

A PROGRESSIVIDADE HISTÓRICA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E COLETIVAS: DO SEU NASCIMENTO À POSSIBILIDADE DE DEMANDAR A COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO

Gilzan Lessa Sousa¹
Douglas Caetano²
Fabrcio Adriano Alves³
Renata de Abreu e Silva Oliveira⁴

gilzanlessa@gmail.com

ÁREA DE CONHECIMENTO: Ciências Sociais e Aplicadas.

RESUMO

Trata-se de análise da evolução histórica da defesa dos direitos coletivos, desde seu nascimento com a conjugação das Lei 6938/81 e 7347/85, com sua expansão no advento da Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Defesa do Consumidor, em 1988 e 1990, respectivamente, até a atualidade onde enfrenta-se a discussão sobre tema novíssimo. Ao longo da exposição histórica e das razões que permearam a criação desse sistema de defesa metaindividual, verificou-se que a doutrina majoritária tem se posicionado pela possibilidade de se ter, no polo passivo da demanda, uma coletividade que possa ser demandada judicialmente, eis que possuidora de deveres e obrigações judicialmente exigíveis quanto ao cumprimento. Esse problema, levado a enfrentamento por parte dos tribunais superiores, encontra divergência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual ora se posiciona pela possibilidade, ora pela inadmissibilidade da inovação no âmbito do processo coletivo, Assim, no âmbito do STJ, há divisão: parte entende que a visão clássica da legitimidade ativa da coletividade é a única formação litigiosa possível, parte inova, entendendo perfeitamente possível que também a ré na demanda seja a coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos coletivos; ação coletiva passiva; coletividade passiva demandada; direitos difusos.

¹ Especialista em Direito Penal e Processo Penal; Pós-graduando em Direito Penal Econômico Professor da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó.

² Advogado; Especialista em Direito; Especialista em Docência do Ensino Superior. professor da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó.

³ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-Graduação em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas professor da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó.

⁴ Licenciada e Mestre em Letras (UFV/UFMG), professora da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX – Matipó. Professora dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis da Faculdade Vértice – UNIVÉRTIX –Matipó/MG.



1. INTRODUÇÃO

A evolução histórica da defesa dos direitos coletivos, desde seu nascimento com a conjugação das Lei 6938/81 e 7347/85, passando pela sua expansão no advento da Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Defesa do Consumidor, em 1988 e 1990, respectivamente. Ao longo da exposição histórica e das razões que permearam a criação desse sistema de defesa metaindividual, percebeu-se a necessidade de verificar a possibilidade de se ter, no polo passivo da demanda, uma coletividade que possa ser demandada judicialmente, sendo este o problema a ser enfrentado.

O problema que se quer perseguir diz respeito a saber se é ou não possível ter no polo passivo de uma demanda em Ação Civil Pública ou Ação Coletiva (para os que preferem diferenciar essas duas classes) uma coletividade indeterminada ou determinável, ou se isto só é possível no polo ativo, com a devida representação por algum dos legitimados ativos previstos em lei. Sendo a resposta positiva quem seriam os porta-vozes, os legitimados a falar pela coletividade demandada?

A partir dessas indagações, estabelece-se o objetivo da presente análise de alinhar a progressividade histórica, como alvo principal o Estado como réu diante de uma coletividade de indivíduos afetados por sua ação ou omissão, ao novo problema, qual seja, a eventual possibilidade de ter no polo passivo também uma coletividade sujeita a ser demandada por obrigações não cumpridas. O método a ser utilizado é a pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência nacional sobre o tema.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. DO DIREITO MATERIAL COLETIVO – GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina historia que, no século XVIII, surgiram direitos de primeira geração – liberdade negativas – liberalismo político – já que os súditos superaram todos os limites de aceitação do arbítrio monarquista. Assim, através das Revoluções



Americana e Francesa, sangue e suor converteram-se na imposição de limites ao autoritarismo do rei. Nasceram os direitos de defesa, que impunham ao Estado uma posição de abstenção, não intervenção nas liberdades individuais, consubstanciadas em direitos civis e políticos. É o que ensina Masson *et al.* (2021).

Contudo, o absenteísmo do Estado proliferou a miséria e a exploração. Deixar a população à própria sorte, sem intervenção do Estado permitiu que particulares se aproveitassem dos vulneráveis, explorando-os e deixando parcela considerável em situação de miserabilidade. Foi assim que, no século XIX e XX, surgiram os direitos de segunda geração – a abstenção do Estado nos direitos de primeira geração gerou abusos e exploração, aumentando a miséria e desigualdade social – necessidade de prestação do Estado – fazer – direitos sociais: previdência social, cultura, saúde, educação – combate ao liberalismo desenfreado;

A terceira geração de direitos fundamentais inaugura o momento em que se para de olhar, apenas, o indivíduo ensimesmado, observando-se direitos derivados de grupos, coletividades, os direitos transindividuais.

Masson *et al.* (2021) apontam que aquele foi o momento em que nasceu o direito material coletivo, isto é, na denominada terceira geração de direitos fundamentais – direitos da coletividade – solidariedade e fraternidade, como, por exemplo, o direito ambiental.

2.2 DO PROCESSO COLETIVO

Segundo Gajardoni (2012), o Estudo do processo civil é feito em três grandes fases, como se sabe. A primeira fase consistia em um processo sincretista, também denominado de civilista – que dura até 1868 aproximadamente. Nesse modelo, o direito civil era uma coisa só com processo civil, que era uma pequena parte do primeiro. Em suma, processo era apêndice do direito material. A segunda fase é denominada de autonomista ou conceitual: surgem discussões a partir de 1968 de que o direito processual civil teria autonomia – 1968-1950. Masson *et al.* (2021), por sua vez, ensinam que Bullow foi quem escreveu uma obra sobre exceções



processuais e percebeu que existem duas relações jurídicas dentro do processo, uma de direito material, somente entre autor e réu, e uma segunda, de direito exclusivamente processual, entre juiz, autor e réu, já que o autor precisa do Estado-juiz para dar conta da suposta violação a direito. Passou-se, então, a abandonar a fase sincretista e reconhecer a autonomista, fase em que processo civil está separado do direito material.

A fase dita atual é denominada de instrumentalismo e parte de 1950 até hoje, segundo Masson et al. (2021). Todavia, alguns autores afirmam que o processo civil está vivendo o neoprocessualismo, outros o cooperativismo. Nesse modo de pensar, o processo é instrumento pelo qual o autor requer defesa judicial. Processo, nesse sentido, é visto como MEIO de acesso à justiça. Os grandes nomes dos responsáveis por essa mudança de olhar é: Mauro Cappelletti, junto com o americano Brian Garth, na obra acesso à justiça. É nessa obra que estão descritas as três ondas renovatórias necessárias para que o processo seja realmente instrumento do direito material, sendo a primeira onda a tutela do hipossuficiente, dando ensejo à Defensoria Pública e os juizados especiais. A segunda onda consistiria na tutela dos direitos metaindividuais onde se conecta essa segunda onda à geração de direitos: a primeira geração e segunda foram administradas pela justiça usando o direito processual para indivíduos isolados, os quais falavam por si sós, isto é, defendiam em nome próprio o próprio direito; contudo, os processualistas perceberam que a terceira geração de direitos, os direitos metaindividuais, da coletividade, deixaram uma lacuna: quem falaria em nome do coletivo? Por fim, a terceira onda demandaria efetividade: direito processual deve ser efetivo. A terceira onde viria para corrigir sério defeito da segunda fase do processo civil, o período autonomista, em que o formalismo impedia que a parte conseguisse se defender, participar, e receber o que o direito material lhe resguardava. Não tinha foco no resultado e, portanto, a terceira onda renovatória se preocupa com efetividade. Segundo Gajardoni, o CPC atual não se preocupa tanto com ciência processual.

2.3 PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS



2.3.1. Histórico das Ações Coletivas no Brasil

Gajardoni e Masson *et al.* (2021) ensinam que o EMBRIÃO, no Brasil, das ações coletivas é Ação Popular, com a entrada em vigor da Lei. 4717/65. Esse embrião cuida do patrimônio público, histórico e cultural e do meio ambiente. Mas os direitos individuais homogêneos, os direitos dos idosos, das crianças ainda fica sem proteção à luz dessa Lei. Logo, para se dizer que a tutela coletiva passou a ser assegurada no Brasil, deve-se encontrar um sistema legal que englobe a defesa dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos. Contudo, só havia um legitimado ativo: o cidadão.

Masson *et al.* (2021) ainda ensinam que padrão europeu de defesa coletiva engloba direitos sem titularidade definida (difusos e coletivos); já o padrão americano cuida de direitos desinteressantes do ponto de vista econômico e de direitos cuja facilidade pela via da ação coletiva seja recomendável, mesmo que do ponto de vista econômico sejam interessantes de se defenderem individualmente. Portanto, no Brasil, as Leis 6938/81 e ACP – Lei 7347/85 previram a proteção de direitos difusos e coletivos, ou seja, somente o padrão europeu de defesa coletiva (precisar-se-ia aguardar a CF/88 e o CDC para abraçar o padrão americano também). Um grande ponto merece destaque, contudo: o art. 14 dessa lei 7347/85, dispõe sobre a possibilidade de perseguir a reparação dos danos via Ação Civil Pública, sendo a primeira vez que esse nome foi citado na legislação brasileira.

2.3.2 Potencialização e ampliação da proteção coletiva

Com a CRFB/88, conjugando-se o art. 127 com 129, este último dispendo expressamente sobre a Ação Civil Pública e Inquérito Civil a cargo do MP, o que era apenas infraconstitucional subiu ao patamar constitucional. O constituinte originário além dessa contribuição, deitou ordem nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias para a criação de uma lei protetora do consumidor. Dois anos depois de promulgada a CF/88, o Código de Defesa do Consumidor nascia, trazendo o sistema



de proteção aos direitos individuais e homogêneos, reforçando a proteção aos direitos difusos e coletivos, completando o ordenamento e abraçando o padrão americano.

Pode-se dizer, Segundo Gajardoni (2012), com segurança, que o nascimento da tutela coletiva ocorreu em 1981 e 1985, com as leis 6938 e 7347 e foi completado em 1988 e 1990, com o advento da CF/88 e o CDC. A primeira ampliação do sistema ocorreu com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Improbidade Administrativa e Estatuto do Idoso. – 1990, 1992, 2003; A segunda ampliação veio com a Lei do Mandado de Segurança, incluindo o coletivo, 12.016/09 e a Lei do Mandado de Injunção, 13.300/16, também permitindo o ajuizamento da injunção em favor da coletividade.

2.3.3 Possibilidade de legitimar a coletividade no polo passivo do litígio pelos direitos metaindividuais

Masson (2021) defende que o processo coletivo ativo sempre existe, isto é, todos os processos coletivos são ativos – a coletividade vai ser a defendida, representada por um legitimado que a substituiu. Já o processo coletivo passivo ou ação coletiva passiva é aquele em que deveres e obrigações são cobrados em demanda direcionada a uma coletividade. Ou seja, a coletividade é ré na ação civil pública. O que se questiona, sendo ponto central do presente trabalho, é: existe essa possibilidade de demandar uma coletividade? O tema é controvertido na jurisprudência, mas quase unânime na doutrina.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1051302 – entendeu que não é possível demandar a coletividade em ação civil pública por inexistência de previsão legal. Por outro lado, no REsp 1632064, a mesma Corte Cidadã, agora em decisão monocrática, entendeu que é possível, a despeito de não haver dispositivo legal que preveja tal construção litigiosa. Portanto, percebe-se que há dificuldade em aceitar a ação coletiva passiva simplesmente porque não há previsão legal em toda a legislação sobre direitos coletivos para que ela figure como ré na ação.



Analisando a doutrina, por Gajardoni (2021), é majoritária no sentido de que a coletividade tem, sim, deveres e obrigações, e pode ser demandada coletivamente. Assim, não é preciso ter disposição legal específica para que seja possível, já que, a exemplo, a exceção de pré-executividade, o princípio da bagatela, entre outros, não tem previsão legal e são plenamente aplicados há muitos anos. Assim, alinhado, parece possível ação coletiva passiva para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; ou seja, pode haver uma coletividade passiva difusa, grupo, categoria ou classe, ou pessoas individualmente consideradas em um todo, os quais possuem deveres e obrigações exigíveis de cumprimento via ação coletiva. Há consenso na doutrina nesse sentido também.

Nesse sentido, Bastos (2020) entende que cabe alocar a coletividade como ré em qualquer tipo de pretensão: constitutiva, declaratória, condenatória. A grande dificuldade, segundo o autor, é eleger quem fala em nome da coletividade ré. Quem seria o representante adequado, o porta-voz. A falta de previsão legal é o problema que volta à tona, eis que na legitimidade ativa, basta ler o art. 5º da LACP. Para resolver esse problema, a doutrina unânime vai dizer que é o caso concreto que definirá o porta-voz da coletividade. Como exemplos da doutrina, a greve de policiais, dos servidores do sistema metroviário, os sindicatos serão os legitimados passivos; no caso dos bancos em toda a federação, a FEBRABAN, seria a porta-voz da coletividade bancária. E Gajardoni (2021) cede um exemplo prático de um bairro com foco de dengue muito alto em que os moradores não permitem aos servidores da prefeitura ingressarem nos imóveis. Nesse caso, seria possível ajuizar ação coletiva contra todos os moradores. A associação do bairro pode ser a legitimada passiva e falar em nome dos moradores desse hipotético bairro.

Ressalta Gajardoni (idem) que não é possível preestabelecer quem será o porta-voz, somente o caso concreto sendo possível de indicar, e, se não for encontrado um representante adequado, não cabe ação coletiva, sendo necessário ajuizar ação individual contra cada pessoa.

3. METODOLOGIA



No intuito de conhecer e analisar o tema em questão, este estudo se propôs a realizar uma pesquisa bibliográfica e análise da a progressividade histórica, como alvo principal o Estado como réu diante de uma coletividade de indivíduos. Para tanto, realizou-se a pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência nacional sobre o tema. Lakatos e Marconi (2010, p. 183) defendem que pesquisa bibliográfica “não é mera repetição d o que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se perceber que uma divergência se apresentou na doutrina nacional, mas, majoritariamente, vence a posição de que é perfeitamente possível que seja deflagrada uma ação coletiva cuja demandada seja uma coletividade, como nos exemplos citados de Bancos, Torcidas Organizadas, moradores de um bairro, uma classe de trabalhadores que inicia greve, sendo suas atividades essencial e de imprescindível interrupção. No âmbito da jurisprudência, há duas posições em conflito: uma no sentido de ser possível, acompanhando a doutrina majoritária, a demanda de uma coletividade no polo passivo do litígio coletivo, bem como outra que se posicionar firmemente no sentido contrário, dada a inexistência de disposição que legal que dê abertura para essa composição processual.

REFERÊNCIAS

BASTOS. Fabricio. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. **Direitos Difusos e Coletivos I (teoria geral do processo coletivo)**. São Paulo: Saraiva, 2012 – (Coleção saberes do direito; 34)

MASSON. Cléber. **Interesses Difusos e Coletivos**. Ed. Método; 11 Ed. 968 p.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.