627). Trata-se de entendimento que presume a existência do microsistema da tutela coletiva para dele extrair a legitimidade passiva aqui mencionada.

Assim, do enunciado normativo do artigo 83 do CDC, que dispõe 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”, seria possível enquadrar também aquelas ações onde o direito do grupo é posto em risco ou lesado por outro grupo (DIDIER JR e ZANETI JR, 2012, p. 435). Já do artigo 81 do mesmo código, que prevê que a “defesa” dos interesses e direitos dos consumidores poderá ser exercida em juízo individual ou coletivamente, é possível deduzir que o vocábulo defesa não se refere exclusivamente à posição do grupo como autor da ação. Pode ser necessário que essa defesa ocorra com o grupo no polo passivo da demanda (ARAUJO, 2013, p. 175), como no caso de consumidor que tem direito individual seu lesado por todas as empresas prestadoras de certo serviço em determinada coletividade. Já o artigo 5º, §2º, da LACP, autoriza que os legitimados coletivos

intervenham em processo coletivo já em curso, habilitando-se como litisconsorte de qualquer das partes, o que autorizaria a sua intervenção no polo passivo da demanda.

Outra objeção que se poderia colocar à aceitação da legitimação passiva coletiva é consequência, na verdade, do próprio sistema de legitimação *ope legis*, que desconsidera as circunstâncias do caso concreto e veda o controle jurisdicional do juiz da causa acerca da adequada representação do grupo em juízo. A crítica se dirige ao fato de que não haveria como garantir que os legitimados coletivos defendam os interesses do grupo de forma efetiva, uma vez que a lei cria apenas uma ficção neste sentido. Agrava-se a situação pelo fato de que na ação coletiva passiva o legitimado para defender os interesses do grupo demandado costuma ser escolhido pelo autor, o que poderia levar a uma tentativa de fraude aos interesses do grupo, através da escolha de um representante inadequado.

No entanto, é preciso lembrar que este microsistema de tutela coletiva encontra-se inserido dentro de um ordenamento que consagra, como garantia constitucional, o devido processo legal. Oliveira, Melo e Ferreira (2009, p. 148-149) examinam a desconformidade deste esquema de legitimação coletiva com a moderna dimensão do devido processo legal, que exige, para que a decisão judicial produzida no processo coletivo seja legítima, que a coletividade seja adequadamente representada em juízo. O mesmo raciocínio é apresentado por Gidi (2002, p. 62), que aponta entre as prováveis situações que podem levar a uma violação ao devido processo legal aquelas em que o representante da coletividade é incompetente, negligente na condução do processo, constituiu advogado incompetente ou não tem interesse real no litígio, revela interesses conflitantes com o grupo, ou, até mesmo, atua de má-fé para prejudicar o grupo representado.

Assim, a desconsideração da atuação do legitimado coletivo no caso concreto, tomando de forma absoluta a ficção criada pelo legislador, ofende não só o devido processo legal, como também o princípio do contraditório. O contraditório não deve mais ser tomado apenas como a oportunidade de oitiva da parte, mas como garantia de que sua intervenção no processo tenha aptidão de influir na formação decisão que afetará sua esfera jurídica (OLIVEIRA, 1999, p. 144). Quando o legitimado coletivo não defende em juízo os reais interesses do grupo, este tem obstada a possibilidade de influir no resultado do processo. Não se trata, portanto, de um problema da legitimação apenas para o polo passivo do processo coletivo, mas do sistema de legitimação coletiva *ope legis* como um todo.

A alternativa a tal sistema de legitimação coletiva é um sistema no qual o juiz tem amplos poderes para, diante do caso concreto, verificar a adequada atuação do legitimado coletivo na defesa dos interesses do grupo por ele representado (GIDI, 2002, p. 65-66;

DIDIER JR e ZANETI JR., 2012, p. 213-214; NEVES, 2011, LEONEL, 2013, p. 169-170). Este controle se dá durante toda a litispendência e permite ao magistrado analisar se o representante está, naquele caso concreto, atuando de forma adequada para tutelar vigorosamente os interesses do grupo substituído (GIDI, 2002, p. 67). Nestes casos, poderia o juiz, reconhecendo a inadequação do legitimado para representar a coletividade, obstar que a ação coletiva tenha seu mérito julgado, impedindo eventuais prejuízos à coletividade representada no caso de uma sentença desconforme a seus interesses.

É digno de nota que todos os países cujo Direito tem raízes na Common Law e admitem ações coletivas preveem, em seus diplomas processuais, a possibilidade de controle judicial deste especial requisito do legitimado coletivo (GIDI, 2002, p. 62). Outrossim, merece notícia que o próprio Projeto de Lei que deu origem à LACP adotava, em sua redação originária, um sistema de controle jurisdicional do legitimado coletivo (GIDI, 2002, p. 70). No entanto, optou o legislador brasileiro por não conferir expressamente poderes ao juiz para a verificação da adequação do legitimado coletivo, o que poderia levar à conclusão de que foi vedada qualquer atuação judicial neste sentido.

Ocorre que a questão não é legal, mas Constitucional. Oliveira, Melo e Ferreira, (2009, p. 155) defendem que se no ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio do devido processo legal, deve ser admitido o controle judicial do legitimado coletivo. Vigliar (2007, p. 315) também alerta para o fato de que o sistema brasileiro não é um sistema exclusivamente *ope legis*, mas um sistema misto, onde a partir de um rol indicado pelo legislador, o juiz verifica, no caso concreto, se aquela entidade ou órgão é um representante adequado da coletividade, ao menos nos casos em que é exigida a pertinência temática. No mesmo sentido é o entendimento de Araujo (2013, p. 229-230), em livro que trata exclusivamente sobre o tema, no qual defende que a omissão judicial no controle da representação adequada poderá ensejar o reconhecimento de *error in procedendo*, apto a permitir a invalidação da decisão proferida por violação ao princípio do devido processo legal.

Ora, partindo da premissa de que o controle da adequação do legitimado coletivo é dever do julgador, é possível identificar que não haveria qualquer problema se o grupo, sendo demandado, vier a ser representado por um dos sujeitos de direito legitimados pelo microsistema da tutela coletiva. Sempre será possível verificar se as garantias do devido processo legal e do contraditório estão sendo observadas em relação ao grupo réu, através de uma adequada atuação processual do ente legitimado, a ser analisada diante do caso concreto. Impede-se, assim, que o autor venha a juízo selecionando representante inadequado a fim de obter êxito na ação. Supera-se, dessa forma, a possibilidade de uma decisão proferida sem que

a coletividade tenha tido a oportunidade de efetivamente influenciar o resultado final do processo, ainda que através de um porta-voz que defenda vigorosamente seus interesses em juízo, um representante adequado.

Por tais razões, é possível extrair a legitimação coletiva passiva do microsistema que rege os processos coletivos, desde que se admita, a fim de garantir direitos fundamentais dos grupos demandados, o controle jurisdicional da representação adequada do sujeito de direito legitimado para a defesa do grupo réu.

4. O PROBLEMA DA COISA JULGADA E SUA EFICÁCIA SOBRE OS INTEGRANTES DO GRUPO.

A coisa julgada que recai sobre decisões proferidas em processos coletivos e sua eficácia sobre os integrantes da coletividade é, certamente, o maior problema para que se admita a ação coletiva passiva no direito brasileiro. É possível deduzir que tal problema se amplifica diante da dificuldade de se traçar o perfil dogmático da coisa julgada na ação coletiva passiva, apontada por Didier Jr e Zaneti Jr (2012, p. 430). Essa dificuldade decorre da ausência de regramento expresso sobre o tema, uma vez que o microsistema da tutela coletiva somente tratou de regular a matéria em hipóteses nas quais a coletividade figure como demandante, em ações coletivas ativas.

Tratando do tema, Araujo (2013, p. 179-180) e Gidi (2007, p. 414-415) argumentam que o legislador criou um regime de coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*, o que impediria que uma decisão desfavorável ao grupo se tornasse imutável. Perderia a utilidade eventual sentença de procedência numa ação coletiva passiva diante da impossibilidade de vincular os integrantes do grupo que não se fizeram presentes em Juízo.

No mesmo sentido é o alerta de Vigliar (2007, p. 313-314), que sustenta que o microsistema da tutela coletiva teria acolhido regramento que limita a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, impedindo que prejudique os interesses dos membros do grupo ausentes. Leonel (2013, P. 212-213) também sustenta que muito embora seja admitida a ação coletiva passiva no Direito brasileiro, esta somente formaria coisa julgada no plano coletivo, sendo inviável sua imposição aos integrantes da coletividade que não participaram pessoalmente do feito.

Para se definir qual seria o regime da coisa julgada na ação coletiva passiva e seus efeitos sobre os integrantes do grupo ausentes, é inevitável recorrer ao microsistema da tutela coletiva, mais especificamente ao artigo 103 do CDC, que traz as regras estruturantes desse

regime jurídico. No entanto, tais regras devem ser compatibilizadas com as peculiaridades do posicionamento da coletividade no polo passivo e interpretadas segundo a ordem constitucional vigente. Para tanto, ousa-se discordar dos processualistas acima mencionados para indicar que o problema não está na forma de produção da coisa julgada coletiva, mas na sua eficácia quanto aos membros do grupo ausentes.

É essencial, neste ponto, fazer uma diferenciação técnica. Não se pode confundir os limites subjetivos da coisa julgada no plano coletivo (*inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*) ou sua forma de produção (*pro et contra*, *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*) com a repercussão da coisa julgada coletiva no plano individual. (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 375-383). Isto porque segundo o regime da coisa julgada previsto pelos §§1º e 2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo que a coisa julgada se forme, no plano coletivo, *erga omnes* ou *ultra partes*, por se considerar suficiente a prova dos autos (*secundum eventum probationis*) ou porque houve determinado resultado final no processo (*secundum eventum litis*), somente repercutirá nas esferas jurídicas individuais dos integrantes do grupo caso não seja prejudicial a seus interesses – transporte *in utilibus* dos efeitos da decisão.

Por aplicação do regime previsto para as ações coletivas ativas às ações coletivas passivas, a coisa julgada pode se formar, no plano coletivo, *secundum eventum probationis* e *erga omnes*, no caso das situações jurídicas passivas difusas; *secundum eventum probationis* e *ultra partes*, no caso das situações jurídicas passivas coletivas *strictu sensu*; e *secundum eventum litis* e *erga omnes*, no caso das situações jurídicas passivas individuais homogêneas. No entanto, o regramento das ações coletivas ativas não seria totalmente compatível com as ações coletivas passivas, já que o transporte *in utilibus* dos seus efeitos às esferas jurídicas individuais impediria que os integrantes do grupo fossem vinculados a uma eventual decisão contrária a seus interesses. Isto significa que mesmo havendo a formação de coisa julgada no plano coletivo, poderiam posteriormente rediscutir a questão por meio de ações individuais.

Tal regramento retiraria quase toda a utilidade das ações coletivas passivas. Qual seria o interesse em ajuizar tal ação se os integrantes do grupo pudessem, posteriormente, rediscutir a mesma relação jurídica objeto de decisão, através da propositura de ações individuais? Afinal, a decisão de procedência em ação ajuizada contra o grupo seria contrária a seus interesses, não atingindo a esfera individual de seus integrantes. Somente se vislumbraria utilidade para as situações jurídicas passivas difusas, uma vez que estas somente poderiam ser exercitadas coletivamente, diante da indeterminabilidade de sua titularidade. No entanto, no caso das ações que discutissem deveres ou estados de sujeição coletivos em

sentido estrito e individuais homogêneos, nenhuma eficácia teria a decisão final sobre os integrantes do grupo, mas apenas no plano coletivo, por impedir a rediscussão da matéria em novo processo coletivo. Tornando o instrumento processual em comento inadequado para a tutela de direitos em face das situações jurídicas passivas coletivas.

É preciso, no entanto, repensar tal regramento. Relembre-se que o regime da coisa julgada na ação coletiva ativa foi pensado num momento de fragilidade dos grupos, onde sua pobreza organizacional fez com que o legislador buscasse resguardar os interesses daqueles que não estivessem em juízo. No entanto, não mais persistem as razões históricas que levaram à construção de um sistema extremamente protetivo dos direitos dos grupos. Os grupos se fortaleceram desde o momento da redemocratização vivido pelo Brasil, agindo atualmente sem maiores controles e desbordando os limites exigidos por um Estado de Direito.

Ademais, esse regime protetivo causa distorções, como no caso de ações duplamente coletivas, onde muito embora dois grupos estejam litigando entre si, a coisa julgada beneficiaria apenas o autor da ação, ainda que sem possibilidade de vincular os integrantes do grupo réu. O tempo para essa legislação protecionista já passou, sendo necessário repensar o regime da coisa julgada coletiva no direito brasileiro (ROQUE, 2013, p. 634-635). É necessário adaptar as regras pensadas para a ação coletiva tradicional, em que os grupos figuram no polo ativo da demanda, às ações coletivas passivas, permitindo que as decisões proferidas nestas últimas incidam sobre as esferas jurídicas dos integrantes do grupo demandado, mesmo que não tenham figurado formalmente como partes no processo coletivo.

Se o obstáculo está na repercussão desta decisão sobre a esfera jurídica individual dos integrantes do grupo, não seria adequado simplesmente aplicar, de forma acrítica, o regime legal pensado para as ações coletivas ativas. No entanto, é possível identificar no próprio microssistema da tutela coletiva, sem a exigência de reforma legislativa, solução para o problema. Para tanto, devemos lembrar que tal microssistema encontra-se inserido dentro de uma ordem constitucional que além de consagrar como garantias fundamentais o princípio do devido processo legal e do contraditório, prevê o direito fundamental de ação, também chamado de direito de acesso à justiça ou de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Antes mesmo de um direito fundamental extraído exclusivamente do enunciado normativo trazido pelo artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, trata-se de decorrência da proibição da autotela e da instituição do monopólio jurisdicional pelo Estado, redimensionando-o para ir além de um direito a uma sentença de mérito (MARINONI, 2012, p. 115-117). A doutrina ressalta que “*embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando*

constitucional atinge a todos indistintamente”, inclusive o julgador (NERY JÚNIOR, 2013, p. 186). Fazendo uma identificação deste direito a partir de uma dimensão empírica da dogmática jurídica, Nogueira (2007, p. 556-557) conclui que a norma extraída do texto constitucional atribui ao Poder Judiciário o papel de apreciar as alegações formuladas sobre lesão ou ameaça de lesões a direitos, através do processo. Marinoni busca delimitar a extensão do direito de ação, defendendo que vai além do ato solitário de invocar a jurisdição. Ensina o doutrinador que *“A ação, diante dos seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”*. (MARINONI, 2012, p. 225)

O ponto comum de todas estas concepções é que sendo afirmado um direito perante o Judiciário, este deve exercer a jurisdição. E identificada a existência desse direito, é necessário que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva, isto é, adequadamente e de forma célere. Portanto, quando o direito existe em face de uma coletividade, o Judiciário deve conceder a tutela através de uma técnica processual adequada. Para a efetivação de direitos exercitáveis em face de deveres e estados de sujeição coletivos é necessário um instrumento de tutela coletiva, ainda que este instrumento não esteja expressamente previsto na legislação processual. Cumpre examinar, então, se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva permitiria, diante da ausência de previsão legislativa da técnica processual necessária, a construção de um procedimento adequado a conferir efetividade à tutela jurisdicional.

Neste ponto, instala-se divergência doutrinária. Há quem seja contrário ao desdobramento do direito fundamental de ação num direito à construção da ação adequada, tendo em vista a forma como foi posto o preceito constitucional consagrador do direito (NOGUEIRA, 2007, p. 563-564). Quem se alinha a este posicionamento argumenta que implicaria na obrigação de o juiz conceder a tutela na forma requerida pelo postulante, desde que adequada à efetiva tutela do direito. Essa imposição restringiria indevidamente as garantias processuais do demandado, uma vez que a tutela requerida desgarraria dos veículos previstos pelas normas de direito processual. O receio, ao que parece, é de se atribuir excessivos poderes ao magistrado quando no exercício do papel criador do procedimento adequado ao direito material.

Com a devida vênia aos defensores destes argumentos, parece dar maior efetividade aos direitos fundamentais a concepção adotada por Marinoni. O professor paranaense ensina que, embora a jurisdição não prescindida da atuação do legislador para o estabelecimento dos instrumentos processuais e da estrutura administrativa idônea à prestação da tutela

jurisdicional, a omissão legislativa não poderia “*constituir obstáculo à efetividade do direito de ação e ao adequado exercício da jurisdição*” (MARINONI, 2012, p. 217). O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva permite que o Estado-juiz supra a omissão, inconstitucional, da técnica processual adequada à tutela do direito material. No entanto, deve observar as balizas impostas pelos direitos processuais, igualmente constitucionais, do réu.

A observância dos direitos do réu afasta parte das críticas feitas por aqueles que são avessos à construção da técnica processual adequada. Não se trata de construir o procedimento nos exatos termos postulados pelo demandante, uma vez que o devido processo legal, contraditório e ampla defesa entram em cena para limitar a discricionariedade do juiz. Qualquer criação procedimental encontrará limites no modelo de processo previsto pela Constituição Federal.

Transportando tais ideias às ações coletivas passivas, tem-se que mesmo à míngua de previsão legal admitindo a colocação do grupo no polo passivo da demanda, caberá ao julgador conferir meios para a efetiva tutela do direito demandado. Existindo direito em face de uma coletividade, estes meios devem ser igualmente coletivos, sob pena de se ter uma tutela jurisdicional inadequada. É necessária a criação do procedimento de tutela coletiva adequado ao direito material postulado em juízo.

Esse procedimento seria observado num processo iniciado por uma ação coletiva passiva. O microsistema da tutela coletiva seria aplicável no que fosse adequado, compatível com a colocação do grupo como réu, sendo cabíveis as modificações necessárias diante de eventuais obstáculos. Assim, seria possível adequar o regramento relativo à legitimação coletiva para admitir o controle judicial da adequada representação do grupo, já examinado acima, como também o regime atinente à vinculação da coisa julgada às esferas jurídicas dos integrantes da coletividade, vinculando os membros ausentes no processo à decisão nele proferida. Também poderia se pensar, para tal fim, a adequação da forma de produção da coisa julgada nas situações jurídicas passivas individuais homogêneas, uma vez que admitir a sua produção apenas quando a decisão for favorável ao grupo retira-lhe, igualmente, a utilidade. A opção deveria ser, portanto, por um regime de produção da coisa julgada *secundum eventum probationis* ou, ainda, independentemente do resultado final da ação (*pro et contra*).

No entanto, é inegável que a justificação do procedimento adequado a partir do próprio direito fundamental de ação trará enorme ônus argumentativo ao julgador. Este terá, a todo tempo, que fundamentar a opção por este ou aquele rito procedimental e seu correspondente regime jurídico, sopesando os direitos fundamentais colidentes no caso

concreto. Deverá expor, de forma racional, porque um determinado direito fundamental processual do autor prevalece, no caso concreto, diante de um direito fundamental do réu, ou vice-versa. Caber-lhe-á declarar inconstitucional eventual disposição do microsistema incompatível com a tutela de direitos exercitáveis em face grupos. Apartar-se das formas previamente estabelecidas pelo legislador traz, conseqüentemente, maiores exigências para que a decisão seja devidamente fundamentada.

Há exemplo na jurisprudência em que tal argumentação foi realizada. Refere-se a decisão da lavra do Ministro Luiz Fux, proferida no Mandado de Segurança nº 26.760 (DJe 14/11/2013), na qual o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão similar. As razões de decidir daquele julgado são plenamente aplicáveis à ação coletiva passiva. Na mencionada decisão, partiu-se da aplicação conjunta dos princípios da ampla defesa e contraditório e dos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economicidade processual, celeridade e duração razoável dos atos administrativos e judiciais para, após a ponderação de valores constitucionais, concluir pela possibilidade de intimação da entidade de classe representante dos interessados na conclusão da controvérsia administrativa. Naquela oportunidade, assentou-se o entendimento de que a procedência da demanda coletiva passiva, cabível tanto no âmbito dos processos judiciais quanto administrativos, afeta a esfera individual dos associados, independentemente do exercício pessoal do contraditório. Trata-se de raciocínio, como se vê, compatível com o marco teórico aqui adotado.

Assim, muito embora seja inegável a existência das ações coletivas passivas, extrair do ordenamento jurídico um regime jurídico que lhe garanta utilidade é tarefa possível, embora árdua. Esperar que todo e qualquer magistrado atenda à exigência argumentativa de bem fundamentar as colisões de direitos fundamentais envolvidos, permitindo que o procedimento desgare dos veículos postos pelo legislador infraconstitucional no microsistema da tutela coletiva é incompatível com tempos em que se exige dos magistrados o atendimento de metas de produtividade, sem maiores preocupações com a qualidade das decisões judiciais. Corre-se, sim, o risco de incorrerem num indesejável decisionismo, onde as regras procedimentais criadas para as ações coletivas passivas e o regime jurídico de institutos como a coisa julgada e a legitimidade coletiva sejam escolhidas apenas em razão dos grupos réus, sem a observância de uma argumentação jurídica lógica e racional.

Portanto, ainda que seja possível se pensar em ações coletivas passivas que tenham decisões que vinculem os integrantes da coletividade, em suas esferas jurídicas individuais, pensa-se que melhor andaria o legislador se discutisse e promulgasse alguma das inúmeras propostas legislativas para regulamentação da matéria. Fala-se dos inúmeros Anteprojetos de

Códigos Coletivos, que como mencionado acima, tratam, ainda que de forma diferente, sobre o tema. Assim, garantir-se-ia um sistema mais racional, aumentando a segurança jurídica dos jurisdicionados ao se delinear um regramento que, se compatível e adequado para fornecer uma tutela jurisdicional efetiva em face de situações jurídicas coletivas passivas, dificilmente deixará de ser aplicado pelos julgadores.

5. CONCLUSÃO

Das ideias apresentadas é possível concluir que as ações coletivas passivas não só são admitidas no Direito Brasileiro, como são identificáveis nas prateleiras do Judiciário. A sua existência é decorrência da existência de situações jurídicas passivas coletivas, compostas por deveres e estados de sujeição coletivos, que podem corresponder a direitos igualmente coletivos ou a direitos individuais. O fato é que existindo direitos exercitáveis em face dos grupos, é preciso que o Estado-juiz lhes garanta uma tutela jurisdicional efetiva, através de instrumento processual de natureza coletiva.

As ações coletivas passivas extraem seu procedimento e regime jurídico do microsistema da tutela coletiva. No entanto, não se pode olvidar que esse microsistema, em razão do momento histórico em que concebido, teve seu regramento pensado para a proteção do grupo, na qualidade de demandante. É necessário, portanto, adaptar as suas regras para que se tornem compatíveis com a colocação do grupo como réu.

Esta adaptação é decorrência da inserção do microsistema da tutela coletiva na ordem constitucional vigente. Portanto, é imposição da superioridade da Constituição, consagrada de direitos e garantias fundamentais, sobre o regramento previsto pelo legislador infraconstitucional. É por força do devido processo legal, contraditório e direito de ação que se torna possível a adaptação do procedimento para que as ações coletivas passivas tenham uma eficácia adequada à efetivação de direitos materiais.

Foi assim que se extraiu a legitimidade coletiva para representação em juízo do grupo como réu, desde que se reconheça a possibilidade de controle judicial da adequação do representante da coletividade. Também se concluiu pela possibilidade de construção do procedimento adequado, como decorrência do direito à tutela jurisdicional efetiva. Neste procedimento a decisão da ação coletiva passiva, ainda que desfavorável aos interesses do grupo, teria repercussão sobre as esferas jurídicas individuais de seus integrantes. Outros problemas certamente poderiam ser suscitados e resolvidos dessa forma, como questões relativas à competência, ao direito à autoexclusão dos integrantes do grupo – *right to opt out* –

e à liquidação das decisões proferidas em ações coletivas passivas, mas não foram examinadas devido aos estreitos limites deste trabalho.

No entanto, ressaltou-se que para a construção do procedimento adequado à tutela de direitos materiais exercitáveis em face de grupos exige-se, inegavelmente, um maior ônus argumentativo do juiz para que a decisão atenda às exigências constitucionais de fundamentação dos provimentos jurisdicionais. Assim, melhor andaria o legislador caso regulasse a matéria, admitindo expressamente a ação coletiva passiva, adotando um regime jurídico adequado para a legitimação *ad causam* do grupo demandado e para os efeitos da coisa julgada originada nessa demanda. Assim, haveria uma maior garantia de segurança jurídica, evitando-se um indesejado decisionismo diante da abertura dos direitos fundamentais a serem concretizados na construção do procedimento adequado. Os anteprojetos de códigos de processos coletivos atenderiam tal necessidade de regramento legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: Análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes. **A representação adequada nas ações coletivas.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 7ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, Vol. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61-70.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 3ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6ª Ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microsistema da Tutela Coletiva. In: **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Coord: DIDIER JR., Fredie e MOUTA, José Henrique. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 373-395.

MELO, Raimundo Simão de. **Processo Coletivo do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da Ação Como Objeto Litigioso no Processo Civil. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). **Teoria Quinária da Ação – Estudos em Homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 367-403

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In Grinover, Mendes e Watanabe (organizadores), **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. In: **Revista dos Tribunais**, v. 404. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 9-18.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MULLENIX, Linda. General Report - Common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de Direito Comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Método, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição. In: **Constituição e Processo**. Coord: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p.547-571.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz; MELO, Pedro J. Costa; FERREIRA, Rafael da Silva. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Coord: DIDIER JR., Fredie e MOUTA, José Henrique. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 145-166.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro e Kazuo Watanabe. São Paulo, RT, 2007, p. 309-320.