

O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E AS PROPOSTAS DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*

MENDES, A. G. C. O direito processual coletivo e as propostas de código brasileiro de processos coletivos. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama*. v. 11, n. 2, p. 645-675, jul./dez. 2008.

RESUMO: O presente artigo procura analisar as perspectivas atuais do Direito Processual em termos de tutela coletiva no Brasil, enfocando as principais propostas relacionadas com a construção de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, estabelecendo as deficiências do atual sistema para responder às necessidades da sociedade em termos de prestação jurisdicional acessível, eficiente e justa e confrontando as respostas oferecidas pelos projetos oferecidos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual coletivo. Tutela coletiva. Código Brasileiro de processos coletivos. Ações coletivas. Processos coletivos. Ação civil pública. Acesso à justiça. Efetividade do processo. Direitos difusos. Direitos coletivos. Direitos individuais homogêneos. Participação no processo.

1. Consolidando o Direito Processual Coletivo e construindo as bases para o Código Brasileiro de Processos Coletivos

Embora a história mundial dos processos coletivos possa encontrar as suas origens mais distantes no direito romano ou no direito inglês medieval¹, a consolidação do Direito Processual Coletivo, enquanto ramo específico, dotado de princípios², legislação, doutrina e disciplina pertinentes, é fenômeno contemporâneo. A segunda onda renovatória do acesso à Justiça, relacionada com a de-

*Professor Doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), e do Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá (UNESA), Juiz Federal Convocado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität (JWG, Alemanha), Doutor em Direito pela UFPR e JWG, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha), Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Teuto-Brasileira de Juristas, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual, Membro da Comissão de Elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, Autor do livro *Ações coletivas no direito comparado e nacional*

¹ Vide Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 39 e segs.

² Sobre os mesmos, consulte-se Ada Pellegrini Grinover, *Direito Processual Coletivo*, in *Tutela Coletiva*, Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon, p. 302-308.

fesa dos interesses coletivos e mencionada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em 1976, no famoso estudo *Acesso à Justiça*³, vai deixando, aos poucos, de ser privilégio de poucas cabeças pensantes e da experiência paradigmática norte-americana, para se tornar uma realidade cada vez mais presente em praticamente todos os continentes⁴.

No Brasil, a história das ações coletivas passa, em um primeiro momento, pela elaboração de esporádicos estatutos legais prevendo a legitimação de associações e de instituições para a defesa em juízo dos associados ou interesses gerais da profissão, bem como da previsão da ação popular, inicialmente na Constituição de 1934 e depois ampliada e regulamentada pela Lei 4.717, de 1965.

O desabrochar legislativo ocorre em 1985, com a aprovação da Lei da Ação Civil Pública, refletindo a participação e as mudanças renovadoras ocorridas no seio da sociedade. A consagração da incorporação das ações coletivas ao ordenamento nacional foi marcada pelas duas inovações que se seguiram: a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, que se fizeram rodear de vários estatutos específicos, protegendo, entre outros, as pessoas portadoras de deficiências, os investidores, a criança e o adolescente e a ordem econômica e a economia popular. A presença e a importância da doutrina e das leis brasileiras passam a ocupar lugar destacado no contexto mundial da tutela coletiva.

Sob o ponto de vista formal, é de se notar que, com exceção da previsão genérica da possibilidade de uma legitimação extraordinária, decorrente de lei expressa, contida no art. 6º, o Código de Processo Civil, não contém absolutamente nada em termos de normas voltadas para a tutela coletiva. Em termos legislativos, a construção de um arcabouço para os processos coletivos foi modelada pelo Código de Defesa do Consumidor, que passou a ter aplicabilidade, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei n. 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117, da Lei n. 8.078/90.

O caminho legislativo percorrido não foi, entretanto, apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu, em conjunto ou isoladamente, reveses, ressaltando as restrições relacionadas com o objeto⁵ e

³ Trad. Ellen Gracie Northfleet.

⁴ *Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*, op. cit., especialmente na parte destinada ao estudo das ações coletivas no direito comparado.

⁵ O parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, estabeleceu absurdamente o descabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individu-

com a tentativa de atomização e confinamento dos efeitos do julgado aos limites da competência territorial do órgão judicial prolator da sentença⁶. Ainda que de duvidosa constitucionalidade, por atentarem contra o direito à inafastabilidade da prestação jurisdicional, individual e coletivamente considerada, como garantia fundamental assegurada, no capítulo I, do Título II, da Magna Carta, essas normas limitadoras da tutela coletiva precisam ser afastadas do ordenamento brasileiro.

No âmbito dos países iberoamericanos, surge, no ano de 2004, um novo e verdadeiro marco para o Direito Processual Coletivo, que é o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Constituído com base na legislação brasileira, mas com várias modificações e inovações, e com a participação de quatro professores brasileiros⁷, o novel Código-Tipo passou a ser uma importante fonte de inspiração para os países latino-americanos, servindo, também, como parâmetro para se repensar e aperfeiçoar o sistema brasileiro.

Em torno da edição do Código Modelo de Processos Coletivos para os países iberoamericanos, reaviva-se, no Brasil, a vontade de se avançar, sob o prisma formal e material, em termos de aprimoramento das normas pertinentes à tutela coletiva. Para tanto, Ada Pellegrini Grinover elabora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), uma primeira versão do denominado Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Por felicidade, o grupo, reunido em torno das disciplinas Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos, respectivamente, nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* das Faculdades de Direito das Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA), lecionadas pelo autor destas linhas, no primeiro semestre de 2005, contou com a participação de pessoas com larga experiência na atuação junto a processos coletivos e uma ampla pluralidade e diversidade, em termos de origem e atividade profissional, que aceitaram o desafio de concentrar as atividades acadêmicas em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta reestruturada e que, para o grupo reunido, pareceu atender melhor ao fortalecimento e às necessidades dos processos coletivos, culminando com a apresentação de um verdadeiro substitutivo de anteprojeto.

As idéias formuladas na esfera da UERJ-UNESA foram encaminhadas

almente determinados.

⁶ Nos termos da nova redação do art. 16, da Lei n. 7.347/85, dado pela Lei n. 9.494, de 10.9.1997.

⁷ Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

para Ada Pellegrini Grinover, com a incorporação de várias delas ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que, no segundo semestre de 2005, é assumido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e, em outubro, encaminhado ao Ministério da Justiça. O momento é de aprofundamento das discussões em torno das propostas ventiladas. Espera-se que desse debate surja um Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que venha a ser aprovado pelo Congresso Nacional e que represente, de fato, um avanço, fortalecimento e desenvolvimento, em termos de legislação do Direito Processual Coletivo, contribuindo para a melhoria do acesso à Justiça, da economia processual e judicial, da preservação do princípio da isonomia e do equilíbrio entre as partes na relação processual, consubstanciando-se, assim, em uma melhoria na prestação jurisdicional para a sociedade brasileira.

2. A estrutura dos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Processos Coletivos, está estruturado em cinquenta e quatro artigos, reunidos em seis capítulos: I – Das demandas coletivas; II – Da ação coletiva ativa (com duas seções: I – Disposições gerais; II – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos); III – Da ação coletiva passiva; IV – Do mandado de segurança coletivo; V – Das ações populares (com duas seções: I – Da ação popular constitucional; II – Ação de improbidade administrativa); VI – Disposições finais.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, proveniente dos Programas de Pós-Graduação da UERJ e da UNESA, por sua vez, procurou organizar um pouco mais as normas propostas, subdividindo os seus 60 artigos em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Procedimentos especiais; V – Disposições finais. A primeira parte, regulando as ações coletivas em geral, procurou dar um encaimento lógico na estruturação dos seus capítulos, organizando-os do seguinte modo: Capítulo I – Da tutela coletiva; Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação (com as seguintes seções: Seção I – Do órgão judiciário; Seção II – Da litispendência e da continência; Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa); Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta; Capítulo IV – Da postulação; Capítulo V – Da prova; Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada; Capítulo VII – Das obrigações específicas; Capítulo VIII – Da liquidação e da execução; Capítulo IX – Do ca-

castro nacional de processos coletivos e do fundo de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais, foi desmembrada em quatro capítulos: I – Do mandado de segurança coletivo; II – Do mandado de injunção coletivo; III – Da ação popular; IV – Da ação de improbidade administrativa.

A boa construção sistemática do pretense Código Brasileiro de Processos Coletivos mostra-se importante não apenas sob o prisma formal, mas, também, substancial, facilitando a sua compreensão e interpretação. Por essa razão, regras, por exemplo, como a da competência e da legitimação devem estar dispostas em parte geral destinada às ações coletivas em geral, como se procurou fazer na versão elaborada pelos Programas de Pós-Graduação da UERJ e UNESA. Na versão oficial encaminhada inicialmente ao Ministério da Justiça, contudo, as regras pertinentes à competência e à legitimação encontram-se inseridas no capítulo destinado à ação coletiva ativa, quando, na verdade, dizem respeito, também, às ações coletivas passivas.

Por outro lado, procurou-se, também, observar, no substitutivo apresentado pela UERJ-UNESA, uma ordem sistemática e lógica no tratamento dos institutos processuais abordados, razão pela qual a parte I, ao tratar das ações coletivas em geral, tentou se estruturar a partir de padrões e sequências seguidos pela teoria geral do processo. Nesse sentido, logo após duas normas gerais introdutórias, enunciando o caráter instrumental da tutela jurisdicional coletiva e da conceituação e classificação do seu objeto, em termos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratou-se de questões preliminares ao mérito, ou seja, dos pressupostos processuais e das condições da ação. Os capítulos subseqüentes buscaram uma continuidade quanto ao desenvolvimento do processo: comunicação, postulação, prova, julgamento, recurso, coisa julgada, cumprimento de obrigações específicas, liquidação e execução. O último capítulo tratou de medidas administrativas de apoio, com ênfase no cadastro nacional de processos coletivos e do fundo dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. As partes II, III e IV enfocaram questões mais específicas, pertinentes, respectivamente, aos direitos e interesses individuais homogêneos, à ação coletiva passiva e aos procedimentos especiais, encerrando a parte V com as disposições finais.

Há consenso, nas versões de Anteprojeto, em torno da conceituação tripartida dos interesses e direitos coletivos *lato sensu*, em conformidade com a legislação brasileira vigente, subdividindo-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Registre-se, contudo, que o Código Modelo de Processos Coletivos, recentemente aprovado, inovou, de certo modo, ao prestigiar uma divisão bipartida, fundada na dicotomia entre direitos, essencialmente coletivos, porque indivisíveis, e acidentalmente coletivos, na medida que apenas a defesa é coleti-

va, tendo em vista a homogeneidade dos direitos individuais em jogo, decorrentes de uma origem comum. Não houve, entretanto, na novel redação do Código-Tipo, uma ruptura total em relação à divisão tripartida. Os direitos e interesses denominados de difusos e coletivos em sentido estrito foram, na verdade, agrupados e denominados de difusos. A manutenção da distinção é conceitualmente correta e, por essa razão, deve ser mantida, não obstante as dificuldades sentidas e que ainda se sente quanto à compreensão das distinções.

Parece, do mesmo modo, que há convergência em termos de reafirmação do caráter amplo da tutela coletiva, que deve se servir não apenas das regras dispostas no projetado Código Brasileiro de Processos Coletivos, mas, também, de todas as possibilidades de ações e instrumentos regulados no Código de Processo Civil e em leis extravagantes, buscando-se, assim, o máximo de acesso à Justiça e à efetividade do processo coletivo.

3. Juízos especializados e prioridade no processamento dos processos coletivos

A redação final do Código Modelo de Processos Coletivos estabeleceu no seu artigo 40 que: “Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados”. Quanto ao texto proposto para o Código Brasileiro de Processos Coletivos, também está presente a preocupação quanto ao processamento e julgamento das ações coletivas em juízos especializados.

O comando estatuído, na verdade, importa principalmente em duas medidas de grande importância: na criação de órgãos especializados para os processos coletivos e na preparação e formação de magistrados para o que se pode denominar de Direito Processual Civil Coletivo.

É notório que, nos dias de hoje, o Poder Judiciário vem sendo chamado a resolver problemas cada vez mais intrincados, sob o prisma técnico e político. Os processos coletivos são palco de conflitos internos da sociedade, relacionados, por vezes, com políticas públicas e com relevantes questões econômicas e, em certos casos, com complexidade científica. O elevado número de processos e a variedade de matérias submetidas aos juízes vêm exigindo, dos órgãos judiciais, por um lado, uma formação cultural e multidisciplinar, mas, por outro, também, elevado nível de profissionalização e de especialização, para fazer frente, em tempo condizente com a expectativa da sociedade contemporânea e com a especificidade relacionada aos casos, ao volume de decisões a serem proferidas. A realidade vem impondo, por conseguinte, a especialização dos órgãos judiciais, para que estes possam estar estruturados e preparados para a respectiva matéria. A clássica divisão entre juízos cíveis e criminais vem dando lugar a

órgãos especializados em Direito do Trabalho, Militar, Eleitoral, Previdenciário e Sociais, de Execuções Fiscais, de Propriedade Industrial, de Família, de Órfãos e Sucessões, de Empresas, de Direito Desportivo, Tributário e Financeiro, de Fazenda Pública etc.

Os processos coletivos, em razão da sua importância e da própria diminuição do número de processos individuais que poderá proporcionar, se conseguir lograr ser, de fato, um bom resultado, precisa receber não apenas a prioridade formalmente elencada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, mas, na prática, usufruindo de uma estrutura judiciária preparada para o seu processamento e julgamento.

Os processos coletivos não podem permanecer perdidos e misturados a outras centenas ou milhares de processos individuais, gozando, na prática, de idêntico valor e sendo-lhes atribuídos os mesmos recursos humanos e materiais. Deve-se entender que os recursos humanos e materiais e o tempo despendido para os processos coletivos representam investimento em benefício da própria saúde do Poder Judiciário, que só poderá dar vazão aos conflitos de massa que lhe chegam, se enfrentados e processados coletiva, molecularizada e conjuntamente, e não de modo disperso e contraproducente.

Imperiosa, portanto, a criação de órgãos especializados para o processamento, julgamento e execução de processos coletivos. Os referidos órgãos deverão, naturalmente, receber um número menor de processos do que o destinado aos demais de natureza cível, tendo em vista não apenas a complexidade da matéria e do processamento, mas a necessidade de se imprimir razoável celeridade, pois soluções coletivas rápidas são fundamentais para a credibilidade nas ações coletivas, desestimulando-se, assim, o ajuizamento de ações individuais para a resolução dos mesmos problemas.

A especialização de órgãos judiciais para os processos coletivos deve vir, também, acompanhada de estrutura apropriada do Poder Judiciário, para que possam ser registrados os feitos instaurados, em âmbito nacional, bem como realizadas e geridas as informações e comunicações pertinentes, através de sites e controles informatizados. O gerenciamento de dados, muitas vezes para o próprio armazenamento e cálculo de dados individuais pertinentes aos processos coletivos, não pode se dar, também, nos moldes do tradicional processo individual, com o registro, conferência e processamento unitários. Por certo, estar-se-á diante de causas com centenas, milhares ou milhões de pessoas, e não será, por vezes, factível que os dados sejam lançados um a um, ou que haja a conferência física em relatórios ou cálculos lançados nos autos do processo. Na qualidade de juiz, tenho vivido e constatado que as demandas coletivas exigem, para se ter a rapidez compatível com as expectativas geradas, o processamento e a conferência de dados por intermédio de programas de informática, entrando no que se

pode denominar de processos virtuais. As estruturas judiciais precisarão acompanhar e fornecer os recursos materiais e técnicos para que as inovações lançadas pelo proposto Código Brasileiro de Processos Coletivos consigam efetivamente lograr os resultados esperados.

As normas abstratamente formuladas e os recursos técnicos a serem colocados à disposição de nada adiantarão se não houver, também, uma grande modificação na formação e preparação dos que estarão manejando estes instrumentos, principalmente os magistrados.

Os juízes e demais operadores do direito de hoje estudaram no passado e fizeram as suas lições de Processo Civil, a partir de normas e soluções pugnas de modo geral para os conflitos e processos individuais. Pode-se dizer que ainda são inovadoras, no Brasil e talvez no mundo, as instituições universitárias que disponham, na sua organização curricular, de disciplinas voltadas especificamente para as ações e os processos coletivos. É de fundamental importância, assim, que haja a preparação dos profissionais do direito, de hoje e do futuro, para o novo Direito Processual Coletivo.

Por fim, a determinação pelo Código de Processos Coletivos de processamento e julgamento por juízes especializados deve vir acompanhada de normas federais e estaduais de organização criadoras dos referidos órgãos judiciais, levando em consideração o movimento forense local. É de se supor, naturalmente, que as comarcas e subseções ou circunscrições menores não comportarão a pretendida especialização. Por essa razão, o Anteprojeto da UERJ-UNESA estatuiu regra subsidiária, para os foros não providos de varas especializadas, bem como para o processamento em geral perante os tribunais, que determina a prioridade de processamento para os processos coletivos, de modo a se preservar a pretendida celeridade e demais resultados pugnados pela tutela coletiva.

4. A competência de foro para o ajuizamento das demandas coletivas e o acesso à Justiça

A questão da competência para o ajuizamento das demandas coletivas é uma questão central em termos do debate em torno do Código Brasileiro de Processos Coletivos, porque pode ser instrumento para o fortalecimento da tutela coletiva, mantendo-a acessível aos interessados e legitimados, ou ser instrumento de concentração nos tribunais superiores, como se tentou fazer com a ação de improbidade administrativa⁸, ou no Distrito Federal.

O artigo 20 do Anteprojeto de Código Brasileiro, elaborado por Ada

⁸ Nesse sentido, o parágrafo 2º, do art. 84, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002, tendo sido o referido dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797, j. 15.9.2005, *DJ* 26.9.2005.

Pellegrini Grinover, estabelece que é 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 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.

Por ocasião dos debates nos Programas de Pós-Graduação da UERJ e da UNESA, em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, a questão da competência territorial foi a única que não alcançou consenso entre os dois grupos. Na UNESA, prevaleceu o entendimento de que as ações coletivas devem ser ajuizadas, tal como previsto inicialmente na Lei da Ação Civil Pública, no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano e, em caso de abrangência de mais de um foro, a fixação devendo ocorrer pela prevenção. No grupo reunido na UERJ, a maioria entendeu que, em caso de dano de âmbito nacional, deveriam ser competentes, concorrentemente, os foros das capitais dos Estados e do Distrito Federal.

Modifica-se, assim, em ambas as propostas, a regra geral normalmente insculpida para as ações individuais nos estatutos processuais⁹, fixadora do foro do domicílio do demandado, para determinar que a demanda seja ajuizada, *a priori*, no local do dano efetivo ou hipotético, se o mesmo não possuir dimensão regional ou nacional. A preocupação com o asseguramento do direito de defesa, razão precípua do estabelecimento do foro do domicílio de réu, cede, no processo coletivo, basicamente a dois motivos.

O primeiro diz respeito ao incremento ao acesso à Justiça, em termos de demandas coletivas, considerando não apenas os direitos e interesses materiais em jogo, meio ambiente, consumidores etc., bem como a importância do processo coletivo como instrumento para que os anseios da coletividade, de grupos, classes e categorias possam chegar ao Judiciário, do modo menos dispendioso e mais econômico possível, ou seja, através das ações coletivas, propiciando, assim, um número menor de processos, a isonomia em relação a todas as pessoas envolvidas e o equilíbrio entre as partes na relação processual, resultados estes que poderiam não ocorrer se os conflitos chegassem na via pulverizada e multiplicada dos litígios individuais. O local do dano coincide comumente com o do lugar onde estão domiciliadas as pessoas diretamente afetadas, maiores interes-

⁹ Vide, nesse sentido, por exemplo, o artigo 94 do Código de Processo Civil brasileiro ou o artigo 50, 1, da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola.

sadas na propositura da demanda coletiva e que poderão ajuizá-la ou encaminhar o caso para que outros legitimados, presentes e também sensíveis ao problema no local, como associações, sindicatos, o Ministério Público ou demais entes ou órgãos do Poder Público, assim o façam.

Em segundo lugar, o estabelecimento do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, como foro competente, é o mais conveniente, em tese, para o processo, especialmente em razão da atividade instrutória, que poderá se concentrar no próprio local, com a colheita de depoimentos, a realização de perícias e de inspeções judiciais diretamente sob a presidência do próprio órgão julgador, ao invés de se efetivar por carta precatória, a ser cumprida em outro foro, com prejuízo eventualmente para a própria qualidade da prova reunida, para a sua valoração e para a celeridade do processo.

O ajuizamento da demanda coletiva no local do dano não pode ser considerado, a princípio, como óbice ou dificuldade para o próprio demandado. Pois, se houve dano em determinado lugar, é porque, em tese, foi realizada, no referido local, determinada conduta, direta ou indiretamente, como a distribuição de produto ou o empreendimento de obra ou serviço. Assim sendo, do mesmo modo que o demandado foi capaz de efetivar certa atividade na localidade, deve assumir as conseqüências da sua ação ou omissão, dentre as quais a de estar em condições de assumir a sua defesa no correspondente espaço de atuação, possuindo, por vezes, até mesmo estabelecimento, agência ou sucursal no ambiente em questão.

No Brasil, o primeiro estatuto legal a dispor de modo mais amplo sobre as ações coletivas, a Lei da Ação Civil Pública, editada em 1985, previa exatamente que as demandas deveriam ser ajuizadas no local onde ocorresse o dano, sendo hipótese inderrogável de competência para o processamento e julgamento da causa¹⁰. Naquele momento, portanto, quando o dano fosse capaz de atingir

¹⁰ Art. 2º: “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Embora o dispositivo legal fizesse uso da expressão “competência funcional”, a melhor doutrina sempre entendeu que se tratava, na verdade, de competência territorial, tendo o legislador, de modo equívoco, se utilizado do termo funcional, com o intuito tão-somente de derrogar, na espécie, a regra geral, vigente no direito brasileiro, da relatividade para os casos de competência fixada por critério territorial. Comentando o emprego duvidoso do adjetivo “funcional”, afirma o eminente processualista Barbosa Moreira (Interesses difusos e coletivos, p. 193): “Na verdade, pessoalmente, preferiria que esse termo não tivesse sido usado. Preferiria que tivesse reservado a expressão ‘competência funcional’ para aquele outro tipo de competência, isto é, a determinada pela diversidade de funções sucessivamente exercidas por diferentes órgãos ao longo de um mesmo processo. Do contrário, criamos uma zona cinzenta, pois quando se estabelece a competência de um órgão de determinado lugar – seja qual razão for – o que se está, realmente, fixando é a competência territorial”, in Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível da Justiça Federal*, p. 19. No mesmo sentido: José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigo*, p. 43-44.

várias localidades, ainda que afetando toda uma região ou o país, a fixação da competência ocorreria mediante a prevenção.

Em 1990, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor passa a prever que as ações coletivas deverão ser propostas e processadas (I) no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; (II) no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se o Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. Parte da doutrina enxergou no dispositivo a incidência de duas regras estanques de competência, sendo uma delas exclusiva, interpretando que (a) se o dano fosse regional o processo tramitaria perante o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Mas, (b) se nacional, a competência seria tão-somente dos órgãos judiciais situados no Distrito Federal. Chegou-se a afirmar que a interpretação facilitaria o acesso à justiça¹¹, o que parece, com a devida vênia em relação à autoridade dos que defenderam a posição, um total contra-senso. A designação de um único foro, num país com oito milhões e quinhentos mil quilômetros quadrados e contingente populacional de cerca de 170 milhões de habitantes, representaria, sim, barreira intransponível, desestímulo ou medida que elevaria os custos, para que a maioria das entidades espalhadas pelo Brasil afora pudesse ajuizar a respectiva demanda.

A razão de fundo dos que sustentam a fixação do foro do Distrito Federal como único apto para as ações nacionais é, no entanto, a preocupação com a efetivação do tratamento molecular para as causas versando sobre direitos individuais homogêneos, que acabam sendo objeto de várias ações “coletivas” e individuais propostas em todo o país. Estar-se-ia, no entanto, tratando a questão por via transversa. O problema e a solução não passam principalmente pelo problema da competência, até porque a exclusividade de foro não eliminaria o risco da pluralidade de processos instaurados perante as varas situadas no Distrito Federal. Na prática, o resultado poderia ser o inverso: atomização das questões, com a formulação de pedidos limitados ao âmbito local ou regional.

Por tudo isso, a doutrina e a jurisprudência¹² no Brasil acabaram firman-

¹¹ O entendimento foi esposado infelizmente por Ada Pellegrini Grinover, um dos baluartes das ações coletivas no Brasil: “Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo”, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 779.

¹² Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Conflito de Competência n. 17.533: “Conflito de competência. Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor. 1. Interpretando o artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo, ao se referir à Capital do Estado e ao Dis-

do o entendimento no sentido de que, tanto as causas de âmbito regional, quanto as de nacional, podem ser ajuizadas perante qualquer uma das vinte e seis capitais ou no Distrito Federal, havendo, assim, a competência concorrente, de modo eletivo para o autor, entre todas as capitais do País e dos Estados-membros.

A proposta de concentração de todas as demandas coletivas, de âmbito regional ou nacional, na capital do país, pode parecer, para alguns, a solução de todos os problemas e conflitos relacionados com a questão da competência, pois todos os processos coletivos ficariam centralizados no mesmo foro.

Caberia indagar se a pretendida centralização não representaria um verdadeiro bloqueio e cerceamento ao direito de acesso ao Poder Judiciário a todos aqueles que não estivessem domiciliados na própria capital do país, principalmente se considerado o próprio escopo, tão nítido no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos, de se ampliar a legitimação para a propositura das ações coletivas e, conseqüentemente, do acesso à prestação judiciária. Seria fácil, por exemplo, para um indivíduo ou uma associação, com domicílio em Manaus, capital do Estado do Amazonas, efetuar um deslocamento de milhares de quilômetros, ao longo de vários dias, por via terrestre, ou por algumas horas de avião, com elevado custo econômico, para comparecer a cada ato processual a ser realizado na capital do país?

O problema tornar-se-á ainda mais grave quando se estiver diante de um conflito de interesses e de um evento que, embora de âmbito regional ou mesmo nacional, não tenha produzido danos na própria capital ou no Distrito Federal, o que não é de todo impossível ou mesmo raro de acontecer, porque há produtos e serviços que são distribuídos e prestados tão-somente em localidades rurais ou em regiões específicas do país, sem que atinjam, contudo, os centros urbanos. Nesses casos, nenhum legitimado do país estará motivado para dar início a uma ação coletiva. A propositura da demanda na capital representaria uma dificuldade tormentosa, em primeiro lugar, para os interessados em propor a demanda coletiva. Mas, poderia representar igualmente um transtorno para o réu que não tivesse qualquer atuação na capital do país e que teria, do mesmo modo, que se defender fora do seu local de domicílio. E, por fim, a dificuldade seria também enorme para o próprio órgão judicial localizado na capital e que tivesse que realizar praticamente todos os atos de comunicação e da atividade probatória fora dos seus limites territoriais, tendo que colher depoimentos, realizar inspeções, comunicações e diligências em geral fora da sua área de atuação, o que, por certo, poderia prejudicar em muito a celeridade do processo e a qualidade da

trito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito”.

prestação jurisdicional.

Os casos de âmbito regional e nacional não devem ser concentrados em apenas um foro do país, mas, sim, no mínimo, em todas as capitais dos estados federados, de modo que o cuidado para se evitar a pulverização de foros concorrentes não se transforme em barreira intransponível para o incremento do acesso das demandas coletivas ao Poder Judiciário.

5. A ampliação da legitimação: a inclusão do indivíduo e da Defensoria Pública no rol dos legitimados

O caminho trilhado pelas propostas de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, seguindo a trilha do Código Modelo¹³ de Processos Coletivos para a Iberoamérica, foi no sentido de democratizar o acesso à Justiça, fortalecendo as ações coletivas, a partir da ampliação do rol de legitimados. A proposição rompe, portanto, com sistemas tradicionais, que procuram atribuir com certa exclusividade a legitimidade, ora para órgãos públicos, ora para associações e organizações não governamentais, como ocorre na Alemanha, ou principalmente para os indivíduos, como acontece nos Estados Unidos, com as *class actions*.

Figuram, em síntese, como legitimados: a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem, ao menos em parte, hipossuficientes; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações e fundações privadas legalmente constituídas.

¹³ Art. 3º São legitimados concorrentemente para a ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; III – o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública; IV – as pessoas jurídicas de direito público interno; V – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código; VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no código, dispensada a autorização assemblear; VIII – os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Em relação ao direito vigente, as propostas de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos procuram ampliar o rol dos legitimados, principalmente para a inclusão do indivíduo. Sobre a situação do indivíduo diante dos interesses coletivos, peço vênha para remeter o leitor à opinião que havia manifestado anteriormente¹⁴:

A Constituição da República, de 1988, insculpiu no inciso XXXV, do art. 5.º, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nelson Nery Junior esclarece que, embora “o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão”¹⁵.

Ressalte-se que o dispositivo constitucional acoberta a proteção jurisdicional diante da “lesão ou ameaça a direito”, sem qualquer qualificação restritiva, razão pela qual devem ser considerados sob o manto da inafastabilidade os direitos ou interesses individuais e coletivos.

A Magna Carta chegou mesmo a assegurar, de modo expresso, a tutela coletiva, nos art. 5.º, incisos XXI, LXX e LXXIII, 8.º, inciso III, e 129, inciso III. Todavia, não o fez no sentido de limitar a defesa coletiva a estas hipóteses. Até porque, o instituto da legitimação extraordinária não representa matéria constitucional em sentido estrito, encontrando-se regulado no Código de Processo Civil¹⁶ e na legislação extravagante.¹⁷ Nesse sentido, decidiu a 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal que:

“SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – NATUREZA DA MATÉRIA. De início, a substituição processual não tem contornos constitucionais. Pouco importa, na espécie, que se tenha feito referência a normas estritamente legais como a regulamentar o inciso III do art. 8.º da Carta da República. O preceito nele incluído não veda a possibilidade de o legislador ordinário incluir no cenário jurídico outras hipóteses em que possível demandar em nome próprio, na defesa de direito alheio”¹⁸.

É de se notar que na Constituição encontram-se previstos diversos legitimados para o exercício da tutela coletiva: o Ministério Público, nos termos

¹⁴ *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 253-257.

¹⁵ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 94.

¹⁶ Art. 6.º

¹⁷ Principalmente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, além de outras leis especiais, conforme descrição feita no capítulo sobre a evolução das ações coletivas no Brasil, *supra*.

¹⁸ AGRAG 157.797-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.05.1995.

do art. 129, inciso III; as associações, com base no art. 5.º, incisos XXI e LXX; os sindicatos, com fulcro no art. 8.º, III; e os cidadãos, conforme disposto no art. 5.º, inciso LXXIII. Não se pode dizer, por conseguinte, que o constituinte tenha consignado qualquer vedação a possíveis legitimados, em particular quanto às pessoas e instituições supracitadas.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, ao contrário de países como os Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Canadá e Austrália, não atribuiu, de modo amplo e equiparado aos demais entes e órgãos, a legitimação ao indivíduo para a propositura de ações coletivas. Qual a situação do indivíduo, em termos de legitimação, diante dos interesses coletivos *lato sensu*?¹⁹

A categoria dos interesses e direitos individuais não oferece maiores dificuldades em relação à questão, tendo em vista a indivisibilidade do objeto e a possibilidade lógica e legal da persecução individual, como expressamente veiculado, por exemplo, no art. 81, *caput*, e art. 103, *in fine*, do Código de Defesa do Consumidor. O princípio da inafastabilidade estará preservado, na medida em que qualquer pessoa poderá buscar a respectiva tutela jurisdicional diante da lesão ou ameaça ao seu hipotético direito.

A situação é completamente diversa em relação aos interesses denominados de “essencialmente coletivos”. Os fatores primordiais da diferenciação, como visto anteriormente, são a indivisibilidade do objeto e a transindividualidade subjetiva. A lesão ou ameaça de lesão, na espécie, não afeta apenas uma única pessoa, e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria.

O caráter “coletivo” reflete, na verdade, esfera de problema que, de maneira mais ou menos ampla, possui dimensão social, repercutindo e mexendo muitas vezes, entretanto, com direitos individuais também agasalhados singularmente. Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual, que deve merecer proteção ampla e não restrita, sob pena de serem maculados valores juridicamente amparados. O art. 225 da Constituição, *v.g.*, prevê que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Não é difícil de se imaginar, *e.g.*, uma determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provocando a poluição sonora junto a uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do

¹⁹ A indagação que se apresenta, nesta seção, diz respeito principalmente à legitimação. Os aspectos relacionados com a litispendência e a coisa julgada serão analisados no capítulo seguinte.

meio ambiente, cuja promotoria esteja com o cargo de Promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo? Da mesma forma, não estaria o morador de bairro residencial legitimado para ajuizar uma ação pleiteando a cessação ou limitação do barulho, em face de determinada instituição religiosa que celebre cultos, durante os finais de semana, a partir das 6 horas da manhã, impedindo a tranqüilidade e o descanso de toda a família? O proprietário de um imóvel situado numa praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém-instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos, para que, depois, fosse a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados?

Os interesses acima ventilados seriam coletivos, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5.º da Lei 7.347/85 ou do art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranqüilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual.

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual,²⁰ demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançado o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com

²⁰ J. A. Jolowicz, no trabalho *The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation: english law*, p. 223, apontou para a imbricação, com as seguintes palavras e exemplo: "the distinction is not an easy one to draw: it depends ultimately on the motives with which the proceedings are begun, and litigation which conforms in all respects to the traditional bipolar pattern may be used with the ulterior or even the primary purpose of securing judicial protection for the diffuse and fragmented interests of a substantial and ill-defined group of people. A simple illustration is afforded by an action for nuisance brought by a householder in a residential neighbourhood against the owners of a nearby industrial undertaking. If an injunction is issued at the suit of that householder requiring, for example, that noisy operations be restricted to normal working hours, the benefits flowing from the injunction will accrue as much to his neighbours as to himself".

os interesses em conflito.

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à Justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de Justiça”.

Por fim, em relação à legitimação dos indivíduos, é importante salientar que a inovação abrirá importante campo de atuação para a advocacia privada, na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, antes limitado àqueles que prestavam os seus serviços perante associações e sindicatos. A advocacia privada acabava desempenhando as suas funções principalmente no pólo contrário aos interesses coletivos. Com a legitimação das pessoas naturais, pode-se vislumbrar um grande atrativo futuro, pois causas que individualmente não seriam capazes de mobilizar e custear o aporte de recursos humanos e materiais poderão, sob o prisma coletivo, representar uma importante fonte de interesse para os advogados. Pode-se imaginar, por exemplo, um dano que individualmente remontasse a um valor unitário de mil reais, ensejando honorários, se fixados em conformidade com o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, entre cem e duzentos reais, valor que não seria altamente significativo e suficiente para a manutenção de uma banca de advocacia. Mas, diante de um grupo de mil pessoas afetadas, o valor da causa passaria para um milhão de reais, com a possibilidade de honorários entre cem e duzentos mil reais. Por conseguinte, direitos e interesses individuais, principalmente de natureza pecuniária de pequena monta, que acabavam sendo impunemente desrespeitados, poderão encontrar a sua alforria, despertando a atuação da advocacia privada, como ocorre com relativa frequência nos Estados Unidos.

As propostas de Anteprojeto procuraram, também, dissipar qualquer dúvida em relação à legitimidade da Defensoria Pública, para a defesa de interesses dos hipossuficientes, bem como dos sindicatos e órgãos de fiscalização profissional, para os interesses da respectiva categoria, e também das fundações de direito privado.

Em relação ao Ministério Público, os dois anteprojetos incorporam nos seus textos a legitimação do *Parquet* para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social, chancelando, assim, a posição mais coerente e dominante na jurisprudência.

Não houve consenso, nas duas propostas de Anteprojeto, quanto à necessidade de pré-constituição por um ano, estipulado para as associações. En-

quanto o requisito é mantido, tal como disposto hoje no ordenamento vigente, na proposta formulada por Ada Pellegrini Grinover, no projeto oriundo da UERJ-UNESA foi o mesmo suprimido, sob o entendimento de que não haveria sentido em se exigi-lo, quando os próprios associados, individualmente, passariam a estar legitimados, não havendo sequer a necessidade de constituição de uma associação. Por outro lado, é de se supor que o grupo esteja muito mais apto e organizado, se já estruturado em uma associação, ainda que a mesma não tenha completado um ano de existência. Melhor do que prever a possibilidade de dispensa²¹ pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, é, sim, eliminar a exigência da pré-constituição, mas, por outro lado, submeter as associações também ao controle da representatividade adequada.

Os legitimados poderão, também, atuar em conjunto, sendo hipótese, naturalmente, de litisconsórcio facultativo²².

6. A representatividade adequada e a gratificação para os indivíduos, associações e sindicatos

A abertura, em termos de *legitimatío ad causam*, veio acompanhada do estabelecimento de requisitos específicos para a propositura da demanda coletiva, visando, assim, a um controle, em concreto, quanto à seriedade, viabilidade e importância da demanda coletiva que se pretende propor.

Na última versão de dezembro de 2005, o anteprojeto assumido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual limitou a aferição da representatividade adequada das pessoas físicas. No anteprojeto da UERJ-UNESA, contudo, a representatividade adequada passaria a ser exigível para as ações coletivas em geral, embora possa se afirmar que o seu controle passará a ter relevância especial em relação aos indivíduos, mas a sua aferição cabível também no que diz respeito às associações, como supramencionado.

Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso específico.

Para a aferição da representatividade adequada, foram estabelecidos os seguintes parâmetros exemplificativos: a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta

²¹ Conforme previsão contida no parágrafo 4º do art. 19, do anteprojeto redigido por Ada Pellegrini Grinover.

²² Art. 19, parágrafo 6º, do Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e art. 9º, parágrafo 1º, do Anteprojeto da UERJ-UNESA.

em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Por sua vez, a relevância social da tutela coletiva deve ser caracterizada tendo em vista a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas.

O sistema vigente de tutela coletiva, integrado principalmente pelos estatutos pertinentes à ação popular, à ação civil pública e à defesa do consumidor, contenta-se com um controle mais abstrato e formal em relação aos legitimados, cabendo, ao juiz, no máximo, a aferição do tempo de existência da associação, quando esta for autora, e, se não constituída há mais de um ano, a possibilidade de dispensa deste pré-requisito. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, ao contrário, atribui ao magistrado um controle de admissibilidade centrado na adequação da representatividade do legitimado e da relevância social da demanda coletiva, bem como, diante dos interesses individuais homogêneos, em relação à predominância de questões comuns sobre as individuais e da superioridade (utilidade) da tutela coletiva no caso concreto. Este juízo de admissibilidade, embora deva estar presente desde o momento do recebimento da petição inicial, integra, por determinação expressa do código, a decisão fundamentada saneadora do processo que deverá ser proferida por ocasião da audiência preliminar.

A falta de representação adequada não deve, todavia, levar o processo necessariamente à extinção sem o julgamento do mérito, como ocorreria, normalmente, diante da falta de uma condição da ação. Isso porque se previu que, em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, assim como de desistência infundada ou abandono da causa por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz deverá intimar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, para que assumam, querendo, a titularidade da ação coletiva.

As propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos inovam, também, ao estabelecer que o juiz poderá fixar gratificação financeira, se o legitimado for pessoa física, sindicato, associação ou fundação de direito privado, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva. A medida, assim, pode representar um estímulo para o incremento na participação da sociedade civil nas demandas coletivas, tendo em vista que, no Brasil, a esmagadora maioria das ações coletivas ainda é ajuizada tão-somente pelo Ministério Público.

7. A prova nos processos coletivos

Quanto ao ônus da prova, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos enfatiza fórmula que atribui o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. Caberia, assim, às partes revelar os conhecimentos científicos e informações pertinentes ao caso, considerando não apenas as suas alegações, mas, também, as da parte contrária. A detenção dos conhecimentos técnicos ou informações específicas e a maior facilidade na demonstração passam a ser matéria, em potencial, controvertida e, portanto, prejudicial para a fixação do ônus da prova, que pode, em si, demandar a colheita de prova ou aplicação das regras de experiência.

O Código de Processo Civil, como se sabe, estabelece um padrão tradicional para a distribuição do ônus da prova, considerando que ao autor cabe se desincumbir dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto que ao réu a comprovação de fato impeditivo, extintivo ou modificativo. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor havia previsto a possibilidade, a critério do juiz, de inversão do ônus da prova, quando fosse verossímil a alegação ou diante da hipossuficiência da parte, segundo as regras ordinárias de experiência.

Como o Código de Defesa do Consumidor não expressou a natureza da hipossuficiência, dando margem a uma interpretação restrita do seu alcance para abranger apenas os economicamente necessitados, contrapondo-se a uma visão mais ampla que trabalhava com a idéia de hipossuficiência em sentido amplo, para abranger uma aferição em concreto quanto à aptidão da produção da prova. Por outro lado, exigia-se a inversão do ônus da prova, mantendo, assim, como regra, a distribuição concebida pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, calcada na posição processual da parte – autor ou réu – e não na possibilidade em concreto de produção da prova. Embora a verificação da verossimilhança e da hipossuficiência devam ser verificados de ofício pelo juiz, na prática a existência de uma regra geral induz, de certo modo, à manutenção do *status quo*, fazendo-se, assim, tábula rasa da determinação inovadora da Lei n. 8.078/90.

O art. 12 do Código Modelo de Processos Coletivos serviu de inspiração para a versão originária do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e também para o substitutivo apresentado pelos Programas de Mestrado da UERJ e UNESA. A versão atual, de dezembro de 2005, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, entretanto, antes de estatuir a incumbência do ônus da prova, expressa que a mesma se dará “sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil”. A menção ao artigo 333 do Estatuto Processual Civil parece ser duplamente incorreta. Do ponto de vista formal, considerando-se a opção pela normatização do Direito Processual Coletivo a partir de um código pró-

prio, e não de um livro ou parte específica dentro do Código de Processo Civil, melhor que sejam evitadas as referências às demais leis gerais e específicas, que poderão ser modificadas ou revogadas durante a vigência do Código de Processos Coletivos, o que poderá gerar problemas de interpretação. Sob o prisma material, a remissão às regras do Código de Processo Civil acaba por atenuar o vigor da própria inovação, pois volta a estabelecer uma regra tradicional aplicável, que, por comodidade, poderá ser infelizmente aplicada, deixando, assim, o texto legal de exigir do juiz uma decisão específica sobre as possibilidades de produção da prova, calcada na análise do caso concreto. Não por outro motivo, o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos da UERJ-UNESA fez questão de estatuir a distribuição do ônus da prova para a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, sem qualquer menção ao artigo 333 do Código de Processo Civil.

O tema da distribuição do ônus da prova traz à tona, também, a discussão sobre o momento em que a inversão ou fixação deva ocorrer. No Código de Defesa do Consumidor, não se previu expressamente quando o juiz deveria proceder à inversão. Parte da doutrina²³ entende que a inversão pode ou deve ser realizada no momento da decisão sobre o mérito, por se tratar de regra de julgamento. A maioria da doutrina²⁴ e da jurisprudência²⁵, no entanto, parece adotar posicionamento mais consentâneo com o princípio do contraditório, para afirmar que a inversão deva ocorrer em momento anterior ao da colheita da prova e que as partes precisam tomar ciência prévia da inversão, a fim de que possam envidar ou não os esforços necessários para se desincumbir do respectivo ônus

²³ Nesse sentido, leciona Kazuo Watanabe que “somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não a situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível”, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., p. 797.

²⁴ Nesse sentido, dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do código de processo civil*, p. 134, James Eduardo Oliveira, *Código de defesa do consumidor: anotado e comentado*, 2ª ed., p. 80, Carlos Roberto Barbosa Moreira, *Revista Direito do Consumidor* 22/145-148 e Teresa Arruda Alvim, *Revista de Direito do Consumidor* 10/248.

²⁵ O Superior Tribunal de Justiça, na Segunda Seção e nas Terceira e Quarta Turmas, pacificou o entendimento de que a inversão do ônus da prova não tem o condão de obrigar o demandado a arcar com as despesas da perícia, mas, não o fazendo, ficará sujeita às conseqüências da não produção da prova, o que pressupõe, naturalmente, uma decisão anterior ao momento da dilação probatória. Em decisão mais específica, pronunciou-se a Terceira Turma em julgado com a seguinte ementa: “Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Momento processual. 1. É possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que depende de circunstâncias concretas apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. (...)”, Resp 598620/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.04.2005, p. 314.

da prova.

Dos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apenas o elaborado pela UERJ-UNESA expressou-se sobre o momento para o pronunciamento sobre o encargo da prova, fixando que cabe “ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora”.

Por fim, os dois anteprojetos fizeram menção à prova estatística ou por amostragem, como meio lícito admissível em juízo. Tratando-se de processo coletivo, deve se deixar claro que se, por um lado, está a exigir a predominância de questões comuns e a superioridade da demanda coletiva para a resolução dos conflitos, por outro não se pode construir a concepção de prova nos moldes da tutela individual, com a exigência de que todas as lesões, danos e nexos de causalidade precisem ficar demonstrados. Portanto, se houve, por exemplo, falha no produto ou no serviço relacionado com um contingente considerável, ou que o defeito tenha produzido em uma parcela significativa certos danos, o juiz estará autorizado a considerar a falha ou o dano decorrente em termos globais, sem prejuízo da prova, em sentido contrário, quanto aos indivíduos não atingidos. Desse modo, assume o processo, de fato, uma feição verdadeiramente coletiva, dando tratamento molecular para o aspecto probatório.

8. Litispendência e coisa julgada em termos de interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos

Preliminarmente, parece oportuno reiterar algumas considerações anteriores sobre o tema²⁶:

“A questão da litispêndência em relação às ações coletivas não havia recebido tratamento legal até o advento do Código de Defesa do Consumidor. O art. 104, da Lei 8.078/90 dispôs que:

“As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Nota-se, em primeiro lugar, que o dispositivo cuidou tão-somente da hipótese de ajuizamento concomitante de ações individuais, desprezando, assim, a possibilidade de serem instaurados vários processos coletivos, fato que vem se tornando cada vez mais frequente e problemático.²⁷

²⁶ *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 259 e segs.

²⁷ O tema será enfrentado logo abaixo.

Em relação ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, colocou-se logo em discussão as remissões feitas no seio do dispositivo. A primeira parte da norma faz menção às ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81. Todavia, a segunda parte do art. 104 indicou os incisos II e III do art. 103, dirigidos aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

A doutrina tem apontado principalmente para interpretar como aplicável a todas as categorias de ações coletivas as duas partes do art. 104.²⁸ Entretanto, algumas considerações mais amplas devem ser feitas.

Em primeiro lugar, o instituto da litispendência só será útil ao processo coletivo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo. Portanto, ao lado do pedido e da causa de pedir, bastaria que se estivesse na causa coletiva, para ser considerada como idêntica, defendendo os interesses dos mesmos substituídos.²⁹ Do contrário, dificilmente haveria litispendência, porque outro legitimado poderia simplesmente formular idêntico pedido e causa de pedir em novo processo.

Mas há outra questão de fundo a ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e coletivos em sentido estrito, contam, como característica fundamental, com a indivisibilidade do seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniforme para o litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam – material ou logicamente – a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos. Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis: um juiz, por exemplo, autorizando a realização de determinada atividade provocadora de barulho, apenas no período da tarde; outro somente pelas manhãs; um terceiro proibindo-a terminantemente a qualquer hora; e, por fim, um que a facultasse em geral. Como proceder, diante de pronunciamentos liminares, proferidos em processos distintos, com autores também diversos, determinando ou permitindo condutas tão díspares?

Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença de litispendência. Outras soluções, como a reunião de processos, sob o argumento da co-

²⁸ Nesse sentido, Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 193, e Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 829-830.

²⁹ Toma-se aqui a expressão no seu sentido corrente, não obstante as ponderações, oportunamente consignadas, feitas por José Carlos Barbosa Moreira.

nexão ou da continência, além de tecnicamente incabíveis diante da identidade objetiva, muito provavelmente acabariam ocasionando tumulto processual e retardamento no julgamento da demanda coletiva.

Por outro lado, em relação às demandas individuais, duas hipóteses de tratamento se abrem. Não se está, no caso, a confrontar eventuais direitos individuais ao ressarcimento por danos decorrentes da falta de proteção ao interesse difuso ou coletivo lesionado, pois ter-se-ão transformado, no máximo, em direitos individuais homogêneos, passíveis de defesa singular. Ada Pellegrini Grinover observa que “aqui, o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo as ações coletivas na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal”.³⁰ A primeira opção é a inadmissibilidade de ações ajuizadas por indivíduos, e não propriamente ações individuais, para a defesa de interesses difusos ou coletivos. A segunda seria a aceitação, atribuindo-lhes tratamento, inclusive sob o ponto de vista da litispendência e da coisa julgada, de ação coletiva.

O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão estivesse sujeito ao desmembramento. E tudo o que se disse sobre litispendência deve ser considerado também em geral para fins de efeitos do julgamento e da coisa julgada.

A hipótese do art. 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes, sim, plenamente divisíveis. Mas, ainda aqui, o dispositivo merece severa crítica.

A experiência do Direito Comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro de prazo fixado pelo juiz. Como se vê, o art. 104 não adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.

Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo, assim, efetiva economia processual, acesso à Justiça e fortalecimento das ações coletivas. Mas, sem a fixação de prazos para o seu exercício, não

³⁰ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 830.

há direito ou obrigação de exclusão, fazendo com que interesses menores, mas quantitativamente significativos, acabem minando o sentido das ações coletivas. A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos inúmeros conflitos envolvendo aposentados, como, v.g., a equivalência do benefício com o salário mínimo, o reajuste de 147%, buraco negro etc.; lides que diziam respeito a tributos, como a CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, aumento de alíquotas, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, em torno de pleitos como o direito ao reajustamento anual, de contagem de tempo dos celetistas incorporados ao regime único, transformação de cargos, extinção de direitos, citando apenas alguns poucos exemplos.

Em praticamente todos os casos mencionados, foram centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas tenham de fato cumprido o seu papel. O correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser medida essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado no âmbito da UERJ-UNESA, esposou o entendimento supramencionado.

Em termos de litispendência, estabeleceu, na *caput* do art. 7º, que a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

A continência foi tratada de modo inovador e consentâneo com a sua natureza, ou seja, sendo considerada como uma litispendência parcial. Por conseguinte, os parágrafos 1º e 2º do art. 7º procuraram disciplinar as duas hipóteses possíveis: a) estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito; b) 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. Mas, para que se pudesse dar amplo aproveitamento de tudo o que fosse interessante, em termos de alegações e provas fornecidas nos processos extintos, estatuiu o parágrafo 3º do art. 7º: “Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado”.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, assumido pelo Instituto Brasileiro de Processos Coletivos, optou, no entanto, por possibilitar³¹ sempre, nos casos de conexão³², de continência³³ e de litispendência³⁴, a reunião dos processos, bem como determiná-la obrigatoriamente quando referidas ao mesmo bem jurídico. Não parece ser a melhor solução, pois além de não ser possível a admissibilidade da litispendência, integral ou parcial, em termos de demandas coletivas relacionadas com interesses e direitos indivisíveis, a reunião deve prevalecer apenas nos simples casos de conexão, para se buscar a uniformidade e harmonia entre os julgados ou por motivos de economia, notadamente no campo da instrução probatória.

No que diz respeito à relação entre demanda coletiva e ações individuais, a versão oficial do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos optou por manter, na essência, o sistema atualmente vigente, reafirmando que a demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais. Procurou esclarecer, contudo, que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual³⁵. Estabeleceu, ainda, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria³⁶.

É de se salientar que a coexistência de vários processos só pode ocorrer em relação aos direitos individuais homogêneos, considerando-se a própria natureza de indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos.

Considerando-se que uma das finalidades precípua da tutela jurisdicional coletiva é a de possibilitar a economia processual, com a eliminação ou redução dos processos individuais, em prol do fortalecimento da defesa e resolução coletiva dos conflitos envolvendo direitos e interesses individuais homogêneos, parece que deva haver, como acima defendido, um sistema mais coerente e definido na relação entre as demandas coletivas e individuais, com a priorização e fortalecimento dos processos coletivos. Partindo dessa premissa, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado nos Programas de Pós-Graduação da UERJ-UNESA inovou ao elaborar um sistema de exclusão mitigado e com características novas, voltado para os direitos e interesses individuais

³¹ Art. 5º.

³² Inciso I do art. 5º.

³³ Inciso II do art. 5º.

³⁴ Parágrafo 3º do art. 5º.

³⁵ Art. 6º.

³⁶ Art. 12, § 1º.

homogêneos.

Não se pode olvidar que a base dos processos coletivos repousa na possibilidade de direitos e interesses de uma pluralidade de pessoas poderem ser defendidos por alguns legitimados, estando, assim, a maioria dos interessados formalmente ausente da relação processual pertinente. Para que não haja, por conseguinte, afronta às garantias processuais e constitucionais, deve haver legitimidade para o exercício desta defesa de interesses alheios, o que deve ser construído à luz da adequação da representação, bem como da comunicação e consulta aos que estarão sendo defendidos. É de se registrar que, no contexto presente da prática forense, a prevista e necessária ampla divulgação da própria existência das ações coletivas vem sendo deixada de lado.

O Anteprojeto da UERJ-UNESA prevê, antes de tudo, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a publicação de edital no órgão especial e a comunicação dos interessados, para que possam exercer, no prazo fixado, seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. A comunicação poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, observado o critério da modicidade do custo.

Estabeleceu, ainda, o Anteprojeto UERJ-UNESA que os interessados poderão optar entre o requerimento de exclusão da ação coletiva ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado. Na falta de prazo estipulado pelo juiz, o direito de exclusão ou o ajuizamento da ação individual poderá ocorrer até a publicação da sentença no processo coletivo. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Em seguida, poderão, no referido prazo de trinta dias, requerer, nos autos do processo individual, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito do respectivo processo individual.

9. Sentença condenatória e execução

O Código Modelo de Processos Coletivos introduziu importantes inovações no que diz respeito ao regramento das sentenças condenatórias e execuções coletivas, em termos de direitos individuais homogêneos. O artigo 22 do Código-Tipo aprovado em Caracas prevê expressamente que a condenação poderá ser genérica, mas, no próprio parágrafo 1º, dispõe que o juiz calculará (*rectius* fixará) o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo

na própria ação coletiva. O parágrafo 2º reforça o comando, dispondo que, quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Pode-se afirmar que, no âmbito dos processos coletivos para os direitos e interesses individuais homogêneos, houve forte tendência na doutrina e na jurisprudência a preconizar que a tutela coletiva deveria necessariamente ser repartida em dois momentos, com um processo de conhecimento coletivo, que culminaria com uma sentença coletiva genérica, e posteriores liquidações e execuções individuais.

O Código Modelo rompeu, naturalmente, com essa visão monolítica, por saber que a existência apenas de um processo de conhecimento coletivo não exaure todas as potencialidades da defesa coletiva dos direitos, pois o posterior fracionamento, para a liquidação e execução dos julgados, pode representar o risco de falta de acesso à prestação jurisdicional ensejadora da efetivação do julgado, da multiplicação de liquidações e execuções, com o assoberbamento do Judiciário, além da decorrente quebra de isonomia em relação ao direito e da falta de equilíbrio na relação processual.

Longe de proibir o caminho do fracionamento, o Código Modelo previu expressamente a sentença genérica, a liquidação e a execução individuais, estimulando e optando, no entanto, pelo processo coletivo, sempre que for possível. E, nesse caso, a execução coletiva deverá ser processada ou efetivada, quando não houver a necessidade de um processo autônomo de execução, perante o próprio juízo da ação condenatória, que será, sempre que viável for, um juízo especializado e preparado para as novas funções e tarefas, como se verá adiante.

Os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos seguem, de modo geral, a tendência acima apontada, procurando fortalecer a sentença e a execução do processo coletivo.

10. Ação coletiva passiva

Os Anteprojetos introduzem significativa novidade ao dispor expressamente sobre a ação coletiva passiva. Previram, assim, que qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado.

Não haverá dúvida, portanto, a exemplo do que ocorre no Processo do Trabalho, sobre a possibilidade de ações duplamente coletivas, ou seja, com a presença de interesses pluriindividuais nos dois pólos: ativo e passivo. Pode-se pensar, por exemplo, em ações entre associações de pais e de mantenedoras de

instituições de ensino; entre entidades de defesa dos consumidores e de fabricantes de determinados produtos; ou entre comerciantes e fabricantes.

O Ministério Público deverá intervir necessariamente no processo como fiscal da lei. Se o próprio Ministério Público for o autor da ação coletiva duplamente passiva, a intervenção deve se dar, mediante agentes distintos, nas duas funções, a exemplo do que ocorria, por exemplo, antes da Constituição brasileira de 1988, quando o Ministério Público Federal atuava tanto como fiscal da lei quanto como representante da União.

11. Considerações finais

Por fim, há que se ter sempre presente os escopos das ações coletivas, que devem inspirar a elaboração do Código Brasileiro de Processos Coletivos e que podem ser sistematizados basicamente em quatro objetivos principais: a) a ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento, ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciados pelo Judiciário; b) que as ações coletivas representem, de fato, economia judicial e processual, diminuindo, assim, o número de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam provocando acúmulo de processos, demora na tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional: ao invés de milhões ou milhares de ações, sonhamos com o tempo em que conflitos multitudinários, como o ocorrido em torno dos expurgos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo; c) com isso, as ações coletivas poderão oferecer, também, maior segurança para a sociedade, na medida que estaremos evitando a proliferação de decisões contraditórias em processos individuais, em benefício da preservação do próprio princípio da igualdade: o processo, sendo coletivo, servirá como instrumento de garantia da isonomia e não como fonte de desigualdades; d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, T. A. Noções gerais sobre o processo no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, 1994.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, J. S. **Ação civil pública**: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

DINAMARCO, C. R. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GIDI, A. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, A. P. Direito processual coletivo. In: LUCON, P. (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, A. P. et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

JOLOWICZ, J. A. The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation. In: HABSCHEID, W. J. (Org.). **Effektiver rechtsschutz und verfassungsmäßige ordnung**: diskussionsberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Zivilprozeßrecht Würzburg 1983. Bielefeld: Giesecking, 1985.

MENDES, A. G. de C. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, código modelo e perspectivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 153, p. 188-216, 2007.

_____. Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, P. (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Competência cível da justiça federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, C. R. B. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, 1997.

MOREIRA, J. C. B. Interesses difusos e coletivos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 3, 1993.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, J. E. **Código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WATANABE, K. et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

COLLECTIVE PROCEDURAL LAW AND THE BRAZILIAN COLLECTIVE PROCEDURAL LAW CODE PROPOSALS

ABSTRACT: The present article searches to analyze current perspectives on Procedural Law in terms of collective guardianship in Brazil by focusing on the major proposals related to the elaboration of the Brazilian Collective Procedural Law Code, establishing the deficiencies of the current system as to respond to the needs of society with respect to accessible, efficient and just jurisdictional rendering and confronting the responses provided by the projects presented.

KEYWORDS: Collective procedural law. Collective protection. Brazilian Collective Procedural Law Code. Collective actions. Collective lawsuits. Public civil action. Access to Justice. Effectiveness of the lawsuit. Common rights. Homogenous rights of the individual. Participation in the lawsuit.

Recebido em / Received on / Recibido en Setembro de 2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en Outubro de 2008