

Processo civil coletivo no Brasil: análise das propostas de sistematização existentes em comparação com o sistema vigente.

Collective civil procedure in Brazil: an analysis about the sistematization proposals in comparison to the current system.

João Carlos Leal Júnior

Advogado.

Francisco Emilio Baleotti

Professor da Universidade Estadual de Londrina.

Fecha de Presentación: septiembre de 2011. Fecha de Publicación: abril de 2012.

Resumo.

O presente esboço volta-se à análise crítica dos anteprojetos existentes no cenário brasileiro no sentido de alterar o vigente sistema de tutela coletiva. Assim, são feitas considerações sobre os principais pontos a que se propõe mudanças a partir do anteprojeto elaborado pela Universidade de São Paulo, agasalhado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual; do anteprojeto elaborado pelas Universidades Estacio de Sá e Universidade Estadual do Rio de Janeiro; da proposta trazida por Antonio Gidi; e do projeto de nova lei de ação civil pública.

Abstract.

This paper makes a review on the Brazilian pre-project proposals of law that intend to change the current collective action system. There are appointments about the main topics of which changes are waited, specifically about the pre-projects proposals of law from São Paulo University, incorporated by Brazilian Procedural Law Institute; Estacio de Sá University and Rio de Janeiro State University; the professor Antonio Gidi; as well, finally, about the new civil public action project proposal of law.

Sumario

- I. INTRODUÇÃO.
- II. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL
- III. A PROPOSTA DE CODIFICAÇÃO DO IBDP/USP.
- IV. A PROPOSTA DE CODIFICAÇÃO DA UERJ/UNESA.
- V. A PROPOSTA DE ANTONIO GIDI.
- VI. A NOVA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
- VII. CONCLUSÕES.
- VIII. BIBLIOGRAFIA

Palabras clave

Processo civil coletivo, anteprojetos, nova lei da ação civil pública, sistematização.

Keywords

Collective civil procedure, pre-project proposals of law, new civil public action, sistematization.

I.- INTRODUÇÃO.

Ultrapassando o mero acesso às vias processuais, a garantia contida no inciso XXXV¹ do artigo 5º da vigente Constituição constitui verdadeiro imperativo de efetivação da justiça, tendo por objetivo conceder provimento adequado às demandas judiciais, tomando em conta o direito material em discussão. Exsurge, então, o princípio do acesso à ordem jurídica justa, que significa a realização de justiça aos que a requerem². Em outras palavras, impõe a recomposição de um direito violado ou a cessação de ameaça quando pendente sobre ele³.

A grandeza do princípio na Constituição de 1988 é evidenciada pela previsão de tutela jurisdicional mesmo em situações em que inexista lesão: a mera ameaça a direito já possibilita a movimentação do Judiciário em ordem à obtenção de comando protetivo. Objetiva-se impedir que a ameaça chegue a lesar o direito, e isso se mostra essencial, especialmente no que tange à tutela de interesses metaindividuais, já que a reparação, nesse campo, em grande parte das vezes não se mostra possível, de forma que a lesão deve ser prevenida⁴.

Assim, para que esta meta constitucional seja atingida na sede ordinária de resolução de conflitos – a Jurisdição –, impõe-se que o processo judicial se desenrole mediante cognição adequada e que tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito, acarretado pela morosidade da prestação jurisdicional, já tão exprobrada. Reconhece-se o caráter instrumental do processo, como elemento voltado à realização da justiça.

Paralelamente a isso, sabe-se que a tutela de direitos pelo Estado sempre esteve direcionada aos direitos individuais, o que garantia ao processo judicial características extremamente individualistas. A noção de coletividade, trazida pela Revolução Industrial no século XVII, trouxe elementos concretos que demonstraram à sociedade da época que a união de indivíduos com as mesmas pretensões possui maior poder que meras atuações isoladas. Entretanto, a forma individual do processo era a regra nos diversos sistemas jurídicos existentes no mundo. Somente após a consolidação dos direitos humanos de terceira geração, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, que o conceito de globalização fincou raízes na sociedade e esta

1 “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”

2 LEAL JÚNIOR, João Carlos; BALEOTTI, Francisco Emílio. Conexões entre cognição adequada e razoável duração do processo: análise sob o prisma do acesso à justiça. In: JORNADA DE ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS, 5., 2011, Londrina. Anais... Londrina: UEL, 2011.

3 BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

4 Ibid.

passou a observar com maior atenção as ações lesivas aos interesses ditos gerais – pautada na idéia de solidariedade que estava extremamente aflorada em função dos acontecimentos pretéritos⁵.

Cappelletti e Garth⁶ identificaram, na década de 70, que o foco do processo civil começava a se dirigir aos direitos transindividuais, gerando uma revolução na processualística, já que a concepção tradicional existente não voltava sua atenção àqueles em momento algum⁷. A tutela de interesses coletivos foi considerada pelos autores, então, “as one of the great waves in the evolution of civil justice”⁸⁻⁹.

Na atualidade, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à discussão acerca da necessidade de promulgação de um código específico de processos coletivos, a fim de disciplinar adequadamente os institutos correlatos, de forma a se atingir mais efetividade, maior celeridade e, conseqüentemente, proporcionar adequado acesso à justiça, adimplindo-se, então, o desiderato constitucional.

II. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL.

Como se sabe, o atual sistema processual de tutela coletiva no Brasil se dá por meio de uma conjunção de diplomas legislativos. Sua gênese pode ser observada a partir da promulgação da lei da ação popular; contudo, a doutrina entende que o sistema pátrio padecia da ausência de instrumento realmente eficaz, uma vez que o objeto da mencionada ação limitava-se a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público.

A proteção de direitos transindividuais ganhou real fôlego a partir da lei da ação civil pública (lei nº 7.347/1985), que foi diploma que realmente surtiu efeitos, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, que remodelou o papel do Ministério Público no território brasileiro,

5 LEAL JÚNIOR, João Carlos; FREITAS, Janio. Teoria geral da ação civil pública em matéria trabalhista. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 52-83, set./out. 2010.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

7 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de Doutorado (Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, 2005. p. 20.

8 Tradução livre: como uma das grandes ondas na evolução do processo civil.

9 CARPI, Frederico. Some observations on the current trends of the class actions in civil law countries. Revista de Processo, São Paulo, v.36, n.196, p.385-392, jun. 2011. p.387.

reconhecendo que esta “instituição permanente” é “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁰.

Além disso, a lei fundamental previu em seu artigo 129, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da “ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

O Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/1990) complementou esse denominado microsistema de tutela coletiva. Está prevista, na lei nº 7.347/85 e na lei nº 8.078/90, a aplicação conjunta de ambos diplomas. Trate-se de verdadeiro sistema processual integrado. Ou seja, ambos são complementares e também incidem de forma supletiva na defesa de interesses específicos (por exemplo, na tutela de interesses dos portadores de deficiência, contida na lei nº 7.853/1989; na tutela de interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, constante da lei nº 7.913/1989; e assim por diante).

A evolução legislativa em matéria de ação civil pública deu-se da seguinte forma: i) a primeira previsão a este instrumento processual ocorreu com a promulgação da lei complementar nº 40/1981, a lei orgânica nacional do Ministério Público à época; ii) com a lei nº 7.347/85, deu-se real estruturação do sistema, com objeto restrito, porém, à defesa do ambiente, dos consumidores e do patrimônio cultural. Após a Constituição de 1988, foram surgindo leis estendendo a proteção: i) lei nº 7.853/89, abrangendo a defesa de pessoas portadoras de deficiência; ii) lei nº 7.913/89, disciplinando a tutela dos investidores no mercado de valores mobiliários; iii) lei nº 8.069/90, para tutela de crianças e adolescentes; iv) lei nº 8.078/90, estabelecendo princípios gerais (na parte processual); v) lei nº 8.429/92, sobre improbidade administrativa, na defesa do patrimônio público; vi) lei nº 8.884/94, para defesa da ordem econômica e da livre concorrência; vii) lei nº 10.257/01, para defesa de padrões urbanísticos; e viii) lei nº 10.741/03, para a tutela dos direitos dos idosos.

Este sistema, então, é formado por inúmeros diplomas esparsos, os quais têm como supedâneo o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública.

Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm

10 Conforme artigo 127.

feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, enquadram-se no que se pode denominar “Teoria Geral dos Processos Coletivos”¹¹. Assim, de forma corriqueira, o sistema vigente tem se mostrado insuficiente, sendo necessário recorrer ao Código de Processo Civil. Contudo, o documento em questão, por datar de 1973 (momento histórico anterior ao da existência de demandas de massa), “certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos”¹², mostrando-se inapropriado para utilização neste contexto. Buscando uma sistematização eficiente, a partir de uma codificação dos itens inerentes aos interesses coletivos, e uma maior otimização do sistema, foram propostos anteprojeto de lei de tutela coletiva e de uma nova lei de ação civil pública, cujos pontos mais importantes serão, por meio de cotejo, a seguir analisados.

III. A PROPOSTA DE CODIFICAÇÃO DO IBDP/USP.

Em 2004, na Venezuela, foi realizada a Jornada de Estudos do Instituto Ibero Americano de Direito Processual, oportunidade em que foi apresentado o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. O objetivo foi apresentar proposta que possedesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum¹³.

Esse código-tipo foi debatido por pesquisadores da USP, entre eles, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, e assim foi elaborada a primeira proposta do ‘Código Brasileiro de Processos Coletivos’. O trabalho recebeu inúmeras contribuições, o que culminou em proposta feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) ao Ministério da Justiça em 2005. Novas sugestões e alterações foram feitas, culminando na versão final em dezembro de 2006, com cinquenta e dois artigos¹⁴.

O objetivo retratado na exposição de motivos da proposta é aperfeiçoar as normas existentes, por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas

11 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de civil law e common law. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

12 Ibid., p.213.

13 Ibid.

14 Ibid.

às demandas coletivas. O projeto engloba todos os processos coletivos já existentes no país, exceto o de controle concentrado de constitucionalidade, regido por leis próprias.

Assim, no artigo 1º do Código, está previsto que ele dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa. Uma novidade, neste aspecto, é a previsão da ação coletiva passiva, até o momento inexistente no Brasil por ausência de lei autorizadora.

O artigo 2º traz extenso rol de princípios regentes da tutela jurisdicional coletiva, alguns mesmo despididos, como, por exemplo: “a) acesso à justiça e à ordem jurídica justa; b) universalidade da jurisdição; [...] g) economia processual; h) instrumentalidade das formas; i) ativismo judicial [...]”. Os princípios acenados decorrem do ordenamento vigente, explícita ou implicitamente, sendo desnecessária tal reiteração. Por outro lado, outros explicitam as inovações no sistema proposto, tais como os princípios “k) dinâmica do ônus da prova; e l) representatividade adequada [...]”, a serem analisados ulteriormente. O artigo 48, neste passo, coloca que as normas constantes deste codex serão interpretadas “de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata”.

O § 2º do artigo 3º apresenta útil e importante inovação ao prever que “para a tutela dos interesses coletivos e individuais homogêneos, e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem” [grifo nosso]. Assim, autoriza-se expressamente o uso deste eficaz meio alternativo de solução de conflitos, voltado precipuamente à diminuição do excessivo número de processos judiciais.

Diferentemente do sistema de processo civil individual¹⁵, do CPC, o artigo 5º propõe que, “nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido” [grifo nosso]. Prossegue o parágrafo único, igualmente de forma inovadora, prevendo que a requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, “o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no

15 Conforme o art. 293 do CPC, “os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10”¹⁶.

O artigo 6º busca resolver a questão da identidade de demandas, prevendo que as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver as seguintes hipóteses, na lei disciplinadas: “I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos; II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo; III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais”.

Havendo litispendência, conforme o § 3º, aplicam-se as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu § 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa. Destarte, os efeitos da identidade de demandas nunca serão o de extinguir alguma delas, mas, isto sim, de reuni-las.

É prevista, no artigo 10, a prioridade de processamento das demandas coletivas diante das individuais e a utilização de meios eletrônicos na prática de atos processuais. Isso se ostenta deveras relevante à realização de efetivo acesso à justiça coletiva.

Como nos demais (ante)projetos, há a previsão de admissão em juízo de todos os meios de prova, desde que obtidos lícitamente, “incluindo a prova estatística ou por amostragem”, conforme artigo 11.

Quanto ao ônus da prova, disciplinado em seus parágrafos, estabelece-se que incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração; poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente;

¹⁶ O tema é tratado no CPC pelo artigo 294: “antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”; e pelo artigo 264: “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. [...] A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.”

durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Tem-se a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova. Não se trata de inversão, “porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, que se dá no caso concreto. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores, porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (art. 333/CPC) para inverter o onus probandi (art. 6º, inc. VIII, CDC), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes”.¹⁷

A coisa julgada é tratada de forma diversa à existente hoje. Propõe-se, no artigo 13, que a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova. Ademais, superando falha técnica existente na vigente lei da ação civil pública, “a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes”.

Quanto aos legitimados à ação coletiva ativa, inova o documento ao prever, no artigo 20, além das figuras já previstas atualmente, “I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo [...]”.

A competência territorial vem tratada no artigo 22 da seguinte forma: “É absolutamente competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais

17 CAMBI, Eduardo. Ação civil pública: 20 anos - novos desafios. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Cambi%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

comarcas ou sub-seções judiciárias; IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção; IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional. § 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda. § 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela. § 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos. § 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal”.

Merece crítica a previsão do artigo 23, § 3º, acerca do inquérito civil, ao prever que “a eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção”. Como se sabe, este instrumento não constitui processo administrativo, mas procedimento de cunho inquisitivo, em que é prescindível o contraditório, até porque nele não há condenação e tampouco coisa julgada. Não se decidem interesses e não se aplicam sanções¹⁸. Ademais, não é condição de procedibilidade para que o Parquet compareça a juízo, eis que é perfeitamente dispensável quando já presentes elementos necessários ao embasamento da ação¹⁹. Assim, a previsão acenada prejudicaria em muito a eficácia do sistema de tutela coletiva²⁰.

O artigo 27, § 3º, prevê que o fundo dos direitos difusos e coletivos “será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de *amicus curiae*.”

Como já dito, há autorização, no projeto, de ação coletiva passiva, no artigo 38 e seguintes. Aquele dispõe que “qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e

18 LEAL JÚNIOR; FREITAS, op. cit.

19 Como afirma o parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 87/2006 do Conselho Superior do Ministério Público Federal.

20 MUNIZ, Tânia Lobo; TRISTÃO, Ivan Martins. Anteprojetos de código de processo civil coletivo: inovações e aspectos controvertidos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social” [grifo nosso]. De acordo com o anteprojeto, interesses individuais homogêneos não autorizariam a propositura de uma tal demanda.

Como é sabido, “o representante da coletividade, tradicionalmente, na prática brasileira, é autor das demandas coletivas”²¹. Na ação coletiva passiva, o representante coletivo poderá ver-se “na injunção de responder, como réu, as demandas ajuizadas em face da classe de interessados que ele representa”²².

O parágrafo único do artigo 38 consigna que “o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa [...] não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais”. Quanto à coisa julgada, o artigo 39 aponta que atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

No projeto é disciplinado o mandado de segurança coletivo, já que até então não existia a vigente lei nº 12.016/09, que já cuida do tema atualmente.

De acordo com o artigo 44, as disposições do Capítulo I do Código e as da Lei nº 4.717/1965 são aplicáveis às ações populares, assim como as daquele capítulo (com exceção do disposto no artigo 5º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente), e as da Lei n. 8.429/92 são aplicáveis às ações de improbidade administrativa. Por fim, destaca-se como relevante a proposta de criação de um cadastro nacional de processos coletivos, constante do artigo 53, de competência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade. Seriam essas as principais inovações constantes da proposta.

IV. A PROPOSTA DE CODIFICAÇÃO DA UERJ/UNESA.

Os programas de pós-graduação stricto sensu da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), encabeçados pelo professor Aluisio

21 MUNIZ; TRISTÃO, op. cit., p.7815.

22 Ibid., loc. cit.

Gonçalves de Castro Mendes, propuseram, em conjunto, também um anteprojeto de código de tutela coletiva.

O codex, que conta com sessenta artigos, teve como escopo apresentar sugestões direcionadas ao aprimoramento da proposta anterior, razão pela qual evidenciam-se muitas semelhanças entre ambos os anteprojetos.

As duas instituições envolvidas concordaram com todos os pontos do projeto, exceto com um, constante do artigo 3º, o qual respeita à competência territorial. O programa da UERJ prevê o § 2º, inexistente na redação oferecida pela UNESA, a seguir transcrita: “Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal”. Essa regra especial, para dano de âmbito nacional, então, não existe na proposta da UNESA.

O artigo 4º prevê, igualmente ao projeto da USP/IBDP, prioridade de processamento à ação coletiva. O artigo 6º, por sua vez, trata da conexão da seguinte forma: “Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais”.

Já o artigo 7º disciplina a litispendência, com efeitos distintos aos do projeto anteriormente analisado, e a continência: “A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados. § 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito. § 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.” No que concerne à identidade de causas, melhor se mostra a proposta do IBDP/USP, na medida em que não há extinção de processo, mas reunião de causas. Em tutela coletiva, pela relevância dos bens em discussão, a extinção de algum dos feitos pode, pelas regras de prevenção, acabar por gerar a eliminação da ação com a melhor condução, ou com fundamentos ou pedidos mais adequados ao caso, ou, ainda, com os elementos de prova mais robustos²³.

23 Nesse sentido, “talvez a melhor solução fosse não se cogitar em conexão e tampouco litispendência, mas em simples reunião de processos para evitar decisões conflitantes. Esta é a prevalência no processo individual atual, pois havendo tal receio recomenda-se a reunião dos feitos, o que também pode ser observando nos processos coletivos” (MUNIZ; TRISTÃO, op. cit., p.7814).

O artigo 8º arrola requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: “I – a adequada representatividade do legitimado; II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas”.

Neste passo, no § 1º, está disposto que na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

O artigo 9º arrola os legitimados ativos com algumas distinções do projeto IBDP/USP, não havendo, por exemplo, previsão de legitimação dos “órgãos do Poder Legislativo” e das “entidades de fiscalização do exercício das profissões”, referidos nos incisos VI e VII do artigo 20 do anteprojeto do IBDP/USP²⁴.

Quanto às associações, enquanto o aquele mantém o requisito formal de 1 ano de pré-constituição, o anteprojeto UERJ/UNESA suprime esta exigência, haja vista que impõe o “dever de representação adequada para todos os legitimados e porque [...] não haveria sentido referida exigência em razão de que os próprios associados, individualmente, passaram a estar legitimados”²⁵.

Inovação há no artigo 12, parágrafo único, que impõe a necessidade de atuação do Ministério Público como fiscal da lei na formação de compromisso de ajustamento de conduta tomado por outro legitimado.

O §3º do artigo 13 prevê a possibilidade de fixação, pelo juiz, de gratificação financeira ao autor, se esse for pessoa física, sindicato ou associação, “quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva”. O artigo 15 também modifica o regime de alteração do objeto do processo, porém de forma mais limitada que a proposta do IBDP/USP. Assim, o juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada

24 MUNIZ; TRISTÃO, op. cit.

25 Ibid., p.7811.

de boa-fé, “não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.”

O artigo 19 também admite o uso de prova estatística e por amostragem, e incorpora, em seus parágrafos, igualmente a teoria da carga dinâmica da prova.

A coisa julgada, aqui disciplinada no artigo 22, recebe tratamento parecido com o do anteprojeto IBDP/USP, sendo erga omnes, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, e não sofrendo limitação pela competência territorial do órgão julgador.

Há também previsão de cadastro nacional de processos coletivos, no artigo 28.

Ao cuidar da ação coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos, o artigo 30 impõe como requisito “a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto”.

A ação coletiva passiva encontra-se prevista no artigo 42. Contudo, diferentemente do anteprojeto IBDP/USP, não há restrição quanto a quem pode integrar o polo passivo e nem limitação ao objeto da demanda. Impõe-se tão somente que seja contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, quanto ao demandado, e que se cuide de bem transindividual de interesse social (o que é redundante, já que bens dessa espécie, por si só, detêm interesse social).

Diferentemente das demais propostas, o anteprojeto UERJ/UNESA disciplina a figura do mandado de injunção coletivo nos artigos 47 e seguintes. Assim, conceder-se-á “mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos [grifo nosso]. As regras de competência vêm tratadas no artigo 48. O tema é controvertido, vez que há quem entenda que a atribuição de efeitos gerais ao mandado de injunção configuraria afronta ao princípio da separação de poderes. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, independentemente de lei regulando o mandado de injunção coletivo, admitiu o manejo do instituto com efeitos gerais, como na proposta em tela.

Enfim, como no anteprojeto anterior, este também cuida da do mandado de segurança coletivo (arts. 45 e 46), da ação popular (art. 53) e da ação de improbidade administrativa (art. 54).

V. A PROPOSTA DE ANTONIO GIDI.

Uma das principais diferenças da proposta trazida por Antonio Gidi com relação às demais já se percebe no artigo 1 de seu anteprojeto, que conta com trinta e três artigos: a categorização dos interesses metaindividuais. Os interesses coletivos stricto sensu encontram-se englobados pelos difusos, como se observa a seguir: “1.1.1 Direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato; 1.1.2 Direitos individuais homogêneos, assim entendidos o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas. [grifo nosso]”.

No tocante a legitimação, o artigo 2.1 dispõe que o grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo. Já o 2.2 prescreve que “sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros.”

Ainda que requisitos em alguns casos a pertinência temática e a pré-constituição (o primeiro para as entidades e órgãos da administração pública – ainda que sem personalidade jurídica – e para as associações, e o segundo somente para esses), o juiz, de acordo com o artigo 2.5, poderá “dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo.”

Para aferir a adequação da representação, o artigo 3.1 enumera os seguintes critérios: “3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2 o histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo; 3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.”

Trata-se de critérios inegavelmente abertos e subjetivos, alguns até despiciendo para a matéria, como, por exemplo, o prestígio do legitimado e do advogado.

O artigo 5 cuida da notificação adequada. Assim, “na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto”. O artigo 5.14, demais disso, assim

dispõe: “O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo. 10.3 O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo.”

O artigo 10, relativo aos poderes do juiz, preceitua, em seus incisos o seguinte: “10.4 O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo. 10.5 O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo. 10.7 O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.”

Verifica-se uma maior maleabilidade procedimental, conferida ao juiz por meio de valorização de sua função e ampliação de seus poderes, em vista a viabilizar flexibilização procedimental voltada à efetividade do processo.

A prova recebe tratamento aqui parecido com o das propostas anteriormente analisadas.

O artigo 14 prevê a figura do acordo adequado, de forma que o representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária, mas desde que os termos da avença sejam adequados à tutela dos interesses do grupo e de seus membros. Se a resposta for positiva, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos.

O juiz poderá decidir parte do pedido coletivo, proferindo sentença parcial, segundo o artigo 17, quando quanto a essa parte não houver necessidade de produção de prova ou quando a prova já produzida nos autos for suficiente. A sentença parcial poderá ser recorrida e executada nos mesmos termos que a sentença final e a ação coletiva prosseguirá quanto ao restante da controvérsia (arts. 17.1 e 17.2).

O tratamento da coisa julgada na proposta em exame se mostra bastante distinto do dos outros projetos, assim como do sistema atual. De acordo com o artigo 18, a coisa julgada vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por i) representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros ou ii) insuficiência de provas. Nesse último caso, qualquer legitimado poderá propor a mesma ação, “valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado” (art. 18.2).

A litispendência é regulada no artigo 19. O critério de prevenção é o cronológico: a primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais demandas coletivas relacionadas à mesma controvérsia. O efeito disso é a extinção das posteriores, o que, como já apontado algures, é algo que, em verdade, deveria ser evitado nos anteprojetos.

O artigo 23 prevê de forma específica ação rescisória coletiva, que poderá ser proposta por um dos legitimados coletivos quando: “I – devido à dimensão, natureza ou característica do ilícito ou do dano, não foi possível, no momento da decisão ou do acordo, uma análise da sua adequação ou das suas consequências; II – devido à complexidade das questões, não foi possível uma análise adequada do material probatório produzido ou dos argumentos jurídicos suscitados na ação coletiva; III – a decisão ou o acordo, nas relações continuativas, mostrarem-se manifestamente inadequadas com o passar do tempo; IV – ocorrer uma das hipóteses previstas na lei processual individual”.

A previsão de ação coletiva passiva consta do artigo 28, podendo ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue. Não existindo essa, a ação poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo (art. 28.2).

Segundo o art. 28.1, a associação representará o grupo e seus membros. O membro do grupo “será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo”.

VI. A NOVA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Em 2009, o Ministério da Justiça resolveu trabalhar na proposta de uma nova lei de ação civil pública. Em vez de um código de processos coletivos, entendeu por bem propor uma nova lei, porém disciplinando de forma mais detida os institutos atinentes ao processo coletivo, de forma a se mitigar a dependência do Código de Processo Civil, inadequado para tanto, e se instituir uma “lei geral de processos coletivos”.

A opção de readequar o sistema de tutela transindividual com a transformação da lei da ação civil pública em uma norma geral do sistema, segundo Gomes Junior e Favreto²⁶, geraria relevante efeito prático: “preparar o ordenamento jurídico para um futuro Código de Processo Coletivo”. Uma maior integração das normas que compõem o sistema seria “o primeiro grande passo para tornar possível a aprovação” de um Código.

As proficuidades gerais trazidas no projeto, de acordo com Ada Pellegrini Grinover²⁷, são: i) a criação de um sistema único de ações coletivas, excluído o mandado de segurança²⁸; ii) a melhoria do tratamento de institutos até então tratados com os critérios do processo individual; e iii) a correção de distorções existentes no sistema atual.

Foi proposto, então, o projeto de lei nº 5.139/2009, oriundo do anteprojeto do IBDP/USP, contando com 71 artigos – quarenta e oito a mais que a vigente lei da ação civil pública.

O artigo § 1º do 1º repete regra constante da lei vigente assaz criticada pela doutrina e jurisprudência: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Os interesses individuais homogêneos vem definidos no artigo 2º, III, de forma distinta ao que ocorre atualmente no CDC, como “aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito,

26 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. O projeto da nova lei da ação civil pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje, Madrid, abr. 2010. p.05. Disponível em: <<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1103.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

27 GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, op. cit.

28 Com isso, seriam eliminadas confusões e incertezas que surgem em razão da multiplicidade de diplomas existentes versando sobre a tutela coletiva no Brasil.

que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio”.

O artigo 3º traz rol de princípios da tutela coletiva, porém em menor número que no anteprojeto IBDP/USP. Merece destaque o constante do inciso II: duração razoável do processo, “com prioridade no seu processamento em todas as instâncias [...]”.

O artigo 5º trata da litispendência, induzida para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados que a primeira demanda coletiva proposta. Ela prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver: “I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados; II - conexão probatória; ou III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais”.

Dentre os legitimados ativos, o inciso IV do artigo 6º inova ao prever a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções, na lista arrolada. Do mesmo modo, inova o inciso III ao conferir legitimidade ativa aos órgãos despersonalizados da Administração Pública quando detenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; e o inciso VI, ao legitimar também os partidos políticos, desde que com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda.

Distintamente do que se verifica na atualidade, o artigo 7º veda a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

O artigo 8º mostra maior valorização da instituição da Defensoria Pública, ao prever que ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, “serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias”.

O artigo 10, § 1º, valoriza a figura do juiz: “até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa”.

O dispositivo predito, em conjunto com o artigo 14, mostram a maleabilidade procedimental trazida na proposta, em ordem a se concretizar tutela jurisdicional efetiva. Assim dispõe o artigo 14: “o juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes”. Contudo, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, à Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos Código de Processo Civil. Perdeu-se a oportunidade de retirar do sistema a regra que estabelece prazo mais delongado à Fazenda, o que é visto por muitos como de constitucionalidade duvidosa por atentar contra o princípio da isonomia.

O artigo 16 traz regra similar à constante do artigo 5º do anteprojeto IBDP/USP, estabelecendo que, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, e não de dez, como se verifica naquele.

O artigo 19 explicita a necessária valorização aos meios alternativos de resolução de conflitos, consignando que “não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir”. Após ouvir as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda, “tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão”. Essa avaliação neutra de terceiro também consiste em inovação. O terceiro será de confiança das partes e apresentará seu parecer, sigiloso, no prazo fixado pelo juiz, o que terá por fim exclusiva orientar as partes na tentativa de composição amigável do conflito.

Tratando-se de bem jurídico indisponível, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação (§ 3º do mesmo artigo).

Incorporando preceitos constantes dos anteprojeto anteriormente analisados, notadamente no que atina à prova, prossegue o artigo 20 destacando que, não obtida a conciliação e tampouco sendo utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: “I - decidirá se o

processo tem condições de prosseguir na forma coletiva; II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo; [...] IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração; V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas; VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa; VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”.

O artigo 25 trata da tutela reparatória: sempre que possível e independentemente de requerimento, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido. O parágrafo único dispõe, ainda, que o juiz poderá determinar, também independentemente de requerimento, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, dentre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

A proposta em exame, diferentemente das anteriores, não prevê a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva passiva. Também não se permite que um indivíduo, sozinho, maneje ação coletiva.

O artigo 32 anota que a sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados, corrigindo, então, a inadequação existente na lei em vigência.

O artigo 39 disciplina especificamente a ação rescisória para desconstituição de sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente: deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes. Conforme o parágrafo único, “no caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.”

Os artigos 57 e seguintes facultam ao demandado, a qualquer tempo, apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial, que poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias. O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses metaindividuais em jogo.

Essa proposta pode ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento. Após a apresentação, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas, consoante artigo 59.

A proposta prevê, ademais, a criação de cadastros, de âmbito nacional, de processos coletivos (art. 53) e de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta (art. 54), o que ajuda a evitar a duplicidade de demandas, inquéritos e acordos com o mesmo objeto. “Não há qualquer sentido que no direito brasileiro não haja controle sobre a quantidade e o objeto das diversas ações coletivas em tramitação, havendo total desconhecimento pelos operadores do direito a respeito de tais dados”²⁹.

A criação do Cadastro Nacional de Processos Coletivos fará surgir nova condição da ação, evitando o ajuizamento em duplicidade de demandas em evidente litispendência, conforme indica o § 2º do artigo 10: “A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o caput do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente” (GOMES JUNIOR; FAVRETO, 2010, p.18).

Cabe mencionar, ainda, o artigo 65, que torna admissível a “homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos”.

O artigo 63 determina que as ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais; e o artigo 67 esclarece que as disposições da lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

29 GOMES JUNIOR; FAVRETO, op. cit., p.18.

Em que pesem os esforços de muitos voltados à aprovação do projeto, este foi arquivado no início do ano de 2010, em razão de pareceres contrários na Câmara dos Deputados, com fundamento em suposta inconstitucionalidade da lei. Em suma, criticou-se o poder atribuído ao Ministério Público pelo diploma, bem como os poderes que teriam os magistrados na adaptabilidade do procedimento das ações coletivas a partir da nova lei. Trata-se, em verdade, de inquestionável lobby político realizado por pessoas a quem não interessaria a alegada amplitude de poderes. A criação de medidas voltadas à conceder maior efetividade ao importante instrumento que é a ação civil pública, usado especialmente em face de condutas de grandes empresas e seus administradores, assim como da Administração Pública e seus agentes (na tutela do meio ambiente hígido, da saúde humana, do consumidor, da livre concorrência, dentre outros, bens jurídicos transindividuais violados principalmente pelos agentes aludidos), não interessa nada a esses, que são, coincidentemente, os possuidores de maior poder persuasivo na política nacional.

A decisão não é definitiva, já que dela foi interposto recurso, ao qual se aguarda julgamento para que, caso seja provido, o projeto possa prosseguir em seu trâmite ordinário.

VII. CONCLUSÕES.

Em sede de considerações finais, diante da pesquisa levada a cabo, pode-se afirmar que a temática em apreço detém notória e inegável importância. Não são novos os debates acerca da necessidade de criação de um diploma específico para regular a tutela coletiva.

O tratamento legal dos instrumentos processuais destinados à defesa de interesses transindividuais iniciou-se com a previsão da ação popular no ordenamento jurídico brasileiro e desenvolveu-se a partir da promulgação da lei da ação civil pública. A partir de então, inúmeras novas leis surgiram tutelando interesses deste gênero. A lei da ação civil pública, que, com o Código de Defesa do Consumidor, forma, no Brasil, um microsistema de tutela coletiva, conta com quase 30 anos de vigência. Neste ínterim, novas concepções surgiram, especialmente em decorrência da prática forense e de estudos doutrinários frequentemente realizados, evidenciando que talvez se esteja diante do momento de rever e aprimorar o sistema existente, unificando grande parte do que está disperso, em leis variadas, em um mesmo diploma.

Além disso, em razão de ausência de tratamento específico, em muitos pontos é necessário lançar mão do Código de Processo Civil, inadequado para essa tarefa – e, às vezes, até mesmo

para controvérsias relativas a direitos individuais –, o que prejudica a justa prestação de tutela aos interesses transindividuais.

Nesse sentido, incorporar ao sistema de tutela coletiva princípios e regras tais como o relativo à dinâmica do ônus da prova, à interpretação extensiva da causa de pedir e pedido, e à representatividade adequada, assim como reconhecer, em lei, que as normas relativas ao processo coletivo são interpretadas de forma aberta e flexível significaria grande avanço no sistema, homenageando sobremaneira o direito fundamental ao acesso à justiça.

Na mesma senda, a previsão de utilização de arbitragem e outros meios alternativos de administração de conflitos neste campo se apresenta útil e importante no alcance de real pacificação social, assim como de diminuição do excessivo número de processos judiciais. De todo modo, impor a prioridade de processamento de processos coletivos em todas as instâncias constitui outra alteração elogiável, privilegiando o princípio da razoável duração do processo.

Das inúmeras alterações trazidas nos textos examinados neste trabalho, podem ser citadas, ainda, dentre as que se mostram desejáveis: i) possibilidade de prova estatística e por amostragem; ii) reunião, em lugar de extinção, de demandas idênticas; iii) maior maleabilidade procedimental conferida ao juiz por meio de valorização de sua função e ampliação de seus poderes, a fim de viabilizar flexibilização procedimental voltada à efetividade do processo; iv) criação de cadastros nacionais de processos coletivos e de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta; v) legitimação da Ordem dos Advogados do Brasil para propositura de ação civil pública; vi) coisa julgada com efeito erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados. Trata-se de modificações que, por sua importância na efetividade do processo coletivo, devem estar contidas em um futuro diploma que tenha a pretensão de disciplinar amplamente esse assunto.

Enfim, cada uma das propostas analisadas conta com pontos positivos com relação ao sistema vigente; por outro lado, todas apresentam aspectos que carecem de revisão, seja por deixar de prever algo que se impõe necessário, seja por repetir erro existente no sistema vigente, seja por eliminar regra útil à tutela de interesses coletivos. De qualquer forma, ainda que se promulgue um novo diploma voltado especificamente à regulação do tema, deve-se deixar claro que a mudança de concepções e comportamentos dos juízes, assim como das partes, é essencial para a efetividade de qualquer legislação, não sendo diferente com relação à tutela coletiva.

Não obstante isso, para que seja possível a ocorrência da almejada reforma, parece ser necessário, antes, a conscientização dos integrantes do Poder Legislativo de que devem atuar em nome e no interesse da sociedade e do Estado brasileiro, e não em favor de seus interesses privados ou de qualquer outro indivíduo ou grupo. Infelizmente, sem que se supere essa barreira, não se mostra crível o alcance de qualquer alteração legal destinada a ampliar a força das ações coletivas na sua específica missão de tutelar estes interesses de tamanho relevo que são os de natureza transindividual.

VIII. BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

CAMBI, Eduardo. Ação civil pública: 20 anos - novos desafios. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Cambi%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARPI, Frederico. Some observations on the current trends of the class actions in civil law countries. Revista de Processo, São Paulo, v.36, n.196, p.385-392, jun. 2011.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. O projeto da nova lei da ação civil pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje, Madrid, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1103.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de civil law e common law. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; BALEOTTI, Francisco Emílio. Conexões entre cognição adequada e razoável duração do processo: análise sob o prisma do acesso à justiça. In: JORNADA DE ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS, 5., 2011, Londrina. Anais... Londrina: UEL, 2011.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; FREITAS, Janio. Teoria geral da ação civil pública em matéria trabalhista. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 52-83, set./out. 2010.

MUNIZ, Tânia Lobo; TRISTÃO, Ivan Martins. Anteprojetos de código de processo civil coletivo: inovações e aspectos controvertidos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de Doutorado (Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Porto Alegre, 2005.