

Ação Coletiva Passiva como Estratégia para Implementação de Boas Práticas de Governança Corporativa

Passive Collective Action as a Strategy for Implementing Good Corporate Governance Practices

Larissa Cerqueira de Oliveira¹

¹Universidade Federal da Bahia - UFBA, Brasil

Resumo

A discussão quanto à admissibilidade de processos coletivos passivos é relativamente recente na doutrina brasileira. Apesar de não haver regulamentação expressa, a ação coletiva passiva ou defendant class action tem sido admitida em hipóteses especiais. Todavia, embora existam nos projetos de Código para Processos Coletivos a previsão de ações coletivas passivas, há divergência quanto à viabilidade dessa modalidade de ação à luz do ordenamento brasileiro. Na proposta aqui trazida, busca-se analisar a possibilidade de propositura da ação coletiva passiva amparada nos princípios norteadores do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição, em face das associações como estratégia para implementação de boas práticas de governança corporativa. Como metodologia de pesquisa, aplicou-se a técnica de revisão bibliográfica de cunho exploratório.

Palavras-chave: processo coletivo passivo; práticas de governança corporativa

Abstract

The discussion regarding the admissibility of passive collective proceedings is relatively recent in Brazil. Although not expressly expressed, the passive class action or defendant has been admitted in special cases. Even so, although the projects of action in light have a forecast of passive collective actions, there is divergence as to the possibility of this modality of action in the light of the Brazilian legal system. In the proposed access to justice, the possibility of a collective proposal of the initiative to trim the proposed principles of access to justice is sought, in the face of organizations as a strategy for the implementation of good corporate governance practices. As a research methodology, the exploratory literature review technique was applied.

Keywords: collective passive process; corporate governance practices

1. Introdução

O processo civil brasileiro é articulado para demandas individuais, de arquitetura bipolarizada, com definições quase sempre claras sobre os institutos que o constitui. A partir da década de 1970, especialmente com o movimento internacional de acesso à justiça, capitaneado por Cappelletti e Garth (*Florence Project*), emerge a preocupação do acesso voltado aos direitos coletivos e difusos.

Todavia, no Brasil, o despertar para a temática ganha força apenas nos anos 1980, com as invasões urbanas e da ascensão de um novo padrão de conflituosidade que surgia, mas não encontrava soluções em uma cultura jurídica dominante, de caráter liberal e individualista¹.

1 JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. v. 9 n. 18: Justiça e Cidadania, 1996.

José Carlos Barbosa Moreira², Ada Pellegrini Grinover³ e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior⁴ avançaram na produção acadêmica, e o movimento ganhou destaque até a aprovação de todo o arcabouço legislativo, no final da década de 1980 em diante (à exemplo da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor). De lá para cá, o sistema de processo coletivo brasileiro se consolidou, destacando-se entre os países de *civil law*, embora não sem críticas.

Por outro lado, quando se trata das ações coletivas passivas, os delineamentos ainda são controvertidos na doutrina e na jurisprudência, especialmente diante da ausência de previsão legal expressa no ordenamento brasileiro e das dificuldades nos contornos que envolvem a representatividade adequada e o regime da coisa julgada.

A par desse cenário, avança o estudo sobre governança e os mecanismos para vincular determinadas corporações à adoção de boas práticas que evitem atos lesivos à coletividade. Propõe-se com este trabalho uma reflexão sobre a viabilidade de se conduzir uma ação coletiva passiva contra entidades associativas representantes de setores da atividade econômica, visando alterações nas práticas de governança corporativa, como prevenção de litígios.

Para tanto, com o aporte de textos internacionais e nacionais sobre a temática, foi aplicada a metodologia de análise bibliográfica.

2. Ação Coletiva Passiva e seus Delineamentos no Processo Coletivo

As ações coletivas nada mais são do que ações representativas. O modelo tradicional de tutela coletiva ocorre por meio da ação coletiva ativa, pela qual se reivindica a tutela de direitos de um grupo, classe ou categoria, proporcionando, em tese, economia processual e uniformização da resposta estatal⁵.

Por outro lado, tema que vem ganhando atenção da doutrina é o das ações coletivas passivas, pelas quais formula-se uma demanda contra a coletividade. Longe de apresentar unanimidade, o tema vem sendo revisto especialmente diante da prática forense, que revela que as ações coletivas passivas já são uma realidade. Segundo Fredie Didier Jr e Hermes Xaneti Jr, “o que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica titularizada pela coletividade encontrar-se no polo passivo do processo”⁶.

No direito comparado, o sistema norte-americano de tutela coletiva emerge como paradigma, já que a sistemática das *class actions* abarcam não só a tutela coletiva ativa, mas também as *defendants class actions*, sendo ainda admitida a *bilateral class action* (ou ações duplamente coletivas), que seriam ações movidas por um grupo contra outro. Diante das cada vez mais frequentes demandas de massa, não são incomuns litígios envolvendo grupos em polos distintos. Portanto, com o crescimento da complexidade dos conflitos, é possível identificar demandas entre particulares, entre estes e grupos, e, também, entre grupos.

2 MOREIRA, José Carlos Barbora. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173-221.

3 GRINOVER, A. P. (1984). *Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 79, 283-307.

4 OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 7-25, jan./mar. 1984.

5 Antonio Gidi em seu artigo intitulado “las acciones colectivas en Estados Unidos”, indica os objetivos da tutela coletiva, nos seguintes termos: “las acciones colectivas tienen três objetivos: proporcionar economia procesal, acceso a la justicia y aplicacion voluntaria y autoritativa del derecho material”. GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas en Estados Unidos*. Direito e Sociedade, Curitiba, p. 117-150, v.3, n.1, jan/jun, 2004.

6 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. 11. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 492.

A doutrina⁷ classifica a ação coletiva passiva em original ou derivada. A passiva original é a que dá início a um processo coletivo; já a derivada decorre de um processo coletivo anterior e é proposta pelo réu, como, por exemplo, na ação rescisória de sentença coletiva⁸.

Ainda, é oportuno destacar que a ação coletiva passiva poderá tratar tanto de um direito individual, quanto de um direito coletivo (ação duplamente coletiva) que foi violado ou ameaçado por uma coletividade organizada. Para Camilo Zufelato, a ação proposta contra a coletividade “não tem como escopo trazer danos aos direitos transindividuais, mas sim corrigir eventuais desvirtuamentos ou abusos no momento de efetivação destes”⁹.

Para a admissibilidade da ação coletiva passiva, é fundamental que a demanda veicule um interesse social e seja proposta contra um “representante adequado”, sendo este, hoje, um dos principais entraves para sua sistematização¹⁰, o que será analisado destacadamente adiante.

Outro ponto alvo de críticas é a inexistência de texto legal expresso¹¹ que confira legitimação coletiva passiva. Parte da doutrina defende que a ausência de um arcabouço legislativo não se revela um obstáculo intransponível, já que seu fundamento poderia ser retirado do próprio sistema jurídico, notadamente, da Constituição Federal. É natural que as técnicas processuais não acompanhem as situações da vida com a mesma velocidade em que as questões fáticas se apresentam, de modo que a ausência de uma técnica específica não poderia servir de obstáculo ao acesso à justiça.¹²

A Constituição Federal, ao consagrar o acesso à justiça em seu art. 5º, conjuntamente com os princípios da ampla defesa e contraditório, aliado aos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economia processual pela via da coletivização, celeridade e duração razoável do processo, já daria respaldo à ação coletiva passiva. Todavia, é possível indicar outros dispositivos que amparariam a pretensão, à exemplo do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”¹³.

Obviamente que o respaldo legislativo e sua devida regulamentação daria fôlego ao instituto, conferindo a estrutura necessária para o definitivo desenvolvimento da matéria, amenizando incertezas e indicando balizas mínimas. Ocorre que, apesar de não utilizar especificamente a nomenclatura “ação

7 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. II. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 493.

8 Neste ponto, é válido mencionar a doutrina de Hugo Nigro Mazzili, segundo o qual a coletividade não pode ser ré em ação civil pública ou coletiva, salvo nos casos em que se vise desconstituir um título executivo já estabelecido em proveito da coletividade (embargos do devedor, embargos de terceiro ou ação rescisória); ou em ação declaratória incidental movida por réu que seja, ao mesmo tempo, colegitimado ativo (p.ex., as pessoas jurídicas de direito público podem, a um só tempo, ser rés numa ação civil pública e também autoras do pedido de declaração incidental). Vide MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 8ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 93.

9 ZUFELATO, Camilo. *Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65831>>. Acesso em: 13 set. 2021.

10 Kazuo Watanabe em *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 828, salienta que o ordenamento jurídico brasileiro permite seja incluída a classe na posição de legitimado passivo, desde que observado o requisito da representatividade adequada.

11 Como bem indica Rudiniki Neto, a partir do ano de 2002 cresceu o movimento em favor da codificação do processo coletivo. Desse movimento, extraiu-se ao menos quatro propostas (dois códigos modelos e dois anteprojetos) que trouxeram disposições expressas sobre a ação coletiva passiva. Vide NETO, Rogério Rudinik. *Processo coletivo passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 63.

12 Nesse sentido DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. II. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017. Por sua vez, defendendo a necessidade de regulamentação específica de alguns aspectos processuais das ações coletivas: ZUFELATO, Camilo. *Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação*. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65831>>. Acesso em: 13 set. 2021.

13 Vide Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em: 01 dez. 2021.

coletiva passiva”, uma breve análise dos casos práticos aponta que diversas demandas judiciais em face de coletividades já tramitam no Judiciário brasileiro, constituindo-se em uma realidade intransponível, apesar de nenhuma norma regular especificamente o tema. Neste ponto, seguem os exemplos indicados por Ricardo de Barros Leonel, que, alterando seu posicionamento inicial, passou a reconhecer as ações coletivas como um fenômeno real:

São apontados inúmeros exemplos de ações coletivas passivas, alguns inclusive extraídos da realidade do foro: ações propostas em face de associações que congregam torcidas organizadas de times de futebol, objetivando sua extinção por praticarem atos ilícitos; ações propostas por legitimados coletivos em face de entidades que congregam coletividades integradas por determinado segmento de atividade econômica (por exemplo, demanda aforada pelo Ministério Público ou associação de defesa de consumidores contra a Federação de Bancos ou dos prestadores de serviços ou seguros de saúde), para fins de imposição de condutas ou procedimentos a todas as instituições congregadas (instituições financeiras ou seguradoras de saúde) (...) ações de defesa do meio ambiente contra movimento social que, a pretexto de estimular a reforma agrária, pratica atos lesivos à Natureza¹⁴.

É preciso compreender o contexto histórico em que o processo coletivo foi erigido no Brasil, sobretudo diante do fortalecimento dos grupos na tutela dos seus direitos na década de 1980. Após o movimento das invasões urbanas, houve previsão apenas da tutela dos direitos desses grupos e não dos deveres as eles inerentes, não havendo previsão da coletividade no polo passivo. Naquele momento, as entidades sindicais e associações se formavam com muita intensidade nas lutas de classe e reivindicação de direitos, de modo que pensar numa responsabilização coletiva prevendo deveres poderia enfraquecer o movimento.

Ali, ainda não se vislumbrava a complexidade das relações sociais travadas hoje. Mas, quase meio século depois das primeiras formulações do processo coletivo no Brasil, a realidade exige repensar os institutos, para que a técnica processual acompanhe a realidade, o que exige uma opção política.

Propõe-se, aqui, que a ação coletiva passiva seja trabalhada para responsabilização da coletividade, a qual representa grupos que, reiteradamente, promovem lesão ou ameaça de lesão a interesses de terceiros, por práticas decorrentes de má governança¹⁵.

Isso porque, os conflitos envolvendo empresas e danos decorrentes de más escolhas corporativas têm ocupado um espaço cada vez maior na dinâmica social. Contudo, ao mesmo tempo em que se desenvolvem, não encontram respaldo em ações e procedimentos voltados efetivamente a resolver os problemas causados de forma reiterada.

No caso das Mineradoras, por exemplo, existem estudos que indicam que para a construção das barragens, existem técnicas mais avançadas e com menos riscos de causar danos, embora de maior custo. De modo que, por uma escolha administrativa de redução de custos (e ausência de fiscalização), a barragem é construída com técnica defasada, embora se saiba de antemão dos riscos do seu rompimento, aos exemplos de Mariana e Brumadinho.

Portanto, na linha de pensamento de Rudinik Neto,

[...] nas hipóteses em que a formação do litisconsórcio passivo necessário for inviável (quando sua imposição obstar o acesso à justiça por parte do autor), bem como quando o litisconsórcio passivo facultativo não for uma alternativa operacional, em razão do grande número de interessados, ou da dispersão territorial destes, acrescido do risco de decisões anti-isonômicas, sob o cânone da proporcionalidade pan-processual, defende-se o emprego da ação coletiva passiva, desde que os interesses em jogo possam ser adequadamente representados em juízo.¹⁶

14 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 5 ed. Salvador: Juspodivum, 2021, p. 232-233.

15 Neste ponto, como bem pontua Rudinik, a ação coletiva passiva poderia ser ajuizada em face de associação de bancos, de prestadores de serviços de saúde ou de seguros, associação de instituições de ensino, dentre outros, buscando a imposição de padrões de conduta às entidades associadas. Vide NETO, Rogério Rudinik. **Processo coletivo passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização**. São Paulo: Almedina, 2018.

16 NETO, Rogério Rudinik. **Processo coletivo passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 129.

Sendo as empresas do mesmo ramo agrupadas em associações, a ação coletiva passiva se apresenta como medida a ser pensada em forma de estratégia processual, para a implementação de políticas e boas práticas de governança empresarial, vinculando a classe ou grupo a determinadas medidas.

3. Legitimidade e Representatividade Passiva das Associações

Diante de toda crítica que permeia o tema, parece-nos que o problema não é da ação coletiva em si e sua existência, mas da ausência de um sistema concreto e coerente de controle de representatividade real e não ficta, que traria reflexos inclusive no tratamento dado à coisa julgada¹⁷. Como mencionado anteriormente, o grande entrave da ação coletiva passiva é a identificação do representante adequado, tanto que alguns autores restringem a legitimação coletiva passiva às associações¹⁸.

Andre Vasconcelos Roque ensina que o controle da representatividade adequada possui a função de “assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros.”¹⁹

No mesmo sentido, preleciona Ada Pellegrini Grinover que:

[...] a cláusula da representatividade adequada tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria. [...] O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da causa, mas configuraria, antes, um novo conceito de representação substancial e processual, adaptado às novas exigências emergentes na sociedade.”²⁰

A partir de uma interpretação sistemática, o ordenamento jurídico admite claramente seja incluída a entidade representante de classe na posição de legitimado passivo nas demandas coletivas²¹, sendo apenas necessário identificar o vínculo de representação, para resguardar os membros ausentes. Interessante, inclusive, o entendimento do Ministro Luiz Fux, segundo qual o exame de procedência da demanda coletiva passiva, desde que haja legítima representação pela entidade de classe, afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório.

17 O regime diferenciado da coisa julgada nas ações coletivas não faz parte do objeto deste trabalho, mas sem dúvidas representa um atraso na tutela coletiva brasileira, não mais encontrando as bases de justificação que formularam a sistemática na década de 80. Caso houvesse efetivo controle de representatividade no ordenamento brasileiro, talvez avançássemos na virada desta página, para um regime único de coisa julgada, seja para procedência ou improcedência, gerando estabilidade nas relações e maior segurança jurídica.

18 Nesse sentido, Antonio Gidi ensina que “para garantir a adequação da representação de todos os interesses em jogo, seria recomendável que a ação coletiva passiva fosse proposta contra o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 415. Tanto que, em seu Projeto de Código, ficou assim previsto no artigo “28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue”.

19 ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions*. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2013, p. 133.

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 57-58).

21 Mandado De Segurança 26.750 Distrito Federal Relator: Min. Luiz Fux : para manter a ponderação adequada entre os princípios constitucionais invocados e preservar sobremaneira o *due process of law*, faz-se necessário que esteja preenchido o que requisito de admissibilidade específico, denominado representatividade adequada (*adequacy of representation*). “[...] É com base nesse entendimento que entendo que a necessária ponderação conduz à impositiva oportunidade que todos os interessados devem possuir de tomar ciência dos atos processuais que possam vir a lhes afetar a situação jurídica, e que possam, desde que queiram, apresentar suas razões de defesa. Contudo, para que se preserve o princípio da efetividade e da duração razoável dos atos administrativos, a necessária defesa de interesses se concretiza, da forma mais célere, eficaz e menos dispendiosa possível, com a intimação da entidade de classe representante daqueles interessados, a qual deverá capaz de defender adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo, ou melhor, os pontos de defesa da entidade de classe devem ser os mesmos dos interessados”. Disponível em: Acesso em: 01 dez. 2021.

Ainda nas palavras Fux,

sendo certo que as entidades de classe de âmbito nacional possuem legitimidade ad causam inclusive para propor ação direta de constitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 103, IX), não faria sentido que não se permitisse também a presença de tais entidades no polo passivo das ações coletivas, ainda quando em se tratando de processos administrativos, como visto acima, na defesa dos interesses coletivos da categoria.²²

Ora, deve haver uma simetria entre direitos e deveres ou, em outras palavras, uma simetria dos riscos. Sugerir que a associação só possa ter direitos e nunca deveres é blindar indevidamente um grupo, categoria ou classe. Se uma associação tem legitimidade extraordinária constitucionalmente atribuída para representar os seus membros no polo ativo, na qualidade de substituto processual, qual razão não o teria para representá-los como réu?²³

A dificuldade de estabelecer parâmetros de representatividade é um dos pontos de crítica levantados pelo professor Edilson Vitorelli, ao dispor que:

[...] se se reputar que o processo coletivo passivo é um caminho socialmente valioso, considerações profundas sobre a adequação da representação, os conflitos de interesse, os limites da coisa julgada, entre outros aspectos deverão ser feitas. Não bastará dizer, genericamente, que o representante deve ser adequado. Será preciso definir minuciosamente, como avaliar esse aspecto, o que não é consenso nem mesmo no processo coletivo ativo.²⁴

Nesse ponto, a linha apresentada por Arenhart e Osna apresenta coerência e aponta para melhor solução, no sentido de que não seria adequada a simples transposição dos legitimados já previstos na lei de ação civil pública e código de defesa do consumidor, para o polo passivo, seja porque dificilmente se harmonizaria com a realidade do processo coletivo passivo, seja pelo fato destes legitimados muitas vezes possuírem pouca ligação com os grupos em que a decisão seria estendida.

Os autores arrematam afirmando que “por conta disso, parece que em geral [...] a melhor solução é realmente aquela empregada pela jurisprudência, aferindo-se *in casu* a idoneidade do litigante passivo para atuar em juízo na condição de representante dos interesses em jogo”.²⁵ Portanto, a avaliação das associações no polo passivo dependeria da identificação desta como efetiva representante devendo agregar o maior número possível de empresas do mesmo ramo, para a adequada responsabilização dos grupos em única demanda.

Nesses termos, considerando que a ação coletiva passiva já é uma realidade na prática, o seu avanço definitivo depende de ajustes dentro da sistemática processual vigente, não pensada para essa nova conflituosidade. O que não significa que é inviável ou não possa ser implementada.

4. Governança Corporativa

Como mencionado anteriormente, os conflitos envolvendo empresas e danos decorrentes de más escolhas corporativas têm ocupado um espaço cada vez maior na dinâmica social, nem sempre encontrando respaldo em ações e procedimentos voltados efetivamente a resolver os problemas causados de forma reiterada.

22 Ibidem.

23 Sobre o tema, válida a lição de José dos Santos Carvalho Filho, pelo qual: Se é possível admitir somente para algumas pessoas a condição jurídica para utilização desse específico instrumento protetivo, não teria sentido fixar qualquer restrição no que toca à legitimação passiva. A ofensa aos interesses difusos e coletivos, que justifica a posição de parte legítima passiva para a causa, pode muito bem derivar não apenas de atos e fatos do Poder Público, incluindo-se aí as pessoas da administração indireta, como ainda de práticas imputáveis a particulares. A legitimação passiva, desse modo, haveria que ter toda a amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que os vulnerasse. Vide José dos Santos Carvalho Filho. *Ação Civil Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 141.

24 VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?* Revista de processo, v. 278, pp. 297-335.

25 ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2021, p. 477.

Diversos conceitos rondam a temática. Ao tratar da governança em suas múltiplas formas de expressão, Orlando Villas Boas Filho dispõe que a governança empresarial “integrar-se-ia a um conjunto de dispositivos de regulação econômica e financeira com a finalidade de assegurar a boa gestão das empresas em um conjunto marcado pela globalização econômica”.²⁶

Especialmente a partir da década de 1990, no Brasil, os temas de Governança Corporativa, Gestão de Risco e *Compliance* vem sendo trabalhados pela doutrina²⁷. Pedro Adachi²⁸, ao tratar da governança corporativa nas empresas familiares, aponta como princípios essenciais: a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa. Quanto à última, a responsabilidade corporativa está associada “com a sustentabilidade da organização, englobando a adequada postura de todas as pessoas envolvidas nas operações, nos mais diversos aspectos, como sociais, ambientais, econômicos, trabalhistas e outros”²⁹.

A ideia de gerenciamento de riscos está atrelada à tomada de decisões que minimizem as incertezas e equalize as oportunidades, para melhores resultados. Por sua vez, a noção de *compliance* ou conformidade está alinhada a noção de integridade e ética, visando evitar ou remediar irregularidades. Segundo Eduardo Gaban e Juliana Domingues,

[...] do ponto de vista do ambiente empresarial, a ética passa a ser essencial para se atribuir boa reputação e firmar valores. A adoção de política de *compliance* gera um aumento da eficácia do sistema jurídico, na medida em que há um cumprimento mais efetivo da legislação e dos princípios morais e éticos³⁰.

Nesse cenário, como utilizar o processo coletivo como via para instrumentalizar, em única demanda, a responsabilização e adequação das empresas (bancos, seguros, planos de saúde, mineradoras, etc.) à padrões de conduta exigidos no ordenamento jurídico vigente (leis, códigos, jurisprudência consolidada, etc.)? A ação coletiva passiva poderia ser um caminho, reunindo no polo passivo associações consolidadas e que congreguem número expressivo de empresas? Como a nossa construção jurídica e processual favorece determinadas práticas empresariais?

Para início da reflexão provocada, é possível indicar, por exemplo, que, no âmbito dos contratos, existe uma enxurrada de ações individuais em face dos bancos, que tramitam visando a revisão contratual de cláusulas cujo tema está há muito pacificado na jurisprudência. Ainda assim, mesmo cientes, esses bancos reiteram nas mesmas práticas abusivas e não adotam qualquer conduta para adequação de seus contratos, contando com uma análise de gestão de risco que aposta no não ajuizamento de demandas por grande parte dos clientes³¹. A ação coletiva passiva, nesse caso, poderia ser manejada pela associação de consumidores em face da Federação ou Associação dos Bancos para que apresentassem um plano de conformidade, ajustando as práticas de governança, no que tange à gestão de contratos, aos parâmetros mínimos já firmados e consolidados no ordenamento.

26 VILLAS BOAS FILHO, Orlando. *A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo*. Revista estudos institucionais, vol. 2, 2, 2016, p. 671-700.

27 O IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa indica esta como sendo “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”. Disponível: <https://ibgc.org.br/> Acesso em: 17 nov. 2021.

28 ADACHI, Pedro Podboi. *Governança, risco e compliance*. In: Tendências em governança corporativa e compliance. Organizadores: Eduardo Saad-Diniz, Pedro Podboi Adachi e Juliana Oliveira Domingues. São Paulo: Editora Liberars, 2016, p. 70.

29 Ibidem.

30 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Breves considerações sobre o papel do advogado nos programas de compliance*. In: Tendências em governança corporativa e compliance. Organizadores: Eduardo Saad-Diniz, Pedro Podboi Adachi e Juliana Oliveira Domingues. São Paulo: Editora Liberars, 2016, p. III-III6.

31 No projeto “Causas do progressivo aumento de demandas judiciais cíveis repetitivas no Brasil e propostas para a sua solução”, que resultou na pesquisa “DEMANDAS REPETITIVAS RELATIVAS AO SISTEMA DE CRÉDITO NO BRASIL E PROPOSTAS PARA SUA SOLUÇÃO”, coordenado pela equipe da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, no seio do projeto da pesquisa encomendada pelo CNJ por meio do Edital 01/2009, apurou-se que o tema das ações revisionais era o mais representativo. Disponível em: Acesso em: 01 dez. 2021.

Ainda, no âmbito dos litígios ambientais, especificamente no âmbito da mineração, é expressivo o número de conflitos apenas no ano de 2020³². De acordo com o mapa de conflitos da mineração, foram mapeadas 144 empresas envolvidas em conflitos em 564 localidades. Não se desconhece a importância da responsabilidade estatal na fiscalização e acompanhamento das práticas no âmbito do minério, mas e a responsabilidade ética e empresarial na redução de danos causados por suas atividades?

André Lara Resende indica um traço cultural em determinados comportamentos corporativos que rompem com os postulados da confiança e da cooperação, ao indicar que “há algo na cultura de certos povos, que se poderia chamar de capital cívico, que faz a diferença [...] capital cívico é o estoque de crenças e valores que estimulam a cooperação entre as pessoas”³³. Em outras palavras, a responsabilidade social das empresas pelos seus produtos, serviços e ações deveria pautar a condução da atividade como um dever de cooperação antes de tudo.

Ora, como bem pontuado por Peter F. Drucker³⁴, justamente porque as corporações e aqueles que as administram exercem grande poder em nossa sociedade, seu comportamento deve ser regido por um conjunto de padrões mais exigentes do que aqueles que se aplicam a particulares. O que nada mais seria do que a ética aplicada aos negócios.

A ideia de responsabilidade social atrelada a uma ética empresarial remonta aos teólogos católicos da contra-reforma desde o século XVII. Ainda segundo Drucker, os governantes à época, teriam que encontrar um equilíbrio entre as demandas de ética que se aplicariam a eles como indivíduos e, ao mesmo tempo sua responsabilidade social para com seus súditos. Tal noção aplicada à ética empresarial espelha a conclusão de que a empresa e o executivo de negócios através de suas escolhas corporativas promovem impacto social, e, em virtude disso, toda sua política deveria pautar-se em condutas que fortalecessem sua responsabilidade social.

Ocorre que, hoje, aparentemente a ética estaria vinculada à um cálculo de custo-benefício envolvendo as demandas de consciência individual e as demandas de posição, pouco preocupadas com as demandas de coletividade verdadeiramente, mas voltadas para garantir uma boa aparência de gestão³⁵. De acordo com os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, as empresas devem identificar todos os riscos e impactos adversos relacionados às suas atividades e operações, agindo sobre eles a fim de prevenir riscos e mitigar impactos adversos, além de reparar danos com os quais tenham algum envolvimento.³⁶

Em vista disso, o manejo de ações individuais contra cada empresa separadamente visando pontualmente uma revisão contratual ou responsabilização civil sem o olhar coletivo que congregaria diversas empresas do mesmo ramo e com a mesma conduta, alimenta a sistemática de cálculo de riscos, gerando um questionamento simples: compensa ter responsabilidade social? Ou o impacto causado por ações individuais em face desta ou daquela empresa é mínimo diante dos ganhos de uma gestão pouco preocupada com o social?

O processo civil do futuro, inevitavelmente, esbarrará na questão coletiva passiva, como decorrência do próprio avanço das demandas coletivas como um todo, e pode servir de instrumento para judicialização de demandas que vão além da mera reparação pecuniária, mas como meio de promover alterações substanciais nas condutas corporativas exigindo-se parâmetros de responsabilidade social,

32 Em 2020, foram 722 casos e 823 ocorrências de conflito, envolvendo ao menos 1.088.012 pessoas. Dos 25 estados com registros, os que mais concentraram localidades em conflito foram Minas Gerais (45,8%), Pará (14,9%) e Bahia (9,8%). Em número de pessoas atingidas por estado, Minas Gerais aparece concentrando 75% do número total de pessoas atingidas, seguido de Alagoas (6,6%), Pará (4,8%) e Roraima (4,3%). Acesso em: <http://conflitosdamineracao.org/> Disponível em: 26 nov. 2021.

33 RESENDE, André Lara. *Corrupção e capital cívico*. Revista Valor Economico, publicado em 31 de julho de 2015.

34 DRUCKER, Peter F. *Whats is “business ethic”?*. 1981.

35 Drucker denominou de ética chique, sendo muito mais um evento de mídia do que uma questão moral ou filosófica. In: DRUCKER, Peter F. *Whats is “business ethic”?*. 1981.

36 **Parâmetros para uma Abordagem Baseada em Direitos Humanos para a Resposta e Reconstrução de Desastres Envolvendo Empresas**. Fundação Getulio Vargas. – Rio de Janeiro; São Paulo : FGV, 2019, p. 54.

ambiental e de governança que atentem para segurança e integridade das pessoas e proteção dos direitos.

5. Conclusão

O desafio do acesso à justiça é grandioso, sobretudo diante do surgimento dos litígios de massa e de alta complexidade, que são cada vez mais uma realidade e necessitam de uma estrutura processual que acompanhe as evoluções sociais. Trata-se de refletir sobre a aplicação do princípio da igualdade no âmbito do processo, prevendo procedimentos diferenciados para situações que merecem tratamento diferente.

Por outro lado, como bem nos ensina Carlos Augusto Silva³⁷, o processo civil é utilizado, muitas vezes, como estratégia de poder e refletir sobre as engrenagens da política, e como se articulam os interesses na implementação de projetos de lei é outro ponto que merece atenção, já que muitas vezes estes projetos são verdadeiros presentes para categorias que reiteradamente praticam condutas que lesam interesses de terceiros³⁸.

As ações coletivas passivas emergem da realidade forense para demonstrar que as técnicas processuais não têm acompanhado as demandas múltiplas com a mesma velocidade, e que conflitos antes inimaginados compõem um quadro factível. Nesse passo, a despeito da discussão sobre viabilidade, trata-se de campo novo que merece reflexão e ponderação.

A utilização da ação coletiva passiva em face de associações de empresas, embora não seja unanimidade na doutrina, encontra respaldo na prática e, sobretudo, diante de uma realidade associativa muito mais consolidada e avançada, possuindo potencial não só para gerar uma economia processual, mas para desmotivar práticas de condutas abusivas e ilícitas tal arraigadas na prática corporativa.

6. Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery. *Ação coletiva passiva: possibilidade de aplicação para a tutela dos direitos metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. II. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.
- GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas en Estados Unidos*. *Direito e Sociedade*, Curitiba, p. 117-150, v.3, n.1, jan/jun, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos*. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 79, 283-307, 1984.

37 SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

38 Pertinente a crítica levantada por Antonio Gidi em seu artigo intitulado “O Projeto CNJ e a decadência das ações coletivas no Brasil”, publicado em 05 de novembro de 2020, <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/antonio-gidi-projeto-cnj-decadencia-acoes-coletivas>. Acesso em 26 de nov. 2021.

- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à justiça: um olhar retrospectivo**. v. 9 n. 18: Justiça e Cidadania, 1996.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 5 ed. Salvador: Juspodivum, 2021
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito**. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 8ed. São Paulo: Saraiva Jur,2018.
- MARANGONI, Cínthia. **Ação coletiva passiva**. Revista Jurídica ESMP-SP, vol.4, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbora. **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- NETO, Rogério Rudinik. **Processo coletivo passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização**. São Paulo: Almedina, 2018.
- NIETO MARTIN, Adán. **Empresas, victimas y sanciones restaurativas. Como configurar um sistema de sanciones para personas jurídicas pensando em sus victimas?** Saad-Diniz, Eduardo et al (org) **Corrupção, direitos humanos e empresa**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018, p.37-52.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 7-25, jan./mar. 1984.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions**. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2013
- SAAD-DINIZ, Eduardo. **Justicia Restaurativa y desastres socioambientales em Brasil**. Revista de Derecho Penal y Criminología. Ano IX, nº 10, nov.2019. Edición Especial: alternativas al sistema de justicia criminal latino-americano. Thomson Reuters.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Tendencias em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Liberars, 2016.
- SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil**. São Paulo: Editora Renovar, 2004.
- VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo**. Revista estudos institucionais, vol. 2, 2, 2016.
- VITORELLI, Edilson. **Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva**. ZANETTI JÚNIOR, (Coord). Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivum, 2016.
- VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.
- ZUFELATO, Camilo. **Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação**. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65831>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.