

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS



tirant
lo blanch

Academia

2019
São Paulo



Copyright© 2019 by Luiz Henrique Sormani Barbugiani

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

B215a

Barbugiani, Luiz Henrique Sormani

Ações coletivas passivas / Luiz Henrique Sormani Barbugiani. - 1. ed. - São Paulo

: Tirant Lo Blanch, 2019.

582 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-9477-421-7

1. Ação coletiva (Processo civil) - Brasil. 2. Direito processual coletivo - Brasil. I.
Título.

19-60225

CDU: 347.922.6(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS..	27
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS GERAIS	29
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO BRASIL	35
1.3. AMPLO ACESSO À JUSTIÇA	38
1.4. CRISE DOS CÓDIGOS DE PROCESSO BASEADOS NO INDIVIDUALISMO	49
1.5. DENOMINAÇÃO E DIFERENÇAS DE CONTEÚDO DOS INSTITUTOS AÇÃO CIVIL PÚBLICA PASSIVA E AÇÃO COLETIVA PASSIVA COMO MEIOS DE TUTELA COLETIVA PARA FINS MERAMENTE DIDÁTICOS	56
1.5.1. DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA	57
1.5.2. CLASSIFICAÇÃO E MODALIDADES DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS ..	67
1.6. EXPERIÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO	74
1.6.1. AÇÃO COLETIVA NOS EUA	74
1.6.1.1. Síntese dos fundamentos pró e contra as ações coletivas nos EUA	89
1.6.2. AÇÃO POPULAR EM PORTUGAL, BRASIL E ESPANHA	91
1.7. HIPÓTESES DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS IDENTIFICADAS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: PONDERAÇÃO ANALÍTICA	109
1.8. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	131
CAPÍTULO 2 - LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	139
2.1. OS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	139
2.2. LEGITIMIDADE E INTERESSE	148
2.3. LEGITIMIDADE <i>AD CAUSAM</i>	150
2.4. CAPACIDADE DE SER PARTE, CAPACIDADE DE ESTAR EM JUÍZO (LEGITIMIDADE PROCESSUAL OU CAPACIDADE PROCESSUAL)	151
2.5. MODALIDADES DE LEGITIMAÇÃO	156
2.5.1. LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA, EXTRAORDINÁRIA E SUAS VARIAÇÕES ..	156
2.5.2. LEGITIMAÇÃO PASSIVA DA COLETIVIDADE E A FIGURA DO LITISCONSÓRCIO QUASE NECESSÁRIO DO DIREITO ESPANHOL	160
2.5.3. DIFICULDADES DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO E PASSIVO E A CONCEPÇÃO DE PARTE COMPLEXA	164
2.5.4. A ELEIÇÃO DO REPRESENTANTE ADEQUADO DA COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO: O EXEMPLO AMERICANO	167
2.5.5. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA PROPOSTA EM DIVERSOS PROJETOS NO BRASIL E PARA OS PAÍSES IBERO-AMERICANOS	169

2.6.	PROPOSTA DOUTRINÁRIA DE REFORMULAÇÃO DO INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO E A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SEGUNDO O ARTIGO 18 DO NCPC.	177
2.7.	CONCEPÇÃO DIVERSA DA COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO E A MAIOR FRAGILIDADE DESSA POSIÇÃO PROCESSUAL: A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL COLETIVA.	180
2.8.	ASSISTÊNCIA E CONSOLIDAÇÃO DO POLO PASSIVO NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS	189
2.9.	REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DA COLETIVIDADE EM JUÍZO. .	191
2.10.	A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE EXISTÊNCIA	203
2.11.	<i>QUERELA NULLITATIS</i>	207
2.12.	LEGITIMIDADE E REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – MODELOS DE LEGITIMAÇÃO	211
2.12.1.	REPRESENTATIVIDADE DAS ASSOCIAÇÕES	216
2.12.2.	REPRESENTATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.	226
2.12.3.	A REPRESENTATIVIDADE DE ÓRGÃOS OU ENTIDADES PÚBLICAS.	232
2.12.4.	A REPRESENTATIVIDADE DO GRUPO NÃO ORGANIZADO E DOS ENTES DESPERSONALIZADOS.	236
2.12.5.	A REPRESENTATIVIDADE DE UM INDIVÍDUO	243
2.13.	A ILEGITIMIDADE PASSIVA E O CUIDADO NA ELEIÇÃO DO GRUPO COMO RÉU.	245
2.14.	A LEGITIMAÇÃO DE GRUPOS DESPERSONALIZADOS NO SISTEMA PROCESSUAL ESPANHOL E OUTROS LEGITIMADOS: UMA EXPERIÊNCIA A SER CONSIDERADA	247

CAPÍTULO 3 - A COISA JULGADA E OUTROS ELEMENTOS POLÊMICOS DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS. 263

3.1.	A COISA JULGADA E SUAS IMPLICAÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS	263
3.1.1.	LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA.	265
3.1.2.	LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.	277
3.1.3.	COISA JULGADA E LITISPENDÊNCIA: EFEITO <i>IN UTILIBUS</i> NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	284
3.2.	EFEITOS DA COISA JULGADA COMO ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL (VITÓRIA, DERROTA, INSUFICIÊNCIA DE PROVAS): POSIÇÃO DA DOUTRINA QUANDO A COLETIVIDADE SE ENCONTRA NO POLO PASSIVO	297
3.3.	COISA JULGADA NAS AÇÕES DUPLAMENTE COLETIVAS: SUGESTÕES DA DOUTRINA	310
3.4.	COISA JULGADA E JUSTIÇA.	312
3.5.	SITUAÇÃO ATUAL DOS EFEITOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS E CIVIS PÚBLICAS PASSIVAS: APLICAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE.	317

3.6.	INSTITUTOS PROCESSUAIS DE APLICAÇÃO POLÊMICA NAS AÇÕES COLETIVAS EM ATENÇÃO AO PRESSUPOSTO DA REPRESENTATIVIDADE DA COLETIVIDADE EM JUÍZO.....	
	E AOS EFEITOS DA COISA JULGADA.....	324
3.6.1.	RECONVENÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS E CIVIS PÚBLICAS PASSIVAS ..	325
3.6.2.	DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES COLETIVAS E CIVIS PÚBLICAS PASSIVAS.....	329
3.6.3.	DEFESA TÉCNICA	335
3.6.4.	NECESSIDADE DE INFORMAÇÕES MAIS ADEQUADAS PARA DELINEAR OS CONTORNOS DA COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO: PRINCÍPIOS POTENCIALMENTE APLICÁVEIS ORIUNDOS DO SISTEMA PROCESSUAL ESPANHOL.....	338
3.7.	A RELATIVIDADE DA INSEGURANÇA JURÍDICA DA COISA JULGADA EM FACE DA COLETIVIDADE: A POTENCIAL INSEGURANÇA JURÍDICA DE OUTROS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS	340
3.8.	OS CÓDIGOS MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS E A REPRESENTATIVIDADE DA COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO ..	351
3.9.	A COISA JULGADA NOS CÓDIGOS MODELO.....	367

CAPÍTULO 4 - A SITUAÇÃO ESPECÍFICA TRABALHISTA E AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

375

4.1.	OS SINDICATOS E SUA FUNÇÃO COMO REPRESENTANTE NO ÂMBITO TRABALHISTA.....	375
4.2.	A SITUAÇÃO ESPECÍFICA DOS SINDICATOS NA POSTULAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS	381
4.3.	ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS E REPRESENTATIVIDADE SINDICAL.....	393
4.4.	AS AÇÕES JUDICIAIS E A REPRESENTATIVIDADE SINDICAL.....	397
4.4.1.	DISSÍDIO COLETIVO NO BRASIL: A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SUA FUNÇÃO PACIFICADORA	398
4.4.2.	DISSÍDIOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS	403
4.4.3.	PODER CRIATIVO E NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: A REVISÃO E EXTENSÃO DOS DISSÍDIOS ECONÔMICOS	414
4.4.4.	AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA	423
4.4.5.	O SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL NO PROCESSO DO TRABALHO	425
4.4.6.	QUESTÕES POLÊMICAS NA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL TRABALHISTA.....	435
4.4.7.	MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	438
4.4.8.	AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA PERSPECTIVA DIVERSA DOS DISSÍDIOS COLETIVOS	441
4.4.9.	EXEMPLOS INDICIÁRIOS DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: DIFERENÇAS DA POSIÇÃO DO SINDICATO DOS EMPREGADOS E DOS EMPREGADORES	455

CAPÍTULO 5 - AS ALTERAÇÕES POSSÍVEIS E DESEJÁVEIS PARA A SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NÃO PREVISTAS NA CLT.....	489
5.1. O MITO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: UMA NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DOS ESTIGMAS.....	489
5.2. FUNDAMENTOS LEGAIS DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PASSIVAS E AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL.....	493
5.3. ELEMENTOS LEGITIMADORES DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS EM GERAL: A TEORIA DA RESPONSABILIDADE POR ATO LÍCITO E OUTROS FUNDAMENTOS.....	499
5.4. MEDIDAS QUE VISAM MAIOR JUSTIÇA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: APLICABILIDADE DO NCCP DE 2015 NAS AÇÕES COLETIVAS.....	506
5.5. ALTERAÇÕES CULTURAIS NA PERCEPÇÃO DE JUSTIÇA E NA ACEITABILIDADE DAS DECISÕES.....	517
5.6. DIREITO CONSUETUDINÁRIO COMO FONTE PROCESSUAL PARA A VIABILIDADE DA COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO DAS AÇÕES.....	519
5.7. CODIFICAÇÃO OU ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PONTUAL PARA ADEQUADA SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS.....	522
5.8. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO PONTUAL SIMPLIFICADA DO NCCP COMO PRIMEIRO PASSO PARA A CONSOLIDAÇÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PASSIVAS E COLETIVAS PASSIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	529
5.9. AS DIFICULDADES NA ELABORAÇÃO DE UM CÓDIGO DE PROCESSOS COLETIVOS.....	562
5.9.1. PROBLEMAS CONJUNTURAIS.....	563
5.9.2. PROBLEMAS CIRCUNSTANCIAS.....	565
5.10. CODIFICAÇÃO FUTURA BALIZADA EM TENDÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO ATUAL E SUAS PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO.....	566
5.10.1. VALORIZAÇÃO DA PUBLICIDADE COMO MÉTODO LEGITIMADOR DAS DECISÕES JUDICIAIS E INTEGRANTE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ENQUANTO ELEMENTO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL COLETIVA.....	567
5.10.2. ÓRGÃO JURISDICIONAL RESPONSÁVEL PELO JULGAMENTO DOS PROCESSOS COLETIVOS.....	569
5.10.3. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NAS AÇÕES COLETIVAS E O PODER CRÍATIVO DO JUIZ.....	569
5.10.4. O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL (SISTEMA INQUISITIVO <i>VERSUS</i> SISTEMA DISPOSITIVO) NOS PROCESSOS COLETIVOS.....	571
5.10.5. O PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E A POSIÇÃO DA COLETIVIDADE.....	581