

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O INCIDENTE DE CONVERSÃO DA AÇÃO
INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA NO PROJETO DO NOVO CPC
*CONSIDERATIONS ON THE INCIDENT CONCERNING THE CONVERSION
OF INDIVIDUAL ACTION TO CLASS ACTION IN THE NEW CIVIL
PROCEDURE CODE***

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Associado de Direito Processual Civil na UERJ.
Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Membro
do I.A.B, I.B.A., I.B.D.P. e do I.I.D.P. Email:
humbertodalla@gmail.com Artigo recebido em
20/09/2014 e aprovado em 29/11/2014.

Resumo: O texto examina o incidente de conversão de ação individual em ação coletiva previsto no P.L. 8046/10 a partir da evolução do tratamento das ações coletivas no direito brasileiro e da adoção das modernas ferramentas de coletivização. São vistos os principais aspectos procedimentais do instituto, bem como questionadas sua utilidade e efetividade diante dos demais mecanismos já existentes.

Palavras-chave: incidente; conversão; ação; individual; coletiva.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Evolução legislativa. 3. A redação do art. 334 do Projeto do Novo CPC. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia.

1. Considerações iniciais.

Desde a década de 70, época em que surgiu o fenômeno conhecido como a “abertura das portas do Poder Judiciário”, o estudo da melhor forma de tratamento processual a ser conferido aos direitos individuais homogêneos vem ganhando crescente importância.

Isto porque são justamente estes direitos que, uma vez desrespeitados, frequentemente dão ensejo à propositura das chamadas macro-lides, ações de “massa”, repetitivas, isomórficas ou seriadas, as quais, indubitavelmente, são as maiores responsáveis pela descomunal sobrecarga de trabalho atualmente imposta ao Poder Judiciário.

A disciplina legal lacônica fornecida pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como as controvérsias doutrinárias acerca do tema, sobreleva a importância do

papel da jurisprudência quanto à delimitação do conceito e da forma mais adequada de tutela processual a ser conferida aos direitos individuais homogêneos.

Mauro Cappelletti¹ reconhece que nos últimos anos o movimento pelo acesso à justiça representou uma força importante que levou a uma transformação radical em termos normativos e institucionais em diversos países. Foi a resposta a uma crise do direito e da justiça².

Contudo, o movimento dever assumir também a tarefa de um projeto de reforma, utilizando toda a riqueza do método comparativo.

Cappelletti³ pinta em cores vivas a real dimensão do problema do acesso à justiça, em texto escrito após apresentar suas famosas “Ondas Renovatórias”. Contudo, ele mesmo reconhece que a expansão do movimento, abarcando sobretudo os novos direitos, acaba por reforçar o conceito de “*l’Etat Leviathan*” e gera custos. Não obstante, sustenta ser necessário desenvolver o movimento nos níveis internacional e transnacional, como a próxima fronteira a ser alcançada.

Em nosso ordenamento, as dificuldades de plena efetivação da tutela processual dos direitos individuais homogêneos conduziram à elaboração e discussão de diversos

1 Na verdade a mudança foi mais profunda, como adverte o idealizador das “ondas renovatórias”: “come movimento di pensiero, l’accesso alla giustizia ha espresso una forte reazione contro un’impostazione dogmatico-formalistica che pretendeva di identificare il fenomeno giuridico esclusivamente nel complesso delle norme, essenzialmente di derivazione statale, di un determinato Paese. Il dogmatismo giuridico è stato una forma degenerativa del positivismo giuridico, che ha portato non soltanto ad una semplificazione irrealistica del diritto, ridotto appunto al suo aspetto normativo – *jus positum* trascurandone così gli altri non meno essenziali elementi: soggetti, istituzioni, procedimenti; ma ha portato altresì ad una non meno irrealistica semplificazione dei compiti e delle responsabilità del giurista, giudice, avvocato, studioso, compiti che, secondo quella impostazione, dovrebbero limitarsi ad una mera, asettica, passiva e meccanica conoscenza ed applicazione delle norme nella vita pratica, nell’insegnamento e nell’analisi scientifica”. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee*, Bologna: Mulino, 1994, p. 72/73.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Os Direitos Individuais Homogêneos no Brasil: pontos de contato com o ordenamento norte-americano e perspectivas de nova regulamentação*, artigo no prelo.

3 “Le concept d’accès à la justice pose des questions qui sont cruciales non seulement pour les praticiens du droit et pour les spécialistes de la procédure civile, mais aussi pour la société dans son ensemble. Des intérêts sociaux qui se contrarient rendent cependant ces questions difficiles à résoudre. D’une part l’on souhaite faciliter l’accès aux tribunaux et aux organismes administratifs à des personnes ou des groupes désavantagés qui jusqu’ici n’ont pas été en mesure de tirer vraiment profit de ces institutions. On a dû reconnaître que la possibilité de saisir ces institutions était au XIXe siècle un droit purement théorique, mal conçu, car l’accès à la justice était, en fait, refusé à une grande part de la population; aussi s’est-on efforcé au XXe siècle, toujours davantage, d’aller au-delà de la reconnaissance d’un droit purement formel. Cette préoccupation, pourtant, a fait naître de nouveaux problèmes”. CAPPELLETTI, Mauro. (org.). *Accès à la justice et état-providence*, Paris: Economica, 1984, p. 15.

anteprojeto e projetos de lei com o objetivo de reformular e unificar a atualmente esparsa regulamentação das ações civis públicas.⁴

Vamos, a seguir, examinar com mais detalhes o marco legal da tutela coletiva no Brasil.

2. Evolução legislativa.

O direito processual brasileiro, originalmente filiado às tradições dos ordenamentos de linha romano-germânica, foi concebido em bases eminentemente individualistas, refletindo a mentalidade e as necessidades da sociedade daquela época.

A massificação das relações interpessoais e sua influência no ordenamento processual brasileiro, inspirada nos sopros renovadores provenientes do direito norte-americano⁵, somente puderam ser percebidas no início dos anos 1980, quando surge a efetiva e concreta preocupação com a proteção dos interesses coletivos *lato sensu*.

Foi exatamente a partir dessa década que, no plano infraconstitucional, tivemos a regulamentação da ação civil pública pela Lei n. 7.347/85, seguida pelas Leis n. 7.853/89, regulamentando a ação civil pública relativa a interesses coletivos de deficientes, e 7.913/89, versando acerca da ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários⁶.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou a tutela dos interesses

4 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado no âmbito da Universidade de São Paulo (com a inclusão de propostas de diversos setores públicos, versão janeiro 2007), Anteprojeto de Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América, disponível em <<http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/76/1>>, acesso em 15 jun 2013, Projeto de nova Lei da Ação Civil Pública, PL n.º 5.139/2009, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>, acesso em 15 jun 2013, que encontra-se arquivado, mas que serviu de base para a redação de diversos dispositivos do PLS 282/2011, infelizmente não acolhido pelo Senado Federal em março de 2014.

5 A forte influência do direito norte-americano para o desenvolvimento da tutela coletiva no direito brasileiro é inegável em vista da acentuada proteção aos direitos coletivos a partir das *class actions*.

6 A defesa dos direitos coletivos no direito brasileiro tem origem mais remota e está relacionada à criação da Ação Popular, prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, marco do início da passagem do Estado liberal para o Estado social, em seu capítulo II, que tratava dos direitos e garantias individuais. Todavia, a ausência de regulamentação específica, que perduraria até 1965, quando seria editada a Lei n. 4.717, preservava a estrutura clássica do processo civil, concebido para solucionar situações de conflito entre interesses individuais, tradicionalmente relacionados às questões obrigacionais. Destaque-se ainda que um outro diploma, igualmente anterior à Lei n. 7.347/85, também previu, embora de modo ainda embrionário, a tutela de interesses metaindividuais: trata-se da Lei n. 6.938/81 (que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente), dispondo, em seu art. 14, § 1º, in fine, que: “[...] O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”.

transindividuais através do mandado de segurança coletivo, da ação popular e também da ação civil pública.⁷

Em seguida, veio, à luz o CDC (Lei n. 8.078/90), introduzindo diversas alterações na Lei da Ação Civil Pública e regulamentando no ordenamento pátrio a ação coletiva, através de seus arts. 91 a 100.

Após o CDC foram editadas, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), visando ao combate dos atos ilícitos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções e criando mecanismos para a repressão a esses atos e para a devolução aos cofres públicos das quantias desviadas de suas finalidades originais⁸; e a Lei n. 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste, visando ao combate das infrações contra a ordem econômica.

Em 1º de outubro de 2003, foi editada a Lei n. 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, criando normas protetivas às pessoas maiores de 60 anos e regulamentando o uso da ação civil pública para a defesa de seus interesses.

A Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/2006 – que visa a coibir a violência doméstica, também contemplou a tutela coletiva nos art. 26, II, e 37. A Lei n. 11.448/2007, por meio de seu art. 2º, conferiu nova redação ao art. 5º da Lei n. 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, inscrevendo a Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de tais demandas.

7 O art. 5º, CF/88, trata da ação popular e do mandado de segurança coletivo: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. A ação civil pública vem inserida no capítulo que trata do Ministério Público, como sendo uma de suas funções institucionais: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

8 Em 2013 foi publicada a Lei 12.846 que traz a responsabilização administrativa objetiva nos casos de prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. No texto da lei encontram-se descritos os atos por ela regidos, além das sanções e o modo como serão aplicadas. Trata, também, do acordo de leniência que pode ser efetuado entre a Administração Pública e os responsáveis pelos atos descritos na lei, objetivando seus requisitos e efeitos. Ainda, cria o o Cadastro Nacional de Empresas Punidas-CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos com base nesta Lei. A Lei foi publicada em 01-08-2013 e entra em vigor 180 dias depois.

A legitimidade da Defensoria Pública veio a ser regulamentada pela LC n. 132/2009, como será visto adiante. Em 2009, é publicada a Lei n. 12.016, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, regulamentando, em apenas dois artigos, a previsão constitucional do art. 5º, LXIX e LXX. O novo estatuto dispôs, em termos de mandado de segurança coletivo, apenas sobre legitimação, objeto e linhas gerais em termos de coisa julgada, litispendência e necessidade de audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público antes da concessão de liminar, sendo que o legislador ordinário limitou o objeto de proteção pelo mandado de segurança coletivo apenas aos direitos coletivos em sentido estrito e aos individuais homogêneos, sem que houvesse tal previsão no texto constitucional.

Ainda em 2009, mais precisamente em abril, é publicado o II Pacto Republicano, tendo como uma de suas metas, a

*[...] revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa.*⁹

Com este fim, foi apresentado o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que pretendia substituir a Lei n. 7.347/85, trazendo todas as disposições a serem aplicadas à ação civil pública.

Inicialmente, almejava-se criar um código brasileiro de processos coletivos, que traria grandes avanços à tutela coletiva no Brasil, conectados com as descobertas científicas e com a massificação das relações sociais, porém, tal ideia não vingou.

O Projeto de Lei n. 5.139/2009 teve alterações, em seu texto original, formuladas pela Comissão de Juristas do Ministério da Justiça e, posteriormente, foram realizadas mudanças pela Casa Civil da Presidência da República, seguindo o texto para exame do Congresso Nacional e apresentação de sugestões por instituições que se demonstrarem interessadas.

O relator do projeto, o Deputado Antônio Carlos Biscaia, apresentou, então, parecer substitutivo ao projeto de lei, em setembro de 2009. Em novembro, foi apresentado o terceiro substitutivo ao projeto de lei da ação civil pública, incorporando 17 alterações, que resultaram dos debates travados no âmbito da Subcomissão Especial

9 Disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMID87257F2711D34EE1930A4DC33A8DF216PTBRIE.htm>.

instituída para apreciar a matéria.

Após inúmeros debates na Subcomissão Especial, constituída para analisar o projeto, esse provocou discussões na Câmara dos Deputados, e, em 4 de março de 2010, adveio uma nova versão do Projeto n. 5.139/2009,¹⁰ acolhendo algumas emendas propostas e trazendo ao texto modificações, como o fim da previsão de submissão da sentença de improcedência ao reexame necessário e a previsão de crime para o retardamento ou omissão injustificados de dados técnicos essenciais à propositura de uma ação civil pública.

No dia 17 de março de 2010, o referido projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em uma votação por maioria, de 17 votos a 14, ao fundamento de falta de debate e de discussão pública. Aqui, podemos ver mais um retrocesso para a tutela coletiva em nossa história, vez que o referido projeto acolhia diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais, além de ser fruto do trabalho de inúmeras entidades representativas, como forma de tentar por fim às polêmicas e às lacunas existentes, como a simplificação das regras de competência e a criação de um cadastro coletivo de ações.

Apesar desse desfecho lamentável, surgiu mais um fio de esperança. Em 2011, foram apresentados projetos de alteração do Código de Defesa do Consumidor. Um deles, o Projeto 282, tratava, justamente da tutela coletiva, hoje regulada pelos arts. 81 a 104 do texto em vigor.

Contudo, a esperança durou pouco. Em 27 de março de 2013 o Senado Federal concluiu a análise dos Projetos de modernização do CDC e aprovou apenas as regras sobre superendividamento e comércio eletrônico. Foram excluídas as disposições do PLS 282, que tratavam da ação coletiva e das hipóteses de acordos em tais ações¹¹.

Este fato, aliado à rejeição do PL 5139/09 parece deixar bem clara a posição refratária do Parlamento às ferramentas da tutela coletiva.

Não obstante, em abril de 2014 foi sancionada a Lei nº 12.966, que alterou dispositivos da Lei nº 7.347/85 a fim de incluir como bens tutelados pela ação civil

10 A referida versão do projeto está disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/pl%205139--09.pdf>.

11 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI197978,41046-Relatorio+final+do+novo+CDC+e+aprovado>

pública a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, por meio da inserção do inciso VII ao art. 1º desse Diploma.

3. A redação do art. 334 do Projeto do Novo CPC.

Em 2009 foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

Em tempo recorde, foi apresentado um Anteprojeto, convertido em Projeto de Lei (nº 166/10), submetido a discussões e exames por uma Comissão especialmente constituída por Senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Em dezembro de 2010 foi apresentado um Substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações. O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8046/10¹².

No início de 2011 foram iniciadas as primeiras atividades de reflexão sobre o texto do novo CPC, ampliando-se, ainda mais, o debate com a sociedade civil e o meio jurídico, com a realização conjunta de atividades pela Comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça.

Em agosto, foi criada uma comissão especial para exame do texto, sob a presidência do Dep. Fabio Trad.

Já no ano de 2013, sob a presidência do Dep. Paulo Teixeira foi apresentado um Substitutivo no mês de julho e uma Emenda Aglutinativa Global em outubro. De dezembro de 2013 a março de 2014 foram apresentados e votados diversos destaques¹³. No dia 26 de março o Pleno da Câmara aprovou a versão final¹⁴, que já foi remetida ao Senado para exame.

Geograficamente no texto do novo CPC, encontramos o instituto da conversão da ação individual em ação coletiva dentro do capítulo IV do Título I da Parte Especial.

12 Todas as informações sobre as etapas do processamento do Novo CPC podem ser encontradas em nossa página em www.facebook.com/humberto.dalla.

13 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194900,11049-Camara+analisa+destaques+ao+projeto+do+novo+CPC>

14 http://www.conjur.com.br/2014-mar-26/codigo-processo-civil-aprovado-camara-deputados?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter

Logo após tratar da petição inicial no procedimento comum, o texto apresenta as alternativas à disposição do magistrado na hipótese de recebimento da petição inicial, a saber: a) aplicar o instituto da improcedência liminar do pedido; b) examinar se é o caso de convolar a demanda inicial em coletiva; e c) designar a audiência preliminar ou, não sendo possível ou permitido o acordo, apenas citar o réu e aguardar a vinda da resposta.

Como se verifica facilmente, o texto trata do instituto da conversão logo no momento inicial do procedimento, antes mesmo de o réu ser cientificado.

A partir de agora vamos examinar algumas questões que circundam o tema e que a nosso ver não foram amadurecidas o suficiente.

Não custa lembrar que este instituto não constava na redação original do Anteprojeto e nem no Substitutivo ao PLS 166/10 aprovado no Senado.

O que existia, desde a primeira versão, e é mantido agora, respeitada apenas a renumeração do dispositivo, é a norma do art. 139, inciso X:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva".

Como se observa, esta norma prevê que o magistrado, dentro de suas funções gerenciais, deve monitorar o aumento o crescimento exponencial de determinadas demandas e notificar os principais legitimados para a ação civil pública.

Obviamente isto não impede que tais demandas venham a ser submetidas a regime de julgamento repetido, quer seja pela aplicação da rejeição liminar da demanda pelo magistrado ou pelo incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal, ou ainda pela técnica de julgamento repetitivo no STJ e no STF.

Na verdade, a norma busca um equilíbrio entre as técnicas de coletivização pelo julgamento (adotadas pelo CPC) e as de coletivização pelo ajuizamento da demanda (leis específicas da tutela coletiva relacionadas no tópico anterior deste trabalho).

Quer nos parecer que dar um passo além e criar um instrumento mais agressivo de conversão de demanda individual em coletiva pode romper este equilíbrio. Vamos voltar a esta análise mais a frente.

No momento, faremos o exame das questões ligadas a hermenêutica do art. 334¹⁵.

Começamos pela legitimidade, e este ponto tem especial relevância pois o Projeto é assertivo ao impedir a instauração do incidente *ex officio* pelo magistrado.

Aqui encontramos a chamada legitimidade primária, que toca ao M.P. e à D.P., e a secundária, prevista no § 1º, que abrange os "demais legitimados" elencados tanto no art. 5º da L nº 7.347/85, como no art. 82 da Lei nº 8.078/90.

Dessa forma, é retomada uma antiga classificação dos legitimados para a tutela coletiva: a parte prioritária; em outras palavras, todas as instituições que constam nos

15 A redação que consta da versão aprovada do PL 8046 na Câmara dos Deputados é a seguinte:
Art. 334. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

acima referidos dispositivos legais são legitimados, mas M.P. e D.P. teriam uma legitimidade mais proeminente.

Isto não quer dizer que exista alguma ordem de preferência ou maior ou menor relevância dos legitimados. Na verdade todos tem a chamada legitimidade autônoma e disjuntiva, ou seja, cada um pode agir independentemente do outro, sem necessitar de qualquer tipo de autorização prévia ou chancela posterior.

Após tratar da legitimidade, o dispositivo estabelece dois grupos de restrições ao uso do instituto.

O primeiro grupo vem previsto nos incisos I e II do art. 334, que trazem uma delimitação objetiva da ação individual que poderá ser objeto da conversão. Desta forma, o pedido nesta demanda deve ter *"alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade"*¹⁶, ou ter *"por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo"*¹⁷.

Tal delimitação é reforçada pelo § 2º, que impede o usos da conversão para gerar processo coletivo destinado a tutela de direitos individuais homogêneos.

Apesar do claro esforço do legislador, ainda há um uso exagerado de conceitos jurídicos indeterminados, restando claro, apenas, que o objeto da demanda deve coincidir com as definições de direito difuso ou de direito coletivo adotadas pelo CDC.

O segundo grupo de restrições está no § 3º do mesmo art. 334, que traz três incisos. Nesse passo, não será admitida a conversão se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

16 Carta do Rio - III Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 37. (art. 334, I) É presumida a relevância social na hipótese do inciso I do art. 334, sendo dispensável a verificação da "dificuldade de formação do litisconsórcio". (Grupo: Conversão de Ação Individual em Coletiva). Texto disponível em https://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_-_III_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis.

17 Carta do Rio - III Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 38. (art. 334, II) Os requisitos de relevância social e de dificuldade de formação do litisconsórcio são alternativos. (Grupo: Conversão de Ação Individual em Coletiva; redação revista no III FPPC-Rio) Texto disponível em https://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_-_III_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis

Com isso, podemos supor que o legislador assume a possibilidade (e o risco) de uma grande transformação no procedimento, mesmo após o despacho saneador, fixação das provas a serem produzidas e, eventualmente, quando já produzidas as provas documental e pericial, o que não me parece razoável. Talvez fosse mais acertado usar o limite do Despacho Saneador, salvo hipóteses excepcionais, ao prudente arbítrio do juízo, o que deveria ser feito, sempre, em decisão devidamente fundamentadas, observados os parâmetros do art. 499, § 1º do Projeto.

A restrição do inciso II parece bem razoável, embora incompleta. De fato não deve ser autorizada a conversão se já existe uma ação coletiva, mas seria de bom alvitre ao menos tentar reunir as ações, individuais e coletivas sobre um mesmo assunto. O tema é obviamente controvertido e sobre ele muito já se falou¹⁸, mas penso que seria uma excelente oportunidade para reforçar esse entendimento.

Por fim, o inciso III, vai ter aplicação bem variável, de acordo com a organização judiciária de cada estado. Cito, como exemplo, o Rio de Janeiro. Uma ação individual sobre matéria de consumo é direcionada ou ao JEC ou à Vara Cível, dependendo do valor da causa. Já uma ação coletiva, sobre a mesma matéria é distribuída à uma das Varas Empresariais, por expressa disposição do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado (CODJERJ).

Apresentado o requerimento de conversão, deverá o juiz decidi-lo incidentalmente. Contudo, deverá antes, em homenagem ao contraditório participativo, ouvir as partes¹⁹. Se a decisão for positiva, de acordo com a versão aprovada na Câmara dos Deputados, cabe agravo de instrumento, nos exatos termos do art. 1028, inciso XIV. Na hipótese de indeferimento, a decisão se torna irrecurável, cabendo ao interessado ingressar com a demanda coletiva.

O agravo pode ser manejado tanto pelo autor como pelo réu da ação²⁰. Se, eventualmente, o MP tenha funcionado como fiscal da ordem jurídica (por exemplo se naquela ação há interesse de incapaz), este também ostentará legitimidade recursal.

18 Ver, por todos, DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo, volume 4, 4a ed. Salvador: JusPodium, 2009.

19 Carta do Rio - III Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado nº 40. (art. 334) Havendo requerimento de conversão, o juiz, antes de decidir, ouvirá o autor e, caso já tenha sido citado, o réu. (Grupo: Conversão de Ação Individual em Coletiva) Texto disponível em https://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_-_III_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis.

20 Carta do Rio - III Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado nº 41. (art. 334) A oposição das partes à conversão da ação individual em coletiva limita-se à alegação do não preenchimento dos seus

Sendo positiva a decisão, e presumindo-se que não foi interposto agravo de instrumento ou que o mesmo foi improvido, o juiz deverá, na forma do § 4º do art. 334, intimar o autor do requerimento²¹ para, querendo, aditar ou emendar a petição inicial, a fim de que possa ser adaptada à tutela coletiva. Obviamente, havendo alteração da inicial, deverá ser o réu intimado para se manifestar sobre a mesma, no prazo de 15 dias (§ 5º do mesmo dispositivo).

Também deverá ser intimado o M.P., na forma do § 10, até mesmo porque após a conversão serão observadas as regras do processo coletivo (basicamente as Leis nº 7.347/85 e 8.078/90).

Uma vez deferida a conversão, restam algumas providências. A primeira delas é o que fazer com o autor originário? Afinal de contas ele não poderá mais conduzir o polo ativo da demanda sozinho.

Diz o § 6º que ele atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado "*para condução do processo coletivo*", ou seja daquele que vai assumir seu lugar na demanda e, como uma espécie de "prêmio de consolação", fica desonerado do pagamento de qualquer despesa processual decorrente da conversão (§ 7º). Nada se fala quanto às despesas dos atos solicitados por ele na condição de litisconsorte ou das providências requeridas pelo "novo autor" ratificadas pelo "autor original".

Apesar do texto do referido § 6º, tenho para mim que o autor original pode, simplesmente, requerer seu desligamento da demanda, o que vai acontecer ou pela desistência direta ou pelo simples abandono. A grande questão é se ele resolver ingressar com nova ação individual.

Finalmente, o § 9º vai determinar que se houve cumulação de pedidos na inicial original e se um desses pedidos tiver natureza estritamente individual, quanto a este último, que não poderá ser deduzido no processo "pós-conversão", deverá ser objeto de processamento em autos apartados.

Mais uma vez, apesar do silêncio do dispositivo, quer parecer que nesses autos, a legitimidade permanece exclusiva do autor original, e este será responsável pela

pressupostos. (Grupo: Conversão de Ação Individual em Coletiva) Texto disponível em https://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_-_III_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis.
21 Carta do Rio - III Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 39. (art. 334) É dever do juiz intimar os legitimados do art. 334 do CPC para, se for o caso, requerer a conversão, aplicando-se, por analogia, o art. 139, X, do CPC. (Grupo: Conversão de Ação Individual em Coletiva) Texto disponível em https://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_-_III_Forum_Permanente_de_Processualistas_Civis.

condução dos atos processuais e também pelo pagamento das eventuais despesas decorrentes desses autos.

O réu será o mesmo em ambos os processos e, mais uma vez apesar da omissão, quer nos parecer que os autos devem correr em conjunto, até mesmo porque o primeiro pedido, que agora é objeto da ação convertida, pode ter relação de prejudicialidade com o segundo (que corre em apartado) ou as provas a serem produzidas podem ser, eventualmente, as mesmas para ambos os feitos.

4. Considerações Finais.

Não obstante o brilhantismo dos colegas processualistas que auxiliaram a Comissão Especial designada na Câmara dos Deputados, e que redundou no texto final aprovado em março de 2014, estamos em que o incidente de conversão da ação individual em ação coletiva pouco vai contribuir para a obtenção dos ideais da simplicidade e da eficiência preconizados pela Comissão que elaborou o Anteprojeto em 2009.

Ao invés de resolver um problemas, vários outros vão ser criados, complicando-se, desnecessariamente o processo.

Se já há uma ferramenta adequada no Projeto (art. 139, inciso X), a saber, a possibilidade do magistrado encaminhar ofícios aos Chefes do Ministério Público e da Defensoria Pública quanto ao recebimento de diversos processos individuais sobre o mesmo tema, ou com os mesmos pedidos e causas de pedir.

E mais, se já há a possibilidade de ajuizamento de demandas coletivas, em regime de legitimidade autônoma e disjuntiva, por todas as entidades elencadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 e no art. 82 do C.D.C., por que motivo criar um novo instituto que vai trazer celeuma a uma ação individual em tramitação?

E por que, dentre outros problemas, atentar contra o Princípio Constitucional do Acesso à Justiça, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXV da Carta de 1988, na medida em que um jurisdicionado será impedido de prosseguir com sua demanda, da forma como concebeu, sendo forçado a vê-la convertida a uma demanda coletiva?

E como se isso não bastasse, quem vai compensar o autor original pelas despesas já desembolsadas, incluindo custas e honorários pagos a seu advogado,

na hipótese de ele não querer prosseguir na "nova demanda" na condição de litisconsorte? Ele ficará isento do pagamento de custas se resolver desistir dessa ação, ou se simplesmente abandoná-la e intentar nova demanda?

Como referimos no começo desse texto, a evolução da tutela coletiva no direito brasileiro tem ocorrido de forma bem acidentada nos últimos anos. E é justamente por isso que temos que ter o máximo cuidado ao tratar do tema.

Não bastassem os seguidos fracassos das proposições legislativas (primeiro o Anteprojeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos não vingou, depois o P.L. 5.139/09 foi rejeitado na CCJ da Câmara dos Deputados em 2010 e, finalmente, o P.L.S. 282/13, foi excluído do relatório final no Senado Federal, em março de 2014), o Projeto do novo CPC propôs uma nova ferramenta para o tratamento de ações idênticas ou repetitivas e, por opção legislativa, não cuidou da tutela coletiva.

Nesse passo, transplantar para o texto um instituto que pertence a uma outra matriz ideológica não acolhida na origem, não parece ser uma boa ideia.

Melhor seria continuar a trabalhar por uma Lei Geral de Tutela Coletiva que se adequasse às novas ferramentas trazidas pelo CPC Projetado.

Este, na verdade, parece ser o grande desafio, até mesmo porque a ideia do processo piloto e do julgamento de demandas repetitivas vai atingir, também, as eventuais ações coletivas propostas, de acordo com o entendimento que vem sendo manifestado até agora.

Acredito que nosso sistema precisa evoluir, dentro da perspectiva da adequação, para o uso de ambas as ferramentas, (tutela coletiva e técnica de julgamento repetitivo) avaliando qual é a mais efetiva, caso a caso.

Em termos genéricos, imagino que para a tutela de direitos difusos, a ação civil pública seja mais adequada, ao passo que na tutela dos direitos individuais homogêneos, o I.R.D.R (incidente de resolução de demandas repetitivas) seja mais apropriado. Quanto aos direitos coletivos propriamente ditos, poderá haver uma dificuldade em identificar qual dessas ferramentas será a mais indicada.

Ademais, como já salientado em outras oportunidades²², lembro que há uma extrema dificuldade em se identificar e classificar esses direitos e, não raras vezes, encontramos duas ou mais espécies sendo tuteladas na mesma demanda²³.

Desta forma, o ideal seria reformular o critério utilizado no art. 81, parágrafo único do CDC, adotando-se uma classificação a partir do pedido deduzido e do destinatário da vantagem econômica

E, não custa lembrar, além das hipóteses de direitos coletivos em sentido lato, podemos ter ainda, como também já apontamos em outras oportunidades²⁴, a figura do direito individual *heterogêneo*, que pode dar azo, por exemplo, a um litisconsórcio multitudinário, mas que não se confunde com a classe que ostenta e titulariza um mesmo direito individual homogêneo.

Este só se caracterizará, quando coexistirem a relevância social e a indisponibilidade no âmbito coletivo (ainda que individualmente considerado, tal direito possa ser considerado como disponível).

Com efeito, ainda que se tenha uma única ação coletiva destinada a tutelar uma coletividade, poderemos ter uma infinidade de ações individuais.

Quanto a essas, poderemos ter as seguintes situações:

a) cada ação segue seu rumo, independentemente das outras: com isso podemos chegar a decisões colidentes ou parcialmente contraditórias, além de sobrecarregar a máquina judiciária;

b) em uma ou em algumas delas, o magistrado, devidamente provocado, aplica o instituto da conversão para ação coletiva, provocando a intervenção de um dos legitimados para a ação coletiva, que passará a coexistir com as demais individuais e ou coletivas que venham a ser propostas posteriormente por outros legitimados; ou

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações civis públicas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). A defensoria pública e os processos coletivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b. p. 169-188. _____. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o Projeto do Novo CPC. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VII, janeiro/junho de 2011, pp. 73/114.

23 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

24 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito individual homogêneo – uma leitura e releitura do tema. Revista Juris Poiesis, Rio de Janeiro, v. 6, p. 213-226, 2004. _____. Direito individual homogêneo e legitimidade do Ministério Público: visão dos tribunais superiores. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 246-264, 2004.

c) O Tribunal, por meio de seu órgão competente (a ser indicado pelo respectivo regimento interno) aplica o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, que se aplica tanto a causas individuais, coletivas, como àquelas que foram coletivizadas por decisão do magistrado no momento do despacho inicial. Nesta hipótese teremos manipulado as duas ferramentas desnecessariamente!

Este cenário, realmente não parece interessante, sob o prisma da efetividade e da economia processual.

Estamos em que deveríamos amadurecer a ideia de abandonar a classificação e tipificação a partir do direito civil, e partir para a criação de espécies a partir do direito processual, como forma de facilitar a identificação da ferramenta processual mais adequada.

Assim, teríamos ações cuja pretensão é indivisível e divisível.

Na primeira modalidade, não admitiríamos a incidência de ações individuais e na hipótese do ajuizamento de várias ações por legitimados distintos, devemos criar um mecanismo de prevenção e conexão, dando força concreta ao dispositivo que hoje já se encontra no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.347/85.

Na segunda modalidade, teríamos o cabimento de ações coletivas e individuais. Aqui, precisamos trabalhar melhor o instituto do *opt out*, incorporando-o ao direito positivo brasileiro e criando regras claras para sua utilização.

Assim, ajuizada a ação coletiva, o indivíduo que, devidamente cientificado, não exercesse seu direito de se excluir dos efeitos da sentença proferida naquele procedimento, no momento processual adequado, seria normalmente atingido por tais efeitos e não poderia ajuizar sua pretensão individual. Por outro lado, saindo no momento e na forma adequados, o caminho para o ajuizamento da ação individual ficaria liberado.

Embora sedutora, a ideia precisa ainda de um maior amadurecimento e implementação de discussões com a comunidade acadêmica, a fim de aperfeiçoar o texto legal. Na verdade, diante da complexidade da tutela coletiva, tendemos a crer que não existe uma resposta única para resolver todos os problemas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. ALVIM, Arruda. *Notas Sobre O Projeto de Novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, vol. 191, p. 299, Jan / 2011.

2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
3. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, *Revista de Direito do Estado* nº 16, 2009, p. 3 Disponível em <http://webbib.no-ip.org:81/consulta/revista/revista96_completa_001.pdf>.
4. BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, in *Revista de Processo*, Vol. 82, abr/jun, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
5. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee*. Bologna: Mulino, 1994, pp. 71/102.
6. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 128-159, 1977.
7. CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Cadernos de Direito Processual*. Revista do Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ano 2, 2008. p. 375-393.
8. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
9. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Leonardo Carneiro da Cunha, *Revista de Processo*, vol. 193, p. 255, Mar / 2011.
10. DIDIER JR. Fredie, ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2009. v. 4.
11. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo, Saraiva, 2001.
12. FUX, Luiz [coord.] *O Novo Processo Civil Brasileiro - direito em expectativa*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
13. GIDI, Antonio. Class action in Brazil – a model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, 2003.
14. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários aos Primeiros 51 Artigos do Projeto de Novo Código de Processo Civil (Projeto De Lei Do Senado 166/2.010)*, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, 6º volume – julho a dezembro de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.
15. HARVARD UNIVERSITY. *Developments in Law: Class Actions*, Harvard Law Review, may/76, vol. 89.
16. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
17. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.
18. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Dimensão da Garantia do Acesso à Justiça na Jurisdição Coletiva*, in *Temas Contemporâneos de Direito Processual* [org. Humberto Dalla Bernardina de Pinho], Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 01/16.
19. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

20. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Direito individual homogêneo – uma leitura e releitura do tema. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 213-226, 2004.
21. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
22. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o Projeto do Novo CPC. In. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VII, janeiro/junho de 2011, pp. 73/114.
23. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O Novo Ciclo de Reformas do CPC* (artigo em co-autoria com o Dr. Marcelo Pereira de Almeida, publicado na Revista Quaestio Iuris, da Faculdade de Direito da UERJ, nº 4, Rio de Janeiro: Gamma Editora, setembro de 2006, pp. 53/76.
24. PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10*, artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, julho-dezembro de 2010, disponível no sítio <http://www.redp.com.br>.
25. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.
26. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodium, 2013.
27. ROQUE. Andre Vasconcelos. PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *O Projeto do Novo Código de Processo Civil: um análise crítica*, Gazeta Jurídica: Brasília, 2013.
28. ZAVASCKI, Teori albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.