

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA I

JUVÊNIO BORGES SILVA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Querino Tavares Neto; Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-137-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso. 3. Justiça. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça I durante o II Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado pela segunda vez nessa modalidade, no período de 02 a 08 de dezembro de 2020. Esta nova modalidade, decorrente da excepcionalidade do momento de pandemia que afetou o mundo e, por via de consequência, o Brasil, ficará marcado indelevelmente na história do CONPEDI e da pós-graduação brasileira como uma experiência de superação e criatividade em face desta contingência.

O Congresso teve como base a temática inicial “DIREITO, PANDEMIA E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL: NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS”, fortemente influenciado pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início do ano.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 21 (vinte e um) artigos vinculados à temática do acesso à Justiça.

Os textos foram divididos em três blocos buscando reunir afinidades maiores, sendo que a maioria dos artigos contemplou o tema do acesso à justiça, pandemia e utilização de meios digitais e virtuais de acesso à justiça, bem como o tema de direitos das coletividades. Ao final das apresentações de cada bloco foi aberto um tempo de 20 minutos para discussão dos artigos apresentados.

O primeiro bloco foi composto dos seguintes textos: (1) A CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS COLETIVOS OU DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL: CAMINHOS PROCESSUAIS POSSÍVEIS ATUAIS E SOLUÇÃO LEGISLATIVA; (2) A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL; (3) A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: A INJUSTIÇA FRENTE AQUELES QUE AGUARDAM NA FILA DO SUS; (4) A PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS ATRAVÉS DOS NOVOS MEIOS VIRTUAIS DE COMUNICAÇÃO: NOVAS PERSPECTIVAS E DESAFIOS; (5) ACESSO À JUSTIÇA E O

SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL; (6) ACESSO À JUSTIÇA E POVOS INDÍGENAS; (7) ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID19: UMA SOLUÇÃO CONSENSUAL E TECNOLÓGICA PARA OS CONFLITOS TRABALHISTAS.

O segundo bloco foi composto de seis textos: (8) ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA: É POSSÍVEL CONCILIAR?; (9) ACESSO À JUSTIÇA POR INTERMÉDIO DA JUSTIÇA ITINERANTE NA ERA DIGITAL; (10) AS DIFICULDADES INSTITUCIONAIS ENFRENTADAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA E OS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA AGRAVADOS PELA PANDEMIA; (11) ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS; (12) DIREITO DO TRABALHO E AS CRISES DO SISTEMA DO CAPITAL: ENTRE AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS, A EFETIVIDADE DE DIREITOS E O ACESSO À JUSTIÇA; (13) EXCLUSÃO DIGITAL: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO QUE AMEAÇA O ACESSO À JUSTIÇA VIA NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO;

Finalmente, o terceiro bloco trouxe seis textos: (14) INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: CONTRADITÓRIO E PROCESSO JUSTO; (15) INEXIGIBILIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DIANTE DOS REFLEXOS DO COVID-19 E NOVA REALIDADE ECONÔMICA PÓS-PANDEMIA; (16) JUSTIÇA COMPASSIVA: CARDÁPIO DE MÉTODOS DIALÓGICOS PARA SOLUÇÃO DAS DISPUTAS; (17) JUSTIÇA GRATUITA NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES; (18) MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS CONFLITOS RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL; (19) O PODER JUDICIÁRIO E A LEI Nº 9.099/1995 EM TEMPOS DE PANDEMIA; (20) PROPOSTA DE MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ESTADO DE GOIÁS.

A grande amplitude dos debates e das questões objeto de discussão no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Pela segunda vez reunidos pelo CONPEDI num Congresso em ambiente virtual, pesquisadores de todo o Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Gostaríamos que a leitura desses trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado e discussão sobre o tema.

Desta forma, é com orgulho que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – UNAERP

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCGOIÁS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Acesso à Justiça I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Cidadania e Acesso à Justiça ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

DEFENDANT CLASS ACTION'S KEY TOPICS

Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz ¹
Lincoln Machado Alves de Vasconcelos ²

Resumo

O objeto do presente artigo é uma análise dos principais aspectos das ações coletivas passivas. O tema-problema consiste em examinar as hipóteses de ação coletiva passiva, especialmente em demandas possessórias. A hipótese científica perpassa pelo reconhecimento da previsão constitucional da ação coletiva passiva. Justifica-se a escolha do tema pela pertinência teórica para a comunidade científica. A pesquisa compreende revisão teórico-bibliográfica, com enfoque interdisciplinar, mediante perspectiva crítica e interpretativa. Conclui-se pela necessidade de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública como garantidores da representação adequada, de modo a tornar efetivo o contraditório.

Palavras-chave: Ação coletiva passiva, Coletividade de pessoas desconhecidas, Contraditório, Processo civil, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The object of this article is an analysis of the defendant class action's key topics, especially in repossession cases. The scientific hypothesis runs through the recognition of the constitutional provision for defendant class actions. The study is justified by theoretical relevance to the scientific community. The research comprises bibliographical review, with an interdisciplinary approach, through critical and interpretative perspective. It concludes that a mandatory participation of the Public Attorney's Office or the Public Defender's Office in group litigation repossession to ensure the fundamental right of day in court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Defendant class action, Group litigation, Day in court, Civil procedure, Access to justice

¹ Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB SP.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna – UIT. Professor. Chefe de Setor Procuradoria-Geral da PMI/MG

1. INTRODUÇÃO

O exame das ações coletivas passivas sem dúvida é um tema de especial relevância, notadamente com o advento do Código de Processo Civil vigente.

A título de exemplo, a conjugação dos artigos 554 e 319 do aludido diploma normativo, indica a possibilidade de se extrair uma previsão legal de ação coletiva passiva no contexto de demandas possessórias, conforme examinado doravante, após breve incursão em aspectos conceituais e nas classificações pertinentes ao estudo das ações coletivas em comento.

Em seguida, desenvolvemos argumento em torno da necessidade de se promover a ampla divulgação da demanda como forma de garantir a indispensável efetividade do contraditório.

Ao final, em tópico conclusivo, alertamos para a necessidade da atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, no seu caso quando comprovada a hipossuficiência na espécie, para garantia da representatividade adequada dos demandados, no contexto da ação coletiva passiva, especialmente aquelas de natureza possessória.

2. AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES.

O conceito de ação coletiva compreende três aspectos fundamentais, quais sejam: um sistema de legitimidade diferenciada; um regime especial relativo à coisa julgada e, por fim, a dedução em juízo de pretensão relativa a um ou mais direitos coletivos.

Nesse sentido, interessante o marco teórico segundo o qual haveria três elementos indispensáveis à categorização de uma ação como coletiva:

a nosso ver, há três elementos essenciais para que uma determinada demanda possa ser classificada como uma ação coletiva: a) um sistema de legitimidade diferenciada; b) regime especial da coisa julgada; e c) a defesa de um ou mais direitos coletivos”. (GOMES JÚNIOR, 2008, p.14).

Isto é, no tocante ao primeiro aspecto há um desprendimento da regra segundo a

qual a ninguém é dado postular em nome próprio direito alheio, nos termos do artigo 18¹ do Código de Processo Civil vigente.

Existiria pois, na sistemática processual coletiva, uma legitimação diferenciada, outorgada por lei àqueles que deduzem em juízo pretensões relativas a direitos coletivos em sentido amplo.

Em síntese, a atuação em juízo para a defesa de direitos coletivos não é representada por uma confluência entre a titularidade do direito material e a do direito processual.

Dito de outro modo: “O que vigora, no sistema coletivo, é a possibilidade de atuar em Juízo, para a defesa de uma categoria de direitos materiais que difere da individual, uma legitimidade deferida por expressa previsão legal, para a defesa dos direitos coletivos.” (GOMES JÚNIOR; CRUZ. 2019, p. 296)

Em relação ao segundo aspecto fundamental de qualquer ação coletiva, qual seja, um regime especial relativo à coisa julgada, consistiria na propriedade de produção de efeitos para além das partes, bem como na peculiaridade relativa ao regime de formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*².

Assim, a formação da coisa julgada na ação coletiva dependerá da existência de prova, de tal sorte que eventual deficiência probatória não implicaria a impossibilidade de

¹ Código de Processo Civil de 2015, art. 18: Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.(BRASIL, 2015)

² Daí que, segundo Caroline Figueiredo Catringue, “surge, neste momento, a necessidade de utilizar a classificação do professor Barbosa Moreira, para que alguns aspectos possam ser revelados. Se houver um interesse difuso, independentemente do julgamento do mérito, a decisão será erga omnes e outra ação coletiva, versando sobre o mesmo objeto, não será possível. A exceção a esta regra se dá quando houver improcedência do pedido por falta de provas. Neste caso, não haverá o impedimento de outra ação coletiva. Diferentemente da regra que é definida como coisa julgada secundum eventum litis, a exceção possui outra nomenclatura, que é coisa julgada secundum eventum probationis. No caso de interesse coletivo, a regra será a mesma acima, com a variação de que a decisão será ultra partes, pelo motivo de que só interessará a determinado grupo ou categoria. Por fim, quando se tratarem de interesses homogêneos, que, mais uma vez, essencialmente são direitos individuais que receberam tratamento de coletivo, em princípio, o modelo utilizado é o da coisa julgada secundum eventum litis. Por isso, outra ação coletiva não é permitida, no caso de improcedência; entretanto, é possível o ajuizamento de ação individual.” (2012, p.217).

se deduzir em juízo novamente a pretensão.³

O terceiro aspecto fundamental, qual seja a defesa em juízo de pretensão relativa a um ou mais direitos coletivos. Se não houver uma legitimação diferenciada por força de lei não estará presente uma ação coletiva.

Por isso que há ações individuais com efeitos coletivos, como as relativas a direito de vizinhança, mas tal aspecto não as torna ações coletivas.

Exemplificativamente, seria possível um legitimado, autorizado por expressa previsão legal, defender individualmente em juízo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No exemplo em comento, verificada a legitimação diferenciada, bem como a defesa de um direito difuso, restaria apenas exigível um sistema especial de coisa julgada, para que restasse caracterizada a existência de uma ação coletiva.

A partir dos critérios acima enunciados para definição da ação coletiva, conceitua-se a ação coletiva passiva, objeto do presente trabalho. Cumpre examinar, previamente, alguns conceitos.

Diogo Campos Medina Maia define a ação coletiva passiva da seguinte maneira, doravante transcrita:

O direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo ordinário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida no ordenamento jurídico, a fim prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses ou direitos homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independente de seu caráter individual ou coletivo. (2009, p. 53).

³ Como se depreende, aliás, do teor do artigo 18 da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965: A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Da mesma maneira, o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A objeção à definição apresentado por Diogo Campos Medina Maia seria a vinculação do objeto da ação coletiva passiva.

Ademais, não há que se falar em legitimidade extraordinária, mas diferenciada, por expressa previsão legal, como na hipótese prevista no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, relativa aos sindicatos.

Thiago de Oliveira Tozzi, por sua vez, traz o seguinte conceito de ação coletiva passiva:

[...] podemos conceituar a ação coletiva passiva, no direito brasileiro, como a aptidão atribuída a determinada entidade legitimada extraordinariamente para atuar defensivamente na tutela jurisdicional de direitos e interesses metaindividuais de grupo, classe ou categoria. (2012, p.270).

Em relação ao conceito supra, com a devida vênia, a possibilidade de que determinado legitimado defenda um direito coletivo não é o fator crucial para que se defina uma ação como coletiva.

Deste modo, o que caracteriza a ação coletiva não é o fato de que algum legitimado possa atuar ou defender certo direito coletivo, mas sim que nela há a pretensão de questionar tal espécie de direito.

Um requisito, ou elemento, não basta sem o outro. Além disso, há de se considerar que a atuação do ente legitimado, por si só, não poderia ser o elemento a conceituar a ação coletiva passiva. Tal requisito está mais relacionado com a representatividade adequada, com o objeto.

A definição que entendemos mais precisa acerca do que seja uma ação coletiva passiva perpassa, pois, pelos três aspectos fundamentais relativos a qualquer ação coletiva tradicional, consoante alertado.

Logo, seria a ação coletiva passiva aquela:

(...) ajuizada contra determinado grupo, uma categoria ou uma classe, desde que organizados e ainda que sem personalidade jurídica, mas com representatividade adequada, visando a questionar direito coletivo em sentido lato. Assim, aciona-se na ação coletiva um determinado grupo, visando questionar ou impugnar um direito de natureza coletiva, sendo a defesa feita

por um representante considerado adequado (GOMES JÚNIOR; CRUZ, 2019, p. 298)

A precisão teórica do conceito acima proposto revela-se pelo fato de reunir todos os elementos essenciais à existência de uma ação coletiva, com a menção do quesito relativo à representatividade adequada, sem prejuízo da particularidade inerente ao posicionamento de um grupo, categoria ou classe contra os quais é deduzida a pretensão.

Feitas as considerações acima, concernentes ao conceito da ação coletiva passiva, cumpre examinar algumas classificações comumente dadas⁴ ao instituto em comento.

Uma primeira categorização possível aponta a existência de ações coletivas passivas comuns ou ordinárias, ao lado de uma segunda espécie, relativas às ações “duplamente coletivas”.

As primeiras seriam caracterizadas pela presença no polo ativo de um ou vários litigantes individuais, deduzindo sua pretensão em face de uma coletividade. Ao passo que nas ações duplamente coletivas verifica-se a presença de uma coletividade não apenas no polo passivo, mas também no polo ativo da demanda.

Um exemplo de ações duplamente coletivas seria, segundo Jordão Violin (2008, p. 100) as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Noutro giro, Júlio César Rossi (2011) categoriza as ações coletivas passivas em originárias e derivadas.

Seriam originárias as ações coletivas passivas instauradas independentemente de uma demanda judicial prévia, é dizer sem que derivasse de uma ação anterior.

Lado outro, seriam derivadas aquelas ações coletivas passivas resultantes de uma ação coletiva tradicional que lhe antecederesse.

Exemplificativamente, seria o caso do ajuizamento de uma ação rescisória contra acórdão originário de ação coletiva.

⁴ Como as espécies elencadas por Diogo Campos Medina Maia, em sua obra “Ação Coletiva Passiva”. (2009, p. 53-54)

Vale ressaltar que há quem⁵ classifique as ações coletivas passivas em 'independentes' e incidentes.

As ações coletivas independentes seriam aquelas dissociadas de qualquer outra ação coletiva anterior, em definição análoga à relativa às ações coletivas passivas originárias.

Segundo Diogo Campos Medina Maia, ao categorizar as ações coletivas: "independentes são as ações coletivas passivas que decorrem diretamente de uma relação de direito material comum, sem relação com qualquer outra ação coletiva." (2009, p.54)

As ações coletivas passivas incidentes, por sua vez, seriam correspondentes às ações coletivas passivas derivadas, como por exemplo na hipótese de embargos do executado em execução coletiva, ou ainda, no caso da reconvenção⁶.

3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EXISTÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

A existência da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico vigente é controversa, conforme doravante explicado.

Segundo Edilson Vitorelli⁷ (2018) as ações coletivas passivas não teriam tido êxito na experiência norte-americana, argumento este, *data venia*, insuficiente para que seja rechaçada a possibilidade de se conceber a existência do instituto em nosso ordenamento.

É dizer, o fato de um determinado instituto cair em desuso em determinado sistema, não implicaria a sua invalidação automática em sistema diverso, notadamente quando diversas suas bases teóricas.

Outro argumento seria que os efeitos práticos do instituto caminhariam na contramarcha dos movimentos sociais:

A discussão quanto à legalidade ou à ilegalidade dos métodos adotados pelos chamados “movimentos sociais” ainda está por fazer e deve levar em consideração variados fatores. Nesse meio tempo, todavia, o processo civil não

⁵ Como se infere da classificação proposta por Diogo de Campos Medina Maia, ao apontar a existência de ações coletivas passivas independentes e de ações coletivas incidentes. (2009, p. 54).

⁶Como argumenta Jordão Violin, para quem seria possível a reconvenção em ação coletiva.

deve se esmerar, à revelia da lei, para promover um instituto com elevado potencial para a repressão a esses instrumentos de luta. É preciso saber em benefício de quem esse instituto promoverá acesso à justiça, economia, efetividade do direito material e desencorajamento de condutas ilícitas. A julgar pelos exemplos mais frequentes, não parece que a ação coletiva passiva viria para realizar os mais caros valores constitucionais. Ela seria um instrumento de controle. (VITORELLI, 2018).

No tocante ao argumento acima, temos que o efeito potencialmente inconveniente de determinado instituto jurídico não seria razão bastante para afastar sua existência.

Um terceiro argumento contrário à existência das ações coletivas passivas diz respeito à falta de previsão legal expressa do instituto. Isso em função de uma interpretação literal do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública⁸, o qual prevê a legitimidade para a propositura da demanda, mas não para sua defesa, como ocorreria no âmbito das ações coletivas passivas.

Tal argumento não merece prosperar, pelos seguintes argumentos: o artigo 8º, III

⁸ Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, art. 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

da Constituição Federal⁹ prevê expressamente a possibilidade dos sindicatos atuarem na defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria, pelo que restaria afastado o argumento de carência de previsão legal.

Ademais, a Lei da Ação Civil Pública, no mesmo artigo 5º, § 2º, faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo, habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

Não menos importante, cumpre salientar que à época da edição da Lei da Ação Civil Pública, não teria mesmo o legislador como antever a complexidade das situações fáticas possivelmente verificadas.

Porém, nem por isso o alcance do regramento poderia ser acanhado por interpretação literal, desatenta à necessidade de se atentar minimamente para a complexidade da realidade social e a sua dinâmica.

Nesse sentido, valiosa a lição de Ada Pellegrini Grinover, citada por Ronaldo Lima dos Santos:

Lembra a jurista que o § 2º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública possibilita a habilitação dos colegitimados 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 polo 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 polos 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 colegitimado; 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 polos da demanda, a solução seria o tratamento igualitário das classes, com a adoção da coisa julgada *erga omnes*, sem qualquer temperamento. (2004, p.145-146).

⁹ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

É dizer, múltiplas situações indicam a viabilidade (para não dizer necessidade) de se conceber a existência da ação coletiva passiva: como por exemplo¹⁰, uma ação coletiva em que fosse deduzida a pretensão de que se proíba a pesca de crustáceos, em face de determinada associação de pescadores profissionais.

Outra hipótese da realidade social, que a norma insculpida no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública talvez não pudesse antever, seria a questão das torcidas organizadas: imagine-se uma ação coletiva em face de torcida organizada, com o propósito de impedir que seus membros frequentassem os estádios, como forma de preservar o patrimônio de estádio público municipal.

Seria hipótese de ação coletiva passiva, bastando o trinômio supramencionado, isto é, haver uma legitimação diferenciada para a defesa de direito coletivo em sentido amplo e um regime diferenciado de coisa julgada.

Aliás, segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2002), as primeiras ações coletivas da história teriam sido ações coletivas passivas.

Mais precisamente, o caso que se tem registro que remonta ao ano de 1199, em que uma coletividade – os paroquianos de Nuthampstead – figurou no polo passivo de uma demanda ajuizada pelo Pároco Martin, de Canterbury.

A pretensão deduzida em face da coletividade demandada dizia respeito ao reconhecimento do direito dos fiéis ao recebimento de oferendas, além da declaração da desnecessidade de celebração de missas diárias.

Logo, entendemos possível falar-se na existência das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, o Código de Processo Civil vigente trouxe uma possível hipótese de previsão legal da ação coletiva passiva, conforme doravante examinado.

4. A HIPÓTESE DOS ARTIGOS 319, § 3.º E 554, § 1.º DO CPC/2015 À LUZ DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DIVULGAÇÃO DA DEMANDA.

¹⁰Exemplo citado por Marcos Neves Favas (2006, p. 90)

A par dos argumentos desenvolvidos no tópico acima, o advento do Código de Processo Civil de 2015 trouxe nova discussão em torno da problemática da previsão legal da ação coletiva passiva.

Visando à efetivação do acesso à justiça daquele cuja posse foi turbada ou esbulhada por um grande número de pessoas, teria o Código de Processo Civil vigente trazido hipótese de ação coletiva passiva?

Isto é, o artigo 554¹¹ do aludido diploma normativo, trouxe um caso de ação possessória em que figura no polo passivo grande número de pessoas.

À primeira vista, nota-se que a simples presença de uma coletividade no polo passivo da demanda não a torna uma ação coletiva passiva, pelas razões enunciadas na definição proposta para o instituto – a exigir também que seja defendido direito coletivo em sentido amplo, por legitimado mediante expressa previsão legal e mediante um regime diferenciado de coisa julgada.

De toda forma, ainda que estejam presentes os elementos essenciais para a caracterização de uma ação coletiva passiva, há que se enfrentar a problemática do contraditório na hipótese em comento.

É dizer, como vincular os destinatários do provimento jurisdicional que não foram citados pessoalmente?

Isto é, aqueles ocupantes a que se refere o parágrafo primeiro do artigo 554 do Código de Processo Civil, citados por edital.

¹¹ Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados. § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública. § 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados. § 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

Afinal, o artigo 319¹² do aludido código preceitua que caso o autor da ação não disponha das informações relativas aos ocupantes, tais como: seus nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, poderá, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

Além disso, o parágrafo segundo do artigo em comento prevê que a petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações supramencionadas, for possível a citação do réu.

Por fim, conforme regra insculpida no parágrafo terceiro do artigo 319 do CPC, a petição inicial não será indeferida caso a obtenção de tais informações, relativas por exemplo aos ocupantes, tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Segundo Susana Henriques da Costa:

O tratamento processual trazido pelo novo CPC à citação permite ao intérprete aferir características próprias de demandas coletivas às demandas em que identificação do réu torna impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça. A impossibilidade ou excessiva onerosidade, nos casos acima tratados, decorre justamente da presença de interesse difuso, quiçá coletivo, no litígio. A diferença da norma do CPC, em relação ao previsto no art. 1.º, da Lei 7.347/1985 é posição do interesse. Enquanto na sistemática da ação civil pública, até então, era possível a propositura de demandas voltadas a proteger interesses difusos e coletivos (polo ativo), a sistemática positivada pelo novo CPC permite que tais interesses sejam localizados no polo passivo da demanda. Em ambos os casos, há indeterminabilidade da coletividade, composta por inúmeros titulares ligados entre si por circunstâncias de fato (Art. 81, parágrafo único, I, do CDC) ou relações jurídicas (Art. 81, parágrafo único, I, do CDC). É justamente a indeterminabilidade dos membros da coletividade que justifica a dispensa de identificação dos réus viabilizada pelo § 3.º, do art. 319” (2015, p. 7).

Logo, o desafio que se impõe é justamente a efetivação do indispensável contraditório,

¹² Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu. § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

no âmbito das aludidas ações.

Um dos caminhos seria, além da participação do Ministério Público e da Defensoria Pública – no caso de interessados hipossuficientes – a efetivação do princípio da ampla divulgação da demanda.

Afinal, a publicidade¹³ do procedimento permite uma maior ingerência cidadã na prestação jurisdicional.

Para tanto, mister a contribuição também de outros setores:

nossa experiência demonstra que nem a publicação editalícia se revela suficiente, nem ocorrem quaisquer outras veiculações em tal sentido nos órgãos de imprensa (televisão, rádio ou jornais), os quais ainda não despertaram ou não foram despertados para o atingimento de sua função social. [...] Não se tem verificado qualquer comprometimento da mídia, sobretudo da efetivamente popular, com a mínima informação sobre os direitos decorrentes da cidadania, como deveria ocorrer mediante a divulgação da propositura de ações coletivas e de seus respectivos julgamentos favoráveis, com potencial eficácia *erga omnes*. (VENTURI, 2007, p. 396)

Nessa toada, a efetividade da proposta central do princípio da ampla divulgação da demanda, compreende a observância do grau de publicidade necessário aos destinatário do provimento jurisdicional, como forma de se permitir o exercício do contraditório.

A hipótese ora examinada, qual seja, a dos artigos 554 e 319 do Código de Processo Civil¹⁴, descortina-se exemplo interessante do desafio de se efetivar o princípio do

¹³Sendo certo que, conforme pondera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial.” (1993, p. 34).

¹⁴ Código de Processo Civil, art. 554: A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos

contraditório, a partir da otimização da publicidade processual, notadamente em função do fato de que a sentença não poderia afetar aqueles que não participaram do processo – máxime quando a eles sequer foi franqueado o direito fundamental do *day in court*.

A respeito, outra não é a precisa advertência do jurista Antonio do Passo Cabral, para quem:

A ratio do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação - o contraditório significa audiência bilateral. O primeiro braço deste binômio é o direito de informação (*Recht auf Benachrichtigung*). Com efeito, o contra-ataque de um dos sujeitos do processo depende da ciência necessária do grave sofrido ou potencial, sendo absolutamente imperativo o conhecimento acerca da realização e consequência dos atos processuais, materializado pelos mecanismos de comunicação previstos no processo, notadamente a citação, as intimações e as cartas (rogatória, precatória e de ordem) (2005, p. 5).

Assim, em demandas possessórias nas quais os interessados, quais sejam, ocupantes das terras, não dispuserem de condições para exercer o direito de defesa, restaria a possibilidade de obter prestação jurisdicional válida, mediante a intimação dos aludidos legitimados coletivos:

[...] a intimação dos legitimados coletivos, que são litigantes habituais por essência e possuem maior estruturação interna e expertise na defesa de interesses transindividuais, pode ser uma medida que equilibre as forças em disputas que, na maior parte das vezes, transcendem a mera dimensão civilista da posse e envolvem outros direitos sociais como meio ambiente e moradia. Para tanto, para além da mera intimação do Ministério Público e, quando o caso, da Defensoria Pública, é necessária a efetiva defesa dos interesses da coletividade passiva. Essa real representatividade, que somente será aferida no caso concreto, é requisito de validade da decisão judicial prolatada. O Ministério Público, portanto, tem papel estratégico na proteção dos interesses transindividuais em jogo. A adequação das novas técnicas processuais trazidas pelo CPC à moldura do devido processo legal constitucional depende menos da previsão de intimação do Parquet e mais da sua atuação, real e

demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios. (BRASIL, 2015)

efetiva, no caso concreto. (DA COSTA, 2015, p. 17)

Diante do exposto, avulta-se a necessidade de se intensificar a atuação do Ministério Público – ou da Defensoria Pública, quando for o caso – como maneira de se garantir a defesa efetiva dos direitos coletivos daqueles interessados citados por edital.

5. CONCLUSÕES

Os argumentos contrários à existência da ação coletiva passiva, ou os relativos à sua inviabilidade no ordenamento jurídico pátrio, com a devida vênia, não convencem.

Seja pela expressa previsão legal constante do artigo 8º, III da Constituição Federal, ou ainda pela conjugação dos artigos 554 e 319 do Código de Processo Civil, possível afirmar com segurança que o sistema processual admite a existência das ações coletivas passivas.

Por fim, no tocante a essa última hipótese, concernente à *defendant class action* em demandas possessórias, bastaria não descurar da advertência relativa à necessária preservação do contraditório, e da garantia da representatividade adequada.

Isso posto, possível vislumbrar-se uma previsão legal de ação coletiva passiva.

De outro lado, em tal espécie de demanda há a potencialização da necessidade de um efetivo contraditório, com a mais ampla possibilidade de participação, especialmente do Ministério Público e da Defensoria Pública, essa nos limites da sua atuação.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em 19 jul. 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, p. 1-20, ago. 2005.

CATRINGE, Caroline Figueiredo. Pequenas observações a respeito dos princípios e da coisa julgada em matéria coletiva. **Revista da EMERJ Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 17, dez 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/CarolineFigueiredoCatringue.pdf. Acesso em 12 mar. 2020

DA COSTA, Susana Henriques; FRANCISCO, João Eberhardt. Técnicas Adequadas à Litigiosidade Coletiva e Repetitiva. Uma hipótese de defendant class action no cpc? O papel do Ministério Público na efetivação do contraditório nas demandas possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas. **Revista de processo – RePro**, vol. 250, dezembro. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca_bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rpro_n.250.15.PDF. Acesso em: 12 mar. 2020.]

FAVA, Marcos Neves. A Classe no Polo Passivo da Ação Coletiva. In. RIBEIRO JR., José Hortêncio, et al. (Coord). **Ação Coletiva na Visão de Juízes e de Procuradores do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Ações coletivas passivas: um diálogo com a doutrina – Primeira Parte. São Paulo, **RePro**, vol. 287, p. 291 – 305, Jan. 2019.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008, p. 14.

MAIA, Diogo de Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: RT, 2002.

ROSSI, Júlio César. A ação coletiva passiva. São Paulo, **RePro**, v. 205, p. 259-280, 2011

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 MPU – Ministério Público da União, Brasília**, ano III – n. 10, p. 139-154 – jan./mar. 2004.

TOZZI, Thiago Oliveira. Ação coletiva passiva: conceito, características e classificação. São Paulo, **RePro**, v. 205, p. 267-296, 2012.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva**. Salvador: JusPodivm, 2008.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem e nem deveriam existir? São Paulo, **RePro**, v. 278, 2018.