

ANÁLISE DA MINUTA PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI PARA ALTERAÇÃO DA DISCIPLINA DAS AÇÕES COLETIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR¹

Felippe Borring Rocha

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Direito. Professor de cursos de pós-graduação e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros *Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95* e *Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios*. Membro do IAB e do IBDP e do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris.

Resumo: O objetivo do texto é apresentar para a comunidade jurídica a minuta preliminar do anteprojeto de lei para alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro e analisar seus dispositivos. São feitas algumas sugestões para aprimoramento do texto.

Abstract: The aim of this paper is to present to the legal community the bill of law to reform the procedures of the class actions in the brasilian Consumer Protection Code and to analyze their topics. Some suggestions to improve the text are presented.

Palavras-chave: Anteprojeto de lei. Senado Federal. Brasil. Reforma Código de Defesa Consumidor.

Keywords: Bill of law. Federal Senate. Brazil. Consumer Protection's Code Reform.

Sumário: 1. Introdução; 1.1. A importância da reforma; 1.2. A divisão do trabalho da Comissão de Juristas; 1.3. Delimitação do presente estudo; 2. A tutela dos direitos e interesses transindividuais (art. 81); 2.1. Nova definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § 1º); 2.2. Definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva (art. 81, § 3º); 2.3. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas

¹Texto extraído da palestra originalmente apresentada durante o **IV Seminário de Direito do Consumidor**, realizado no auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMRJ, no dia 9 de setembro de 2011.

(art. 81, § 3º); 2.4. A imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º) a interrupção da prescrição (art. 90-D); 3. Inclusão expressa da defensoria pública no rol de legitimados para propor ações coletivas de consumo (art. 82); 4. As regras procedimentais das ações coletivas de consumo (Capítulo I-A); 4.1. Inclusão de um capítulo dedicado ao procedimento das ações coletivas de consumo (art. 90-A); 4.2. Adaptabilidade do procedimento (art. 90-A); 4.3. Análise da existência de ações coletivas sobre o mesmo tema em curso no cadastro nacional de processos coletivos (art. 90-A); 4.4. Requisição de documentos para instruir a petição inicial (art. 90-B); 4.5. Fixação do valor da causa (art. 90-C); 4.6. Fungibilidade do procedimento (art. 90-E); 4.7. Fase de conciliação (art. 90-F); 4.8. O prazo da resposta do réu (art. 90-G); 4.9. Fase de saneamento e de instrução probatória – audiência ordinatória (art. 90-H); 4.10. A inversão do ônus da prova (art. 90-H, VI e art. 90-L, caput); 4.11. A audiência de instrução e julgamento e a teoria causa madura (art. 90-I); 4.12. A prova pericial e o perito (art. 90-J); 4.13. O poder judicial para determinação *ex officio* de medidas de reconstrução de bens lesados (art. 90-L, parágrafo); 5. Avaliação neutra de terceiro; 6. Os efeitos dos recursos (art. 90-N); 7. O fiscalizador da liquidação e da execução coletiva (art. 90-O); 8. A possibilidade de realização da audiência de conciliação a qualquer tempo (art. 90-P); 9. A possibilidade de realização de audiências pública (art. 90-Q); 10. Conclusões; 11. Referências bibliográficas.

1. Introdução

1.1. A importância da reforma

Em julho de 2010, o Senado Federal instituiu, por meio do Ato nº 308/10, uma Comissão de Juristas especialmente reunida para elaborar um anteprojeto para atualização do Código de Defesa do Consumidor. Atualmente, a Comissão é composta por Antônio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral dos Trabalhos), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Kazuo Watanabe e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Antes de aprofundar o estudo de seus dispositivos, entretanto, parece ser pertinente tratar de um tema que tem sido recorrente, cada vez que se inicia um processo de reforma legislativa de um código no Brasil: a discussão sobre a necessidade de tal medida.

Tem crescido, especialmente entre os doutrinadores ligados às escolas pós-constitucionalistas, um sentimento de que os problemas jurídicos devem ser resolvidos não pela ótima positivista e casuística da reforma dos códigos, mas pelo trabalho conjunto e diário dos instrumentos hermenêuticos. Os juristas refratários às reformas acrescentam, ainda, questões relativas à estabilidade e simetria das normas e à falta de

integração dos dispositivos reformados com o sistema jurídico, dentre outros argumentos,² para fundamentar sua posição.

Além disso, é preciso que se diga que, ao contrário de outros diplomas legais, o CDC não está sofrendo um processo crônico de perda de eficiência, apesar de ter editado em 1990, um período significativo se consideradas as alterações ocorridas nas relações de consumo deste então. De fato, o CDC instituiu no Brasil um novo modelo jurídico, inaugurando toda uma nova ordem de conceitos e ideias, alguns dos quais ainda em fase de maturação, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica das empresas ou da inversão do ônus da prova. Por isso, apesar da maioria, parece ser fora de dúvida o fato de que o CDC (ainda) não envelheceu.

Neste diapasão, alguém pode suscitar um componente diferenciador na iniciativa reformista do Senado Federal: trata-se, pois, de uma comissão de atualização, como epigrafado no Ato que a instituiu. Portanto, em tese, o objetivo dos trabalhos não é, propriamente, reformar – dar forma o que está deformado –, mas atualizar, ou seja, incorporar o que é novo. Neste sentido, a iniciativa teve como uma de suas metas justificadoras a inserção no CDC de algumas ferramentas técnicas capazes de lidar com os elementos tecnológicos que se tornaram presentes nas relações de consumo, em especial aqueles ligados ao comércio eletrônico.

Pois bem, apesar de se reconhecer a validade de tal ponderação, da leitura dos textos produzidos pela Comissão de Juristas é inevitável verificar que boa parte dos dispositivos traçados, senão a maioria deles, tem índole reformista. Neste sentido, merecem destaque os artigos relativos à tutela coletiva, quase todos reformadores, muitos dos quais presentes, com igual ou similar redação, em outros projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional. Portanto, a discussão sobre a pertinência ou não da reforma, permanece aberta.

Na verdade, se de um lado é inegável a importância transformadora da nova hermenêutica jurídica, de outro, também é inconteste que o aperfeiçoamento das leis representa uma etapa necessária para o bom funcionamento do sistema, que é apontado como integrante da família do *civil law*. No caso específico do CDC, não apenas a

² Uma questão que não costuma ser tratada, pelo menos de forma ostensiva, mas certamente serve de incremento para as discussões sobre a conveniência das reformas é a qualidade de algumas alterações que foram realizadas recentemente. Tal discussão, que passa ao largo do campo teórico, deve ser sopesada com cuidado, para não viciar do debate. No entanto, é preciso reconhecer que o Parlamento brasileiro tem dado mostras freqüentes da implementação de reformas pontuais, casuísticas e de pouquíssima utilidade. Um dos mais significativos exemplos desse “movimento” foi a edição da Lei n.º 12.376/10, que teve como único propósito alterar o “nome” da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657/42), para que passasse a ser chamada de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. O próprio CDC foi alvo de uma alteração, no mínimo esdrúxula, por parte da Lei n.º 11.785/08, que se limitou a alterar o § 3o do seu art. 54, para definir o tamanho mínimo da fonte a ser empregada na impressão de contratos de adesão. Neste particular, entretanto, a qualidade dos membros da Comissão de Jurista pode afastar qualquer receio no que tange à qualidade e à pertinência das propostas desenvolvidas.

atualização, mas a própria reforma, se justificam pelas significativas experiências vividas ao longo do tempo de vigência, pela necessidade de pacificar questões controvertidas, especialmente no âmbito jurisprudencial, e de aprimorar os mecanismos existentes, dotando-os de maior eficácia. Neste sentido, as reformas, se bem conduzidas, podem efetivamente aprimorar o funcionamento do ordenamento jurídico, acrescentando qualidade à tutela das relações de consumo.

1.2. A divisão do trabalho da Comissão de Juristas

Para facilitar os trabalhos, a Comissão de Juristas dividiu o anteprojeto em três partes (minutas), organizados por temas: a) Tutela Coletiva; b) Superendividamento; c) Comércio eletrônico. Embora isto não tenha sido ostensivamente dito, pelos antecedentes históricos e acadêmicos, parece correto especular que a regência da minuta sobre a tutela coletiva ficou a cargo da Prof. Ada Pellegrini, da minuta sobre superendividamento, da Prof. Claudia Marques, e a minuta de comércio eletrônico, do Prof. Roberto Pfeiffer.

Neste passo, necessário alertar o leitor que os textos elaborados, apesar de tratar prioritariamente dos temas a eles designados, acabam por tocar, também, diversos outros aspectos das relações de consumo. Somente a título de exemplificação, veja-se os dispositivos relativos à forma de interpretação das regras consumeristas inseridas na minuta relativa ao comércio eletrônico (novas redações atribuídas aos art. 1º e 5º do CDC).

1.3. Delimitação do presente estudo

Apesar da riqueza presente nas três peças produzidas, o objetivo do presente texto é, tão-somente, fazer uma análise crítica da minuta preliminar do anteprojeto de lei para alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor. Os dispositivos nela constantes são, essencialmente, de natureza processual. Para tanto, serão apresentadas as alterações propostas e, em seguida, feitas as observações pertinentes.

2. A tutela dos direitos e interesses transindividuais (art. 81)

2.1. Nova definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § 1º)

| Redação Atual | Texto proposto (alteração) |
|--|---|
| <i>Art. 81. (...)</i> <i>Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...)</i> <i>III - interesses ou direitos individuais</i> | <i>Art. 81. (...)</i> <i>§ 1º A <u>ação</u> coletiva será exercida quando se tratar de: (...)</i> <i>III – interesses ou direitos individuais</i> |

| | |
|---|---|
| <i>homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.</i> | <i>homogêneos, assim entendidos aqueles decorrente de origem comum, <u>de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela, aferida por critérios como a facilitação do acesso à Justiça para os sujeitos vulneráveis, a proteção efetiva do interesse social, a numerosidade dos membros do grupo, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes.</u></i> |
|---|---|

A Comissão de Juristas, acertadamente, entendeu por bem complementar a definição legal dos direito e interesses individuais homogêneos. Com efeito, a redação atual do art. 81, § 1º, III, do CDC é por demais vaga, dando margem a diversas discussões sobre o seu real alcance. Antes, no entanto, corrigiu uma imprecisão existente no corpo do parágrafo primeiro do vigente art. 81 do CDC: substituiu a palavra “defesa” por “ação”, expressão mais técnica para identificar o fenômeno tratado no dispositivo.

O primeiro ponto acrescido pelo dispositivo, em comparação com a redação vigente, foi a indicação de que a origem comum, característica dos interesses individuais homogêneos, pode ser fática ou jurídica.

Em seguida, foi estabelecido um pólo metodológico para caracterização do instituto: a utilidade coletiva no tratamento conjunto da questão. De fato, os interesses individuais homogêneos não são interesses coletivos em sentido estrito, mas por equiparação, por criação jurídica.

São cinco os critérios elencados pelo dispositivo proposto para aferir a utilidade coletiva: a facilitação do acesso à Justiça, a proteção efetiva do interesse social, o número de interessados, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes. Os elementos foram muito bem escolhidos e o rol não é taxativo. Não obstante, importante assinalar que a Comissão deixou claro que não é necessária a presença dos cinco, simultaneamente, para a identificação da utilidade coletiva. Para chegar a essa conclusão, basta verificar cada um dos critérios isoladamente e também o emprego da palavra “ou” entre os dois últimos critérios elencados.

2.2. Definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva (art. 81, § 3º)

| |
|----------------------------|
| Texto proposto (acréscimo) |
| <i>Art. 81. (...)</i> |

§ 2º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica

Novamente, a Comissão procurou inserir no texto a definição de um paradigma legal: a relevância social e jurídica dos interesses transindividuais. Tal iniciativa é digna de aplauso, pois apresenta utilidade tanto no plano teórico, como no plano prático.

Do ponto de vista teórico, consagra a importância que a tutela coletiva retrata componente densificador do acesso à Justiça. No plano prático, por exemplo, a relevância social e jurídica da tutela coletiva justifica a atuação do Ministério Público (art. 128 e 129 da CF e art. 82 do CPC), bem como torna presumível a repercussão geral das questões constitucionais em eventual recurso extraordinário interposto acerca da matéria (art. 102, § 3º, da CF). Dentro da própria minuta, a referência serve de baliza para imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º), para a atuação *ex officio* do magistrado (art. 90-L, parágrafo), dentre outros.

2.3. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas (art. 81, § 3º)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 81. (...)

§ 3º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser argüida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

A questão relativa ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas já foi alvo de intenso debate, tanto doutrinário como jurisprudencial. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, atual integrante da Corte Suprema brasileira, sustentou em sede doutrinária a inviabilidade da utilização das ações coletivas para controle de constitucionalidade. Segundo o Ministro, a partir da edição da vigente Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer as competências específicas para apreciação das questões constitucionais, mitigando tais atribuições no nas instâncias ordinárias.³ Ada Pellegrini Grinover,⁴ por sua vez, foi uma das primeiras juristas a sustentar a tese que, tempos depois, se tornou prevalente no Supremo Tribunal Federal,⁵ segundo o qual somente seria possível em sede de ação coletiva o controle difuso de constitucionalidade. Pois foi exatamente este entendimento, hoje consolidado, que a Comissão de Juristas quis trazer para o texto legal.

2.4. A imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º) a interrupção da prescrição (art. 90-D)

³ Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade, in Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública (Coord. Arnoldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

⁴ O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas, in Revista do Advogado, Ano XXVI, nº 89, dez/06, p. 07.

⁵ STF – Pleno – Rcl 602/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/09/2007.

Texto proposto (acréscimo)

Art. 81. (...)

§ 4º A ação é imprescritível, e as pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado o mais favorável a seu titular.

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-D. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões de qualquer natureza direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Um dos temas bastante controvertido no seio da tutela coletiva é o relativo à prescrição das pretensões relacionadas à demanda. Pois a Comissão resolver tratado os principais pontos do tormentoso assunto. De um lado, estabeleceu a imprescritibilidade das ações coletivas (Art. 81, § 4º). Trata-se, a toda evidência, de uma contundente resposta à equivocada orientação sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicar por analogia à ação civil pública a regra referente à prescritibilidade da ação popular (art. 21 da Lei nº 4.717/65).⁶ A regra utilizada, na verdade, submete-se à lógica da prescrição imposta à própria Fazenda Pública, para cobrança de tributos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42). Como a ação popular visa atacar atos lesivos ao interesse público, compreensivo que o legislador de 1965 tenha editado tal regramento. No entanto, nada autoriza a aplicação extensiva de uma norma restritiva, especialmente se tratando de um interesse de “relevância social e jurídica”, já pegando uma carona no paradigma previsto no art. 81, § 2º, da minuta.⁷

⁶ Por todos, veja-se o seguinte acórdão: “*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOAÇÃO DE IMÓVEL REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA*” (STJ – 1ª Turma – RESP 910625/RJ – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/04/2008).

⁷ Importante que se diga que o tema não é pacífico nem mesmo no STJ. Existem decisões defendendo a imprescritibilidade (RESP 647.493/SC– 2ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 22/05/2007). Pode ser encontrada, inclusive, posição intermediária, fazendo distinção entre as ações coletivas prescritíveis, daquelas imprescritíveis. “4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e

Outro tema enfrentado pela Comissão de Jurista foi o da interrupção da prescrição da pretensão da questão de fundo, no plano individual, pela interposição de ação coletiva. Atualmente, apesar da imensa controvérsia, prevalece a orientação de que a interposição da ação coletiva gera a interrupção da prescrição da pretensão para a propositura das ações individuais, que versarem sobre o mesmo tema.⁸ Mais uma vez, o texto proposto acatou a posição mais favorável à efetividade da tutela coletiva.

3. Inclusão expressa da defensoria pública no rol de legitimados para propor ações coletivas de consumo (art. 82)

| |
|----------------------------|
| Texto proposto (acréscimo) |
|----------------------------|

| |
|--|
| <i>Art. 82. Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentes: (...)</i> |
|--|

| |
|----------------------------------|
| <i>V – a Defensoria Pública.</i> |
|----------------------------------|

Apesar de na doutrina e na jurisprudência ser pacífica a aptidão da Defensoria Pública para atuar na defesa dos interesses metaindividuais,⁹ o tema tornou-se debatido

como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental” (RESP 1120117/AC – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10/11/2009).

⁸ Neste sentido, por todos, veja-se: “*PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SÚMULA Nº 02 DO TRF4. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, na condição de substituto processual, objetivando a revisão dos benefícios previdenciários alcançados pelo teor da Súmula nº 02 do TRF4, a citação válida do INSS interrompe a prescrição quinquenal em favor de todos os substituídos. 2. Interrupção que tem seu marco inicial fixado coincidentemente com o ajuizamento da Ação Civil Pública e produz efeitos inclusive no tocante às ações individuais posteriormente propostas pelos substituídos. 3. Irrelevância de a Ação Civil Pública ter sido posteriormente extinta sem exame do mérito, pois presente a citação válida, ato suficiente à interrupção da prescrição. 4. Recurso conhecido e improvido.” (TRF4 – Turma de Uniformização – Incidente de uniformização (JEF/RS JEF/PR) 2003.70.00.042475–7/PR, p. em 16/6/2005). Em sentido contrário: “*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO HÁ INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. APLICA-SE O ART. 104 DA LEI 8.078/90. 28,86%. MILITAR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I) Embora o art. 104 da Lei nº 8.078/90 haja sido concebido na legislação consumerista, a sua aplicação não se restringe às relações de consumo, posto tratar-se de norma de conteúdo geral voltada a regulamentação de ações tendentes a defesa dos direitos e interesses meta-individuais, difusos e coletivos, razão pela qual, não pode a incidência do mesmo ser afastada em se tratando de Ação Civil Pública. II) O recurso interposto demonstra claramente a ausência de argumentos aptos à modificação da decisão hostilizada. III) Agravo interno desprovido” (TRF2 – 6ª Turma Especializada – AGTAC 391424/RJ (2006.51.17.003363-6) – Rel. Des. ROGERIO CARVALHO, j. em 14/11/2007)**

⁹ Por todos, sintetizando o pensamento da doutrina e jurisprudência brasileira, confira-se o parecer lavrado por Ada Pellegrini Grinover para a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADep, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADIN 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia). Anote-se, ainda, que a legitimidade da Defensoria Pública não está prevista apenas no citado art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, mas também, dentre outros textos, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94), que diz em seu artigo primeiro: “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção*

em razão da interposição de uma ação declaratória de inconstitucionalidade perante o STF, sustentando que a Defensoria Pública somente poderia atender aos hipossuficientes econômicos, individualmente considerados. Na realidade, em matéria de tutela coletiva, quanto maior o número de legitimados, melhor será a possibilidade de efetiva proteção de tais interesses. Além disso, a Defensoria Pública, por atender milhões de pessoas, tem não apenas estrito contato com a realidade das demandas, mas também legitimidade direta (decorrente do contato direto e concreto com a sociedade) para a atuação coletiva. Por fim, necessário destacar que a Defensoria Pública não atua apenas em favor do hipossuficiente econômico (atuação típica), mas também dos deficientes técnicos e jurídicos (atuação atípica), como no caso de crianças e adolescentes infratores, pessoas vítimas de violência doméstica, idosos em situação de risco, acusados criminais etc.¹⁰

Assim, o texto proposto, acertadamente, positiva a orientação prevalente, segundo a qual a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação coletiva em favor do consumidor, em consonância com idêntica previsão estabelecida em outros diplomas legais. O ideal, entretanto, para espantar qualquer dúvida, seria que o dispositivo dissesse que a legitimidade (não apenas da Defensoria Pública, mas de todos os elencados no artigo) abrange todos os interesses metaindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto porque a mencionada ADIn 3943, em curso no STF, afirmar-se, como tese subsidiária, que ainda que se entenda que a Defensoria Pública tem legitimidade para a atuação coletiva, ela ficaria restrita aos interesses individuais homogêneos dos hipossuficientes (como se fosse possível, do ponto de vista prático, fazer tal distinção).

4. As regras procedimentais das ações coletivas de consumo (Capítulo I-A)

4.1. Inclusão de um capítulo dedicado ao procedimento das ações coletivas de consumo (art. 90-A)

Texto proposto (acréscimo)

CAPÍTULO I-A

DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA

Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código.

dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

¹⁰ Veja-se o rol de atuações da Defensoria Pública no art. 4º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar n.º 80/94).

A Comissão sentiu a necessidade de dar tratamento mais extenso e detalhado ao procedimento das ações coletivas de consumo, para adaptar o rito individualista do CPC à realidade das questões coletivas. Apesar de validade da iniciativa, o artigo inaugural do novel capítulo, no entanto, incide numa imprecisão terminológica. Ele diz que o procedimento a ser adotado nas ações coletiva será “o ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código”.

Na verdade, se hoje o procedimento, no CDC, é efetivamente o ordinário com algumas modificações, na minuta, o procedimento torna-se essencialmente especial. Os ritos especiais, por sua vez, utilizam-se da aplicação subsidiária do rito ordinário do CPC, por expressa determinação do parágrafo único do art. 272 deste Diploma. Pode parecer apenas um jogo de palavras, mas existem diferenças práticas em dizer que o rito é o ordinário com modificações ou que o rito é especial (ensejando aplicação subsidiária do procedimento ordinário). A questão mais relevante é a utilização deste rito especial para outras demandas coletivas, que não aquelas tratadas no CDC. Por isso, melhor seria se o art. 90-A da minuta assinalasse apenas o seguinte: a ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito especial previsto neste capítulo.

4.2. Adaptabilidade do procedimento (art. 90-A)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-A. (...) § 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá dilatar os prazos processuais e alterar a ordem da produção dos meios de provas, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.

O parágrafo primeiro do art. 90-A da minuta consagra em seu texto o chamado princípio da adaptabilidade procedimental.¹¹ Busca-se, assim, permitir que o juiz tenha maior liberdade na condução do processo, ajustando o rito à realidade da questão coletiva em prol de uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional e na solução do problema.

O dispositivo em questão, embora inovador na sistemática vigente, pode vir a ser incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio, caso seja aprovado o Projeto que visa instituir um novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10). Seu texto, aliás, é ligeiramente superior ao previsto para o CPC projetado,¹² por fazer

¹¹ Por todos, veja-se as anotações de Fredie Didier Júnior: **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

¹² “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”;

expressa menção aos parâmetros da sua utilização: o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

4.3. Análise da existência de ações coletivas sobre o mesmo tema em curso no cadastro nacional de processos coletivos (art. 90-A)

| |
|--|
| Texto proposto (acréscimo) |
| <i>Art. 90-A. (...)</i> <i>§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico.</i> <i>§ 3º Incumbe ao cartório verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.</i> <i>§ 4º Em caso de inexistência de consulta, cabe ao juiz realizá-la.</i> |

Outra inovação trazida pela minuta diz respeito ao cadastro nacional de processos coletivos. Trata-se de medida recém aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/11), que visa relacionar todas as ações coletivas em curso no Brasil, para otimizar o funcionamento da tutela coletiva .

Não obstante seja de inegável valor, tem-se que os dispositivos constantes da minuta carecem de clareza. O parágrafo segundo afirma que a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos das ações que versem sobre o mesmo bem jurídico. Em seguida, o parágrafo terceiro aduz que incumbe ao cartório verificar a informação constante da consulta. Por fim, o parágrafo quarto diz que cabe ao juiz realizar a consulta. Do jeito em que está redigido, parece que a consulta ao cadastro nacional de processos coletivos é um documento indispensável para a propositura da demanda, que deve ser conferido pelo Cartório, mas pode ser produzido pelo juiz, de ofício.

Melhor seria, a título de sugestão, se os citados parágrafos dissessem o seguinte: “§ 2º o autor deverá consultar o cadastro nacional de processos coletivos antes de propor a demanda, informando tal circunstância ao juízo, ciente de que, havendo outras ações tratando da mesma questão coletiva, poderá a demanda ser encerrada liminarmente, com ou sem resolução do mérito, ou declinada para outro juízo; § 3º antes de abrir conclusão ao juiz para despachar a petição inicial, o cartório certificará nos autos sobre a existência de outras demanda coletivas tratando do mesmo bem jurídico, a partir do cadastro nacional de processos coletivos; § 4º todos os tribunais, no prazo de seis meses da edição desta lei, expedirão ordens determinando a todos os cartórios sob sua jurisdição que cadastrem as ações coletivas em tramitação no cadastro nacional de processos coletivos, bem como procedam à certificação nelas sobre a existência de outras ações coletivas tratando do mesmo objeto”.

4.4. Requisição de documentos para instruir a petição inicial (art. 90-B)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-B. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, natural ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, incumbindo ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

Outra medida de grande valia é a previsão expressa para que os interessados possam requerer certidões e informações de “qualquer pessoa, natural ou jurídica”, para instruir a ação coletiva. Os principais beneficiados desta medida serão os órgãos administrativos e as associações civis, que poderão obter documentos que, atualmente, diante da recusa, dependem de ação cautelar para serem acessados.

4.5. Fixação do valor da causa (art. 90-C)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-C. Sendo inestimável ou de difícil mensuração o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.

O objetivo do art. 90-C da minuta em tela parece ter sido o de afastar das ações coletivas a possibilidade de interposição do incidente de impugnação ao valor da causa (art. 261 do CPC). Esta é, salvo melhor juízo, a única justificativa para se aceitar um valor da causa “provisório”, a ser definido na sentença.

Não parece ser essa, entretanto, a melhor solução para o tema. Na verdade, o valor da causa serve de parâmetro para diversos institutos, mesmo ao longo da tramitação do feito (multas, honorários, custas etc). Por isso, a sua correta aferição merece tratamento diferenciado e imediato. O que a Comissão poderia ter feito era vedar expressamente a impugnação ao valor da causa, determinando que a questão seja resolvida pela interposição de recurso de agravo de instrumento por quem se sentir prejudicado, servindo a decisão para estabilizar o tema, até a prolação da sentença (quando poderá ser revisto, sem eficácia retroativa).

4.6. Fungibilidade do procedimento (art. 90-E)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-E. A requerimento do autor, com fundamento em fatos e informações cujo

conhecimento seja decorrente da instrução probatória ou em fatos novos ou desconhecidos, o juiz poderá admitir a alteração do pedido ou da causa de pedir.
Parágrafo único. O prazo para aditamento à inicial, neste caso, será de quinze dias, contados da ciência do autor em relação ao encerramento da instrução probatória.

Uma novidade muito bem-vinda à estrutura procedimento das ações coletivas é a previsão contida no art. 90-E da minuta, que permite o ajustamento do pedido coletivo às alterações fáticas que surgirem ao longo da marcha processual. Ela prevê aquilo que o ordenamento pátrio costuma chamar de fungibilidade.¹³ Neste ponto, fica desde logo registrada a sugestão para que a expressão “aditamento”, que pode de alguma maneira remeter a um retrocesso procedimental, seja substituída por “fungibilidade”.

O problema da minuta é que vincula a fungibilidade ao encerramento da instrução probatória, o que poderá gerar prejuízos para os interesses metaindividuais, caso, por exemplo, os fatos mencionados no *caput* do art. 90-E ocorram no início do procedimento. Ademais, se o próprio texto fala que as partes podem pedir prova complementar, existiria a possibilidade (bastante freqüente) de ser necessária a reabertura da instrução probatória recém encerrada, caso a fungibilidade permanecesse atrelada ao término da instrução. Por isso, melhor seria se a Lei fixasse apenas o prazo nas hipóteses de existir uma provocação para a fungibilidade, admitindo-a até a prolação da sentença, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

4.7. Fase de conciliação (art. 90-F)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-F. O juiz, apreciando eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil.

§ 1º A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º Quando disponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação, desde que haja concordância do Ministério Público.

§ 3º O não comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à

¹³ No Brasil, a fungibilidade historicamente é associada à flexibilização da regras de admissibilidade recursal. Neste sentido, o CPC de 1939 previa o princípio da fungibilidade recursal em seu art. 810, nos seguintes termos: “salvo em hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”. O atual CPC, no entanto, trata da fungibilidade de forma desconcentrada, através de diferentes regras. No plano procedimental, entretanto, o atual CPC prevê a fungibilidade em determinados ritos especiais, tais como na ação possessória (art. 920). Este é o parâmetro que se busca estabelecer, apesar da péssima redação do mencionado art. 920.

dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 4º O não comparecimento injustificado do autor acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito, assumindo o Ministério Público a posição do Autor, salvo recusa fundamentada.

§ 5º A transação obtida será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Apesar da minuta não ter dito de forma expressa quanto à possibilidade de concessão de tutela de urgência (liminares), o art. 90-F previu um momento para apreciação de tal expediente: o início da fase de providências preliminares, no início da etapa instrutória do procedimento. Nada obsta, entretanto, que os pedidos de medida de emergência sejam formulados e apreciados a qualquer tempo, enquanto não proferida a sentença.¹⁴

Logo em seguida, visando conferir um encadeamento de etapas, inclusive com a determinação de um prazo para o autor, evitando que a questão se prolongue no tempo, o dispositivo assinala que a audiência de conciliação será marca “*com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir*”. Mais a diante, arremata afirmando que a “*audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial*”.

Portanto, parece claro que a Comissão previu a realização de uma audiência tipicamente de conciliação e não da preliminar, prevista no art. 331 do CPC, onde além da conciliação, o juiz declara saneado o processo, fixa os pontos controvertidos e organiza a instrução. Outro ponto a chamar a atenção é que, ao contrário da audiência preliminar, esta audiência de conciliação parece ser “obrigatória”, ou seja, inerente a todos os procedimentos coletivos.¹⁵ É uma proposta positiva, na medida em que atribui à conciliação, nas causas coletivas, papel primordial na rápida e efetiva solução da questão. De fato, a facultatividade da audiência preliminar está melhor associada aos interesses privados, nas questões individuais.

Ademais, estabeleceu que a audiência conciliatória será conduzida por conciliador ou mediador. Muito embora a Resolução n.º 125 do CNJ afirme que tanto a conciliação como mediação judicial devem ser feitas sem a participação direta do juiz, parece que, ao menos em relação à conciliação, tal determinação deva ser mitigada no âmbito da tutela coletiva. De fato, parece ser mais prudente deixar ao juiz a tarefa de

¹⁴ Muito embora vezes abalizadas sustentem que até na sentença é possível obter um provimento de urgência até mesmo dentro da sentença. *Data venia*, mas tal expediente representa, de certa forma, uma burla à lei.

¹⁵ Esta posição é corroborada pela redação dos parágrafos terceiro e quarto do art. 90-F, que sancionam gravemente a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação.

buscar a conciliação em causas que podem ser de alta complexidade e envolvendo interesses que podem ser atingir milhares de pessoas e envolver cifras milionárias.

Neste diapasão, necessário frisar que a redação proposta para o parágrafo segundo do art. 90-H carece de pequenos ajustes de redação. Diz o texto que “*quando disponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação, desde que haja concordância do Ministério Público*”. Na realidade, como já salientado no texto do art. 81, § 3º, da minuta, a “*tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica*”. Logo, não parece apropriado falar em disponibilidade do bem jurídico coletivo, especialmente sabendo-se que os legitimados coletivos não são, via de regra, seus titulares. De outro lado, também não parece acertado dizer que a transação somente será aceita com a concordância do MP. A oitiva do MP é, sem dúvida, necessária, mas não indispensável para a homologação da transação. Com efeito, se o MP discordar da homologação e ela ainda assim for feita, deverá apelar da sentença, apresentando seus argumentos de forma fundamentada. Em suma, a sugestão que se faz é que o dispositivo diga que sempre que possível, o acordo obtido na audiência de conciliação será homologado, estabelecendo detalhadamente a forma do cumprimento da obrigação, bem como as conseqüências de eventual descumprimento, após oitiva de todos os interessados e do representante do Ministério Público com atuação no feito.

Por fim, os parágrafos terceiro e quarto do art. 90-F indicam que a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação será severamente punida: a falta do réu caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e enseja a aplicação de multa e o não comparecimento do autor acarreta o encerramento do procedimento, sem resolução do mérito. Neste passo, necessário criticar a redação final do dispositivo. Melhor seria se dissesse que o MP tem a atribuição de apreciar tanto a escusa apresentada pelo autor, se oferecida, como a possibilidade de assumir a autoria da demanda. Uma redação neste sentido poderia ser da seguinte maneira: “§ 4º As partes serão pessoalmente intimadas para comparecer na audiência de conciliação designada; caso o autor não compareça, independentemente de nova intimação, terá o prazo de cinco dias contado da data da audiência para apresentar sua justificativa para a ausência; em seguida, com ou sem a justificativa do autor, os autos serão imediatamente remetidos ao Ministério Público, para se manifestar sobre o ocorrido e, se for o caso, sobre seu interesse em assumir o pólo ativo da demanda, no prazo de dez dias.”

4.8. O prazo da resposta do réu (art. 90-G)

| |
|---|
| Texto proposto (acréscimo) |
| <i>Art. 90-G. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao</i> |

número de litigantes, contados a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório.

Parágrafo único. Ao prazo previsto neste artigo não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.

O art. 90-G estabelece os parâmetros temporais para o oferecimento da resposta. Trata-se de regra similar à existente em relação à ação rescisória (art. 491 do CPC),¹⁶ com a vantagem que prevê os elementos de deverão ser considerados para a fixação do prazo (complexidade da causa ou número de litigantes).

O termo *a quo* para oferecimento da resposta será o da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório, sem que tenha havia acordo. Trata-se de uma posição diversa da existente tanto no rito sumário como no rito ordinário, mas já experimentada no procedimento possessório, quando necessária a audiência de justificação (art. 930, parágrafo único, do CPC). Não obstante, necessário frisar que existe uma contradição entre os dispositivos 90-G e 90-H. É que no art. 90-G o texto afirma que o prazo para a resposta corre da audiência de conciliação, enquanto que o art. 90-H aduz que o juiz, imediatamente após a realização da audiência de conciliação, saneará o processo. Por tanto, necessário inserir entre a audiência de conciliação e o saneamento do processo uma etapa capaz de comportar tanto o prazo assinado para a resposta, como também para uma eventual réplica. Uma proposta para harmonizar os dois dispositivos seria a seguinte: “Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz apreciará as respostas eventualmente apresentadas e, se for o caso, abrirá vista ao autor em réplica. Em seguida, imediatamente designará data para a realização da audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões: (...)”

Para encerrar, o parágrafo único do art. 90-G afirma que ao prazo para resposta não aplicam os benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais. Parece ser uma medida acertada, levando-se em consideração que tal prazo pode oscilar entre vinte e sessenta dias.

4.9. Fase de saneamento e de instrução probatória – audiência ordinatória (art. 90-H)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz abrirá imediatamente a audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões:

I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela fracionada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a

¹⁶ “Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação (...)”.

separação preserve o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, represente proteção efetiva ao interesse social e facilite a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;

(...)

V – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

(...)

Outra inovação proposta pela minuta foi a criação de uma “audiência ordinatória”, voltada a promover o saneamento do feito e também apreciação de outras medidas, tais como a conversão da demanda, de coletiva para individual, a divisão da demanda, em diferentes demanda coletivas e a inclusão de litisconsorte ou da assistência. Trata-se de outra modalidade de audiência “obrigatória”, uma vez que presente em todos os procedimentos coletivos. Feita a ressalva quanto a compatibilidade deste dispositivo com o prazo para resposta previsto no art. 90-G, o texto proposto é muito bom. O único ponto que merece maior reflexão diz respeito à menção quanto ao litisconsórcio e à assistência. A literalidade do texto pode levar o interprete a concluir que somente neste momento tais institutos poderão ser apreciados e que a assistência é a única modalidade de intervenção de terceiro cabível no processo coletivo. Por isso, talvez fosse o caso de suprimir a integralidade do inciso III do art. 90-H.

4.10. A inversão do ônus da prova (art. 90-H, VI e art. 90-L, caput)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz abrirá imediatamente a audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões:

(...)

VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, podendo, desde logo e até o momento do julgamento da causa, invertê-lo, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tem, manifestamente, maior facilidade em sua demonstração;

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-L. Concluída a instrução e não havendo provas suficientes para formar sua convicção, o juiz poderá, ao proferir a sentença, aplicar a regra de inversão do ônus da prova, levando em conta, também, a maior facilidade da parte na demonstração dos fatos da causa, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos, ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa.

(...)

O inciso VI do art. 90-H afirma, com propriedade, que na audiência ordinatória o juiz deverá esclarecer as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão. Tratou, assim, de uma só tacada, de duas teorias diferentes, mas bastante próximas: a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova. Resolveu com isso uma das grandes discussões existentes tanto na doutrina¹⁷ como na jurisprudência¹⁸ sobre qual o momento indicado para sua realização.

A incongruência, entretanto, reside na comparação entre o dispositivo e o texto proposto para o caput do art. 90-L. Neste, fica patente a possibilidade de inversão ou a redistribuição do ônus da prova na sentença. Neste contexto, alguém poderia sustentar que a minuta estabeleceu, como regra, o saneamento do feito como momento próprio para tal decisão sobre o ônus da prova, mas permitiu, em caráter excepcional, quando concluída a instrução sem que se tenha nos autos prova suficiente para a formação da convicção do juiz, que a alteração da ordem legal da distribuição do ônus da prova possa se dar no julgamento. Ainda assim, permaneceria o óbice relativo à proibição de decisões surpresa, componente necessário do princípio do contraditório.¹⁹ O ideal seria que fosse suprimido o texto da cabeça do art. 90-L e nele inserido o conteúdo do parágrafo único do mesmo dispositivo, que será estudo mais a diante.

4.11. A audiência de instrução e julgamento e a teoria causa madura (art. 90-I)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-I. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento ou de perícia, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas

¹⁷ Um dos membros da Comissão, o Prof. Kazou Watanabe é um dos defensores do entendimento de que a inversão deveria se dar na prolação da sentença, por versar sobre regra do juízo: **Teoria Geral do Processo**, 19º ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 715. A corrente majoritária, entretanto, foi a sustentada pelo Prof. Luiz Antônio Nunes Rizzato, segundo a qual a inversão deveria ocorrer no saneamento do processo, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa: **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

¹⁸ Representando a posição prevalente, pode ser citado o seguinte aresto: “*A inversão do ônus da prova, com amparo na regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, além de não ser automática e depender do preenchimento de um dos requisitos ali contidos, é regra de procedimento, o que implica em dizer que o Magistrado, necessariamente, até o despacho saneador, deve decretá-la, a fim de que cada parte possa nortear a sua atividade probatória de acordo com tal critério, sob pena de cerceamento de defesa. Assim, se a autora não se insurge oportunamente quanto à omissão do Juiz em inverter o ônus da prova, para o deslinde da questão, válidas são as regras gerais de distribuição do ônus da prova, previstas no artigo 333, I, do Código de Processo Civil*” (TJPR – 10ª Câmara Cível – AC 7015250 – Rel. Des. Luiz Lopes, j. em 03/03/2011). A posição minoritária tem, entretanto, inúmeros julgados em seu favor, como se pode ver da seguinte ementa: “*INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO A SER ADOTADA A CRITÉRIO DO JULGADOR, NO MOMENTO DA DECISÃO. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO NO DESPACHO SANEADOR*” (TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado – AI 4007291520108260000 – Rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 26/07/2011).

¹⁹ Por todos, veja-se as observações feitas em seu blog, pelo Prof. José Miguel Garcia Medina: **Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC**. Disponível em: <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em: 22/09/2011.

partes ou requisitadas pelos juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Completando o ciclo de audiências, a minuta prevê a possibilidade de realização das audiências de instrução e julgamento e para esclarecimentos periciais. Ambas são, como ocorre no CPC, facultativas e deverão ser evitadas, tanto quanto possível, notadamente em razão da previsão da audiência ordinatória, com todas as suas possibilidades (art. 90-H). A parte final do dispositivo, no entanto, faz referência ao “*julgamento imediato da lide*”, quando o mais técnico, *permissa venia*, seria falar em “*julgamento conforme o estado do processo*”, termo mais abrangente e já consagrado no CPC (art. 329 e ss).

4.12. A prova pericial e o perito (art. 90-J)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-J. Se for necessária a realização de prova pericial, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito, preferencialmente dentre servidores públicos especializados na matéria da prova.

Parágrafo único. Não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial, competirá ao Poder Público, preferencialmente com recursos dos Fundos, nacional ou estaduais, de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito, que poderá optar por receber os honorários integralmente ao final.

O regime da prova pericial sofre duas alterações significativas, através do art. 90-J. De um lado, a minuta prevê que a perícia seja feita preferencialmente por servidores públicos. É possível que o móvel de tal disposição, mais do que economizar com os honorários, seja garantir a lisura do procedimento, lançando-o à esfera de um funcionário público. A toda evidência, no entanto, trata-se de uma opção arriscada que, espera-se, seja utilizada com toda a prudência pelos julgadores, já que nem sempre os servidores públicos têm condições técnicas e materiais para realizar determinadas perícias de maior envergadura, como também eles estão suscetíveis às influências externas na elaboração de seus estudos.

A outra inovação contida no dispositivo diz respeito ao patrocínio das perícias privadas através dos fundos de direitos difusos, tais como o Fundo Nacional, previsto pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e regulamentado pela Lei nº 9.008/95. A medida deverá ser precedida por requisição judicial e somente será efetuada se o perito não optar por receber seus vencimentos integrais ao final do procedimento.

4.13. O poder judicial para determinação *ex officio* de medidas de reconstrução de bens lesados (art. 90-L, parágrafo)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-L. Concluída a instrução e não havendo provas suficientes para formar sua convicção, o juiz poderá, ao proferir a sentença, aplicar a regra de inversão do ônus da prova, levando em conta, também, a maior facilidade da parte na demonstração dos fatos da causa, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos, ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências para a reconstituição dos bens lesados, podendo estabelecer, dentre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Como já sublinhado anteriormente, o *caput* deste dispositivo deveria ser afastado, por contrastar com o estabelecido no ar. 90-H, VI, bem como com os princípios do contraditório e da ampla defesa. O seu parágrafo único, ao revés, tem conteúdo que merece aplausos e poderia ocupar, sem prejuízo lógico, o topo do artigo. Nele fica impressa a possibilidade do juiz buscar meios mais eficazes para a reconstituição dos bens lesados, ainda que fora dos limites da demanda. Cuida-se, como óbvio, de mitigação ao princípio da congruência, nos termos estabelecidos pelo art. 460 do CPC. A medida é salutar, mas deve levar em consideração, mais uma vez, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Além disso, a extrapolação judicial somente será legítima se for fruto dos elementos contidos no contexto fático instaurado pela demanda.

5. Avaliação neutra de terceiro

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-H. (...)

IV – poderá encaminhar o caso para avaliação neutra de terceiro, designado por ele, de confiança das partes;

(...)

§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, e será sigilosa, inclusive para o juiz, não podendo influir sobre a formação de seu convencimento.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro não é vinculante para as partes e tem a finalidade exclusiva de orientá-las na composição amigável do conflito.

Medida que provavelmente irá causar alguma polêmica, inclusive por seu ineditismo no País, é a previsão contida no art. 90-H da atuação de um terceiro neutro nos processos coletivos. De acordo como a minuta, o terceiro será designado pelo juiz, por indicação ou aceitação das partes, para elaborar uma “*avaliação neutra*” sobre a questão coletiva. Ocorre que esta avaliação será sigilosa, inclusive para o juiz, devendo

ser entregue diretamente às partes, “*extra-autos*”, para orientá-las na composição amigável do conflito.

Mas, afinal, que terceiro neutro é esse?

Não se trata de *amicus curiae*, expressamente mencionado no parágrafo único do art. 90-Q e com atuação bastante diversa. Como o texto diz que o terceiro neutro deve ser uma pessoa da confiança das partes, para auxiliá-las na composição do conflito, parece que a inspiração da Comissão foi a chamada *neutral evaluation*, oriunda do direito norte-americano.²⁰ A *neutral evaluation* retrata um típico componente dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – MARC ou, no inglês, *Alternative Dispute Resolution* – ADR. Inclusive, quando a avaliação neutra é feita por juízes aposentados, surge o instrumento conhecido como *rent-a-judge* (“juiz de aluguel”). O problema é que a *neutral evaluation* tradicionalmente se encontra vinculada à mediação ou à arbitragem, mas não ao processo judicial. Daí o estranhamento em se prever que o juiz irá nomear o terceiro neutro e fixar prazo para a sua atuação.

Parece que o melhor caminho seria prever a possibilidade das partes, de comum acordo, postular pela suspensão do processo (art. 265, II, do CPC), para buscarem o aconselhamento de um terceiro neutro, de modo extrajudicial (e não “*extra-autos*”), em prazo certo, mas independentemente de nomeação ou qualquer outra intervenção judicial. De fato, como a avaliação neutra de terceiro tem objetivos declaradamente conciliatórios e prazo fixado pelo juiz para ocorrer, parece recomendável determinar a suspensão do processo, enquanto tal aconselhamento esteja em andamento, para que não sejam praticados atos inúteis.

6. Os efeitos dos recursos (art. 90-N)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-N. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores e bens jurídicos em questão, poderá atribuir-lhe efeito suspensivo.

²⁰ De acordo com John S. Blackman, a *neutral evaluation*, também conhecida como *early neutral evaluation* – ERE ou *case evaluation* representa o “*process in which a third party neutral examines the evidence and listens to the disputant’s positions, and then gives the parties his or her evaluation of the case. But it can be much more than that too. It can be an extraordinarily flexible, beneficial process, and in the hands of a skilled neutral evaluator it can go way beyond someone simply hearing the facts of a case, then pegging a number or outcome to it.*” (*Neutral Evaluation – An ADR Technique Whose Time Has Come*, disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>, acessado em 22/09/2011.

O art. 90-N da minuta traz inovação já existente no sistema dos Juizados Especiais (art. 43 da Lei nº 9.099/95) e prevista no Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10, que trata do novo Código de Processo Civil brasileiro.²¹ O dispositivo prevê a mudança do modelo *ope legis* de concessão do efeito suspensivo para o modelo *ope judicis*. Trata-se de medida há muito tempo reclamada pela doutrina, por conta da sua capacidade de ampliar o escopo de eficácia da tutela do bem coletivo.

7. O fiscalizador da liquidação e da execução coletiva (art. 90-O)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-O. Para fiscalizar e implementar os atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, o juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por subrogação e terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função, exercida atendendo às diretrizes do juízo.

Em mais uma iniciativa inédita para o direito brasileiro, o art. 90-O da minuta prevê a possibilidade de nomeação de um agente fiscalizador da liquidação e da execução coletiva. A proposta é bastante salutar, pois, na prática, verifica-se que não raras vezes o processo coletivo é abandonado ou mal gerido após a fase de conhecimento, comprometendo sobremaneira a sua efetivação. A crítica fica por conta da possibilidade deste agente ter “acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função”. Faz parecer que o fiscalizador poderá, por exemplo, quebrar o sigilo bancário ou fiscal das pessoas, sem intervenção judicial, ao arrepio da Constituição Federal, em especial aos incisos X e XII do art. 5º, que trata das garantias fundamentais.²²

O ideal, portanto, seria que o dispositivo dissesse de forma clara que o agente fiscalizador poderia requerer ao juízo medidas voltadas ao desempenho da função, dentre as quais, a quebra do sigilo bancário, financeiro, a obtenção de documentos, registros, atos etc.

8. A possibilidade de realização da audiência de conciliação a qualquer tempo (art. 90-P)

²¹ “Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”.

²² “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: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)”.

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-P. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou relator poderá tentar a conciliação.

O art. 90-P da minuta estabelece aquilo que deveria existir no CPC, de forma genérica para todos os procedimentos: que a conciliação pode ser buscada a qualquer tempo, inclusive no âmbito do tribunal, pelo relator do processo. Atualmente, apesar do Código dizer que a conciliação pode ser tentada “a qualquer tempo”,²³ inexistente a prática da realização de investidas conciliatórias nas instâncias superiores. Por isso, digna de reverência a proposta.

9. A possibilidade de realização de audiências pública (art. 90-Q)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-Q. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial.

Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de amicus curiae.

O último artigo da minuta prevê a possibilidade de realização de audiências públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Novamente, acertou a Comissão ao prestigiar o instituto das audiências públicas, tão afinado com os ideais democráticos e participativos que devem nortear os processos coletivos. O mesmo se diga em relação à previsão do *amicus curiae*, que pela primeira vez passa a ser admitido na primeira instância.²⁴

10. Conclusões

Antes de mais nada, é preciso parabenizar a Comissão de Juristas, não apenas pelo trabalho feito, mas também pela bela iniciativa de divulgar suas minutas. Numa época em que os debates sobre os projetos de lei são feitos de forma superficial, a partir da discussão de ideias e conceitos, a Comissão de Juristas teve o desprendimento e, por que não dizer, a coragem, de apresentar os primeiros resultados de seu trabalho para a sociedade. Se as sugestões apresentadas por todos os segmentos da sociedade vierem a

²³ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

²⁴ Necessário que se diga que o CPC projetado prevê a intervenção do *amicus curiae* em todos os processos, inclusive na primeira instância: “Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”.

ser incorporadas, como afirmado por seus representantes, será uma das mais democráticas iniciativas legislativas que já se teve notícia (fora, é claro, dos sistemas de participação direta, tais como o plebiscito, o referendo e o projeto de lei de iniciativa popular).

O texto, como visto, apresenta alguns problemas bem pontuais em determinados dispositivos. No geral, entretanto, sua avaliação é mais do que positiva, pois seu conteúdo é capaz de atender aos objetivos de modernização do CDC. Merecem destaque, dentre outros, a nova definição dos direitos individuais homogêneos, a definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva, a previsão do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, a previsão da imprescritibilidade das ações coletivas, a menção à defensoria pública no rol de legitimados, a previsão da adaptabilidade e da fungibilidade do procedimento, a retirada do efeito suspensivo *opī legis* dos recursos, a possibilidade de realização da audiência de conciliação e de audiências públicas, inclusive nas instâncias superiores, e a intervenção do agente fiscalizador e do *amicus curiae*.

Seja pacificando temas controvertidos ou inserindo novos institutos à tutela coletiva, a Comissão de Juristas logrou produzir uma minuta preliminar de qualidade e, que se for aprovada, desencadeará uma nova era, não apenas na seara consumeiristas, mas também na tutela coletiva de uma maneira geral.

11. Referências bibliográficas:

BLACKMAN, John S., *Neutral Evaluation – An ADR Technique Whose Time Has Come*, disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>, acessado em 22/09/2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas**, in Revista do Advogado, Ano XXVI, nº 89, dez/06.

_____. Parecer lavrado para a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADIN 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia)

MEDINA, José Miguel Garcia. **Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC.** Disponível em: <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc>, Acesso em: 22/09/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**, in **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública** (Coord. Arnaldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

RIZZATO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)**, São Paulo: Saraiva, 2000.

WATANABE Kazuo *et altri*. **Teoria Geral do Processo**, 19º ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

