

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

"DEFENDANT CLASS ACTIONS" O GRUPO COMO LEGITIMADO PASSIVO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO BRASIL

*Ronaldo Lima dos Santos**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Previsão no direito norte-americano. 2.1 Procedimento geral. 3 Possibilidade do grupo no pólo passivo na atual legislação processual civil brasileira – A controvérsia doutrinária. 4 A problemática do alcance dos efeitos da coisa julgada em ação coletiva proposta contra o grupo. 5 Dissídio coletivo – A experiência brasileira do grupo como legitimado passivo. 6 A Convenção Coletiva de Consumo e convenções e acordos coletivos de trabalho – O grupo como credor e devedor de obrigações contraídas extraprocessualmente. 7 *Defendant class actions* no Anteprojeto do Código Modelo para a Ibero-América. 8 Conclusões.

1 Introdução

Tornou-se lugar-comum na doutrina processual brasileira a afirmação de que nosso sistema de tutela coletiva – consagrado pela conjunção das Leis n. 7.347/85 e 8.078/90 – inspirou-se no modelo norte-americano das *class actions*¹ – ações de classe judiciais, dotadas de procedimentos específicos, por meio das quais uma ou várias pessoas atuam no processo defendendo os seus direitos e interesses e os de todas aquelas pessoas que se encontram em uma mesma ou similar situação jurídico-material².

Esse sistema tem origem na *equity* inglesa, mais propriamente no *Bill of Peace*, já presente no século XVII, procedimento pelo qual se permitia que uma pessoa pudesse demandar em nome de uma classe ou grupo de pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica, estando todas submetidas aos efeitos da decisão³. Nos Estados Unidos, foi concebido a partir dos estudos sobre a *group litigation* de Joseph Story, juiz da Suprema Corte Americana no período de 1811 a 1845, que motivou o surgimento da primeira regra escrita relacionada com as *class actions*, a *Equity Rule 48*, de 1842⁴. Esse modelo foi

* Ronaldo Lima dos Santos é Procurador do Trabalho em São Paulo (PRT/2ª Região); mestre e doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professor universitário.

¹ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover: “Adaptando os esquemas do Direito norte-americano a um sistema de *civil law*, sem olvidar – é claro – a realidade de nosso país, o legislador brasileiro inspirou-se nas *class actions* americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 792). V., também: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 732.

² HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos e difusos*. Navarra: Aranzadi Ed., 1999. p. 447-448.

³ SANTOS, Ronaldo Lima. *A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – perante a Justiça do Trabalho*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 235.

⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63-66.

regulamentado pela *Federal Equity Rule* 38, de 1912, mas com aquisição de formato definitivo com a regulamentação advinda pela Regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure* (Código de Processo Civil de âmbito Federal) – instituído em 1938, mas com alteração da *Rule 23* em 1966.

A *Rule 23* (a) menciona os requisitos necessários para o exercício da ação coletiva:

“Rule 23 (a) Prerequisites to a Class Action: One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that the joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or act common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”⁵.

Os requisitos apontados são cumulativos, isto é, todos devem estar presentes para a admissão da ação como uma *class actions*. Após o preenchimento dos requisitos enumerados, a ação deverá enquadrar-se numa das hipóteses da *Rule 23* (b), que constituem espécies de *class actions* traçadas pelo legislador:

“Rule 23 (b): ‘Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or (2) the party opposing the class has acted or refused to act grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or (3) the court finds that the questions affecting on individual members and that a class action is superior to the other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action”⁶.

⁵ 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.

⁶ Regra 23 (b): *Class Actions Maintainable*. Uma ação pode ser apreciada como uma ação de classe se os pressupostos da subdivisão (a) estiverem satisfeitos e, além disso: (1) a propositura de ações separadas, por ou em face de

A tripartição das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious* – baseada na natureza do direito discutido –, originariamente presente na redação de 1938, não foi recepcionada pelas *Federal Rules* de 1966, que concederam tratamento unitário às *class actions*, conhecidas genericamente como *plaintiff class actions*. Embora presente o tratamento geral conferido pelas *Federal Rules* de 1966, a doutrina norte-americana, com base nos elementos legais, distingue entre dois tipos básicos de *class actions*: *injunctions class actions* e *damages class suits*, conforme o pedido encerre, respectivamente, uma obrigação de fazer ou não fazer ou o ressarcimento de um dano.

A principal característica das tradicionais *class actions* é a representação da classe no pólo ativo da demanda coletiva, isto é, como parte autora. Ao seu lado, está prevista a legitimidade passiva do grupo, hipótese conhecida como *defendant class actions*. É desta última que trata o presente trabalho.

2 Previsão no direito norte-americano

A possibilidade de a classe ser demandada vem prevista no início da *Rule 23* (a), ao dispor que “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if...” (um ou mais membros da classe podem demandar ou ser demandados como partes representativas em nome de todos somente se...).

Embora, nos Estados Unidos, o emprego das *defendant class actions* não tenha a dimensão das demais espécies de demandas coletivas, pelo julgado do Caso *Smith vs. Swormstedt*, de 1853, a Suprema Corte já reconhecia a possibilidade de o grupo ser demandado:

“The rule is well established, that where the parties interested are numerous, and the suit is for an object common to them all, some of the body may maintain a bill on behalf of themselves and of the others; and a bill may also be maintained against a portion of a numerous body defendants, representing a common interest”.

O Caso *American Steel & Wire Co. vs. Wire Drawers’ & Die Maker’s Unions*, julgado no Estado de Ohio, em 1898, também constitui um antigo registro de representantes

membros da classe, possa vir a criar risco de (A) decisões inconsistentes e variáveis em relação aos membros da classe, que estabeleçam incompatíveis padrões de conduta para a outra parte; ou (B) decisões relativas aos membros da classe que, por motivos de ordem prática, prejudiquem os interesses dos membros ausentes, ou substancialmente dificultem ou impeçam que estes protejam seus interesses; ou (2) a ação envolver uma *injunction* ou *declaratory relief*, referente à conduta da parte contrária, com relação a todos os membros da classe; ou (3) a Corte considerar que as questões de direito ou de fato, comuns aos membros da classe, predominam sobre quaisquer questões relativas aos mesmos individualmente, e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia. As questões pertinentes às decisões incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a persecução ou defesa de ações separadas; (B) a extensão e natureza de qualquer processo, relativo à lide, já começado por ou em face dos membros da classe; (C) a conveniência ou a inconveniência de concentrar as causas num específico foro; (D) as dificuldades normalmente encontradas no processamento de uma ação de classe.

de toda uma classe como legitimados passivos em demanda contra ela proposta. *In casu*, os líderes sindicalistas de uma greve operada na American Steel & Wire Co. foram aceitos como representantes de toda a classe dos grevistas em ação proposta pela empresa para obter uma ordem que vinculasse a todos os grevistas, obrigando-os a não obstem as atividades de não-grevistas ou trabalhadores substitutos, apesar de somente os líderes figurarem no pólo passivo da demanda. Entendeu a Corte que os efeitos da decisão atingiriam a todos os sujeitos da classe⁷.

Já no início do século XX, o Caso Supreme Tribe of Ben-Hur vs. Cauble prenunciava uma situação de *class actions*, na medida em que todos os membros de uma organização de beneficência estavam sujeitos à observação e cumprimento do julgado, que apreciou o controle à disposição dos fundos da instituição⁸.

A inserção da possibilidade de uma *class representative* no pólo passivo de uma demanda proposta contra a classe nas *Federal Rules* de 1966 foi seguida por grande parte das leis processuais civis dos estados norte-americanos que também passaram a prever as *defendant class actions* em seus estatutos. Assim como sucede com as *class suits*, cujas normas são praticamente as mesmas na lei federal e nos estatutos estaduais, o procedimento das *defendant class actions* segue uma relativa uniformidade.

2.1 Procedimento geral

De modo geral, o procedimento das *defendant class actions* equivale às regras previstas para as *plaintiff class actions*, sendo comum a regulamentação conjunta de ambas as espécies, como se extrai da *Rule 23 (a)* da *Federal Rules of Civil Procedure*; porém, a diversidade de posição jurídica do grupo na lide enseja que as *defendant class actions* adquiram alguns aspectos peculiares:

- a) A prova dos elementos demonstradores do preenchimento dos requisitos da *Rule 23 (a)* para a formação da convicção judicial que concederá ou não a *certification* – admissibilidade da demanda como *class actions* –, que nas *plaintiff class actions* concerne ao grupo autor, nas *defendant class actions* é do autor que demanda contra um dos *class members*.
- b) Nas *defendant class actions* há a inversão inicial da assinalação da representatividade adequada do membro demandado para atuar pela classe – *class representative*. Enquanto nas *class actions* tradicionais a indicação da dimensão da representatividade é realizada voluntariamente pelo demandante – *class member* –, nas *defendant class actions* o autor da demanda, com interesses contrários aos da classe demandada, é que terá a faculdade de assinalar a representação adequada.

⁷ YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987. p. 244, apud MENDES, op. cit., p. 68.

⁸ FRIENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MULLER, Arthur. *Civil procedure*. 3. ed. St. Paul: West, 1999. p. 739, apud MENDES, op. cit., p. 69.

- c) A possibilidade de o demandante indicar a *adequacy representation* exige maior acuidade dos Tribunais nas *defendant class actions*, tendo em vista que essa circunstância possibilita a formação de conluio entre o demandante e um suposto *class representative* para a obtenção de decisão judicial contrária aos interesses de uma pluralidade de pessoas não-presentes na lide, como também não se torna rara a situação em que o demandante indicado como detentor da *adequacy representation* venha a negar ou opor-se a tal situação. Em ambos os casos, o Tribunal terá ampla faculdade de adotar as medidas adequadas para proteção dos *class members* ausentes; dentre elas, podem-se destacar: 1) criar subclasses, com definição mais precisa das questões comuns a cada uma e daquelas passíveis de defesa pelos interessados; 2) instar o demandante à designação de outro membro da classe para colaborar com o representante ou substituí-lo; 3) determinar a notificação dos demais membros; 4) denegar a *certification*⁹; como também 5) determinar ao nomeado que permaneça no pólo passivo da demanda, se entender que este possui capacidade e possibilidades de defender o interesse em disputa¹⁰.
- d) As *defendant class actions*, como as ações de classe tradicionais, também se caracterizam pela produção do efeito *collateral estoppel*, qual seja, a possibilidade de o demandante fazer valer e impor o respeito às questões comuns e ao resultado do processo a todos os membros da classe, ainda que não tenham participado da relação jurídica processual que se desenvolveu.

3 Possibilidade do grupo no pólo passivo na atual legislação processual civil brasileira – A controvérsia doutrinária

A legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, consagra expressamente a legitimidade ativa dos *enti esponenziali* para atuar em juízo na tutela de direitos transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – do grupo, categoria ou classe de pessoas representadas (Leis n. 7.347/85 e 8.078/90).

No pólo passivo de uma demanda coletiva – ação civil pública ou ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos – pode figurar qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado, mas dotado de capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido, concreta ou potencialmente, para a lesão a um interesse transindividual.

A questão acirra-se quando se indaga da possibilidade de o grupo, categoria ou classe de pessoas ser demandada coletivamente, na pessoa de seu representante, com os efeitos jurídicos da decisão estendendo-se para todos os componentes do grupo.

⁹ HIDALGO DE CAVIEDES, op. cit., p. 484.

¹⁰ Essa possibilidade de manutenção do demandado que nega a condição de representante adequado, que, num primeiro momento, parece irrazoável, é coerente com o sistema das *class actions* americanas, no qual o *class representative* deve ter interesse direto na demanda, tendo, assim, sua própria esfera jurídica atingida.

Na doutrina processualista prevalece, atualmente, o entendimento no sentido de negar-se legitimidade passiva ao grupo¹¹. A ilação resulta da interpretação sistemática de diversos dispositivos legais que disciplinam a propositura de ações coletivas, na qual se observa expressamente a outorga da legitimação para o grupo atuar no pólo ativo da ação coletiva. Ricardo Barros Leonel esclarece esse entendimento ao deduzir que

“Os dispositivos que tratam da legitimação falam em propositura de ações coletivas, e não em resposta a ações propostas (art. 5º da Lei n. 7.347/85; art. 3º da Lei n. 7.853/89; art. 1º da Lei n. 7.813/89; art. 91 da Lei n. 8.078/90 e art. 29 da Lei n. 8.884/94, que, ao usar a expressão ‘poderão ingressar em juízo’, deixa claro, no contexto, que se refere ao ajuizamento de ação; do mesmo modo, o art. 210 da Lei n. 8.069/90 que, ao utilizar a expressão ‘para ações cíveis fundadas em interesses coletivos’, deixa claro que o fundamento da ação é o interesse metaindividual, e, portanto, a legitimação tratada é a ativa). Daí a impossibilidade de reconvenção em ação coletiva, pois a coletividade figuraria como demandada na ação reconvenicional”¹².

Pedro da Silva Dinamarco acresce que, diferentemente do norte-americano, que adota rígido controle *ope judicis* da representação adequada, devido ao fato de a coisa julgada coletiva, independentemente do resultado da demanda, atingir a todos os representados, no sistema brasileiro a representação é apurada *ope legis*, sem verificação da real representação adequada no caso concreto¹³.

Pedro da Silva Dinamarco também diferencia as hipóteses em que a coisa julgada formada contra a associação, em situação em que esta atua na defesa de interesses próprios, atinge indiretamente seus associados, da situação em que a presença da associação no pólo passivo implica o perfazimento de coisa julgada em relação aos associados. Cita como exemplo as conhecidas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público em face das torcidas Mancha Verde e Independente, para a consecução judicial de sua extinção, cuja procedência gerou reflexos em seus associados, embora estes não tenham sido diretamente atingidos pela coisa julgada formada na aludida demanda¹⁴.

Hugo Nigro Mazzilli adota posição peculiar, pois, embora não admita a legitimação passiva das associações para substituir a categoria representada (salvo por deliberação da assembléia), defende a legitimação no pólo passivo de órgãos estatais para substituírem uma coletividade de pessoas, com formação de coisa julgada somente na hipótese de benefício à classe representada¹⁵.

¹¹ Nesse sentido: MAZZILLI, op. cit., p. 215-217; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 269; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551, p. 11, apud MAZZILLI, op. et loc. cit.; ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 354.

¹² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 206.

¹³ DINAMARCO, *Ação civil pública*, cit., p. 269.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 271-272.

¹⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 218.

Ada Pellegrini Grinover demonstra entendimento favorável à legitimidade passiva do grupo representado. Lembra a jurista que o § 2º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública possibilita a habilitação dos co-legitimados como litisconsortes de quaisquer das partes, autor ou réu, de modo que a demanda também pode ser proposta contra o representante da classe, que, igualmente, figurará no pólo passivo da demanda. Demonstra, também, que o representante pode figurar como parte em convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC), cuja lide por ela suscitada terá duas categorias, cada uma em um dos pólos da demanda.

A autora não se olvida dos problemas fático-jurídicos decorrentes dessa posição, apresentando como proposta a inversão da regra dos efeitos da coisa julgada da LACP e do CDC. Desse modo, na hipótese de ação coletiva movida contra a classe ré, para a defesa de direitos difusos e coletivos, a sentença de procedência contra a classe, em que se reconhece a insuficiência da defesa coletiva, não faria coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra outro co-legitimado; no caso de direitos individuais homogêneos, eventual sentença favorável não impediria o ajuizamento de ações individuais por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor; por final, estando presentes classes nos dois pólos da demanda, a solução seria o tratamento igualitário das classes, com a adoção da coisa julgada *erga omnes*, sem qualquer temperamento¹⁶.

Rodolfo de Camargo Mancuso, embora não instrumentalize com detalhes processuais sua posição, inclina-se pela possibilidade de legitimidade passiva do grupo¹⁷.

Pedro Lenza, após descrever e analisar a posição de diversos juristas sobre o tema, admite a propositura de ação coletiva contra a classe, ressaltando que, nessa hipótese, “a autoridade da coisa julgada coletiva, de modo geral, não poderá prejudicar a coletividade, sejam os titulares de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos”¹⁸.

Situação parecida à brasileira ocorre na legislação espanhola. Ao analisar a possibilidade, na legislação espanhola, de atuação do grupo no pólo passivo de ação reconvenicional, proposta pelo demandado na ação coletiva em que o grupo é o autor, Joaquim Silgueiro Estagnan, após demonstrar que o art. 7.3 da LOPJ reconhece a legitimação processual ativa do grupo, pondera que essa previsão não constitui obstáculo à legitimidade do grupo em ação reconvenicional; maior problema, para o autor, é que a negativa de ação reconvenicional contra o grupo equivale a ocasionar um desequilíbrio para o demandado. “Por tanto, la cuestión no estriba tanto en si el grupo puede o no ser reconvenido – lo que no es posible por lo ya apuntado –, sino más bien si el gestor legitimado por sustitución puede serlo respecto de su pretensión colectiva”. O autor entende cabível a reconvenção sempre que o demandado ostente uma pretensão contra o grupo mesmo, conservando o ente representativo sua mera condição de substituto (o autor considera que a legitimação coletiva dá-se a título de substituição processual)¹⁹.

¹⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 6-9, 2002.

¹⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 145.

¹⁸LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 203.

¹⁹SILGUERO ESTAGNAN, Joaquim. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dikinson, 1995. p. 359-360.

Sem embargo das posições negativistas, adotamos entendimento pela possibilidade da presença do grupo, por seu representante, no pólo passivo de uma demanda coletiva, com base nas disposições normativas das ações coletivas e em diversas hipóteses fáticas da presença do grupo em juízo no pólo passivo de uma demanda coletiva.

Além dos argumentos levantados por Ada Pellegrini Grinover a respeito da possibilidade legal de o grupo participar como litisconsorte de quaisquer das partes – passiva ou ativa –, prevista no § 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, e da faculdade de contrair obrigações a seus representados por meio da Convenção Coletiva de Consumo, situamo-nos nas experiências do processo trabalhista, nas quais, há muito, o grupo pode figurar no pólo passivo de uma ação coletiva – dissídio coletivo – cuja decisão abrange a todos da categoria indistintamente, sem maiores discussões processuais. Além disso, a experiência mundial, em diversos ordenamentos jurídicos, dos acordos e convenções coletivas, demonstra a ampla capacidade de atuação dos *enti esponenziali* para a tutela da classe representada, situação equivalente à possibilidade da fixação de convenção coletiva de consumo pelos representantes dos grupos, que atuam como signatários.

Essa última hipótese demonstra claramente a possibilidade de o grupo constar no pólo passivo de uma demanda, pois, diante de determinada controvérsia a respeito da Convenção celebrada, nos pólos ativo e passivo de uma eventual demanda para solucioná-la deverão figurar os *enti esponenziali*, sendo que os efeitos da decisão atingirão a todos os membros da classe representada.

A hipótese é semelhante ao caráter substitutivo do dissídio coletivo em relação a uma negociação coletiva frustrada, sendo, *in casu*, que o Tribunal do Trabalho terá a faculdade de impor normas e condições de trabalho a todas as categorias representadas.

4 A problemática do alcance dos efeitos da coisa julgada em ação coletiva proposta contra o grupo

Embora a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, tenha sido o primeiro estatuto jurídico em nosso país a consagrar a utilização da ação civil pública para a defesa de direitos da sociedade, ao prever a sua promoção entre as funções institucionais do Ministério Público (art. 3º, inciso II), foi em 24 de julho de 1985, com a publicação da Lei n. 7.347/85, que se deu o marco fundamental na tutela dos interesses transindividuais, cuja complementação para a formação de uma verdadeira esfera coletiva de proteção processual deu-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.073/90). Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, deu-se o passo mais relevante para a instauração de uma esfera coletiva de proteção processual. Esse instrumento, além de conferir contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, definiu uma série de conceitos cruciais para a celeridade e segurança desse universo de proteção, como a enunciação dos atributos essenciais e específicos de cada um dos interesses metaindividuais (art. 81, incisos I, II e III), a tutela processual de direitos individuais homogêneos (arts. 91 e seguintes), a determinação do alcance e efeitos da coisa julgada nas lides coletivas (art. 103, incisos I, II e III), a litispendência entre as lides individuais e as coletivas com o mesmo objeto (art.104).

A conformação dessa jurisdição coletiva, embora prevesse a possibilidade de o grupo atuar no pólo passivo de uma demanda coletiva (§ 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/85), deu total ênfase ao disciplinamento das principais questões pertinentes ao grupo como legitimado ativo, de modo que, atualmente, sente-se a dificuldade de operacionalização, por falta de instrumentos processuais específicos, de demandas propostas contra a classe, a disciplinar a formação, os efeitos e o alcance da coisa julgada, os poderes do juiz para aferir a *adequacy representation* do demandado ou as providências na hipótese de negativa dessa condição pela entidade-ré etc.

Assim, por falta de disposições especiais específicas, a inversão das regras do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública preconizada por Ada Pellegrini Grinover, embora brilhantemente construída, pressupõe a aplicação analógica da coisa julgada, o que pode inviabilizar a sua aplicação em sede processual. Nesses casos, o melhor seria a coisa julgada limitar-se estritamente às partes presentes na demanda, ou a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de representatividade adequada do demandado – hipótese esta também admitida pela autora.

Na hipótese de demanda proposta por certa empresa em face do IDEC, objetivando a declaração de licitude de determinada cláusula padrão, Pedro Lenza admite a formação da coisa julgada ao aduzir que

“Julgada procedente a ação, ou seja, entendendo o magistrado no mérito que a cláusula não é abusiva, a coisa julgada abrangerá todos os legitimados ativos do art. 82 do CDC que não mais poderão promover nova (a mesma) ação coletiva. Na medida em que, aparentemente, a cláusula objeto do processo, no exemplo formulado, não beneficia os consumidores, já que restringe um direito, mesmo que dentro da lei, a decisão não impedirá que qualquer consumidor proponha a sua ação individual, questionando, no caso específico, novamente, a aludida cláusula”²⁰.

Resta saber: se a ação proposta contra a classe não faz coisa julgada contra os indivíduos, qual o interesse em se conceder legitimidade passiva ao grupo, se o autor da demanda ficará privado de garantias que assegurem a observância do julgado?

Ora, não se pode negar a força de um provimento jurisdicional proferido em ação coletiva proposta contra o representante da classe sobre eventuais ações individuais que seriam propostas por seus membros contra o autor da demanda coletiva. Embora as esferas coletivas e individuais não se confundam, é certo que a decisão em relação à primeira pode influir na segunda e mesmo inibir a propositura de demandas individuais, ante a visão prospectiva da possibilidade de seu insucesso quando existente precedente desfavorável em eventual ação coletiva, circunstância que libera o autor da demanda contra o grupo de gastos de tempo e recursos com a defesa em diversas ações individuais.

Por outro lado, a praxis forense tem reconhecido que a procedência da demanda proposta contra o grupo legitimado repercute, ainda que indiretamente, na esfera jurídica

²⁰ LENZA, op. cit., p. 203.

coletiva e/ou individual de seus membros. Nos casos das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público contra as torcidas organizadas, com a decretação de sua extinção, seus ex-associados foram impedidos de ingressar nos estádios de futebol trajando vestimentas que se reportassem às associações extintas.

Aliás, no campo das relações de trabalho, não tem sido rara a propositura de ação civil pública contra sindicatos, nos casos de greve em serviços essenciais, com a conseqüente imposição judicial de obrigação de fazer – colocar percentual mínimo de trabalhadores em atividade – a ser cumprida por toda a categoria, com cominação de multa diária para o caso de descumprimento. Não há como negar que, embora a pessoa jurídica do sindicato fique responsável pela multa em caso de descumprimento, a obrigação é dirigida à categoria, devendo, por ela, ser efetivada.

Uma outra questão refere-se à negativa da condição de representante adequado da classe pela entidade demandada. Como vimos, no direito norte-americano, os Tribunais possuem amplos poderes para salvaguardar os interesses dos membros ausentes, inclusive com determinação da manutenção do demandado no pólo passivo da demanda ou a sua substituição. No direito brasileiro, em face da ausência de norma específica, ao verificar a inadequação da entidade arrolada para representar os membros da classe, deverá o julgador extinguir o processo sem julgamento do mérito. A hipótese seria semelhante aos casos de dissídio coletivo em que se constata que o sindicato (suscitante ou suscitado) não constitui o legítimo representante da categoria suscitada.

5 O dissídio coletivo – A experiência brasileira do grupo como legitimado passivo

O Brasil adotou a solução estatal de conflitos individuais e coletivos por meio da atuação do Poder Judiciário. O conflito individual é solucionado pela reclamação trabalhista, pela qual a lide – envolvendo um ou mais empregados perfeitamente identificados de um lado e empregador do outro – é resolvida mediante aplicação da lei ao caso concreto.

Já os conflitos coletivos são solucionados por meio de ações judiciais denominadas “dissídios coletivos” e ajuizadas perante os Tribunais Trabalhistas. Essas demandas dão solução ao conflito mediante aplicação do poder normativo, o qual consiste na faculdade conferida aos Tribunais do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho, respeitadas as condições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. Encontra previsão no art. 114 da Constituição Federal de 1988, que trata da competência da Justiça do Trabalho.

Entende-se por dissídio coletivo “o processo que vai dirimir os conflitos coletivos do trabalho, por meio do pronunciamento do Poder Judiciário, criando novas condições de trabalho para certa categoria ou interpretando determinada norma jurídica”²¹.

Não se coaduna com o enfoque e a dimensão deste trabalho um estudo aprofundado do dissídio coletivo, mas apenas destacar alguns aspectos relevantes para a compreensão da matéria do grupo como legitimado passivo, embora já tenhamos constatado, no item

²¹MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 532.

anterior, alguns aspectos dessa realidade processual peculiar e da sua semelhança com as ações coletivas.

O dissídio coletivo nasceu com o fim precípua de substituir eventual negociação coletiva frustrada e impedir a permanência de um conflito de acentuada dimensão social. Assim, em princípio, tem como meta a fixação de normas e condições de trabalho não pactuadas livremente pelas partes conflitantes. Reconheceu-se, no entanto, a possibilidade de propositura de dissídio coletivo, não para a fixação de condições de trabalho, mas para dirimir questão quanto à aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica.

Assim, delinear-se duas espécies de dissídios coletivos: os de natureza econômica ou de interesses e os de natureza jurídica. Os primeiros têm, como objeto, a fixação de normas e condições de trabalho, além das normas legais existentes no ordenamento jurídico. Os segundos, por sua vez, têm como meta dirimir controvérsia a respeito da aplicação ou interpretação de acordo coletivo, de convenção coletiva, de sentença normativa ou de preceito legal restrito à categoria em conflito.

Com base na tríplex divisão das ações de conhecimento em declaratórias, constitutivas e condenatórias, pode-se dizer que o dissídio coletivo de natureza econômica tem natureza jurídica constitutiva, visto que cria (constitui) normas e condições de trabalho, ao passo que o dissídio coletivo de natureza jurídica tem natureza declaratória, uma vez que visa à prolação de um provimento jurisdicional com o intuito de esclarecer ou interpretar o conteúdo de determinada norma coletiva.

A instauração de dissídio coletivo constitui prerrogativa das entidades sindicais (art. 857 da CLT). Na ausência de sindicato representativo da categoria profissional ou econômica, poderão suscitar-lo a federação e, na falta desta, a confederação respectiva (parágrafo único do art. 857 da CLT).

Também poderão suscitar dissídio coletivo as empresas envolvidas num conflito a elas limitado ou quando da ausência de entidade sindical que as represente.

Em havendo dissídio de greve e na falta de entidade sindical, a comissão de negociação formada por trabalhadores poderá suscitar dissídio coletivo (art. 5º da Lei n. 7.783/89).

Também na hipótese de paralisação do trabalho, poderá a instância ser instaurada pelo Ministério Público do Trabalho (art. 856 da CLT; art. 129, II, da CF/88; art. 83, I, VIII, IX, da LC 75/93; art. 8º da Lei n. 7.783/89)²².

Podem figurar no pólo passivo do dissídio coletivo todas as entidades que possuem legitimação ativa, com exceção do Ministério Público do Trabalho. Assim, o respectivo sindicato da categoria econômica ou a(s) empresa(s) empregadora(s) têm legitimidade para figurar no pólo passivo de dissídio suscitado pelo sindicato da categoria profissional. Quando instaurado por sindicato da categoria econômica, tem legitimidade passiva o

²² A legitimidade ativa conferida ao presidente do Tribunal do Trabalho encontra-se derogada pela Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao Ministério Público o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes públicos, da ordem jurídica, dos serviços relevantes (art. 129 da CF/88). Além disso, a Lei n. 7.783/89, posterior à redação do art. 856 da CLT, não previu, em seu art. 8º, a legitimidade ativa do presidente do Tribunal para a instauração da instância em caso de greve.

respectivo sindicato da categoria profissional ou, na sua falta, federação ou confederação responsável ou a comissão de trabalhadores da Lei n. 7.783/89.

No dissídio suscitado pelo Ministério Público do Trabalho, na hipótese de suspensão do trabalho, ambas as partes conflitantes figurarão no pólo passivo da demanda.

A sentença normativa abrange toda a categoria (art. 8º, III, da CF/88) representada pelo sindicato profissional ou econômico e todos os empregados de uma ou mais empresas na hipótese de conflito coletivo particularizado. A sentença, assim, tem eficácia *ultra partes* (art. 103, II, da Lei n. 8.078/90), pois é limitada à categoria ou grupo de trabalhadores envolvidos.

Diferentemente das sentenças proferidas nas ações civis públicas e nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor, nas quais a coisa julgada forma-se, respectivamente, *secundum eventum litis e in utilibus*²³, na hipótese de dissídio coletivo, tanto a sentença favorável quanto a desfavorável, parcial ou totalmente, à categoria fazem coisa julgada.

No entanto, releva notar que, diversamente das demais ações coletivas, o dissídio coletivo, em geral, não possui natureza condenatória, salvo quanto às custas do processo, pois, como asseverado, a decisão terá natureza constitutiva ou declaratória, não havendo possibilidade de imputação de obrigação aos membros da categoria; esses, entretanto, estarão vinculados à observação do conteúdo constitutivo ou declaratório da decisão proferida.

Mas, particularmente nas hipóteses de greve em serviços essenciais, o dissídio coletivo vem tendo caráter condenatório, à medida que os Tribunais do Trabalho determinam à categoria profissional em litígio a manutenção de um percentual mínimo dos serviços, a fim de atender às necessidades inadiáveis da comunidade. A sistemática é semelhante à que se processa nas ações civis públicas, ou seja, paralelamente à obrigação de fazer imputada à coletividade, há a cominação de *astreintes* diária para os casos de descumprimento da determinação judicial.

6 A Convenção Coletiva de Consumo e as convenções e acordos coletivos de trabalho – O grupo como credor e devedor de obrigações contraídas extraprocessualmente

Há muito não constitui novidade, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de um ente representativo aperfeiçoar instrumentos jurídicos com caráter normativo para todos os representados. A experiência iniciada nas relações de trabalho com a possibilidade da elaboração de acordos e convenções coletivas de trabalho (arts. 513, alínea “a”, e 611 e s. da CLT; art. 7º, inciso XXVI, da CF/88) ganhou forma no Direito Civil com a inserção da Convenção Coletiva de Consumo no ordenamento jurídico brasileiro (arts. 107 e 108 do CDC).

²³ No primeiro caso – *secundum eventum litis* –, na hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas, não se operará a coisa julgada, podendo qualquer interessado propor outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16); no segundo, *in utilibus*, a decisão proferida na ação coletiva tem eficácia *erga omnes* (art. 103, III, da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor), apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (*in utilibus*); na hipótese de improcedência do pedido, os interessados, que não tiverem intervindo no processo, poderão propor ação individual (art. 103, § 2º, do CDC).

Sem perquirirmos as diversas correntes doutrinárias que versam sobre a natureza jurídica desses instrumentos, é fato que por eles são fixados direitos e obrigações a todos os membros representados pelos seus signatários. É o grupo atuando como credor e devedor de obrigações, o que equivale, *mutatis mutandis*, a compor o pólo ativo e passivo, concomitantemente, de uma relação obrigacional.

Em ambas as hipóteses, as controvérsias decorrentes desses instrumentos são levadas ao Judiciário por meio de demanda em que se contrapõem interesses de dois grupos distintos, sendo que um deles deverá compor o pólo passivo da demanda e a decisão será de observância obrigatória pelos representados de cada ente. Nos casos das relações de trabalho, o órgão judicial, por meio do dissídio coletivo, age como substituto das partes, fixando as disposições e elaborando o instrumento coletivo no lugar das partes.

7 *Defendant class actions* no Anteprojeto do Código Modelo para a Ibero-América

A quarta onda da problemática do acesso à justiça poderia ser mencionada como a busca de uniformização, nacional e internacional, das normas disciplinadoras das ações coletivas. Esse movimento vem adquirindo grande espaço com o processo de globalização e regionalização operante no mundo atual. Representante dessa tendência é a Proposta de Código Modelo ou Tipo de Processo Civil para a Ibero-América.

Embora não caiba nesse pequeno estudo uma análise aprofundada desse instrumento internacional, no que pertine ao nosso objeto de trabalho vale ressaltar a preocupação dos autores do anteprojeto do Código Modelo²⁴ com o disciplinamento das demandas coletivas propostas contra o grupo, como legitimado passivo. A denominada “ação coletiva passiva” vem prevista no Capítulo VI do anteprojeto:

“Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 31. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 2º do art. 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 1º).

Art. 32. O Ministério Público deverá intervir necessariamente no processo como fiscal da lei.

Art. 33. Quando o bem jurídico a ser tutelado for de natureza indivisível, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 34. Quando o bem jurídico a ser tutelado for de natureza divisível, a coisa julgada não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual”.

²⁴ A proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América foi apresentada nas Jornadas de Montevideu, de outubro de 2002, sendo de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi.

A “ação coletiva passiva” presente na Proposta de Código Modelo idealiza-se pela existência das *defendant class actions* do direito norte-americano, ao prever expressamente a possibilidade de propositura de demanda contra o grupo, categoria, classe ou coletividade de pessoas. Abrange tanto os interesses essencialmente transindividuais (difusos e coletivos), como os acidentalmente transindividuais (individuais homogêneos).

Embora a Proposta faça referência à imunidade das pretensões individuais dos membros do grupo aos efeitos da coisa julgada da ação coletiva quando o objeto for divisível (art. 34), também na hipótese de interesses indivisíveis a coisa julgada não obstará as pretensões individuais, pois, nesse caso, a imunidade das pretensões individuais resulta da natureza das coisas, uma vez que, em se tratando de interesses difusos e coletivos, sempre as pretensões individuais poderão ser deduzidas em juízo, independentemente do resultado da ação coletiva. Pedro da Silva Dinamarco pondera nesse sentido ao apontar que “Em qualquer hipótese, o indivíduo jamais estará impedido de propor sua ação individual, com fundamento em direito exclusivamente seu – e não da coletividade”²⁵.

O autor, no seu estudo sobre as ações coletivas passivas na Proposta de Código Modelo, assinala uma série de dúvidas suscitadas pela Proposta e de omissões nela contidas, que serão oportunamente objeto de debates. Por ora, vale transcrever suas seguintes ilações:

“(a) dentro do possível, deve-se permitir nessas ações coletivas passivas tudo aquilo que é permitido nas ‘tradicionais’, em que a coletividade é representada no pólo ativo, em razão do princípio supremo da isonomia; e (b) o ‘código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata’ (art. 35)”²⁶.

8 Conclusões

O sistema processual brasileiro das ações coletivas inspirou-se no sistema das *class actions* norte-americanas, que foi instituído, com as devidas adaptações à nossa realidade, em nosso ordenamento, pelo conjunto formado pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90.

Embora o legislador tenha dado enfoque à atuação ativa do grupo, a análise das disposições normativas das ações coletivas e as diversas hipóteses fáticas da presença do grupo em juízo no pólo passivo de uma demanda coletiva demonstram a possibilidade de demanda contra o grupo, como representante da classe atingida.

A experiência das ações civis públicas propostas na pessoa do sindicato contra atos da categoria e a dinâmica dos dissídios coletivos da Justiça do Trabalho, bem como a elaboração de acordos e convenções coletivas de trabalho, constituem um repertório fático-jurídico que demonstra que a complexidade da matéria não impossibilita a imediata adoção de demandas coletivas passivas, embora necessárias algumas adaptações para viabilizar a sua operacionalização sem violação de direitos fundamentais, como a observância dos

²⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *As ações coletivas passivas no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. [Artigo ainda não publicado.]

²⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. *As ações coletivas...*, cit.

princípios da legalidade, do contraditório, do devido processo legal e do respeito à coisa julgada.

A admissão das demandas coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro requer uma interpretação sistemática das disposições normativas, sendo o mais importante a adoção da regra de interpretação traçada no art. 35 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, que preconiza a interpretação “de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata”.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*. São Paulo: LTr, 1991.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *As ações coletivas passivas no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. [Artigo ainda não publicado.]

HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos e difusos*. Navarra: Aranzadi Ed., 1999.

FRIEENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MULLER, Arthur. *Civil procedure*. 3. ed. St. Paul: West, 1999. Apud MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 3-12, 2002.

———. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M. *Class actions and other multi-party litigation: cases and materials*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção coletiva de consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Ronaldo Lima. *A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – perante a Justiça do Trabalho*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquim. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dikinson, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551. Apud MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987. Apud MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.