



AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA: AÇÕES CONTRA O GRUPO, CATEGORIAS OU CLASSES – APLICAÇÃO EM FACE DA TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fundamental estudar a ação coletiva passiva originária: ações contra o grupo, categoria ou classe, bem como sua possibilidade de aplicação em face da tutela dos direitos metaindividuais. O cenário jurídico atual e a complexidade dos conflitos sociais demonstram a necessidade de se ampliar os conhecimentos sobre as formas de se tutelar direitos sob o manto da transindividualidade. Apesar da não existência, ainda, do Código de Processo Civil Coletivo, que tramita no Congresso Nacional, pretende-se, através do presente trabalho, demonstrar a possibilidade efetiva de aplicação da ação coletiva passiva originária, mesmo diante do atual subsistema de Processo Coletivo, analisando-a, por conseguinte, dentro da perspectiva histórica das chamadas class actions dos Estados Unidos da América até a sua real eficácia em prol da pacificação dos conflitos sociais, principalmente de viés coletivo.

Palavras-chave: Ação coletiva passiva originária. Direitos metaindividuais. Transindividualidade.

*Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Corrente – PI, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Metaindividuais, coordenado pelo Prof. Doutor Guilherme Fernandes Neto, da Faculdade de Direito da UnB.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



1 INTRODUÇÃO

A teoria clássica das ações no processo civil assenta-se na divisão, por demais conhecida, entre ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares. É bem verdade que pensadas numa relação nitidamente de viés individualista, dentro de um tempo e de uma realidade jurídica distintas, hoje, todavia, superadas em face das grandes transformações pelas quais passou o mundo nas últimas décadas, inclusive no que diz respeito à natureza e complexidade dos conflitos.

A proteção de direitos subjetivos individuais através de ações ajuizadas pelo próprio lesado constitui-se uma marca indelével do Código de Processo Civil de 1973, como se vê pelo disposto no seu art. 6º. A substituição processual nesse ponto constitui-se uma exceção pela redação do Código sob enfoque.

Noutro sentir, as grandes codificações passaram a elaborar códigos embasados no princípio da autonomia plena da vontade, bem como, partindo de uma visão individualista do conflito, assentada na relação bilateral clássica entre autor e réu, perfeitamente identificados, sem causar maiores questionamentos.

A partir de então, surge a necessidade crescente de se tutelar os chamados direitos e interesses transindividuais. São direitos, como diz Teori Albino Zavascki (2007), “cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter como legitimado ativo um substituto processual: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos.”

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



No contexto, convém destacar de plano a Lei nº 7.347, de 24.07.85, que 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.

Mostra-se imperioso reforçar também, dentro de tal contexto, a Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor que, aprimorando o subsistema de processo coletivo, trouxe-nos o conceito de direitos individuais homogêneos, eis que emergentes de origem comum, como apregoado pela própria Lei.

A cultura do processo coletivo, então, passa aos poucos a integrar as relações jurídicas do país, seguindo-se uma tendência mundial.

Cabia dentro desse diapasão, pois, ao próprio Código de Processo Civil adequar-se, de certa forma, ao processo de natureza coletiva, mesmo que timidamente. E isso aconteceu, como por exemplo, com a unificação das atividades cognitivas e executivas dentro de uma única relação processual, a questão da tutela específica e antecipada com o resultado prático da medida, a imposição de multa por atraso, a possibilidade de providências que assegurem o resultado prático da decisão, dentre outros.

As mudanças de paradigmas, todavia, trazem consigo alguns outros questionamentos que são inevitáveis, como no caso, sendo objeto do presente estudo, a ação coletiva passiva originária, não contemplada ainda pela produção legislativa ordinária.

Na própria lei da ação civil pública (LACP) há disposição sobre a legitimidade ativa dos discriminados, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações ou

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------

sociedades de economia mista, além das associações que preenchem os requisitos exigidos.

Não há disciplina sobre a classe no pólo passivo, contudo.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) trata sobre os legitimados concorrentemente para os fins do seu art. 81, parágrafo único, discriminando o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, além das associações na forma dos requisitos previstos em lei.

Também não há regramento sobre a classe no pólo passivo.

Percebe-se, então, que as duas principais fontes ordinárias do subsistema de Processo Coletivo, quais sejam, a lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, não tratam sobre a grande questão: a ação coletiva passiva originária. Ou seja, quando a classe deve figurar no pólo passivo da ação coletiva.

Apesar da integração e a harmonia do subsistema coletivo, estampada no art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, o tema ainda mostra-se pouco explorado.

O estudo em enfoque, portanto, possui real relevância no cenário nacional.

Em primeiro lugar porque não existe ainda nenhuma disciplina sobre a questão, quer na Lei da Ação Popular, quer na Lei da Ação Civil Pública, quer no Código de Defesa do Consumidor, que são considerados as principais fontes do subsistema do Processo Coletivo pátrio.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Em segundo lugar porque o estudo das ações em questão envolve também o estudo das chamadas *class actions* dos Estados Unidos da América como um dos parâmetros de aplicação no Processo Coletivo nacional.

Além disso, o estudo do instituto propiciará uma aplicação de tais ações provavelmente antes mesmo da vigência de um Código de Processo Coletivo, que até o presente instante não foi aprovado no país.

2 AS CLASS ACTIONS E SUA CONTRIBUIÇÃO EM PROL DA FORMAÇÃO DO SUBSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO

2.1. Origem das *class actions*

A contextualização do atual subsistema de processo coletivo passa, necessariamente, pela compreensão das *class actions* dos Estados Unidos da América, as quais serviram de embasamento, pelo menos no plano doutrinário, para as atuais ações coletivas.

Alguns institutos são relevantes na origem das ações coletivas no sistema do *common law* no âmbito da sua constituição, quais sejam, o *Bill of Peace*, a *Equity Rule* 48, de 1842, a *Equity Rule* 38, de 1912, além da *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos da América.

Faz-se necessário destacar, contudo, que o direito norte americano fundou-se inicialmente no próprio sistema adotado na Inglaterra embasado na divisão clássica entre *law* e *equity*. Tinham-se duas esferas bem definidas, ou seja, a jurisdição do direito (*law jurisdiction*) e a jurisdição de equidade (*equity jurisdiction*).

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Castro Mendes, apud Gidi (2007, p. 41), afirma que “os tribunais de direito (*courts of law*), com o objetivo de simplificar a controvérsia e facilitar a tarefa do júri, não permitiam o litisconsórcio voluntário fundado meramente na existência de questões comuns.” Por outro lado, os tribunais de equidade (*courts of equity*), ao contrário, permitiam o litisconsórcio fundado na existência de questões comuns.

Pode-se afirmar, então, que a criação das *class actions* deveu-se à necessidade e conveniência de contornar a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer justiça nas situações em que tal litisconsórcio não era possível. (GIDI, 2007, p. 42).

Um ponto central de adequação em relação à tutela, como se vê, era justamente adequar à classe na mesma relação jurídico-processual, principalmente nos tribunais de direito. Se havia dificuldades na compreensão e na própria formação do litisconsórcio, naturalmente, a visão clássica da relação bilateral entre um autor e um réu prevalecia.

No final da baixa Idade Média e no começo da Idade Moderna, o *Bill of Peace* inglês veio representar um divisor de águas entre o contexto medieval e a nova ordem proveniente das novas perspectivas do processo coletivo. (MANCUSO, 2007, p. 34). Por exemplo, *Bills of Peace* eram requeridos quando um proprietário buscasse reivindicar dos arrendatários terras comuns da vila para atender a seus propósitos, como em *How v. Tenants of Bromsgrove*, perante a gestão de Lord Hottingham, ou quando o vigário litigava com seus fiéis sobre dízimos. (MANCUSO, 2007, p.35).

Discorrendo ainda sobre o instituto, afirma Gidi:

As bills of peace são uma dessas criações de novos instrumentos processuais concebidos para a tutela de novas situações de vantagens previstas pela equity, mas

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



que poderiam também ser utilizados em tutela de situações de vantagem não adequadamente protegidas nos tribunais da law. Por exemplo, segundo algumas decisões e alguns autores, era possível propor uma bill of peace nos tribunais de equity em tutela de um direito fundado no sistema de law, quando o objetivo era evitar uma multiplicidade de pessoas envolvidas em uma controvérsia em torno de uma questão comum era suficiente para se poder invocar a jurisdição dos tribunais de equity, ainda que o objeto do processo fosse da jurisdição dos tribunais da law. (2007, p. 43-44).

Com a possibilidade das bills of peace pelos tribunais de equidade tem-se implantadas as sementes da representação de um grupo, de vários membros, por alguns que pudessem representar a todos em situações similares. Isso seria ainda mais visível, principalmente, quando da impossibilidade de formação adequada de litisconsórcio, ante a grande quantidade de envolvidos no grupo, considerando que o número de interessados fosse exageradamente numeroso.

Ainda no contexto da origem das class actions destaca-se a Equity Rule 48, de 1842. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana editou um conjunto de normas de equidade, dentre elas a Equity Rule 48, ainda com certa limitação, eis que não permitia que os efeitos do julgado pudessem atingir os interessados ausentes do processo, mas que pode ser considerada a primeira codificação sobre a matéria a admitir o ajuizamento da ação de classe quando o número de partes fosse tão grande que se todos desejassem ao mesmo tempo ingressar em juízo isso poderia causar enormes transtornos processuais. (VIANA, 2008).

No âmbito do texto da Equity Rule 48 destaca-se:

Quando as partes em ambos os lados são muito numerosas, e não podem, sem manifestos inconvenientes e opressivos atrasos na demanda ser todas representadas perante a Corte, que através de sua

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



discrição pode dispensa-lo tornando todos os membros em partes (na ação), as quais poderão proceder na demanda, tendo suficiente número de pessoas presentes, para representar apropriadamente todos os controversos interesses dos autores e dos réus. Contudo, nestes casos, a sentença será proferida sem prejuízo dos direitos e pedidos de todos aqueles ausentes como partes. (MANCUSO, 2007, p. 36).

A limitação dos efeitos da decisão em relação apenas aos participantes da relação jurídico-processual, de fato, constituiu-se o maior óbice para se sustentar os efeitos da Equity Rule 48, o que fere a natureza da própria tutela coletiva, mesmo em se considerando o então estágio dos conflitos coletivos na sociedade americana.

No futuro, a Equity Rule 38, de 1912, em seguida, veio justamente suplantiar as limitações da regra anterior no que diz respeito às tutelas coletivas, acabando com a proibição da extensão subjetiva da coisa julgada para os ausentes, no caso da adequada representação.

A regra determinou que quando existissem muitas partes prejudicando a formação do litisconsórcio, seria permitido que algumas figurassem no pólo passivo ou ativo da relação processual, em nome de determinados membros do grupo ou da classe. (VIANA, 2008, p. 97).

Em seguida, a Rule 23 do Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos da América de 1938 ratificou, de certa forma, a importância e aplicabilidade das ações coletivas naquele país, cujos reflexos seriam sentidos em vários países, principalmente no Brasil.

Ainda citando Mancuso, ressalta-se alguns aspectos que podem ser mencionados na Rule 23, mesmo após a alteração advinda em 1966, os quais merecem real destaque, senão vejamos:

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



[...] a inviabilidade da presença efetiva dos sujeitos concernentes à classe, dado seu número expressivo; (ii) a exigência da adequada representação de parte do autor ideológico; (iii) a possibilidade de a classe figurar tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo (to be enforced for or against); (iv) a distinção entre três subtipos de class actions, conhecidos como (a) 1, (a) 2 e (a) 3 na referida Rule 23. Nessa trilogia, o primeiro caso exigia a unity of interest, ou seja, que os interesses fossem ligados ou comuns (joint or commom) a todos os membros da classe; na segunda espécie, as posições dos sujeitos poderiam ser um tanto distintas e não ligadas entre si, mas ainda assim virem a ser afetadas pelo resultado do litígio coletivo; enfim, no terceiro caso, os sujeitos não se encontravam ligados entre si, mas, circunstancialmente, suas posições individuais prendiam-se a um ponto de fato ou de direito comum a todos, ensejando ou recomendando a judicialização do conflito sob a forma coletiva. (MANCUSO, 2007, p. 39).

Dois aspectos aí são de vital relevância no sistema norte-americano, como se depreende da Rule 23, e podem contribuir para a real eficácia das ações coletivas passivas originárias, sendo eles a representatividade adequada e a possibilidade do ajuizamento tanto no viés ativo quanto passivo, como se verá adiante.

2.2 Os sistemas common law e civil law na formação das class actions

Importante a abordagem, na presente fase do trabalho, acerca da contribuição dos sistemas do common law e do civil law para a consolidação doutrinária das class actions. E como dito em linhas passadas, as ações coletivas no direito norte-americano são, na verdade, um legado do direito inglês, especialmente da sua influência durante o período de colonização na América do Norte.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



O povo colonizado em relação ao povo colonizador, apesar da revolução em prol das colônias norte-americanas, adotou em termos gerais o sistema do common law em contraposição ao sistema codificado do civil law, este último em tese mais próximo do direito romano e da cultura que prevaleceu na Europa feudal.

Não é objetivo de presente trabalho, de forma alguma, traçar os perfis aprofundados dos dois sistemas, mas apenas demonstrar como as ações coletivas se consubstanciaram numa cultura mais antenada em relação aos conflitos metaindividuais, fundada inclusive na figura dos precedentes do direito americano.

Por outro lado, as grandes codificações, típicas do sistema do civil law, já não são capazes, em muitas situações, de açambarcar todos os conflitos oriundos das sociedades de massas, daí por que a necessidade de se valorizar institutos outros do direito, mesmo que alienígenas.

2.2.1 O sistema *common law*

O sistema do common law assenta-se principalmente nos costumes e nos precedentes (*stare decisis*). O reflexo é que o direito norte-americano adotou um modelo baseado nos parâmetros inglês, num momento de transformação de uma sociedade então feudal, fincada em caráter absoluto para uma sociedade transformadora que necessitava, por via reflexa, adequar-se às novas realidades de conflitos.

Nota-se que a realidade do colonizador em relação ao colonizado adaptou-se a ponto de o sistema jurídico inglês calhar à realidade das colônias, futuramente libertas, onde houve, por conseguinte, uma real valoração dos direitos civis básicos. Ou seja, a cultura do precedente e do costume assume papel indiscutível na formação da sociedade americana a partir do século XVIII.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



A característica marcante do sistema do common law, no dizer de Moreira Lima (2001, p. 25) “é a importância acordada às decisões dos juízes, e em particular dos juízes de apelação, como fonte primeira do direito. O modelo básico do raciocínio jurídico é o raciocínio por exemplos.”

Levi apud Moreira Lima (2001, p. 25), descreve ainda que o componente básico do sistema em questão é o raciocínio por analogia, analisando ainda os três passos de acordo com o autor citado. São eles, então, em primeiro lugar, procurar similitudes entre um precedente e a situação presente. O segundo, anunciar a regra de direito contida no precedente, isto é, a regra de direito que o precedente carrega. O terceiro passo é aplicar a regra de direito à situação presente. Considera-se o primeiro passo como um dos mais importantes no raciocínio jurídico.

Ainda o mesmo autor, dissertando sobre a importância da analogia do sistema do common law esclarece:

É de se notar que muito raramente os paradigmas de analogia são usados nos sistemas jurídicos codificados. Se na common law, os paradigmas de analogia (analogical paradigms) são até mesmo uma maneira de testar as habilidades jurídicas dos advogados, sendo muito útil para a beleza e coerência de uma petição; nos sistemas codificados os paradigmas de analogia podem ter o funesto efeito de demonstrar a falta de mais profunda pesquisa jurídica – ver-se-ia muitas vezes que a jurisprudência usada de fato não cabia no caso presente. Ou ainda, um advogado fazendo uso de paradigmas de analogia num sistema codificado poderia até ser confundido com um advogado que não colecionou jurisprudências suficientes para as usuais citações feitas aos montes. O uso de paradigmas de analogia com dispositivos legais é ainda mais raro. Com poucas exceções, que não são muito usadas, pode-se dizer que as analogias não têm papel de importância onde a codificação é muito mais influente que a jurisprudência. (LIMA, 2001, p. 26).

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



A Inglaterra a partir dos séculos XII e XIII não recorreu a institutos do direito romano. Mesmo que se considere alguma influência do direito romano na elaboração do common law não há que se afirmar que o direito romano tenha exercido papel de real influência na estipulação dos conceitos e das categorias do sistema. Ao contrário do direito romano, com apoio no saber desenvolvido nas universidades, os juristas do common law estavam inseridos na prática judiciária, tinham contato direto e instrução com profissionais experientes. (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p.35).

Então, mesmo que se possa afirmar a aplicação, de alguma forma, do direito codificado na Europa medieval, a primazia deu-se, todavia, em relação ao direito consuetudinário, assentado na realidade local, no que diz respeito aos ingleses. Mas a onda não atingiu países como a França, Itália ou Alemanha, que seguiram as diretrizes do direito romano, codificado, afastando, por conseguinte, a relevância a figura do *stare decisis*.

2.2.2 O sistema *civil law*

No sistema do civil law, ao contrário do sistema supracitado, os institutos não se embasaram especificamente na cultura do costume ou dos precedentes (*stare decisis*), ou muito menos em analogia, mas sim no desenvolvimento do legado deixado pelo direito romano.

É importante ressaltar a real importância entre o direito comum europeu, assentado no saber das universidades da época em relação aos direitos locais, consuetudinários, baseados nos costumes, que iriam, por via reflexa, caracterizar o sistema do common law.

Nesse sentido, Cristiano Paixão (2008, p. 25) ao abordar sobre o tema, fazendo um contraponto, esclarece:

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



No continente europeu, foi construído um direito erudito, que teve como mola propulsora a redescoberta de uma compilação de fontes do direito romano. A disseminação dos institutos e das categorias do direito romano deu-se com apoio no saber desenvolvido nas universidades. Além disso, foi construída uma rigorosa separação entre o direito comum europeu – exercitado nas compilações de fontes civis e canônicas, na formação universitária dos juristas profissionais, na elaboração da legislação por reis, papas, cidades e ligas de comerciantes – e os direitos locais, de cunho consuetudinário. Ficou demarcada, portanto, a diferença entre um direito erudito europeu, relativamente uniforme para a Europa continental e os direitos locais que variavam conforme as inclinações de cada comunidade, burgo, cidade ou grupo de mercadores.

No sistema do civil law a figura do juiz assume papel menos expressivo, eis que aplicação da lei encontra real relevância, inclusive como fonte primária do direito. Há exemplos gritantes no nosso sistema, que segue a raiz do direito codificado. Se assim não fosse, diferente seria a redação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que determina a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, apenas e tão-somente na omissão da lei.

A estrutura do nosso sistema jurídico, então, encontra-se fundada em especial na lei como fonte primária do direito. A analogia, por exemplo, que no sistema do common law possui importância indiscutível, como já dito em linhas transatas, no sistema codificado aplica-se apenas em situação residual.

Há, entretanto, quem entenda superada, de certa forma, a aplicação apenas e tão-somente da lei pelo juiz, como se vê nas palavras de Rangel (1997, p. 20):

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Ora, se partirmos da asserção – que julgamentos inquestionável - de que a jurisdição se caracteriza materialmente como uma actividade dirigida à aplicação do direito (à resolução de questões de direito, a título principal e exclusivo), então torna-se por demais evidente que a tarefa material do juiz já não pode hipostasiar-se numa mecanicista aplicação da lei e nada tem que ver com o modelo supostamente querido por Montesquieu, da boca que pronuncia as palavras da lei. É que, insistimos, o direito não se reduz à lei, e portanto, a actividade do juiz já não poderá voltar a ser percebida como a correia de transmissão do legislador.

Apesar de importantes, as palavras do autor português são, para muitos juízes oriundos do sistema codificado, difíceis de serem absorvidas. A própria Lei de Introdução ao Código Civil, na forma mencionada, é um desestímulo à aplicação de outras fontes do direito que não necessariamente à lei. Como se não bastasse, a leitura do art. 126 do Código de Processo Civil pátrio também indica que o juiz somente pode fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, nas suas decisões, caso não existam normas legais acerca do caso que lhe foi submetido.

No sistema de direito codificado, na verdade, trabalha-se com o direito posto, positivo, nas palavras de Eros Grau (2000. p. 64), eis que o “cada juiz, ao tomar decisões sobre conflitos (=litígios, em verdade), interpreta e aplica um determinado direito positivo – o direito positivo brasileiro, v.g.”.

A base do sistema romano-germânico não é, ao contrário do sistema norte-americano, a análise do caso concreto que é submetido aos tribunais, pois a decisão do magistrado não se vincula, necessariamente, à jurisprudência da Corte Superior ao qual está vinculado.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------

Nesse sentido, os ensinamentos de Buckland e McNair (1994) ao comentar o sistema romano, senão vejamos:

Los romanos no tenían, en principio, case law: la decisión de un tribunal no constituía un precedente obligatorio si la cuestión surgía otra vez. Esto era inevitable. En un sistema en el que el iudex no era un jurista, sino un ciudadano corriente, poco más que un árbitro, debió de resultar imposible que sus sentencias vincularan.

Mesmo diante de certas limitações hermenêuticas, principalmente em face de toda a teoria que construiu o direito privado, o juiz do sistema codificado, de certa forma, goza de maior liberdade na sua atuação no que diz respeito ao seu poder de fundamentá-la. Aqui mesmo no Brasil, analisando-se o art. 131 do Código de Processo Civil, verifica-se a adoção do princípio do livre convencimento motivado. Ou seja, o magistrado é livre para fundamentar seu julgamento, inclusive contrariamente à jurisprudência dominante dos tribunais (salvo no caso de súmulas vinculantes), desde que devidamente motivado.

Em tese, então, os juízes menos influenciados pela Revolução Francesa permaneciam com poderes maiores, eis que o movimento revolucionário naquele país não confiava nos juízes, o que era aceitável diante da aproximação com a monarquia. Como na França os juízes estavam mais próximos da monarquia e o sistema ruiu é compreensível à perda de poderes do magistrado.

Contudo, Moreira Lima (2001, p. 49) fala de uma possível inversão desta equação, comparando o sistema do common law e do civil law, senão vejamos:

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Em outras palavras, pode ser que tenha ocorrido uma inversão entre o que se pretendeu e o que se alcançou com respeito à relação entre os juízes e o Estado no antigo regime da monarquia. Na common law os juízes permaneceram com uma interpretação vinculante, diminuindo o poder de futuras cortes. Enquanto no direito codificado, os juízes tiveram seu poder de interpretação circunscrito ao caso presente, mas os juízes continuaram com o poder de decidir cada caso mais especificadamente, com nenhuma, ou quase nenhuma, constrição judicial.

Diante dos principais aspectos expostos em relação aos dois sistemas, chega-se ao ponto, no presente instante, de se dizer, efetivamente, qual deles contribuiu para o surgimento das ações coletivas, qual deles representou um melhor celeiro para o desenvolvimento do processo coletivo.

2.3 A maior contribuição do sistema common law em prol das class actions

Neste ponto do trabalho, pode-se perquirir se o sistema do common law contribuiu de forma mais eficaz para o surgimento das class actions se comparado ao sistema do civil law. Em resposta, mesmo que de forma por demais concisa, é evidente que o sistema inglês, que fundamentou o surgimento do sistema norte-americano, enraizado nas suas fontes clássicas, contribuiu de forma mais eficaz em relação ao surgimento das ações de massas.

Isso ocorre, no nosso sentir, em especial, pela raiz das fontes e suas reais importâncias no sistema do direito britânico, aplicado em grande parte na colônia, por assim dizer, citando Mario Losano, fundados no costume, na lei e na jurisprudência; entretanto mitigando-se a importância da lei como fonte primária do direito.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Conforme o autor, então, em análise das fontes do direito britânico tem-se o seguinte:

La constumbre. Como todos los grandes sistemas jurídicos, también el Common Law absorbe y organiza los usos preexistentes en el territorio británico, de tal modo que con el siglo XIV se puede decir que la constumbre general como fuente del Derecho es sustituida por el precedente judicial [...]. La ley. La importancia de la legislación directa y delegada ha ido creciendo hasta asumir una importancia fundamental (aunque no predominante) a partir del siglo XIX. [...] El precedente. Apesarera de la cada vez más clara afirmación de esta línea evolutiva, el Derecho británico era y sigue siendo un derecho esencialmente hecho por los jueces. Esta continuidad jurídica es la expresión de la continuidad política que caracteriza la historia constitucional inglesa [...] (LOSANO, 1982).

O costume, a lei e a jurisprudência também assumiram importância como fontes do direito no sistema civil law, mas evidentemente que a lei recebeu papel de maior relevância. Inclusive é o que se depreende do sistema pátrio fundado e construído sob o manto da divisão clássica do direito entre público e privado, herança romano-germânica.

O direito privado, cuja base de sustentação até pouco tempo era o Código Civil de 1916, ainda refletia o viés nitidamente individualista, uma visão ainda por demais arraigada ao conflito na relação bilateral, considerando em segundo plano institutos como a substituição processual ou até mesmo as tutelas coletivas.

A dicotomia entre direito público e direito privado, inclusive, que assentou toda a construção do sistema romano-germânico não deixa espaços para a compreensão dos interesses e ou direitos difusos. Os direitos difusos, inclusive, que são transindividuais por natureza,

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



na sua compreensão mais abrangente. A superação de tal dicotômica, pois, mostra-se crucial para a aceitação das ações coletivas.

Os interesses difusos, ademais, sequer podem se confundir com interesses públicos ou interesses privados, constituindo, na verdade, uma situação intermediária, ou uma situação supradicotômica da visão limitada entre o que se refere ao indivíduo e o que se refere ao Estado.

Teixeira de Sousa (2003, p. 34), autor português, escreve muito bem sobre a questão ora ventilada:

Os interesses difusos distinguem-se quer dos interesses públicos (porque, além de uma dimensão supra-individual, possuem necessariamente uma dimensão individual), quer dos interesses privados (porque, apesar de possuírem uma dimensão individual, não são apropriáveis por nenhum sujeito). [...] Os interesses difusos não se enquadram nesta tradicional dualidade, pois que exprimem uma realidade mais complexa do que aquela que se polariza no Estado e no indivíduo. Os interesses individuais tornam-se interesses difusos quando alcançam uma dimensão supra-individual que lhes é dada pelo bem a que se referem e os interesses públicos tornam-se interesses difusos quando podem ser reduzidos à dimensão individual de cada um dos seus titulares.

Neste campo, diante da maior flexibilidade do sistema common law em relação à aceitação de outras fontes, que não necessariamente a lei, como marcos importantes na construção do direito, naturalmente o celeiro para que se brotassem as ações coletivas era muito mais propício.

A dicotomia rígida entre o público e o privado do direito romano, que inspirou a construção dos sistemas da América Latina, inclusive o Brasil, não prejudicou, mas emperrou, retardou, de alguma forma, o nascimento do conceito de tutela coletiva e das ações de massas.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Uma olhar mais atento sobre tal questão, indica o fato claramente aos aplicadores do direito posto no Brasil, eis que somente com o Código de Defesa do Consumidor de 1990, trouxe a lei (fonte primária do sistema romano-germânico), conceitos de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É curial, pois, que o sistema do common law contribuiu de forma peculiar em prol do surgimento das ações coletivas, sejam nos Estados Unidos da América, seja no Brasil. É a conclusão que se chega, pela menos diante de uma análise sucinta da matéria.

3 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA – PRINCIPAIS ASPECTOS

As ações coletivas passivas são oriundas das chamadas defendant class actions dos Estados Unidos da América, que se desenvolvem no sistema jurídico de tal país em razão da homogeneidade de tratamento dispensada ao autor e ao réu no que concerne a legitimidade para figurar no processo, conforme se vê pela regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano (Federal Rules of Civil Procedure). (GRINOVER et al, 2007, p.34).

Não há dúvidas que a defendant class action encontra-se prevista na alínea (a)(3), da Rule 23, das Federal Rules of Civil Procedure dos Estados Unidos da América, faltando, entretanto, no nosso sistema regra idêntica e direta quanto ao tema.

Tal fato não quer dizer, necessariamente, que são impossíveis de se verificar, até mesmo porque o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor disciplina que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Diz Mancuso (1994, p. 94) que “em regra podem figurar no pólo passivo da ação civil pública os que estão legitimados no pólo ativo (exceção órgão do MP). Isto em linhas de princípio, já que, via de regra, as associações preservacionistas ou ambientalistas soem lutar em defesa dos interesses difusos, e não contra estes.”

Batista de Almeida (2001, p. 117) sem maiores abordagens, defendendo a viabilidade de legitimados passivos, diz que:

Enquanto para os legitimados ativos a LACP cuidou de relacionar um a um, o mesmo não ocorre em relação aos legitimados passivos. Na verdade, não há tal necessidade: figura no pólo passivo da ação civil pública aquele que pratica conduta que ameaça ou causa lesão a um bem tutelado por essa via processual. Assim, qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive entes públicos diretos ou indiretos, podem estar nesta situação. A denúncia da lide, em regra, não tem sido aceita pelos tribunais para não se permitir uma nova demanda dentro daquela originária, com naturais transtornos daí decorrentes.

Logo, em que pese o disposto no art. 12 do CDC ou no art. 22 do mesmo Diploma, quando aborda a questão da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço; ou, ainda, respectivamente, da responsabilidade de órgãos públicos ou empresas concessionárias ou permissionárias, não há que se falar, especificamente, em classe no pólo passivo da ação.

Zaneti Júnior (2006, p. 94), ao abordar a temática em questão, afirma que “a resistência dogmática natural surge da consagrada tradição legislativa brasileira, que aceita apenas a legitimação *ex vi legis* e, também, do natural risco de um modelo legal abstrato e genérico levar a uma inadequada representação dos titulares dos direitos coletivos *lato sensu*.”

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Antecipando, então, a previsão do Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América, mostra-se possível a aplicação das ações coletivas passivas originárias no nosso atual sistema, independentemente de previsão legal, inclusive porque, diante dos institutos típicos do sistema common law o juiz deve ser visto como judge-made-law, ou seja, deve ser legislador (sem ferir o princípio básico da separação os poderes), privilegiando a necessidade urgente de utilização do instituto diante do alto grau de conflitos de massas presenciados pela sociedade atual.

3.1 Conceito

A conceituação de um instituto jurídico nem sempre se mostra fácil, pois daí decorrem vários reflexos de sua aplicabilidade, ainda mais se considerarmos a inexistência em relação à sua previsão legal no subsistema de processo coletivo.

A defendant class action cuida-se de ação proposta contra a classe e não pela classe a fim de se tutelar um direito de natureza metaindividual. É admissível no sistema norte americano, conforme alínea (a)(3), da Rule 23, das Federal Rules of Civil Procedure, mas não encontra regramento específico no nosso país, como dito. É que, geralmente, nas ações coletivas a legitimidade é estudada apenas no viés ativo, conforme legitimados já determinados pelo subsistema de processo coletivo.

Nas ações coletivas passivas originárias revitaliza-se o papel do juiz como verdadeiro protagonista, que deverá assumir a missão de identificação da classe (defining fuction) e de controle sobre a efetiva capacidade de sua representação (adequacy of representation).(LENZA, 2005, p. 207). Se verificarmos a matéria à luz do nosso ordenamento, dentro dos parâmetros da legitimação ativa, a identificação da classe pelo juiz é muito mais cômoda, uma vez que os mesmos já se encontram

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



previstos na legislação ordinária. A representatividade adequada no pólo passivo, por outro lado, constitui-se o grande desafio das ações coletivas passivas, daí emergindo o papel mais ativo do juiz.

No nosso entendimento a ação coletiva passiva originária se constitui ação civil de natureza coletiva em face da classe adequadamente representada, definida pelo juízo, a fim de que um direito de natureza difuso ou coletivo seja tutelado não pela classe, mas contra a classe.

A ação coletiva passiva é de natureza civil e não penal, logo aí com a intenção de se estancar qualquer interpretação face ao direito penal no âmbito da sua teoria geral. A figura da representatividade adequada na ação coletiva passiva, por via reflexa, deve caber ao juiz que se vê diante do conflito social. 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 da relação bilateral clássica. Quanto aos interesses e direitos envolvidos são perfeitamente aplicáveis os conceitos já apregoados no Código de Defesa do Consumidor, espinha dorsal do atual subsistema de processo coletivo, pois consegue açambarcar os interesses difusos e coletivos, transindividuais por natureza.

3.2 A questão da representatividade adequada nas ações coletivas passivas originárias

O instituto da representatividade adequada constitui-se fundamental para o ajuizamento das ações coletivas, sejam elas ativas ou passivas. Nos Estados Unidos da América o controle da representatividade adequada é feito pelo juiz da ação e ao mesmo se confere um grande grau de liberdade na definição dos parâmetros condizentes com a demanda posta em juízo. Trata-se da representação *ope judicis*.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



No atual subsistema de processo coletivo não existe tratamento específico sobre a representatividade adequada. Na lei da ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor já existem os legitimados possíveis para ajuizamento das demandas coletivas, inclusive a natureza dos interesses envolvidos.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América inova ao trazer, com a importância que o instituto requer, a representatividade adequada como um dos requisitos para ajuizamento da ação coletiva. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar alguns critérios: 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.¹

Por força do art. 35 do mesmo Código Modelo, também nas ações coletivas passivas, a mesma pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, na forma do art. 2º, § 2º do mesmo Diploma. Diante disso, observa-se, sem sombra de dúvidas, que a representatividade adequada (adequacy of representation) é requisito indispensável nas ações coletivas, sejam elas ativas ou passivas.

¹ O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América traz em seus artigos 2º, § 2º, os critérios da representatividade adequada do legitimado, os quais devem ser analisados pelo juiz da causa. Percebe-se que muitos dos critérios ficam dentro do parâmetro subjetivo do juiz que conduzirá o feito, eis que a análise é feita logo no início da ação.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Outro aspecto indelével, que se mostra presente numa simples leitura do Código Modelo, é que os requisitos que definem o representante adequado envolvem critérios objetivos e subjetivos. Objetivamente, podem ser verificados “a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe”, como também “o tempo de instituição de associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” Subjetivamente, há critérios como “credibilidade, capacidade e prestígio” do legitimado, “conduta em outros processos coletivos”, os quais, de fato, somente podem ser verificados pelo juiz, sendo daí também sua importância como condutor nas ações de massa.

O instituto da representatividade adequada resguarda o direito ao devido processo legal, pois quanto ao mesmo não existe qualquer ofensa. O representante satisfaz a garantia fundamental da parte ser ouvida no processo, de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que o representante, diga-se, equipara-se à inteireza do grupo, categoria ou classe, na relação jurídico-processual.

Gidi (2007, p. 100) aborda a questão assim ponderando:

Assim, nas class actions, considera-se que os membros do grupo sejam ouvidos e estejam presentes em juízo através da figura do representante, que funciona como uma espécie de porta-voz dos interesses do grupo. O direito de ser ouvido em juízo é reduzido, então, a um direito de ser ouvido através do representante.

As garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dentre outras, continuam perfeitamente resguardadas, bastando tão-somente que a figura do representante adequado exista, após a análise dos critérios pelo juiz condutor do feito. Os membros ausentes encontram-se representados adequadamente pelo representante, depois de preenchidos os requisitos exigidos pelo Código.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



No Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, última versão, de janeiro de 2007, exige-se na ação coletiva passiva (originária) o requisito da representatividade adequada, mesmo que a coletividade organizada não tenha personalidade jurídica.²Na última versão do Anteprojeto consta a expressão “originária” nas ações coletivas passivas, o que não ocorre no Anteprojeto para a Ibero-América. O termo diz respeito, na verdade, à diferenciação entre as ações coletivas passivas que podem ser decorrentes de outra ação, como no caso do grupo figurando na qualidade de réu numa ação rescisória, das ações coletivas passivas propriamente ditas, que não são oriundas ou decorrentes de outra ação já em trâmite.

O requisito da representatividade adequada dispensa, inclusive, a personalidade jurídica como uma das condições da ação. Não se mostra nosso propósito aqui adentrarmos na teoria geral do processo comum a fim de analisar as condições da ação legadas pela teoria geral tradicional do processo comum, que consideração o interesse de agir, a legitimidade e a personalidade jurídica da parte como condições da ação.

Um grupo, categoria ou classe, desde que se configura uma coletividade organizada, pode ser objeto de uma ação coletiva passiva originária junto ao Poder Judiciário, mesmo que não tenha, em tese, personalidade jurídica na forma que estamos habituados a reconhecer.

Tanto no Código Modelo para a Ibero-América, como no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, última versão, o instituto da representatividade adequada emerge como ponto fundamental em relação às ações coletivas, pelo que, em nenhum momento, pode ser desprezado pelos aplicadores do Direito.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



3.3 Natureza dos direitos e interesses envolvidos: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O que são direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos?

A idéia da transindividualidade se solidifica, no Brasil, com o Código de Defesa do Consumidor, especialmente seu art. 81, parágrafo único, ao definir, inclusive usando a expressão “assim entendidos”, os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os primeiros são de natureza indivisível, que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os segundos são também de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por um relação jurídica de base. Os terceiros são os decorrentes de origem comum, e aí a transindividualidade é apenas aparente.

Arruda Alvim (2005, p. 28) afirma, em primeira nota em relação ao conceito de direitos difusos, é a de que eles não dizem respeito a uma só pessoa, senão atinam com mais de uma (número indeterminado), daí porque se dizem transindividuais, pertencendo a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis.

Ainda o mesmo autor prossegue citando um exemplo de lesão a direito difuso, mencionando a veiculação de propaganda enganosa via televisão ou jornal. No caso, atinge-se um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato (estarem assistindo a propaganda via televisão ou lendo o mesmo jornal). O bem jurídico tutelado é indivisível: basta a veiculação da propaganda enganosa para que todos os consumidores sintam-se ofendidos. (ALVIM, 2005, p. 29).

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Em relação aos direitos ou interesses coletivos a transindividualidade também é presente, mas os sujeitos são determináveis no âmbito do grupo, categoria ou classe. Em ambas as situações, sejam nos difusos quanto nos coletivos, os interesses transcendem o indivíduo, são indivisíveis e titularizados não só pelo indivíduo isoladamente considerado, mas pela sociedade como um todo ou grupos mais ou menos extensos de pessoas. (ALMEIDA, 2001, p. 32).

Theodoro Júnior (2001, p. 57-75) faz a distinção entre direitos difusos e direitos coletivos da seguinte forma:

A distinção entre direitos difusos e direitos coletivos se faz em função do vínculo que mantém interligados os membros do grupo interessado. No grupo o titular do direito difuso não se registra vínculo jurídico ligando os indivíduos entre si ou à parte contrária. Os interessados são indeterminados e indetermináveis e apenas circunstâncias de fato os unem, tais como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar da mesma atividade econômica. Já o grupo titular do direito coletivo tem sua formação ligada a uma relação jurídica seja entre os indivíduos seja entre a comunidade e a parte contrária, como, por exemplo, os usuários da Ponte Rio-Niterói diante da empresa que a administra. Esses usuários são indetermináveis e o que reivindicam beneficiará indistintamente qualquer pessoa que use a ponte. Todos, porém, ligar-se-ão à referida administradora por um vínculo jurídico (e não apenas de fato), quando se valerem do respectivo serviço público. O grupo obterá benefícios para todos os que representarem entre si o vínculo jurídico comum de associados à mesma instituição.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, como ressalta Zavascki (2007, p. 42), “são simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza.” E prossegue ainda o mesmo autor

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



dizendo que homogêneos é “qualitativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação jurídica de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.” Zavascki (2007, p. 42).

Sobre os interesses individuais homogêneos em comparação com os interesses difusos e coletivos, cabem muito bem as palavras de Teixeira de Sousa (2003, p. 52), autor português, no presente momento:

Os interesses difusos possuem uma dupla dimensão individual e supra-individual, pelo que os interesses individuais homogêneos são a concretização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses colectivos em cada um dos seus titulares. Enquanto os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos correspondem à dimensão supra-individual dos interesses difusos *lato sensu*, os interesses individuais homogêneos são a refração daqueles mesmos interesses na esfera de cada um de seus titulares. É, aliás, desta circunstância que resulta a homogeneidade destes interesses: eles são homogêneos no seu conteúdo, porque os seus titulares o são simultaneamente de um mesmo interesse difuso *stricto sensu* ou de um mesmo interesse colectivo. Todos os referidos interesses – os difusos *stricto sensu* e os colectivos, por um lado, e os individuais homogêneos, por outro – correspondem a uma mesma realidade que é perspectivada por dois distintos ângulos de análise, um supra-individual e outro individual.

Nas sociedades onde imperam os conflitos de massas, tem-se que imprescindível a visualização do fenômeno da transindividualidade (metaindividualidade) para se definir a natureza do conflito, inclusive se os legitimados previstos na legislação ordinária (e em alguns casos na Constituição Federal), encontram-se aptos para atuar. Os direitos ou interesses difusos e coletivos, como se percebe, são transindividuais por excelência, cuja característica lhes

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



afora. Já nos direitos ou interesses individuais homogêneos a transindividualidade é apenas aparente (artificial), ou seja, como os sujeitos são determináveis, visíveis, a repercussão em face da coletividade é mitigada.

O interesse social pode ser encontrado também nos direitos ou interesses individuais homogêneos, mesmo diante de sua transindividualidade superficial ou aparente, sendo que, também, visualizáveis nas ações coletivas passivas.

Portanto, mesmo nas ações coletivas passivas os conceitos de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são aplicáveis, devendo o juiz que conduzir o feito ter sensibilidade para definir a incidência de cada um, no momento adequado.

4 APLICAÇÃO EFETIVA DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-NACIONAL

4.1 A ampliação hermenêutica

Um aspecto que foi mencionado em linhas passadas, ainda no trabalho, agora merece novo espaço. Trata-se da ampliação hermenêutica para que, de fato, os aplicadores do Direito possam, de forma efetiva, utilizar o instituto da ação coletiva passiva (originária) sem que exista, pelo menos por enquanto, lei regendo o assunto.

A crise do modelo (modo de produção do Direito) se instala, como diz Streck (2007, p. 35), porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando dentro da perspectiva de um Direito voltado a enfrentar conflitos interindividuais, bem presentes nos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal, processual civil).

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



É inegável que nosso sistema é fechado e essencialmente individualista. Uma simples leitura dos dispositivos que guiam todo o direito privado no país indica como o aplicador do Direito encontra-se fechado dentro do sistema. Nesse diapasão, verifica-se o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que manda aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, somente quando a lei for omissa. Da mesma forma, o art. 126 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz não pode deixar de proferir decisão alegando omissão no sistema. Além disso, o art. 335 do mesmo Diploma, que somente na ausência de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum “subministradas pela observação do que ordinariamente acontece [...]”.

Analisando a questão, Streck (2007, p. 112) escreve:

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais) e os princípios gerais do direito.

Há, ainda, o que se chama de legislação-álibi, ou seja, quando o legislador atua para prestar contas à sociedade da sua atividade, na tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, pelo menos, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador (NEVES, 2007, p. 39).

A legislação simbólica, dentro do contexto da legislação-álibi,

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



destina-se a criar “a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal.” (NEVES, 2007, p. 39).

Nesse contexto, evidencia-se que não há preocupação do legislador em relação à efetividade da norma. A legislação simbólica apenas tem por fim, através de legislação álibi, conceder uma resposta à sociedade em relação ao desejo normativo.

Muitas vezes ocorre que, mesmo diante da legislação, ou da reforma da mesma, não se introduz o que de fato clama por reforma, como é o caso da ação coletiva passiva, objeto do presente estudo.

A ampliação do horizonte hermenêutico mostra-se importante justamente para se aplicar o instituto da ação coletiva passiva (originária) logo de plano, sem que haja, necessariamente, pronunciamento do Poder Legislativo.

E o que é pior. Após os estudos sobre a matéria, com análise do Código Modelo de Processos Coletivos e de outros Anteprojetos, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que sequer trata sobre a ação coletiva passiva.

Como se demonstrou, o instituto é perfeitamente viável, adotado nos Estados Unidos da América - apesar da dificuldade de certificação - aplicado também em outros países do sistema common law, mas mesmo assim, diante de tantas evidências de sua viabilidade, foi vilipendiado pelo legislador no Projeto de Lei em questão.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



4.2 Formas concretas de aplicação do instituto (inclusive no processo do trabalho) versus Projeto de Lei nº 5.139/2009

Enquanto os conflitos sociais atuais da sociedade pós-moderna exigem, a cada dia, uma maior importância às ações de massa, especialmente quanto à ação coletiva passiva (originária), estranhamente o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que tramita no Congresso Nacional para alterar a lei que rege a ação civil pública, não traz nada sobre o instituto, nem muito mesmo sobre a representatividade adequada das referidas ações – nem mesmo nas ações ativas. Então, o Projeto de Lei que altera a lei da ação civil pública despreza, de forma lamentável, toda uma construção doutrinária acerca da matéria.

Existem, todavia, vários exemplos que comportam a ação coletiva passiva (originária), como se percebe.

Lenza (2005, p. 208), citando Grinover, descreve exemplos como ação civil pública intentada contra uma associação de moradores do bairro que decidem bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas; ou de outra, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, visando a impedir o ingresso nos estádios das famigeradas torcidas organizadas; ou ainda de ações individuais ou coletivas intentadas contra a Ordem dos Advogados do Brasil para obrigá-los a suspender a distribuição de adesivos, eventualmente ofensivos contra outras categorias profissionais.

Mancuso (2007, p.178) citando Mazzilli, argumenta que a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la embora obrigados a tanto.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Além disso, uma possibilidade de manuseio da ação coletiva passiva originária diz respeito ao ajuizamento da ação em face de determinado sindicato da categoria profissional (sindicato dos trabalhadores), considerando que vários empregados de uma empresa específica não estão usando os equipamentos de proteção individual que lhes são disponibilizados. Como se sabe, as normas de ordem pública de caráter absoluto adquirem real relevância no direito do trabalho, dentre elas as normas de saúde, segurança e higiene dos trabalhadores. Por outro lado, em muitas situações os empregadores sentem-se impedidos de fiscalizar ou de cobrar, no dia-a-dia a utilização dos equipamentos de proteção individual dos seus empregados. Os efeitos podem ser drásticos, inclusive com ações junto à Justiça do Trabalho pedindo indenização decorrente de suposto acidente do trabalho quando o empregado não estava usando seu EPI. Como se aplica a teoria da responsabilidade objetiva no acidente do trabalho, na forma do art. 927, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, bastaria o empregador demonstrar o nexo de causalidade para receber, em tese, a indenização devida.

O ajuizamento da ação coletiva passiva originária por parte do empregador, com natureza preventiva, contudo, em face do sindicato da categoria profissional, buscaria a tutela cominatória em relação aos seus empregados, inclusive sob pena de multa, caso os equipamentos de proteção individual não fossem utilizados. Isso evitaria, sem sombra de dúvidas, futuras condenações dos empregadores em ações acidentárias, tomando-se por base a tutela já deferida na ação coletiva passiva originária.

Veja-se ainda outro exemplo. O Ministério Público do Trabalho poderia ajuizar ação civil pública em face do sindicato da categoria profissional (dos trabalhadores) para questionar ascensões ilegais em empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem concurso público, em regime contratual. Além da empregadora em

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



si, o sindicato poderia figurar no pólo passivo, em litisconsórcio necessário, evitando-se, assim, seu interesse na ação para manutenção da situação irregular dos trabalhadores.

Da mesma forma, ainda dentro de tal raciocínio, o Ministério Público do Trabalho estaria legitimado ativamente para acionar passivamente sindicato de categoria profissional em relação às últimas eleições realizadas sem observância dos critérios previstos no respectivo Estatuto. Eleições ilícitas ferem o interesse coletivo da categoria, daí por que presente o elemento da metaindividualidade, mas figurando no caso o sindicato no pólo passivo da ação coletiva e não no pólo ativo.

Movimentos sociais que, tem tese, não possuem legitimidade de podem ser acionados passivamente em ações coletivas, desde que preenchidos os requisitos da representatividade adequada. Concede-se ao juiz, nesse particular, poder para certificação, ou numa melhor linguagem do nosso sistema, poder para recebimento da ação.

Frente ao exposto, a utilização da ação coletiva passiva no nosso ordenamento já se mostra perfeitamente possível. Mesmo que o Projeto de Lei que está tramitando no Congresso Nacional não aborde a temática, nada obsta, por via reflexa, que os aplicadores do Direito compreendam a viabilidade do instituto.

Uma emenda substitutiva no Projeto de Lei, inclusive, acrescentando dispositivos para açambarcar a ação coletiva passiva (originária) seria de grande valia, pois concederia aos mais resistentes, diante da previsão legal futura, a certificação sem medo da ação em destaque.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser visualizadas no presente estudo, cuja matéria não se esgota aqui diante da sua envergadura, da sua importância em face dos conflitos revertidos pelo elemento da transindividualidade.

É indiscutível que toda legislação nacional foi construída em consonância com o ideário pós Revolução Francesa, assentada no individualismo e nas grandes codificações para dirimir os conflitos da nova ordem.

Ainda que as pacificações de tais conflitos tivessem por fim a resolução via Poder Judiciário, constituído para tanto, era praticamente impossível se prever, em pouco tempo, a complexidade de vertentes que surgiram nas sociedades de massas.

É por isso que nesse sentido as class actions dos Estados Unidos da América, herdadas do direito britânico, assumiram importância significativa no sistema do Novo Mundo. Através das ações coletivas uma única decisão poderia influenciar na vida de milhares de pessoas submetidas ao mesmo vínculo de natureza jurídica.

Tanto é assim – e isso não se pode negar – que a teoria geral do subsistema de Processo Coletivo nacional foi construída com base nas ações coletivas americanas. Conceitos como representatividade adequada (ainda que timidamente), interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, flexibilização dos limites da coisa julgada, mitigação do princípio da estabilidade de lide, dentre outros, foram absorvidos de forma construtiva.

Contudo, o estudo em comento demonstrou a sua viabilidade e aplicabilidade. Esse é o principal objetivo. Encontra eco a ação

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



coletiva passiva porque existem tantos conflitos em que a classe pode figurar no pólo passivo que despreza-la seria, por via reflexa, negar o próprio direito.

Estranhamente, afastando todo um referencial teórico sobre ações coletivas, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que pretende disciplinar sobre a ação civil pública, inclusive revogando a lei atual, não traz nada sobre a classe no pólo passivo, nem sobre a possibilidade do juiz definir a representatividade adequada numa ação deste naipe.

Nossos aplicadores do Direito já se encontram preparados para aplicar o instituto. Mesmo que o Projeto de Lei não contemple a classe no pólo passivo, faz-se necessário um giro de hermenêutica para adequá-lo à realidade. Trata-se de algo não tão fácil assim, como visto, diante da hermética interpretação positivista assentada na teoria geral do direito privado (divisão inclusive já superada para efeitos da metaindividualidade) que prima pela lei como fonte primária do Direito. São barreiras superáveis.

A superação das barreiras (entraves) apontadas exige o seguinte.

Em primeiro plano, a apresentação de um substitutivo no Projeto de Lei nº 5.139/2009 que trata sobre ação civil pública, incluindo um artigo para disciplinar, em definitivo, sobre a ação coletiva passiva originária, com base na disciplina já ofertada pelo Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América.

Em sendo segundo plano, suplantada a possibilidade de reforma do Projeto de Lei citado, o desenvolvimento teórico-doutrinário em prol da ação coletiva passiva originária, utilizando-se com base a própria teoria geral das ações coletivas americanas.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



Não se pode conceder à vontade do legislador o poder soberano de incluir ou não o instituto em discussão na fonte primária do Direito (lei). A vontade do legislador muitas vezes não é a vontade da sociedade – pelo menos em tese o é. Se os conflitos de massas surgem a cada dia, se o conceito de transindividualidade floresce e exige novas posturas, inclusive com aceitação da classe no pólo passivo, nada mais justo que os aplicadores do Direito assumam a responsabilidade que o Estado Democrático os confere na pacificação dos conflitos.

Portanto, de uma forma ou de outra, a viabilidade da ação coletiva passiva originária no contexto atual mostra-se indiscutível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUCKLAND, W. W y McNAIR, Arnold D. **Derecho Romano y Common Law**. Una comparación en esbozo. Segunda edición revisado por F.H Lawson, D. C. L. Traducción española de Ignacio Cremades Ugate. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1994.

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

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------



GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001.

LOSANO, Mario G. **Los grandes sistemas jurídicos**. Introduccion al derecho europeo y extranjero. Versión catellana de Alfonso Ruiz Miguel. Colleccion Universitaria. Editorial Debate. Madrid. 1982

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada, teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZEI, Rodrigo Reis, NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------

RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difuso**. Lex: Lisboa, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 788. jun. 2001. p. 57-75

VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 159, p. 92-117, maio 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed., rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

R. TRT da 22ª Região	Teresina	v. 6	n. 1	p.84 - 122	jan. / dez. 2009
----------------------	----------	------	------	------------	------------------