

III. CONSTRUINDO O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E DA UNESA

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹

Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissolúvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substancial doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.

A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao

¹ Professor Doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Juiz Federal. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität (JWG, Alemanha). Doutor em Direito pela UFPR e JWG. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Teuto-Brasileira de Juristas, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Membro da Comissão de Elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Autor do livro *Ações coletivas no direito comparado e nacional*.

objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.

Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram, ao lado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade de São Paulo (USP), pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.

Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e

participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).

A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.

O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.

Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso.

O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva, possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi

distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas.

O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta.

O Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida.

Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração.

O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência

territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado.

No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

A Parte II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a

suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado.

Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação.

Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida.

Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou preventivo para as demandas coletivas.

O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que “a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual”. Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.

A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar, no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.

Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.

Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.