

# Breves aspectos acerca da ação coletiva passiva originária

## Short considerations on original passive collective action

Bianca da Rocha Dalla Vedova

Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela ABDPC - Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. e-mail: biavedova@yahoo.com

---

**Resumo:** O presente artigo propõe-se a destacar breves aspectos da introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da ação coletiva passiva originária, prevista no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos. De origem norte-americana, o referido instrumento processual possibilita a demanda coletiva contra o grupo, categoria ou classe, desde que adequadamente representado, e que a ação verse sobre direitos difusos e coletivos, presente o interesse social. Este microsistema busca adequar as normas processuais vigentes à natureza do direito subjetivo posto em causa, ante a particularidade dos chamados novos direitos. Pontos como a representatividade adequada, esta condição da referida ação, e os efeitos subjetivos da coisa julgada são sumariamente abordados.

**Palavras-chave:** 1. ação coletiva passiva originária. 2. direitos difusos e coletivos. 3. Anteprojeto de Código de Processos Coletivos

**Abstract:** The present work aims at detaching some aspects of the introduction of the original passive collective action, in Brazilian juridical ordination, previewed in the Ante-project of the Collective Processes Code. Of American origin, this processual instrument enables the collective demand against the group, category or class, if it is adequately represented, and if the action deals with diffuse and collective rights, when social interest is present. This micro-system intends to adequate the present processual norms to the nature of subjective right put in cause, before the particularity of the so-called new rights. Such matters as the adequate representativeness, the condition of the referred action, and the subjective effects of the judged thing are summarily treated.

**Keywords:** 1. original passive collective action. 2. diffuse and collective rights. 3. Ante-project of Collective Processes Code

---

## Introdução

Nos dias atuais, é de conhecimento da comunidade jurídica a necessidade de um microsistema que permita a adequação e o aperfeiçoamento das normas processuais vigentes, a fim de que sejam razoavelmente aplicadas aos litígios em que seja parte, ativa ou passiva, a coletividade. Tal mister vem ao encontro dos consagrados ditames constitucionais da efetividade e devido processo legal.

A ação coletiva originária passiva tem origem no sistema norte-americano e, de *lege ferenda*, no ordenamento jurídico brasileiro, no Anteprojeto de Código de Processos

Coletivos. O presente estudo busca apresentar breves aspectos acerca da condição específica da ação, qual seja, a representatividade adequada do membro do grupo, classe ou categoria e pontos relativos à legitimidade passiva. São sumariamente analisados, outrossim, os efeitos subjetivos da coisa julgada da sentença proferida em sede de ação coletiva passiva.

Com a entrada em vigor deste mecanismo processual, por certo uma gama de conflitos difusos e coletivos terá resposta razoável e adequada, condizente com a natureza do bem jurídico tutelado em causa, visto que prestigia hipótese presente no mundo dos fatos, mas carente de proteção jurídica.

## 1. Origem: o direito norte-americano

Os Estados Unidos da América são pioneiros no estudo e na criação legislativa das chamadas *class actions*, modelo no qual se inspirou o ordenamento jurídico brasileiro para o tratamento das ações coletivas, de um modo geral. Não foi diferente com a instituição da *ação coletiva originária passiva*, espécie do gênero, de previsão encampada no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos, originado, fundamentalmente, dos estudos perpetrados pela Prof.<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover, por Kazuo Watanabe, dentre outros membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.<sup>1</sup>

Inegável que o surgimento e o manejo das ações coletivas – em especial a passiva – pelo sistema da *common law*, teve como fator, além de outros, o que Maia denomina de *consciência de classe* (MAIA, in: GRINOVER et al. 2007, p. 321-344). Nada mais é do que o surgimento de um terceiro gênero, entre o indivíduo e o Estado, que tem nascedouro na Revolução Industrial, na Europa Ocidental, do início do século 19. Explica o referido doutrinador que, ante a inexistência de instrumentos processuais idôneos, a coletividade de trabalhadores restava desenfreada, e a força e a repressão eram os únicos mecanismos inibidores contra a classe. A premência por medidas processuais efetivas, ante a inovação de conflitos outrora desconhecidos, foi fundamental para o surgimento da ação coletiva passiva.

Originariamente, em meados do século 20, as *defendant class actions* surgiram com a promulgação da *Equity Rule 48*, ao prever expressamente que as partes, em qualquer pólo da relação processual, podiam fazer-se substituir por representante adequado, garantida a vinculação da coletividade, mesmo os ausentes.

---

<sup>1</sup> Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007.

Em 1938, as *class actions* norte-americanas passaram a ter a previsão na *Rule 23*, das *Federal Rules Of Civil Procedure*, principal instrumento legislativo para a defesa dos direitos transindividuais na América do Norte, a qual prevê os requisitos, cumulativos, necessários para o exercício da ação coletiva<sup>2</sup>. A ação coletiva passiva, a *defendant class action*, é uma das espécies de *class action*, que se extrai da *Rule 23 (a)*, quando prevê que *um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados*.

Do texto legislativo americano vislumbram-se três espécies de ações coletivas, considerando o caráter do direito a ser perseguido ou defendido pela classe. Nominando-as de *verdadeira*, *híbrida* e *espúria*, o Professor James Moore lecionava que a diferença entre elas dependia da relação jurídica entre os membros da classe e o direito objeto da ação. Contudo, tinha como pressuposto fundamental, para todas, o fato de a ação envolver uma classe de pessoas tão numerosas que fazia ser impraticável trazer todos os seus membros em juízo, de modo que uma ação contra ou por ela pudesse ser proposta, garantida a representação adequada da classe (MORE, apud NERY JR, 2007, p. 79-103).

Tal regramento foi reescrito em 1966, por intermédio das *Advisory Committee Notes*, texto este que prevalece até os dias atuais, o qual traz quatro pré-requisitos para o exercício de qualquer ação coletiva, quais sejam, a numerosidade, as questões comuns, a tipicidade e a representação adequada, a serem brevemente explicitadas ao longo do presente estudo.

## 2. Do cabimento da ação coletiva passiva originária no ordenamento jurídico brasileiro

Questão que a doutrina polemiza diz com a legitimidade *passiva* dos chamados *enti esponenziali* para a demanda coletiva, na pessoa de seu representante, com efeitos jurídicos da decisão a todos os membros do grupo, classe ou categoria. Segundo perfilha uma gama negativista de processualistas,<sup>3</sup> – o poder de agir dos titulares de direitos

---

<sup>2</sup> Regra 23 (a): Pressupostos para uma *Class Action*. Um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados, como partes representantes, em nome de todos, apenas se (1) a classe for tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável, (2) houver questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) os pedidos ou defesas das partes representantes forem típicos pedidos ou defesas da classe, e (4) as partes representantes protegerem eficaz e adequadamente os interesses da classe.

<sup>3</sup> Ronaldo Lima dos Santos. “Defendant Class Actions”. O Grupo como legitimado passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. jan/mar 2004, p. 139-154.

metaindividuais estaria restrita ao pólo ativo da ação coletiva (LEONEL, 2002)<sup>4</sup>. Na mesma esteira, sustentam a ausência de previsão legal à legitimação passiva do representante da categoria.

Contudo, inspirado no regramento norte-americano das *class actions*, o Anteprojeto de lei que inaugura o Código de Processos Coletivos, *de lege ferenda*, introduzirá no ordenamento processual pátrio a possibilidade da legitimação passiva dos interessados difusos e coletivos, através de seu representante adequado, quando prevê a ação coletiva passiva originária, ou seja, a *defendant class action* do sistema da *common law*.

Entretanto, não obstante a pretendida legislação traga a previsão legal de que reclama parte da doutrina, antes mesmo já se poderia concluir na possibilidade da legitimação passiva do grupo representado para as ações coletivas. Consoante outrora defendia a festejada Professora Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2002, p. 3-12), o §2.º do art. 5.º da Lei da Ação Civil Pública possibilita a habilitação dos co-legitimados como litisconsorte de *qualquer das partes, autor ou réu*, de modo que a demanda também possa ser proposta contra o representante da classe. Lembra a brilhante professora que o art. 107, do CDC contempla a chamada *convenção coletiva de consumo*, acordo escrito estabelecido entre representantes de consumidores e fornecedores para regular relação de consumo, bem como composição de conflito de consumo, dentre outros pontos.

Sobre tal instrumento jurídico, Grinover eleva tais caracteres à viabilidade legal da legitimação passiva na tutela coletiva:

Ora, se a convenção coletiva firmada entre a classe de consumidores e de fornecedores não for observada, de seu descumprimento se originará uma lide coletiva, que só poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no pólo ativo e no pólo passivo da demanda, respectivamente (Idem, *ibidem*. p. 7-8.)

Na mesma linha de raciocínio, Santos traz a hipótese trabalhista do dissídio coletivo para ilustrar a possibilidade da presença do grupo no pólo passivo da demanda coletiva. A exemplo da convenção coletiva de consumo, no dissídio coletivo, diante de determinada controvérsia a respeito de seus termos, em eventual demanda para solucioná-la, deverá constar em seus pólos os membros representantes das categorias trabalhadora e profissional, “*sendo que os efeitos da decisão atingirão a todos os membros da classe representada.*” (SANTOS, 2004, p. 139-154)

---

<sup>4</sup> Na mesma linha, segue a orientação de Leonel, que remete ao critério *ope legis* de aferição da legitimidade do grupo, reconhecendo que as únicas hipóteses consagradas na legislação brasileira atual seriam o dissídio coletivo trabalhista e a convenção coletiva de consumo.

Com a entrada em vigor do referido microssistema processual coletivo, o qual dispõe, no art. 38<sup>5</sup>, como condição da ação coletiva passiva originária, a *adequacy of representation* do titular do interesse demandado, deixa-se de operar mediante um critério subjetivo de análise da legitimação da parte, como ocorre quando se está em sede de legitimidade ativa. Consoante expõe Mancuso, está-se sob o manto de uma *legitimação por categoria*:

A legitimação é buscada alhures, por *critério objetivo*, qual seja o de saber se existe a *adequacy of representation*, isto é, se a *parte ideológica* presente em juízo reúne as condições que a qualificam para representar a *class*. A verificação da idoneidade dessa representação compete ao juiz, no exercício da *defining function*, isto é, a função de definir se se trata ou não de uma *class action*, e se a representação é, no caso concreto, adequada (MANCUSO, 2000, p. 177).

Nesse passo, de acordo com a nova sistemática processual adequada à tutela dos direitos e interesses transindividuais, as premissas existentes até então não podem ser adotadas com a mesma exatidão, já que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo deve imperar, permitindo uma amplitude na aplicabilidade das normas processuais correlatas.

Forçoso trazer a lume que o referido anteprojeto de lei elenca princípios fundamentais da tutela jurisdicional coletiva, dentre os quais se destaca a *flexibilização da técnica processual* (MARINONI, 2004, p. 289)<sup>6</sup> e a *representatividade adequada*. Tais princípios têm aplicabilidade imediata e salutar no trato da novel ação coletiva passiva originária. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto, a mentora Grinover esclarece:

Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

<sup>6</sup> Por essa razão, o legislador, ao editar as regras processuais, resolveu deixar de lado a rigidez das formas ou a idéia de traças técnicas processuais abstratas. A solução foi estabelecer regras que conferissem *maior poder ao juiz, dando-lhe a oportunidade de conformar o processo segundo as peculiaridades dos casos concretos*. (grifos no original).

<sup>7</sup> Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. *Op. cit.*

Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007.

Assim, na constante busca da efetividade processual, em sintonia com o desencadeamento paulatino da constitucionalização das leis processuais, pode-se dizer, com segurança, que a ação coletiva passiva originária terá campo fértil no microsistema que será inaugurado no ordenamento pátrio, superando a resistência doutrinária existente e adequando-se o instrumento ao direito material posto em causa.

Portanto, a realidade contemporânea reclama uma necessária adequação das normas processuais vigentes aos novos direitos que se fazem presentes no cotidiano da sociedade. Não cabe mais a aplicação pura e seca do Código de Processo Civil, visto que elaborado sob uma ótica de cunho individualista.

### **3. Condições específicas para o exercício da ação coletiva passiva originária no código de processos coletivos - a representação adequada**

O outrora citado art. 38 do Anteprojeto do Código de Processos Coletivos, sumariamente, elenca três condições específicas para a propositura da ação coletiva passiva originária, quais sejam: a representatividade adequada do advogado da coletividade; a tutela de interesses e direitos difusos e coletivos; e que tal proteção seja revestida de interesse social.

Não desmerecendo a importância das demais condições da ação, no presente estudo o foco dirigir-se-á à análise da *adequacy of representation*. De origem norte-americana, prevista na *Rule 23 (a) (4)*, o requisito peculiar das *class actions* indica que, para que a ação coletiva seja aceita, o representante da coletividade tem que assim proceder de forma adequada em juízo.

No sistema anglo-saxônico, tal pressuposto deve ser averiguado pelo juiz, que assume a posição ativa de garantidor de um processo coletivo adequado, de forma *ex officio* e a qualquer tempo no processo.

A representação adequada dos membros da coletividade nos pólos da demanda, além de ser galgada à condição de princípio fundamental da jurisdição coletiva, não é apenas condição específica da ação coletiva passiva originária, mas de qualquer ação coletiva intentada. E o mencionado anteprojeto de Código de Processos Coletivos faz menção expressa destes atributos.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Arts. 2º, alínea l e 20.

O fim e ao cabo, a novel legislação trará para o sistema processual brasileiro o critério *ope judici* de aferição da representatividade adequada do membro que falará em nome do grupo, seja no pólo ativo ou passivo da ação.

Contudo, há que se ter em mente que, muito embora o atual regramento processual brasileiro indique não permitir tal controle pelo juiz, as premissas não são as mesmas adotadas no plano individual do processo.

Conforme já se afirmou, um novo modelo se introduz, a fim de se adequar às normas processuais vigentes à natureza do litígio posto em causa (GIDI, 2002, p. 69)<sup>9</sup>.

Ademais, o texto proposto cataloga um rol exemplificativo de critérios para que o juiz, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, possa auferir a presença da adequada representação, inclusive – e neste ponto inova consideravelmente – quando o membro da coletividade demandante ou demandada seja uma pessoa física.<sup>10</sup>

Nos ensinamento de Gidi, a adequação da representação contém dois elementos: a ausência de antagonismo ou conflito de interesses entre o representante e o grupo; e a possibilidade de assegurar efetivamente a tutela dos interesses do grupo. Explícita o mestre:

Ambos os elementos devem ser avaliados, tanto com relação ao representante, quanto com relação ao advogado do grupo. Todavia, como o advogado é o verdadeiro *dominus litis* no processo americano, na verdade, o juiz controla com muito mais rigor a adequação do advogado do que a representante (GIDI, *Op. cit.*, p. 61-70)

Com semelhante explanação, Mendes cataloga alguns critérios identificadores do debatido requisito:

Mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação, importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conheci-

---

<sup>9</sup> Gidi relembra brilhante lição do mestre Mauro Cappelletti, ao dizer que, no lugar do processo legal tradicional, de natureza individual, deve-se estabelecer um devido processo *social*, ou, como apelida o autor, um *devido processo legal coletivo*.

<sup>10</sup> Art. 20. *Legitimação*. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;  
II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

mento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência do conflito de interesses (MENDES, in: MARINONI, 2002, p. 15).

Insta mencionar, por oportuno, a necessidade atual que a doutrina tem alertado para um maior e rigoroso controle da coletividade. Não somente deve-se oportunizar o poder de agir ao ente coletivo, mas, principalmente, mister faz-se a adoção de formas de supervisionar a atuação dos grupos organizados, detentores ou não de personalidade jurídica.

E é por meio da *defendant class action* e do respectivo controle da legitimação extraordinária passiva, através da verificação da representação adequada pelo magistrado, que irá se permitir a responsabilização de integrantes do grupo organizado, caso o dano seja proveniente de membros não identificados daquela coletividade (MAIA, Op. cit., p. 321-344).<sup>11</sup>

Outrossim, cumpre ressaltar que, consoante previsão expressa do aludido anteprojeto de lei, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa não poderão ser representantes adequados da coletividade. Quanto ao *Parquet*, isso se dá em razão da função institucional por ele exercida, que tem o papel de fazer valer direitos e interesses que, não raras vezes, refletem para toda a sociedade.

Assim, o Ministério Público tem a vocação para atuar somente como *autor* da ação coletiva. Seria incompatível com as normas constitucionais que outorgam tais poderes ao órgão ministerial concluir na possibilidade da postura defensiva da coletividade na ação coletiva passiva. Fundamentalmente, o Ministério Público tem um caráter *pró-ativo* de atuação na tutela dos interesses da sociedade (VIGLIAR, in GRINOVER et al. 2007, p. 309-320).<sup>12</sup>

Ainda, a exemplo do que ocorre na seara laborista, nos acordos e convenções coletivas de trabalho, o anteprojeto exclui da ressalva feita ao Ministério Público e órgãos públicos legitimados as entidades sindicais. Por uma razão elementar, os sindicatos são os representantes natos das categorias econômica e profissional nos dissídios coletivos e, por consequência, parte ativa ou passiva na ação coletiva. Aqui incluem-se os federações e confederações, subsidiariamente (art. 857, Parágrafo Único, CLT).

---

<sup>11</sup> O autor menciona que para explicar o fenômeno do controle da coletividade, usa a tese civilista da *causalidade pressuposta*, e cita exemplos ilustrativos da situação jurídica debatida, como se deu com ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público de São Paulo, com o fito de extinguir torcidas organizadas que, a pretexto de incentivarem a prática esportiva, disseminavam a violência e a barbárie nos estádios de futebol.

<sup>12</sup> “A incompatibilidade decorre da própria ‘razão de ser’ de sua presença no âmbito não-penal do exercício da atividade jurisdicional do Estado.”

No contexto da inadequação da representação do grupo, Gidi propõe a aplicação analógica do §3º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, no sentido de oportunizar que outro ente legitimado assumira a ação, substituindo aquele declarado inadequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito (GIDI. *Op. cit.* p. 68). Parece que na mesma linha seguiu o Código de Processos Coletivo, no §3º do art. 20.<sup>13</sup>

#### 4. Efeitos da coisa julgada na ação coletiva originária passiva

Assim como diversos institutos jurídicos processuais, como a legitimidade, a conexão, dentre outros, ante a metaindividualidade de direitos e interesses postos em causa, a coisa julgada não foge à regra e necessita de readaptação e revisão de seus termos.

Com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, os efeitos subjetivos da coisa julgada sofreram substancial alteração com a adoção dos efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, de acordo com a espécie de direito versado na demanda, difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.<sup>14</sup>

Com maestria, Porto sintetiza o contexto em que se encontra – e que deve se encontrar – o instituto da coisa julgada, perante os chamados *novos direitos*:

Como se vê, procurou o legislador amoldar o instituto da coisa julgada à nova realidade que se lhe apresentava. E aquilo que fez, na verdade, foi vincular a proteção do instituto à causa. Com isso, admitiu, claramente, que não há mais, no aspecto dos limites subjetivos, uma única concepção do instituto da coisa julgada, mas tantas quantas reclamar a natureza do direito posto em causa, o que leva a se poder afirmar que neste momento histórico – a coisa julgada está diretamente relacionada ao direito afirmado (...). (PORTO, 2006, p. 72. (a)).

Acerca destas transformações, impõe-se, outrossim, saber se persiste a máxima processual de que apenas suporta os efeitos do julgado quem dele, efetivamente, participa. Por evidente, este corolário do princípio do contraditório mantém-se intacto à tutela jurisdicional dos interesses intersubjetivos.

Ao se pretender estudar alguns aspectos da ação coletiva originária passiva, inafastável resta a análise dos efeitos do *decisum* aos membros do grupo demandado,

---

<sup>13</sup> § 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

<sup>14</sup> Art. 103, inc. I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor.

cujos membros e interessados dele não tem participação direta, mas por intermédio de seu representante adequado (NETTO, *Op. cit.*, p. 79-103).<sup>15</sup>

Quando a coletividade está no pólo *ativo* da ação, sabe-se que, em se tratando de direitos difusos e coletivos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando a rejeição do pedido ocorrer por insuficiência de provas, podendo qualquer legitimado, ante prova nova, intentar novamente a ação. Porém, quando o litígio envolve direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, ou seja, a sentença favorável ao autor coletivo beneficiará a todos os membros da categoria. Se for desfavorável, a sentença não os atingirá, ficando aberta a via individual de ação.

Em sede de ação coletiva passiva, a proposta legislativa que ora se analisa homogeneizou o tratamento da coisa julgada *erga omnes* para o caso de procedência ou improcedência da ação, exceto por insuficiência probatória. Parece ter sido adotada a técnica vigente da coisa julgada para ambas as ações, de forma igualitária, ativa e passiva. Restou consagrada, outrossim, a coisa julgada *secundum eventum litis*, pelo menos no que diz respeito à inexistência da *res iudicata* em casos de improcedência por insuficiência de provas.

Mas a pedra de toque dessa ação é o fato de os efeitos da sentença colherem individualmente os membros do grupo. Há, portanto, uma simetria entre o regramento da coisa julgada nas ações ativas e passivas, notadamente quando se trata de bens de natureza indivisível (difusos). Quando se litigar bens de natureza divisível (individuais homogêneos), a coisa julgada não vinculará os membros do grupo, podendo mover ações próprias para afastar a eficácia coletiva em sua esfera individual (VIGLIAR, *Op. cit.*, in: GRINOVER et al. *Op. cit.*, p. 309-320).

Contudo, não se pode perder de vista que os efeitos do julgado, na ação coletiva passiva, apenas poderão ser levados a efeito, se o representante da coletividade demandado for considerado pelo juiz da causa como *adequado*.

Nesse diapasão, forçoso trazer à baila a hipótese suscitada pela professora Grinover (*Op. cit.*, p. 9 [a]) acerca do enfrentamento, na mesma ação coletiva, de classes em posições contrapostas, ou, na expressão de Maia, *ação duplamente coletiva* (MAIA, *Op.*

---

<sup>15</sup> Cabe lembrar que um dos requisitos para o ajuizamento de uma *defendant class action* norte-americana é a impraticabilidade do litisconsórcio de todos os membros da classe em razão de seu grande número. É a chamada *numerosidade*. *Rule 23 (a)*.

cit., GRINOVER et al., *Op. cit.*, p. 342). Ambos, ao fim e ao cabo, sustentam que o tratamento dispensado às partes deve ser igualitário. Nas palavras da doutora paulista:

E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes (GRINOVER, *Op. cit.*, p. 9 [a]).<sup>16</sup>

Confirmando o entendimento outrora esposado, a Exposição de Motivos do Código de Processos Coletivos, subscrita pela professora Grinover, sintetiza o posicionamento alhures sustentado:

A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.<sup>17</sup>

Percebe-se que a definição jurídica da interpretação e aplicação das normas relativas à coisa julgada, no bojo da ação coletiva passiva originária, dependerá da utilização prática do instrumento processual.

## Conclusão

Muito já se disse acerca da necessidade de adequação das normas processuais vigentes à natureza do direito subjetivo versante na causa. Acredita-se que, com o advento do Código de Processos Coletivos, tais vicissitudes tendam a ser amenizadas, notadamente com a previsão de uma ação coletiva passiva, muito embora se entenda possível a sua instrumentalização por meio dos mecanismos que o atual ordenamento jurídico oferece.

O tão aclamado controle dos grupos, principalmente aqueles não personificados, poderá ser manejado por aquela novel via processual, a fim de fazer valer os co-

---

<sup>16</sup> José Marcelo Menezes Vigliar conclui no mesmo sentido: “(c) tratando-se de ação coletiva em que houvesse representantes adequados nos dois pólos, a coisa julgada ocorreria sem qualquer temperamento.”

<sup>17</sup> Ada Pellegrini Grinover. Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007. (c).

mandos constitucionais de efetividade e sintonia entre direito e ação. A representatividade adequada como condição específica da ação tem o condão de fazer valer a cláusula *due process of law*, no sentido de que o grupo deve ser representado segundo os critérios legais e aqueles que o juiz – que terá tais poderes – considerar de presença imprescindível.

Enfim, pode-se aferir que a ação coletiva originária passiva constitui um relevante e crucial instrumento para o equilíbrio das relações jurídicas de massa, restabelecendo o toque de igualdade ausente nas demandas contra a coletividade.

## Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/1991.

GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. nº. 361. São Paulo: Forense, 2002. (a)

\_\_\_\_\_. Ações Coletivas para a Tutela do Meio Ambiente e dos Consumidores – a Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*. n. 44, ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. out-dez/1986. (b)

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o Retrospecto Histórico de uma Necessidade Presente, in: Ada Pellegrini Grinover et al. (coord.) *Direito Processual Civil e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação de Agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. *Coletânea Temas Atuais de Direito Processual Civil*. In: Luiz Guilherme Marinoni. (coord.) *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a Ação Coletiva Passiva Brasileira. *Revista de Processo*. n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.  
(a)

\_\_\_\_\_. Da Tutela Coletiva e do CPC. Indagações e Adaptações. *Revista da AJURIS*. n. 57. Porto Alegre: AJURIS, mar/1993.

\_\_\_\_\_. A crise de eficiência do processo. A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, in: Luiz Fux et al. (coord.) *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant Class Actions”. O Grupo como Legitimado Passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, jan-mar/2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites impostos para o “Código de Processos Coletivos”*, in: Ada Pellegrini Grinover et al. (coord.) *Direito Processual Civil e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

## Fontes

Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 10/dez/2007.