

Hermes Zaneti Jr.,

**L'azione collettiva brasiliana:
sviluppo storico comparativo, momento attuale ed prospettive di
riforme¹**

1. Premessa generale: il problema dell'*overload* giudiziario e il carattere costituzionale delle azioni collettive brasiliane in doppia funzionalità, ampliamento della garanzia individuale in garanzia individuale e collettiva; 2. Lo sviluppo storico della tutela collettiva. Assenza di tutela, garanzia legale limitata ad alcuni diritti, garanzia costituzionale integrale ed il micro-sistema della tutela dei diritti collettivi *lato sensu*; 3. Segue: la disciplina dogmatica della legittimità, cosa giudicata e litispendenza; 4. Prospettive di riforme: i codici-tipo ed il disegno di legge 5.139/2009 del Ministero della Giustizia.

1. Il Brasile si presenta come un ordinamento ibrido di *civil law* e *common law*, nonostante la maggioranza dei giuristi brasiliani creda di essere in un sistema puro di *civil law* e le facoltà di giurisprudenza insegnino proprio questo, ormai sono consapevoli che il diritto costituzionale brasiliano e la struttura del Potere Giudiziario sono stati presi dalla prima Costituzione Repubblicana del 1891 dal modello nordamericano. Questo è importante per dire, prima di tutto, che sia l'interesse legittimo sia il diritto soggettivo in Brasile sono entrambi competenza del Potere Giudiziario.²

D'altro canto, come è noto, il diritto brasiliano ha un grande sviluppo nella tematica delle azioni collettive. Questo sviluppo riguarda prima di tutto il sistema nordamericano della *class action* anziché il modello della *Verbandsklage* tedesca, più influente nella legislazione italiana attuale.³ Però, non è di tutto corretto parlare di una ricezione pura del sistema nordamericano. Abbiamo da noi diversi cambiamenti nei riguardi della procedura e anche del diritto materiale stesso di

¹Hermes Zaneti Jr. Professore presso l'Univerdade Federal do Espírito Santo, Brasile (UFES). Magistrato del Pubblico Ministero Brasiliano presso il Ministério Público do Estado Espírito Santo. Dottore in Diritto Processuale all'Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). Membro dell'Istituto Iberoamericano di Diritto Processuale Civile e dell'Istituto Brasiliano di Diritto Processuale. E-mail: zaneti.ez@terra.com.br.

² Questa unicità è stata riconosciuta come una caratteristica distintiva dei modelli da R.C. Van Caenegem. *European law in the past and the future*. Cambridge: University Press, 2002, p.41-44. Vicino a questo significato l'articolo scritto in italiano dalla nota giurista italo-brasiliana Ada Pellegrini Grinover. "La difesa degli interessi transindividuali: brasiliano e iberoamericano". In: Lucio Lanfranchi (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 155-166. Il tema ha uno sviluppo storico e dottrinario più ampio nella mia tesi di dottorato Hermes Zaneti Junior. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³ Per la contrapposizione fra *class action* nordamericana e *Verbandsklage* tedesca cf. Michelli Taruffo. "Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi." In: Lucio Lanfranchi (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 53-66.

forma a permettere in un sistema legale (subcostituzionale) di taglio romano-germanico o romano-canonico (*civil law*) un istituto proprio del *common law*.

Il primo punto che ha il bisogno di essere evidenziato, è proprio questo, lo svolgimento brasiliano di una teoria delle azioni collettive è stato frutto dello svolgimento teorico della dottrina italiana degli anni Settanta⁴. Così consideriamo la teoria della ricezione per dire che tutta la ricezione è una ricezione creativa, perché nel ricevere gli orientamenti della *class action* nordamericana i giuristi italiani hanno sviluppato una loro teoria che è stata accolta con altre scelte e cambiamenti dal legislatore brasiliano (fortemente influenzato dalla dottrina, infatti, i due principale corpi legislativi, escludendo la Costituzione del 1988, la legge sull'azione civile pubblica – l. 7347, del 1985 - e il codice di difesa del consumatore – l. 8078, del 1990 - sono stati disegnati da commissioni di giuristi brasiliani, tra i quali ad Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Jr, più noti in Italia, senza parlare dell'influenza teorica di José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco)⁵. Questi adattamenti saranno riferiti nel topico seguente.

Il secondo punto, è che lo studio attento del diritto costituzionale brasiliano rivela che il nostro modello costituzionale è stato influenzato più dalla Rivoluzione americana che da quella francese. Voglio dire, il nostro diritto costituzionale ha le radici nel diritto di *common law*, ossia, a livello dell'organizzazione giudiziaria noi abbiamo un solo giudizio per le questioni amministrative e civile (così non si parla di interesse legittimo in Brasile), quindi abbiamo il controllo diffuso della costituzionalità delle leggi (in realtà ibrido, perché dopo c'è stata anche la ricezione del modello austriaco insieme al modello nordamericano) e il giudice, nella nostra tradizione costituzionale, può creare meccanismi di tutela laddove manca la legge⁶.

⁴ Tra i principali autori riconosciuti sul tema dalla dottrina brasiliana Mauro Cappelletti, Michele Taruffo, Andrea Proto Pisani, Vicenzo Vigoritti, Michele Taruffo. "I limiti soggettivi del giudicato e le *class actions*". *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. 24, 1969; "Collateral estoppel' e giudicato sulle questioni" (I) e (II) pubblicati in *Rivista di Diritto Processuale* vol. 26 e 27, 1971 e 1972. Altrimenti, la raccolta degli atti di due noti convegni tenuti a Pavia (giugno 1974) e Salerno (AIDC, 22-25 maggio, 1975), sono ancora di riferimento obbligatorio (Vittorio Denti (a cura di). *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*. Milano: Giuffrè, 1976; Antonio Gambaro (a cura di.). *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato: con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e del consumatore*. Milano: Giuffrè, 1976), così come, l'opera di Vicenzo Vigoritti. *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, tra altri. Criticando questa importazione attraverso la dottrina italiana Antonio Gidi. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32 - 38. A nostro avviso la critica non deve essere considerata del tutto corretta, primo perché gli adattamenti erano necessari, secondo perché il processo brasiliano si è sviluppato indipendentemente dal diritto e dalla dottrina italiana, terzo, e principale, il nostro ordinamento non comporta una soluzione semplicistica, tutte le ricezioni sono creative, come già segnalato. Nonostante oggi si studi di più la dottrina nordamericana e la sua pratica cercando nuovi sviluppi. Per la teoria delle ricezioni giuridiche: Peter Häberle. "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica." Trad. Emilio M. Franco. In: Antonio-Enrique Pérez Luño (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

⁵ A sua volta, i saggi seminali nella dottrina brasiliana sono stati scritti da José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Jr. Per i processi legislativi della a.c.p. guardare: Edis Milaré (cord). *Ação Civil Pública: 15 anos*. São Paulo: RT, 2000 (annessi).

⁶ In questo bisogna dire che il giudice brasiliano è investito di forti poteri, per esempio, i provvedimenti mandamentali, com'è stato ricordato dalla dottrina: "...corrispondenti grosso modo alle *injunctio*s ... queste si devono attuare in

Fissati questi punti storici, diciamo così, dobbiamo chiederci che cosa sia la funzione del processo collettivo nell'ordinamento brasiliano e, a nostro avviso, guardate le diversità di tradizione culturale ed gli adattamenti necessari, le funzioni del processo collettivo nel mondo contemporaneo (incluso Italia ed Unione Europea). Per processo collettivo si deve intendere l'insieme di regole e principi capace di garantire l'azionabilità e l'effettività delle situazioni giuridiche collettive⁷, ossia, dei diritti collettivi in generale o *lato sensu*, compresi in questa categoria i diritti diffusi, i diritti collettivi *stricto sensu* ed i diritti individuali omogenei, di cui si parlerà in seguito.

Così le funzioni sono fondamentalmente due. La prima e principale è di *rendere protetti i nuovi diritti* attraverso l'attuazione del Potere Giudiziario, in Brasile gioca un particolare ruolo l'attuazione del pubblico ministero come organo affidato alla protezione di questi diritti⁸. Sono noti esempi di questi nuovi diritti il diritto all'ambiente ed il diritto del consumatore. La seconda funzione, ancora importante, ma non principale, è quella di garantire l'economia processuale ed impedire le contrarietà di giudicati in una società di massa, ossia, di *ridurre l'overload (sovraccarico) del giudiziario*, tendendo conto delle lezioni ai c.d. diritti individuali omogenei⁹. Quest'ultima viene anche risolta da altre tecniche di tutela delle c.d. azioni seriali o litigi ripetitivi.

Vogliamo che stia molto chiaro che spetta al diritto processuale realizzare praticamente i diritti minacciati o violati. Il rinnovo della tutela dei nuovi diritti, già riconosciuti come diritti fondamentali di terza generazione¹⁰ si fece in Brasile soprattutto sul piano del processo.¹¹

modo specifico, sia attraverso mezzi di coazione indiretta come le *astreintes*, sia attraverso mezzi di coazione diretta ordinati dal giudice, che può cambiare il provvedimento di condanna in un altro provvedimento adeguato ad arrivare al risultato che si otterrebbe se ci fosse l'adempimento dell'obbligazione. Per dare un esempio nel campo ambientale, supponiamo che la domanda sia l'obbligo di non inquinare da parte di uno stabilimento: il giudice può applicare le *astreintes* oppure, concomitantemente o no, può trasformare l'obbligo negativo di non inquinare in quello positivo di installare un filtro, e se anche questo obbligo non è adempiuto, il giudice può andare oltre e determinare che un terzo installi il filtro a spese del convenuto, e se neanche questo può essere fatto può determinare la chiusura dello stabilimento."Ada Pellegrini Grinover. "La difesa degli interessi transindividuali: Brasile e Iberoamerica". In: Lucio Lanfranchi (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 157-158.

⁷Parla in Italia di situazioni collettive come situazioni autonome Chiara Petrillo. "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella concorrenza sleale". In: Lucio Lanfranchi (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 425; Chiara Petrillo. "Brevi considerazioni sulla tutela degli interessi collettivi". www.judicium.it, accesso in 15.11.2009. Nella dottrina brasiliana il nostro: Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, 4°. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁸Vedere in italiano la notizia dogmatica del profilo del p.m. brasiliano in Dierle José Coelho Nunes. "Azioni collettive in Brasile e il pubblico ministero", www.diritto.it, accesso in 15.1.2009.

⁹In Italia il art. 140-bis del codice del consumatore.

¹⁰Sergio Chiarloni. "Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei soggetti deboli", in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, p. 958 ss.

¹¹Per tutti, Ada Pellegrini Grinover. *I processi collettivi in Brasile*. www.judicium.it. accesso in: 15.11.2009. Il lettore dovrà percepire che anche questa costruzione dimostra la rilevanza della giurisprudenza nell'effettività del diritto ed è

Nella recente Costituzione del 1988 il costituente infatti ha voluto riconoscere espressamente questa funzione principale prevedendo il diritto collettivo *lato sensu* (compresi i diritti diffusi, collettivi ed individuali omogenei, come si vedrà) come diritto fondamentale¹². Così, ha ampliato l'antico dispositivo che provvedeva l'accesso alla giustizia individuale per garantire anche la tutela del diritto collettivo.

Questi diritti hanno un collegamento forte con l'interesse pubblico, per questa ragione non sono semplice *class action*, rimettendosi, nel senso comparato, alle *parens patrie doctrine* e ai *private attorney general suit* come specie di *public law litigation* (processo civile di interesse pubblico).¹³ Questa caratteristica è molto marcante in tutta la legislazione brasiliana, a cominciare dal ruolo del pubblico ministero che è sempre presente nei processi, sia come autore, sia come intervento obbligatorio (nello senso della legge italiana), e, tra le altre funzioni, ha l'obbligo di promuovere l'esecuzione della sentenza quando l'autore co-legittimato non lo faccia (art. 5º, § 1º, l.a.c.p.).

2. Dobbiamo fare adesso un quadro breve sullo sviluppo storico della tutela collettiva nel diritto brasiliano in modo da garantire la comprensione dei passi, a nostro giudizio necessari, per l'impianto di una garanzia correlata ad altri ordinamenti di *civil law*.

In una prima fase il diritto collettivo fu totalmente escluso dal sistema della tutela dei diritti civili, essendo rilasciato unicamente a tutela del diritto penale e dei provvedimenti amministrativi. Questo paragone avviene con la ricezione nel 1916 del diritto civile napoleonico e del suo movimento per la codificazione dei diritti individuali come diritti soggettivi. L'intenzione del nostro legislatore all'epoca era eliminare tutto quello che ne avrebbe rappresentato un corpo sociale e dissolvere, così, la società nel singolo individuo, capace da solo di mettersi a capo dei suoi diritti attraverso la nota categoria dell'autonomia della volontà¹⁴.

Questa prima fase comincia a cambiare con la reintroduzione, mediante la legge n. 4.717 (a.p.), del 1965, dell'azione popolare. Però, è solo con la legge sull'azione civile pubblica, del 1985, legge 7.347/85 (l.a.c.p), che questa situazione cambia a favore di

stata riconosciuta come una caratteristica distintiva dei modelli tra *civil law* e *common law* da R.C. Van Caenegem. *European law in the past and the future*. Cambridge: University Press, 2002, p.48-50.

¹² Infatti, prescrive la nostra Costituzione: "Titolo II. Dei Diritti e Garanzie Fondamentali. Capitolo I. Dei Diritti e Doveri Individuali e Collettivi. Art. 5º... XXXV. la legge non escluderà dal giudizio del Potere Giudiziario lesioni o minacce al diritto [cioè: individuale o collettivo]".

¹³ Su questi istituti Antonio Gidi. *A Class Action: como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2006, p. 480 e 481. Sulla *public law litigation* Abram Chayes. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review*, vol. 89, n° 7, p. 1281-1316, may 1976.

¹⁴ Per la bibliografia su questa fase il nostro Didier Jr.; Zaneti Jr. *Processo coletivo*, n.m. 1.2.

un vero modello di tutela collettiva¹⁵. Questo perché la legittimazione, attribuita esclusivamente al cittadino nell'azione popolare, escludeva i corpi intermediari e gli organi pubblici, più agguerriti e preparati dell'individuo nella lotta contro minacce o lesioni ai diritti collettivi.

La seconda fase, appunto, esce fuori con l'azione civile pubblica. Questa legge per la prima volta in maniera organica prevedeva la tutela dei diritti del consumatore, dei diritti della natura, del patrimonio storico culturale e del patrimonio pubblico, compreso quello immateriale dell'amministrazione proba. Purtroppo la disciplina in questa legge non era compiuta. Non si sono disciplinati quegli effetti della cosa giudicata sui singoli individui, non si era regolata la litispendenza, non si prevedeva la tutela dei diritti individuali omogenei. Il passo principale in questa legge è stato il riconoscimento della possibilità di tutela giurisdizionale così come l'attribuzione di legittimazione processuale al pubblico ministero, ad altri enti pubblici ed associazioni.

Questa fase è riconosciuta dalla nostra dottrina come una fase segnalata dalla tutela tipica (azioni nominate: a.p. e a.c.p.) e tassativa (ristrette ad alcuni diritti elencati dalla legge). In questo senso, all'epoca non era possibile richiedere allo stesso tempo un obbligo di fare e non fare mediante una tutela inibitoria e la condanna all'indennizzo.¹⁶ Questa digressione è importante per osservare che l'attuale legislazione italiana ed europea segue questo vecchio cammino, identificando alcuni diritti tutelabili (ad esempio: ambiente e consumatore) e scegliendo particolari forme di tutela e enti legittimati per la sua persecuzione (inibitoria, condanna ecc; associazioni private, individui membri dei gruppi ecc)¹⁷.

Quei tempi, tuttavia, sono stati tempi di grandi cambiamenti nel panorama politico e sociale brasiliano. Avevamo appena lasciato la notte oscura della dittatura militare, eravamo appena entrati nella democrazia ed era stata eletta una nuova assemblea parlamentare costituente.

La terza fase è il momento attuale di allargamento della tutela collettiva per tutti i diritti diffusi e collettivi, riconosciuti anche come diritti fondamentali nel nostro sistema, come abbiamo già visto sopra.¹⁸ La Costituzione ha riconosciuto come

¹⁵ Nel frattempo era stata la legge ambientale del 1981 (n. 6.938), che stabiliva la legittimazione del pubblico ministero alle azioni di responsabilità penale e civile (quest'ultima, riconosciuta come di natura oggettiva) per i danni provocati all'ambiente, così come, d'altro canto, una modifica alla legge dell'azione popolare costituzionale del 1965, introdotta nel 1977, considerava "patrimonio pubblico" beni e diritti di valore artistico, estetico, storico o turistico.

¹⁶ Così era la giurisprudenza dello STJ fino al 1996, interpretando di maniera letterale l'art. 3° della l.a.c.p. Negli Stati Uniti questa doppia condanna ha il nome di *hybrid class action* (Gidi, *A class action*, p. 474).

¹⁷ Facciamo riferimento, *ad e.*, alle norme del consumatore, il art. 140 e 140-bis della legge.

¹⁸ Prevede la nostra costituzione tra le funzioni del p.m. la tutela dei diritti diffusi e collettivi. Così, lo articolo 129, III da CF/88 che stabilisce: "Articolo 129: Sono funzioni istituzionali del Pubblico Ministero: III- promuovere l'indagine civile e la azione civile pubblica, per la protezione del patrimonio pubblico e sociale, dell' ambiente e d'altri interessi

funzione costituzionale del p.m. la tutela dei diritti all'ambiente, alla probità dell'amministrazione pubblica e ad altri diritti diffusi e collettivi. Questa norma di apertura permette che tutte le situazioni giuridiche, tutti i beni tutelabili della norma siano colti anche nella dimensione collettiva, possano essere tutelati, *in tese*, davanti a una lesione o minaccia di lesione.

Ancora più, è stato allargato il modello di tutela per fuggire all'applicazione del c.p.c., preferendo a applicazione delle leggi su questi beni collettivi per la soluzione dei problemi processuali. Questo risulta dal riconoscimento prima per legge, e dopo nella dottrina e nella giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione (STJ – Superiore Tribunale di Giustizia) del micro-sistema della tutela collettiva nel quale si completano tra di loro tutte le leggi previste per la disciplina del tema, formando un corpo organico collegato tra il nucleo previsto nel c.d.c. e nella l.a.c.p.¹⁹ Tutti i diritti e tutte le azioni (e le forme di tutela: inibitoria, condanna, puro accertamento, costitutiva ecc.), *in tese*, sono ammissibili per tutelare il diritto fondamentale collettivo correlato (consumatore, ambiente, ecc.).

A questo punto la cosa più importante è capire che nel nostro ordinamento l'azione collettiva si è sviluppata come una garanzia costituzionale e che ci sono adesso diverse leggi e strumenti processuali che ne parlano.²⁰

D'altro canto, un grosso problema che è stato risolto dalla norma del c.d.c. è quello del concetto dei diritti collettivi *lato sensu*, di cui la dottrina italiana ha già riferito come “*personaggio assolutamente misterioso*”²¹. Perché è importante risolvere

diffusi e collettivi”, emerge chiaramente dalla lettura che il p.m. ha anche un potere di indagine civile, nel stesso senso dell'indagine penale, per sussidiare l'azione.

¹⁹ Così nella nostra Corte di Cassazione: “La legge di improbità amministrativa, congiuntamente con la legge della azione civile pubblica, dell'azione popolare, del mandato de segurança collettivo, del codice di difesa del consumatore e degli statuto del bambino e dell'adolescente e dell'anziano, *compongono un micro-sistema di tutela degli interessi transindividuali e sotto questo aspetto interdisciplinare, intraprendesi e sussidiati (...)*”.RESP n° 510.150/MA, 1° T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173. Sopra il tema nella dottrina italiana, il classico Natalino Irti. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999. Cosa si deve capire: “Le norme speciali, se da un lato rompono la logica della generalità e dell'indifferenziato, dall'altro introducono nuovi principi di disciplina... Le norme speciali non sono il regno dell'arbitro e del capriccio, ma il terreno di *emersione di nuove logiche*. Intorno al nuovo criterio di disciplina – come intorno agli antichi le norme del codice – si dispongono le norme speciali, si organizzano, si svolgono in piccoli universi legislativi. Nascono così – ora appena accennati, ora più limpidi e netti – i *micro-sistemi*: insieme di norme speciali, che, dettate per singoli istituti o classi di rapporti, si ritrovano in comuni principi di disciplina. Se ad una nota differenziale tiene sempre un effetto, questo dice che essa ha suscitato un nuovo criterio di valutazione, ha sprigionato, nell'ambito del grande ordinamento giuridico, una *logica di settore*.” (ivi, p. 70-71). È la Costituzione che garantisce la “unità dinamica” dell'ordinamento (ivi, p. 77). In Brasile, per tutti: Didier Jr., Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, Vol. IV. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

²⁰ Per fare un esempio, in un elenco piuttosto incompleto delle principali normative. A livello costituzionale abbiamo riferimento al “mandado de segurança” collettivo, all'azione popolare, all'azione civile pubblica. A livello subcostituzionale abbiamo, escludendo quelle già riferite, azione di improbità amministrativa (legge 8.437/92), azione per la tutela collettiva della infanzia ed adolescenza (legge 8.069/90), azione per la tutela degli anziani (legge 10.741/01) tra le altre, tutti collegati alla stessa disciplina centrale del c.d.c e della l.a.c.p. nella quale non ci sarebbero conflitti normativi.

²¹ Massimo Villone. “La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (considerazione sul sistema statunitense).” In: Antonio Gambaro (ed.). *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato: con particolare riguardo alla protezione*

questo problema negli ordinamenti di *civil law*? Perché tutta la nostra storia di difesa giudiziaria dei diritti è stata collegata al concetto di diritto soggettivo²², senza questa chiave legale rimaneva molto difficile tutelare le situazioni giuridiche nate dalle norme previste nella nostra Costituzione e nella nostra legge, così come nelle leggi italiane. Il nostro legislatore ha disegnato – consapevole o no - questo concetto come un incrocio tra il diritto materiale e il diritto processuale. Così ha garantito l'*azionabilità* di questi diritti²³.

Guardiamo la norma:

“Art. 81 [...]

I. interessi o diritti diffusi, così intesi, per effetto di questo codice, i transindividuali, di natura indivisibile, di cui siano titolari persone indeterminate e connesse da circostanze di fatto.

II. interessi o diritti diffusi, così intesi, per effetti di questo codice, i transindividuali, di natura indivisibile, di cui sia titolare gruppo, categoria o classe di persone connesse tra di loro oppure con la parte contraria da una relazione giuridica di base.

III. interessi o diritti individuali omogenei, così intesi quelli decorrenti di origine comune..” (legge 8078/90- Codice di Difesa del Consumatore).

Cosa stabilisce la dottrina con base in queste norme: prima di tutto, l'indisponibilità e indivisibilità del diritto al rappresentante giudiziale della classe, ossia, questi diritti collettivi sono indisponibili in quanto tutelati collettivamente dal sostituto processuale, sia il p.m. o altro. In secondo luogo, emerge la titolarità collettiva nel caso del diritto diffuso alle *persone indeterminate* collegate da *situazioni di fatto*, nel caso di diritti collettivi *stricto sensu* ai *gruppi, categorie o classi di persone collegate fra di loro* o con la parte *ex adversa* (controparte) da una *relazione giuridica base*. D'altro canto, ai titolari dei diritti individuali omogenei e a questi diritti, tuttavia, è mancata una disciplina più esauriente, però sono considerati, dallo autore, come in situazioni identiche di fatto o di diritto, un mazzo, un insieme di situazione giuridiche

dell'ambiente e dei consumatori. Milano: Giuffrè, 1976, p. 73 (Atti del III Convegno della AIDC, Università di Salerno, 22-25 maggio, 1975).

²² Antonio Carratta. “Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi”. In: Lucio Lanfranchi (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 81.

²³ Questa opinione non è condivisa da importanti ricercatori sul tema, per esempio, Antonio Gidi, che considera la classificazione ormai complicata, un'invenzione dei giuristi italiani. Antonio Gidi. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 201 e ss. Nonostante, nella nostra tradizione giuridica sarebbe impensabile, o molto difficoltosa, la tutela di diritti che non siano riconducibili alla categoria del diritto soggettivo (oppure, in Italia, agli interessi legittimi), condizione per la sua azione e garanzia giudiziale.

astratte e genericamente riferite al fine di tutela. La disponibilità eventuale di questi diritti rimane ai singoli titolari²⁴, ma non ne ha disponibilità il sostituto processuale.

Così, in Brasile, la dottrina maggioritaria riconosce l'accento distintivo nel senso di dire che i diritti diffusi e collettivi sono diritti essenzialmente collettivi, mentre i diritti individuali omogenei sarebbero invece accidentalmente collettivi o collettivi per finzione giuridica. Il Supremo Tribunale Federale, che costituisce la Corte Costituzionale nel nostro paese, ha deciso, mentre interpretava il senso dell'art. 129, III della CF/88, che parla della legittimazione del p.m. per l'azione civile pubblica, che i diritti individuali omogenei sono, anche loro, diritti collettivi, riconoscendo la legittimità per la loro difesa al pubblico ministero in una causa negli interessi dei genitori contro l'aumento abusivo delle mensilità nelle scuole private. Ossia, "diritti o interessi omogenei sono quelli che hanno un'origine comune (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), costituendosi in sottospecie di diritti collettivi."²⁵

Passiamo, allora, al diritto processuale nel senso stretto, ossia, alla disciplina legale della legittimazione, della cosa giudicata e della litispendenza nel sistema brasiliano.

3. La legittimazione nella tutela collettiva brasiliana è mista e plurima. Il legislatore ha preferito l'apertura più ampia, attraverso la tecnica della sostituzione processuale, autonoma, esclusiva, concorrente e semplice, nel senso che i titolari del diritto collettivo di cui abbiamo parlato non possono esercitare i diritti di azioni e che quelli legittimati possono farlo da soli, senza attuare congiuntamente. D'altronde, poiché la legge attribuisce la titolarità dell'azione sia agli organi pubblici, per esempio al pubblico ministero, alla municipalità e agli enti non personalizzati dell'amministrazione, sia alle associazioni private, precostituite nei termini della legge civile ed in funzionamento da almeno un anno²⁶ – art. 82 c.d.c. ed art. 5°. l.a.c.p. -, il legislatore ha raggiunto quell'ideale pensato dai romani attraverso l'azione popolare, che siano in molti a difendere la causa dell'interesse pubblico, tanto le persone private quanto i pubblici uffici.

Il cittadino non è legittimato alle azioni collettive in generale (continua ad esserlo esclusivamente e solo per l'azione popolare), intendendosi che il portatore in giudizio degli interessi collettivi (*lato sensu*) supplisce, per struttura, alle deficienze

²⁴Che possono a seconda dei comandi della legge scegliere l'*opt out* alla brasiliana (art. 104, del c.d.c., *in fine*) o l'*opt in* brasiliano, essendo colti per la cosa giudicata *pro et contra* (art. 94 e 103, § 2°, del c.d.c.).

²⁵STF - RE 163231/SP. Cf. José Augusto delgado. "Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF". *Revista de Processo*, ano 25, n. 98, p. 61-81, abril/junho de 2000, p. 80. Per consultare il testo della decisione consultare il sito www.stf.gov.br.

²⁶Ma con la possibilità della dispensa del requisito della precostituzione, *ope iudicis*, quando si verifichi un preponderante interesse sociale dimostrato dalle dimensioni o caratteristiche del danno, o dal rilievo del bene giuridico da proteggere, conforme previsto espressamente dalla legge.

organizzative dei titolari individualmente considerati, permettendo l'accesso alla giustizia da parte di vasti strati della popolazione.

In verità la grande maggioranza delle azioni proposte in Brasile è eseguita dal pubblico ministero, il principale attore. Nonostante la rappresentanza attraverso organi pubblici sia appuntata come un fattore negativo dalla dottrina straniera in generale, incluso quella italiana, lo sviluppo della specializzazione degli organi e l'indipendenza fanno che il p.m. brasiliano sia stato riconosciuto anche dagli autori italiani come un organo di eccellenza nella difesa di questi nuovi diritti. D'altro lato, si rinforza che quando il p.m. non è l'attore è sempre interveniente (*intervento obbligatorio*), per garantire la correttezza del procedimento e la persecuzione dell'interesse pubblico (evitare la lesione agli interessati non partecipanti dal processo) così come tutelare il bene giuridico predisposto dalla legge (ad es.: l'ambiente).

D'altro lato, il nostro regime della cosa giudicata è molto diverso da quello nordamericano²⁷. Negli Stati Uniti il *binding effect* aggiunge al giudicato *pro et contra* la stabilità della cosa giudicata. Però la mancanza dell'adeguata rappresentazione (controllo giudiziale della vigorosa tutela per il giudice da parte dell'avvocato e del rappresentante della classe) o della *fair notice* (adeguata notificazione dell'esistenza di una lite collettiva), tra altri esempi della dottrina, permetta qualcuno dei titolari dei diritti individuali di proporre una nuova domanda.²⁸ Ossia, negli Stati Uniti la cosa giudicata non è forte come la nostra. Adottare quella scelta nordamericana sarebbe permettere che i titolari dei diritti individuali che non fossero stati nel processo, fossero colpiti dalla cosa giudicata, senza possibilità di ricorrere o di muovere un'altra azione.

In Brasile questo non succede. Non poteva essere diverso giacché la stabilità della cosa giudicata in Brasile come in Italia è tutt'altra di quella nordamericana. Come segnala la dottrina: "ci siamo deliberatamente scostati dall'*opt out* e dall'*opt in* del sistema di *common law*, in cui il membro della classe è legato alla cosa giudicata soltanto se ha optato per l'azione di classe (*opt in*) o non ha manifestato l'intenzione di uscirne (*opt out*). Devo dire che abbiamo studiato parecchio il sistema dell'*opt out* nordamericano, ma abbiamo visto che anche negli Stati Uniti esso pone problemi spesso insolubili, come quando si arriva a pretendere la notifica personale di tutti i membri del gruppo affinché possano optare."²⁹

²⁷Questo punto è stato molto discusso dagli autori italiani negli anni settanta, difendendo la dottrina maggioritaria che "...allora mi pare che non si debba distinguere fra effetti buoni o cattivi, favorevoli o sfavorevoli" (Mauro Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, p. 205).

²⁸V. Antonio Gidi. *Class actions*, p. 273-274, con ampi riferimenti bibliografici.

²⁹Ada Pellegrini Grinover, *La difesa degli interessi transindividuali: brasiliano e iberoamericano*, p. 163. Con riferimento al famoso caso Eisen.

Nel micro-sistema brasiliano la cosa giudicata si forma *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*. La cosa giudicata sarà *secundum eventum litis* perché al contrario della dottrina tradizionale la sua estensione raggiungerà solamente i titolari dei diritti individuali nel suo beneficio, mai per pregiudicare i diritti individuali. Questo è stato un lungo dibattito in Italia negli anni Settanta, da noi superato per legge. In Brasile, abbiamo il giudicato *erga omnes*, ma soltanto per favorire e non per pregiudicare le pretese personali. Se la sentenza non accoglie la domanda collettiva, il giudicato opera soltanto in via collettiva, impedendo una nuova domanda collettiva. La sentenza collettiva contraria avrà soltanto la forza di precedente persuasivo e non vincolante, come in genere i precedenti giurisprudenziali in Brasile. Importante capire che questa caratteristica è comune all'intero micro-sistema, sia per la tutela dei diritti essenzialmente collettivi (diffusi e collettivi in senso stretto), sia per la tutela degli diritti individuali omogenei.³⁰

Un'altra caratteristica è che la cosa giudicata non si formerà nella mancanza di prova, ossia in Brasile quando in un processo collettivo non si riesce a fare prove ad un livello sufficiente per la condanna o per l'accertamento negativo il giudice può formulare una sentenza di *non liquet*.

Così possiamo dire che l'art. 103 del codice brasiliano del consumatore prevede la mancata efficacia *erga omnes* o *ultra parte* della sentenza di rigetto quando la domanda sia stata ritenuta infondata per insufficienza di prove oppure permette sempre, ancora nel rigetto nel merito propriamente detto, l'azione individuale, escludendo soltanto un'altra azione collettiva.³¹

D'altro canto, la litispendenza non succede mai tra i processi collettivi ed individuali, per espressa disposizione di legge.³²

³⁰ In senso diverso, spostando questa regola solo per i diritti individuali omogenei Ada Pellegrini Grinover, *La difesa degli interessi transindividuali: brasiliano e iberoamericano*, p. 164.

³¹ Così: "Art. 103 - Nelle azioni collettive ai sensi del presente Codice, la sentenza sarà: I – *erga omnes*, salvo qualora la domanda sia respinta per mancanza di prove, nel qual caso una parte legittima può portare un'altra azione, con la fondamentazione stessa, aggiungendo nuovi elementi di prova, nel caso di cui parla il comma unico, sezione I, dell'articolo 81; II – *ultra partes*, ma limitata ad un gruppo, categoria o classe, a meno che non sia stato respinto per mancanza di prove, ai sensi del comma precedente, nel caso di cui parla il comma unico, sezione II, dell'articolo 81; III – *erga omnes*, nel caso in cui la richiesta sia accolta, a beneficio di tutte le vittime e dei loro successori, nel caso della sezione III, del comma unico dell'articolo 81. § 1 - Gli effetti della sentenza di cui parlano i commi I e II, non pregiudicheranno gli interessi e i diritti dei singoli membri della comunità, gruppo, categoria o classe. § 2 - La situazione di cui parla il comma III, in caso di rigetto della domanda, le parti interessate che non sono intervenute nel processo come co-parti potranno presentare un'azione per il risarcimento individuale. [art. 94 c.d.c.]. § 3 - L'effetto di giudicato, che si prende cura dell'articolo 16, combinato con l'articolo 13 della legge n. 7347 del 24 luglio 1985, fatte salve le azioni di risarcimento dei danni personali subiti che sono state singolarmente proposte ai sensi del presente codice, ma se precedente la domanda collettiva andrà a beneficio delle vittime e dei loro successori, che potranno effettuare la liquidazione e l'esecuzione ai sensi degli articoli 96 a 99. § 4 - Si applica il comma precedente alla sentenza penale".

³² V. l'articolo 104 c.d.c.: "Art. 104 – Le azioni collettive di cui parlano le sezioni I e II [III] del comma unico dell'articolo 81 non indurrà la litispendenza per le singole azioni, ma gli effetti di cosa giudicata *erga omnes* o *ultra*

Queste osservazioni possono essere completate con la consapevolezza che all'interno del nostro modello sono collegate, anche per ragioni logiche, la struttura dei diritti collettivi *lato sensu*, la legittimità, la cosa giudicata e la litispendenza, ossia, tutte hanno tra di loro una forte relazione di completezza in maniera da raggiungere un vero *due process of law* collettivo.

4. Questo ultimo punto serve soltanto per fare una comunicazione dei recenti sviluppi o involuzioni proposti dai diversi codici-tipo e disegni di leggi in discussione. Prima di tutto è importante dire che la nostra dottrina pretende di allargare la legittimazione verso il controllo giudiziale dell'adeguata rappresentanza e verso l'azione collettiva passiva (*defendant class actions*)³³. Ci sono ormai alcuni esempi nella giurisprudenza che vanno nello stesso senso, riconoscendo i cosiddetti controllo *ope judicis* e le azioni collettive passive dipendenti (rescissoria, cautelare ecc.).

I codici-tipo o pre-progetti più importanti sono quello di Antonio Gidi, il Codice-Gidi, proposto come un codice modello per i paesi di *civil law*, quello dell'Istituto Iberoamericano di Diritto Processuale, il c.d. Codice-IIDP, propugnato per la prima volta a Roma, ed ancora, nell'ambito dei pre-progetti, due iniziative di riforma della legge brasiliana, il Codice-IBDP, proposto dal prestigioso Istituto di Diritto Processuale Brasiliano, coordinato dalla professoressa Ada Pellegrini Grinover, e il Codice-UERJ/UNESA, coordinato dal professore Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.³⁴

Dopo questi diversi tentativi arrivò al Congresso Nazionale un disegno di legge proposto dal Ministero della Giustizia (Projeto de Lei 5.139/2009, da consultare nel sito www.camara.gov.br), il c.d. *sistema unico dell'azione collettiva*, che pretende la revocazione della l.a.c.p. e del tit. III del c.d.c.. Escludendo alcuni meriti immediatamente riconoscibili, come la miglioria nella disciplina della competenza e l'inserzione dell'avanzamento giurisprudenziale nella legge, il disegno di legge proposto cambia il modello sopra spiegato per riconoscere una preferenza *a priori* dell'azione collettiva sopra quella individuale e per prevedere il carattere vincolante dei provvedimenti ai titolari dei diritti individuali che non sono stati parte nel processo.³⁵

partes accennato alle sezioni [I,] II e III di cui si parla nell'articolo non beneficieranno gli autori delle singole azioni, se non è richiesta la sospensione entro 30 (trenta) giorni dalla notificazione sul processo dell'interposizione dell'azione collettiva" (Legge 8078/1990).

³³Tra altri, il nostro, Didier Jr.; Zaneti Jr. *Processo Coletivo*, capitoli VI, n.m. 4 e XII (processo collettivo passivo).

³⁴Per i testi dei codici vedere il nostro Didier Jr.; Zaneti Jr. *Processo Coletivo*, *op. cit.*, con la raccolta dei testi delle proposte negli allegati.

³⁵V., tra altri, gli articoli: 3º, IX; 34, § 1º e 37 del disegno di legge.

Questo cambiamento, a nostro avviso, sarebbe incostituzionale in ragione della garanzia individuale del diritto d'azione e del diritto al contraddittorio (art. 5°, XXXV e LV della CF/88). Bisogna capire che le diverse dimensioni dei diritti fondamentali non sono mai sopprimibili una per l'altra ma condividono lo spazio e il tempo per garantire la nostra civiltà moderna. La nascita del nostro moderno Stato di Diritto ha profonde radici proprio nella garanzia individuale d'azione davanti alla mancata attuazione della legge, *prima facie* deve essere tutelato il diritto individuale anziché il diritto collettivo³⁶. Così non si può permettere nella teoria del diritto un rovesciamento del paradigma processuale che rappresenti una *capitis diminutio* del diritto di azione individuale e del contraddittorio. Vorrei dire, la fortuna del nostro sistema è stata fino ad oggi il rispetto del diritto del cittadino come individuo, rinforzando la possibilità della tutela dei nuovi diritti attraverso la azione collettiva senza affievolire le garanzie individuali.

³⁶In questo senso vedere, tra altri i testi dell'autore tedesco, Robert Alexy. *Derecho y razón práctica*.. 3ª reimpression. México: Fontamara, 2006, p. 40.