

O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A PROPOSTA DE REFORMA DO SISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA*

Mestre em Direito Processual Civil e doutor em Direito Difusos e
Coletivos (PUC/SP)

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas

FLÁVIA VIGATTI COELHO DE ALMEIDA

Advogada

Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Gama Filho)

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável
(Escola Superior Dom Helder Câmara)

RESUMO

Os direitos ou interesses coletivos possuem, no Brasil, a natureza de direitos fundamentais e, assim, exercem múltiplas funções no plano do sistema jurídico, principalmente no âmbito das reformas legislativas, que não podem gerar retrocesso social. Por esse motivo e, ainda, em razão das ações coletivas estarem inseridas como garantias constitucionais, surgiu com a CF/88 o direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, com objeto, método, princípios e regras interpretativas próprios. Neste contexto, o Brasil já passou por três grandes etapas de reformas do sistema de tutela coletiva, com destaque para a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a principal de todas, e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que criou um microsistema geral de tutela coletiva. Discute-se no país nos últimos anos a criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, já tendo sido apresentadas quatro propostas legislativas neste sentido. Após a rejeição na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados do PL 5.139/09, que trazia importantes inovações, foi criada e instalada pela presidência do Senado Federal uma comissão responsável pela reforma do Código de Defesa do Consumidor, a qual ao final apresentou três propostas legislativas. Uma delas, relacionada com o acesso à justiça, traz significativas inovações e visa aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas no Brasil. Caso aprovada, essa proposta terá aplicabilidade ao sistema geral do direito processual coletivo comum brasileiro, já que suas diretrizes visam integrar o microsistema comum de tutela jurisdicional coletiva

1. Introdução

O presente artigo visa abordar o direito processual coletivo como novo ramo do direito processual e a proposta legislativa de reforma do Código de Defesa do Consumidor que disciplina as ações coletivas.

Inicialmente, analisa-se a inserção dos direitos coletivos como direitos fundamentais, com destaque para a nova *summa divisio* constitucionalizada no país: direito individual e direito coletivo. Em seguida, discorre sobre o direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, seus princípios, regras interpretativas e obstáculos.

Faz-se o estudo das três principais etapas de reforma do sistema de tutela coletiva no Brasil e, na sequência, são abordadas as propostas legislativas de criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Após analisar as principais diretrizes do PL 5.139/09, passa-se ao estudo pontual e reflexivo da proposta legislativa que visa alterar a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Essa proposta legislativa não terá aplicabilidade limitada à defesa do consumidor, pois seu objetivo é alterar o microsistema de tutela jurisdicional coletiva e, assim, observa-se que suas disposições (caso aprovadas) terão aplicabilidade ao direito processual coletivo comum em geral.

Finaliza-se o artigo com as conclusões pontuais sobre as questões abordadas e a apresentação das referências utilizadas na pesquisa.

2. A inserção no Brasil dos direitos e interesses coletivos como direitos fundamentais: uma nova *summa divisio* constitucionalizada e sua multifuncionalidade no sistema processual

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi a primeira Constituição do país em que o direito coletivo, amplamente considerado, foi inserido, ao lado dos direitos individuais, no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no sistema jurídico pátrio. A inserção consta de texto expresso da Constituição, como um dos seus capítulos, o primeiro do título II, sobre os *Direitos e Garantias Fundamentais* e, certamente, é o resultado da legítima atuação das forças sociais e políticas que contribuíram e pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte, instalada no país em 1987¹.

Não há previsão nesse sentido nas constituições de outros países, tais como a Constituição norte-americana de 1787 e suas respectivas emendas, a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição francesa de 1958, a Constituição espanhola de 1978; a Constituição argentina de 1994. Nem mesmo a proposta de uma *Constituição Europeia* insere o direito coletivo no plano das teorias dos direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, aos 7 de dezembro de 2002, igualmente não faz menção expressa ao direito coletivo como categoria dos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa de 1976, na parte I, referente aos *Direitos e Deveres fundamentais*, título I, dos *Princípios Gerais*, prevê, em seu art. 12: 1. *Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.* 2. *As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza*². A doutrina portuguesa não tem, contudo, realizado uma leitura ampliativa e construtiva da previsão do art. 12, 2, transcrito. Jorge Miranda, por exemplo, chega a afirmar que o fato de a Constituição portuguesa ter acrescentado direitos às pessoas coletivas não representa equiparação aos direitos individuais³.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao contrário, utiliza-se de termo mais adequado e amplo, colocando no mesmo patamar *Direitos Individuais e Direitos Coletivos* (título II, capítulo I). Ao invés de utilizar o termo pessoa, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira vale-se do termo *direitos coletivos* no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos ou interesses coletivos.

As assertivas acima não significam que não possa haver proteção do direito coletivo ante a Constituição de outros países. Sustenta-se, isso sim, que a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que tem como seus objetivos fundamentais a criação de uma sociedade justa, livre e solidária. Não há como transformar a realidade social sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

José Afonso da Silva, ao comentar a inserção, no Brasil, do *direito coletivo* no plano da *teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais*,

declarou ter faltado explicitação adequada de quais seriam efetivamente esses direitos⁴. Todavia, entende-se que essa falta de explicitação, presente no capítulo I, título II, da CF/88, ao invés de restringir, amplia a própria dimensão constitucional do direito coletivo. Trata-se de uma *cláusula constitucional aberta sobre o próprio direito coletivo*, como direito constitucional fundamental, com o condão de incorporar todas as dimensões constitucionais sobre direitos coletivos, previstas expressa ou implicitamente na CF/88. Por isso, a previsão em questão está em perfeita sintonia com a *cláusula geral aberta* dos direitos e garantias constitucionais do § 2º do art. 5º da CF/88, tanto que o próprio José Afonso da Silva arrola inúmeras espécies de direito coletivo presentes ao longo do texto constitucional⁵.

A proteção
predominantemente
individualista é
própria de um
Estado Liberal de
Direito

A aferição em abstrato e de forma genérica do direito coletivo não é uma técnica interpretativa perfeita. O mais adequado é procurar aferir se determinado direito é realmente de dimensão coletiva, levando-se em consideração o plano concreto da tutela jurídica deduzida ou a ser deduzida⁶.

O fato de o direito coletivo pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo. Destarte, a cláusula constitucional *Direito coletivo* (título II, capítulo I, da CF/88) abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos em sentido restrito e os direitos e interesses individuais homogêneos, integrando também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o direito coletivo positivado no país, bem como, e especialmente, a Constituição, cuja proteção, em abstrato e na forma concentrada, é uma exigência do constitucionalismo brasileiro e se legitima por um inquestionável *interesse coletivo objetivo legítimo*.

A partir dessa nova diretriz constitucional, concluiu-se que a *summa divisio* clássica, *direito público* e *direito privado*, não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, pelas mesmas razões, não foi acolhida a classificação tripartite sustentada por alguns doutrinadores, que defendem a existência das seguintes dimensões do direito: *público*, *privado* e *transindividuais*. A nova *summa divisio*

constitucionalizada no país é *direito individual e direito coletivo*. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o direito constitucional, representado pelo seu objeto formal: a Constituição, composta tanto de normas de direito individual, quanto de normas de direito coletivo⁷.

O capítulo I do título II da CF/88 explicita o fundamento da nova *summa divisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: *Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos*.

Além disso, cabe destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da sociedade, com as concepções atuais em torno do Estado Democrático de Direito, compreendido como o Estado da justiça material e da transformação da realidade social e inserido na sociedade.

Acrescenta-se, ainda, a necessidade de se estabelecer o enquadramento metodológico dos direitos, levando-se em conta os planos da titularidade e, especialmente, o plano da proteção e da efetivação do direito, para os quais se volta uma ciência jurídica de dimensão também prática.

Assim, a exploração metodológica da nova *summa divisio* faz-se necessária para a devida compreensão da própria teoria dos direitos constitucionais fundamentais positivadas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, a partir da qual devem ser construídos os novos modelos explicativos. Os direitos fundamentais possuem *eficácia irradiante* de ordem jurídica e *força vinculativa* de todos os operadores jurídicos oficiais e não oficiais.

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, torna-se possível a construção de novos paradigmas da relação entre sociedade e Estado ou entre indivíduos e Estado. A nova abertura permite a reconstrução de novos princípios e diretrizes para a administração pública, impondo-se uma atuação vinculada ao atendimento dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Muitos *privilégios* do poder público resultam de uma *visão autoritária* e distorcida do Estado e do seu papel na sociedade. A própria atuação descomprometida de determinados administradores, que banalizam muitos direitos fundamentais, individuais e coletivos, tem amparo em um direito público elaborado com base em parâmetros inconciliáveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Supremacia do interesse público sobre o particular, insindicabilidade do mérito dos denominados ‘atos administrativos discricionários’, presunção de legitimidade dos atos administrativos, entre outras diretrizes que regem a atuação do poder público, precisam ser revisitados à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada.

No plano do direito processual, verifica-se que a Constituição impõe uma verdadeira mudança de paradigma, pois não é razoável e adequado tutelar direitos coletivos fundamentais por intermédio de um direito processual voltado para a tutela de direitos individuais. É necessária a construção de um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais, conforme será observado no próximo tópico.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da CF/88, dependem da devida compreensão da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil. Todos os direitos fundamentais (individuais ou coletivos) possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. O *princípio da aplicabilidade imediata* não impede, porém, que seja aferida a impossível realização, muitas vezes provisória, do direito fundamental quando houver impedimento real ou fático. Entretanto, é descabida a alegação de impedimento formal, ou meramente de teor jurídico, como barreira à realização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Afirmou-se anteriormente que o impedimento puramente jurídico não existe porque a Constituição é clara e contundente ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Portanto, é insustentável, por exemplo, a tese de necessidade de reserva de orçamento como alegação formal impeditiva à imposição ao Estado de implementação de políticas públicas para cumprir as exigências do art. 3º da CF/88.

Entende-se que, para provocar a devida expansão de todas as potencialidades da teoria dos direitos fundamentais, consagrada na CF/88, torna-se imprescindível o estudo e a exploração metodológica da *summa divisio* direito coletivo e direito individual, constitucionalmente adotada.

Para o constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular; conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia direito público e direito privado não se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto constitucional quanto teórica, também dão embasamento às assertivas acima.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do direito material coletivo brasileiro, não se sustenta que ele seja um novo ramo do direito; como não se sustenta que o direito individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no país, seja um outro ramo do direito.

Na verdade, o direito coletivo e o direito individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. No direito coletivo existem ramos do direito, tais como o direito do ambiente, o direito coletivo do trabalho, o direito processual coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “direito público”, que estaria dentro do direito coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no direito individual há vários ramos do direito como o direito civil, o direito processual civil, o direito individual do trabalho, o direito comercial etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na sociedade⁸, regido pela Constituição, com função de proteção e de efetivação tanto do direito coletivo, quanto do direito individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo⁹. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “direito público”, também dentro do direito individual, como é o caso do direito processual civil, de concepção individualista¹⁰.

O direito coletivo e o direito individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do direito. Entretanto não se insere o direito constitucional na *summa divisio* constitucionalizada. O direito constitucional, na sua essência substancial e principiológica, está acima e representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do direito constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de direito coletivo, quanto de normas, garantias e princípios de direito individual.

Ademais, existem outros argumentos de fundamentação teórica que dão embasamento às assertivas acima: em um Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro (art. 1º da CF/88), não é possível separar de forma estanque os direitos do próprio Estado, de um lado, e os direitos coletivos e os individuais, de outro; o Estado Democrático existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu. O Estado está inserido na sociedade que o constituiu e em seu nome e em sua defesa deve atuar. O que se chama de *direito público* compõe, na verdade, um dos capítulos do direito coletivo, mas também está presente no direito individual. A principiologia que rege o direito coletivo (princípio democrático, solidariedade coletiva, aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais etc.) deve traçar a nova forma de atuação do Estado brasileiro e das suas instituições de defesa social.

Para essas conclusões, parte-se do pressuposto de que, para a identificação do direito, não é suficiente a análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou a sua utilidade. É determinante que também sejam analisados o plano da titularidade do direito e a forma de sua proteção e efetivação material. Com base nesses dois últimos elementos, conclui-se que, ou a norma jurídica se destina à proteção ou efetivação de direito ou interesse individual, ou a norma jurídica visa a proteção ou efetivação de direito ou interesse coletivo. Estes dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional. Mesmo em relação à divisão das normas constitucionais em normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais, observa-se que ambas as categorias das referidas normas voltam-se para a proteção e efetivação, ora de direito individual, ora de direito coletivo¹¹. Contudo, no plano abstrato, todas essas normas do direito positivo constitucional são de interesse coletivo (difuso) de toda a coletividade. É exatamente este interesse que apoia e justifica o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, interesse esse denominado de *interesse coletivo objetivo legítimo*¹².

A aferição em abstrato e de forma genérica do direito coletivo não é uma técnica interpretativa perfeita

Todas essas diretrizes devem servir de parâmetro para o estudo, a aplicação e a reforma relacionados com a ação civil pública, garantia constitucional fundamental de importância nuclear para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses coletivos no Brasil. Nesse aspecto, a inserção dos direitos coletivos na teoria dos direitos fundamentais impõe uma releitura nas ações coletivas constitucionais, principalmente pela incidência das múltiplas funções exercidas por essa teoria no âmbito do sistema jurídico e da sua concretização.

A relação entre os direitos coletivos e os direitos individuais e suas respectivas garantias, como no caso da ação civil pública, que é garantia dos direitos ou direitos coletivos, amplamente considerados, passa, necessariamente, pelo viés da nossa *summa divisio* constitucionalizada no país.

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto *dimensão subjetiva*, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto *objetiva*, constituindo-se, neste caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito¹³.

Nesse sentido, escreveu Konrad Hesse que as circunstâncias referentes à singularidade, à estrutura e à função dos direitos fundamentais garantem não só *direitos subjetivos* dos indivíduos, mas também revelam *princípios objetivos* básicos para o ordenamento jurídico constitucional e para o Estado Democrático de Direito. Estas circunstâncias dos direitos fundamentais revelam, portanto, os fundamentos do Estado Constitucional, por meio dos referidos direitos subjetivos e do respectivo ordenamento jurídico objetivamente considerado. O duplo caráter dos direitos fundamentais, o *subjetivo* e o *objetivo*, demonstra que os diferentes níveis de significação, respectivamente, condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito. Em síntese, os direitos fundamentais influem sobre todo o ordenamento jurídico em seu conjunto, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e de direção jurídica da própria Constituição como Lei Fundamental¹⁴.

Como principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter *subjetivo* e *objetivo*, destacam-se, como exemplos, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata; a imunidade em relação ao poder reformador constituinte derivado; a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional; o caráter pético desses direitos¹⁵; a interpretação aberta e extensiva; a não taxatividade ou não limitação; a proteção integral etc.¹⁶

A *multifuncionalidade* dos direitos e garantias fundamentais adquire no direito processual coletivo em geral e nas ações coletivas em especial, um papel de destaque seja para impor a sua aplicabilidade imediata, seja para garantir a sua interpretação ampliativa, seja para validar a adoção de mecanismos que asseguram a tempestividade da tutela coletiva¹⁷.

Como efeito dessa multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, verifica-se, por exemplo, que a ação civil pública, na condição garantia constitucional fundamental, possui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), não lhe é compatível interpretação restritiva. Também está inserida entre as cláusulas superconstitucionais e, assim, não poderá ser restringida ou eliminada da Constituição (título II, capítulo, arts. 127, *caput* e 129, III, da CF/88). Possui prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e valores jurídicos por ela tuteláveis. O seu objeto material, por se tratar de direito fundamental (título II, capítulo I,

da CF/88), no caso os direitos coletivos em geral, deverá receber interpretação aberta e flexível, o que tem plena incidência sobre a causa de pedir e o pedido nela formulado.

E mais: a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva deve ser conferida à ação civil pública, com a admissibilidade de formulação de todos os pedidos e causas de pedir, desde que compatíveis com o direito material coletivo a ser discutido, assegurado ou efetivado pela via jurisdicional. A máxima utilidade da tutela jurisdicional coletiva, com a possibilidade da sua transferência *in utilibus* para o plano individual, também tem incidência na coisa julgada coletiva, favorável à sociedade, formada em decorrência do ajuizamento de uma ação civil pública. Além disso, a imprescritibilidade formal e substancial da ação civil pública é outra consequência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Todas essas diretrizes interpretativas, decorrentes da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da aplicação e das reformas legislativas relacionados com o direito processual coletivo como novo ramo do direito processual.

3. O direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual brasileiro

3.1. Surgimento como um novo ramo

Em pesquisa que realizamos no mestrado entre 1996 e 2000, posteriormente publicada, sustentamos que o *direito processual coletivo* devia ser concebido como *um novo ramo do direito processual*, pois já possui objeto e método próprios¹⁸.

No caso do Brasil, o direito processual coletivo veio a surgir como novo ramo do direito processual com a Constituição Federal de 1988, que inseriu os direitos coletivos na teoria dos direitos fundamentais (título II, capítulo II) e conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (art. 5º, LXIX, LXXIII, art. 14, §§ 10 e 11, art. 36, III, art. 102, I, *a*, §§ 1º e 2º, art. 103, art. 114, §§ 2º e 3º, art. 129, III, todos da CF/88), além de dispor sobre outras diretrizes processuais pertinentes.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, juristas de renome, também passaram a sustentar,

na clássica obra *Teoria geral do processo*, a partir da sua 21a. edição, que sendo caracterizado por princípios e institutos próprios, o *direito processual coletivo* pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual¹⁹.

O certo é que sistema pátrio é apontado, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos massificados, como um dos mais avançados do mundo. É esta a visão atual que propõe a classificação das tutelas processuais de acordo com as tutelas materiais. Entre o direito material e o direito processual deve existir uma relação de correta e perfeita *interligação* ou de *integração* mútua. E mais: essa relação de integração e interligação deve ser direcionada com base nos direitos e garantias constitucionais fundamentais²⁰.

Ora, se vivemos em uma sociedade massificada, se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, torna-se imprescindível também a concepção de um direito processual massificado²¹.

3.2. Divisão e objeto material

O *direito processual coletivo* surge como um novo ramo do direito processual no Brasil com a CF de 1988. É o que se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 5º, XXXV; art. 129, III, e § 1º; art. 102, I, *a*, § 1º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, dentre outros.

O *direito processual coletivo brasileiro*, no plano do seu *objeto material*, divide-se em *especial* e *comum*. O *direito processual coletivo especial* se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de *interesse coletivo objetivo legítimo*. *Especial* porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do *direito processual coletivo especial* é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Por outro lado, o *direito processual coletivo comum* se destina à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular etc. O objeto de tutela do *direito processual coletivo comum* são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). O *direito processual coletivo comum* é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Neste contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo etc. estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*.

3.3. Conceito e natureza jurídica

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de *direito processual-constitucional-social*, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido *lato* decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social²².

A *natureza jurídica* do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual constitucional-social, de sorte que ele não nega a teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito constitucional processual²³. O seu método não é só o técnico-jurídico, mas o *pluralista*, que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionalizada. Este método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-telológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um *megaelemento*: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça.

3.4. A intensificação da importância dos princípios no direito processual coletivo

Como nova disciplina jurídica, o *direito processual coletivo* ainda não é portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimentadas. Tanto isso é verdade que há, em tempos atuais, forte movimento no plano do direito processual coletivo no sentido da sua codificação²⁴. Ademais, no plano da eficácia a tutela jurídica no direito processual coletivo é potencializada, o que evidencia a grandeza da sua relevância jurídica, social e política.

Assim, os princípios assumem uma função nuclear extremamente intensificada no âmbito do direito processual coletivo, o que é reforçado em razão dos seguintes fatores: a) a sua natureza processual-constitucional-social; b) a sua importância jurídica, social e política; c) a potencialidade da sua tutela jurídica; d) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem sedimentadas²⁵; e) a generalização, a relativização, a força normativa e superioridade vinculante e irradiante dos princípios sobre as simples regras jurídicas, conforme proposições contidas no novo constitucionalismo.

Em relação a este último item, convém destacar que, no neoconstitucionalismo, os princípios são diretrizes normativas gerais do sistema jurídico. São diretrizes relativas, já que um princípio deve conviver harmonicamente com outros princípios da mesma ordem jurídica. São valorativos, tendo em vista que são portadores de dimensões éticas e morais que dão amparo para a fundamentação das simples regras jurídicas. Os pontos de tensão entre eles devem ser solucionados na dimensão do peso, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Eles possuem força normativa e irradiante que vincula a interpretação e aplicação das simples regras jurídicas²⁶.

3.5. Princípios processuais específicos do direito processual coletivo comum

Convém destacar que são vários os princípios específicos do *direito processual coletivo comum*, os quais não negam nem inibem a aplicabilidade dos demais princípios constitucionais fundamentais do direito processual no campo do direito processual coletivo, mas, ao contrário, eles confirmam a incidência desses princípios constitucionais neste novo ramo do direito processual²⁷. Assim, apontaremos abaixo, de forma sucinta, alguns dos princípios específicos do *direito processual coletivo comum*²⁸. Ressalta-se que

todos eles são aplicáveis à ação civil pública, até porque são extraídos do sistema constitucional e infraconstitucional, no âmbito dos quais ela está inserida.

1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo: este princípio decorre do fato de o Poder Judiciário, como órgão do Estado Democrático de Direito, ter o compromisso de transformador da realidade social e por ser o guardião dos direitos e garantias constitucionais sociais fundamentais (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88). Com base neste princípio, o juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição. O interesse no caso não é em decidir a favor de quaisquer das partes interessadas, mas o interesse em enfrentar o mérito das demandas coletivas. Com isso, não há qualquer risco ao princípio da imparcialidade como garantia constitucional.

2. Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum: decorre do art. 5º, § 1º, da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e tem fundamento também na regra interpretativa do sopesamento como subespécie do princípio da proporcionalidade. Assim, a supremacia do interesse social (presente sempre no processo coletivo) sobre o particular (que é próprio do processo individual) justifica este princípio e demonstra a sua relevância no direito processual coletivo.

3. Princípio da presunção de legitimidade 'ad causam' ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável: por força de previsão da Constituição, como ocorre em relação ao Ministério Público (arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III), dentre outros legitimados (art. 129, § 1º da CF), e da legislação infraconstitucional (arts. 82 do CDC e 5º da LACP), extrai-se que é suficiente a afirmação de direito ou interesse coletivo para presumir a legitimidade ativa provocativa; não há necessidade de se questionar a real titularidade do direito coletivo alegado para se concluir pela legitimidade.

4. Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum: com base neste princípio são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos. Tem previsão expressa na lei (art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP, que lhe confere hipereficácia na sua condição de *norma de superdireito processual coletivo comum*). Também está presente nos arts. 212 do ECA (Lei 8.069/90) e 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

5. *Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum*: este princípio decorre do próprio espírito do *direito processual coletivo comum*, visto que, por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se resolver em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade, tanto que foi justamente esse o espírito do CDC ao disciplinar a coisa julgada coletiva (art. 103). Esse dispositivo do CDC deixa expressa a adoção desse princípio no seu § 3º, quando prevê a admissibilidade da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada nas demandas de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos para o plano individual.

6. *Princípio da máxima efetividade do processo coletivo*: por força deste princípio deve ser alcançada a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na demanda coletiva. Assim, o juiz, para alcançá-la, deverá determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, para que a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima. O interesse social, sempre presente nas variadas formas de tutelas jurisdicionais coletivas, faz com que se esgotem, no processo coletivo, todos os meios de provas, no sentido de enfrentar o mérito, com a pacificação social com justiça.

7. *Princípio da não taxatividade da ação coletiva*: qualquer direito ou interesse coletivo (arts. 5º, inciso XXXV, e 129, inciso III, da CF e art. 1º, inciso IV, da LACP) poderá ser objeto de ação coletiva; não mais subsiste a regra da taxatividade, para efeitos de ajuizamento, por exemplo, de ação civil pública (art. 129, inciso III, da CF), como ocorria no sistema anterior à atual Constituição e ao CDC.

8. *Princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva*: a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, § 3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo órgão do Ministério Público, o juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do chefe da respectiva instituição do Ministério Público. Também o *abandono* não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, II ou III (contumácia bilateral ou unilateral, respectivamente), do CPC, de sorte que não é compatível

também a ocorrência de *perempção* em sede de demandas coletivas (art. 5º, § 3º, da 7.347/85 e art. 9º da Lei 4.717/65).

9. Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público: por imposição decorrente deste princípio, em caso de desídia dos outros legitimados ativos, o Ministério Público deverá promover a execução coletiva (art. 15 da LACP). Este princípio inclusive tem previsão também na Lei da Ação Popular (LAP, Lei 4.717/65), que confere legitimidade ativa provocativa subsidiária ao Ministério Público para a execução coletiva; deve ele assim agir em caso de desídia do cidadão autor ou de outro legitimado ativo (art. 16 da Lei 4.717/65).

10. Princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista: no direito processual coletivo a legitimidade ativa é, por imposição constitucional (arts. 129, § 1º, 125, § 2º e 103 da CF/88), *concorrente e pluralista*. É o que está presente também nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Assim, a legitimidade ativa no direito processual coletivo não deve ser interpretada de forma fechada ou restritiva, mas de forma aberta e flexível, em razão de decorrer de princípio constitucional. A mesma orientação também está presente no art. 103 da CF/88, em relação ao direito processual coletivo especial (controle abstrato e concentrado da constitucionalidade).

11. Princípio da interpretação aberta e flexível da causa de pedir e do pedido: por intermédio deste princípio, observa-se que a interpretação do pedido e da causa de pedir no direito processual coletivo é aberta e flexível. Tendo em vista que os direitos coletivos são, no Brasil, direitos fundamentais (título II, capítulo I, da CF/98) e tendo em vista, ainda, que a ação civil pública tutela direitos coletivos, a interpretação do pedido e da causa de pedido nela formulados deverá ser flexível, aberta e ampliativa, o que é próprio da multifuncionalidade da teoria dos direitos e garantias fundamentais no sistema jurídico.

Assim, não é aplicável na ação civil pública e nos processos coletivos em geral, a *estabilização da demanda* (*perpetuatio libelli*) prevista nos arts. 264 e 294 do CPC. Esta *estabilização da demanda* ocorre de forma relativa com a citação do demandado e de forma absoluta com a decisão de saneamento do processo. Contudo, tal estabilização da demanda está presente em um sistema processual fechado, voltado para os conflitos interindividuais, que é

O direito coletivo e o direito individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

o CPC. Assim, também há incompatibilidade na sua aplicabilidade em sede de ação civil pública e de demandas coletivas em geral.

Nesse mesmo diapasão, é o que dispõe, na sua condição de trabalho doutrinário, o *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, em seu art. 10: “*Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. § 1º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. § 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.*”²⁹

É de se destacar que uma das regras de interpretação e de aplicação do direito processual coletivo é a da aplicabilidade subsidiária ou limitada do CPC nas demandas coletivas³⁰. Tal aplicabilidade subsidiária depende de dupla compatibilidade: a *formal* (inexistência de norma especial em sentido contrário no sistema específico do *direito processual coletivo*) e a *material* ou *substancial* (a aplicabilidade subsidiária do CPC não poderá colocar em risco ou limitar a tutela de interesse social)³¹.

3.6. Regras interpretativas do direito processual coletivo comum³²

No sistema pátrio exigem várias regras relativas à interpretação e à aplicação do *direito processual coletivo comum*, aplicáveis à ação civil pública. Seguem abaixo algumas das principais regras interpretativas.

a) *A da completa e perfeita interação entre o CDC e a LACP*. O CDC e a LACP se interagem formando um microsistema de normas gerais e básicas sobre o direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC).

b) *A da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum*, visto que a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (*compatibilidade formal*) e não impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (*compatibilidade substancial ou teleológica*).

c) *A do CDC e da LACP como diplomas fixadores de normas de superdireito processual coletivo comum*. Esses diplomas formam um conjunto de regras processuais principiológicas e gerais que se aplicam, em regra, a todas as

formas de tutelas jurisdicionais coletivas do direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP), como a da disciplina tripartite da coisa julgada coletiva prevista no CDC (art. 103), a do conceito tripartite de direitos e interesses coletivos estabelecidos pelo art. 81, parágrafo único, do CDC, a da não taxatividade das hipóteses de admissibilidade de ação coletiva prevista no art. 1º, IV, da LACP; a da não existência de litispendência entre ações coletivas e individuais (art. 104).

d) *A da aplicabilidade de todas as regras interpretativas principiológicas do direito constitucional ao direito processual coletivo.* Esta regra decorre da própria *natureza de direito processual constitucional-social* deste novo ramo do direito processual; assim, lhe são aplicáveis as regras principiológicas da interpretação conforme a Constituição, da interpretação constitucional evolutiva, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da máxima efetividade das normas constitucionais, além de outras diretrizes principiológicas, tais como as decorrentes da supremacia da Constituição e a da unidade constitucional.

3.7. Obstáculos relacionados à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum³³

São vários os obstáculos no plano da interpretação e da aplicação do *direito processual coletivo comum* e, portanto, que prejudicam a compreensão e aplicação do direito processual coletivo.

Assim, entre outros, seriam os fatores que dificultam a efetividade das variadas formas de tutela jurisdicional coletiva no Brasil: a) a resistência, muitas vezes infundada, à concepção coletiva do direito processual; b) a formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil; c) o apego às regras ortodoxas liberais individualistas constantes do CC e do CPC, que são diplomas legais elaborados para a resolução tão somente de conflitos interindividuais; d) a questão do ensino jurídico e dos próprios currículos universitários, os quais, dentro de uma visão unidimensional de ensino do fenômeno jurídico, demonstram que a maioria das faculdades de direito no Brasil não estão cumprindo a sua verdadeira função social para a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois ainda não preparam os seus bacharéis para o enfrentamento e a conscientização dos grandes conflitos sociais; e) a resistência à legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, presente em determinado setor da doutrina e principalmente da jurisprudência – essa resistência, na verdade, é inconstitucional, pois a legitimidade do Ministério Público para a defesa

dos direitos e interesses coletivos é a mais ampla dentre os legitimados (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, da CF), a qual decorre, na maioria das vezes, de uma visão distorcida do papel do Ministério Público no cenário brasileiro atual); e) a tímida atuação, com exceção do Ministério Público, dos demais legitimados ativos no direito processual coletivo comum, os quais não são responsáveis pelo ajuizamento certamente nem de dez por cento das ações coletivas já propostas no Brasil, o que demonstra a fragilidade da democracia participativa no país; f) a ilegítima e inconstitucional resistência oferecida, mediante a elaboração arbitrária de medidas provisórias pelo Poder Executivo da União, o qual, postando-se na contramão da história de evolução dos canais jurisdicionais de tutela dos direitos fundamentais da sociedade, elaborou inúmeras medidas provisórias para tentar dificultar a tutela dos interesses massificados como as que foram publicadas para restringir os efeitos da coisa julgada coletiva e dificultar o ajuizamento de ações coletivas pelas associações legitimadas em face dos órgãos e entidades públicos; g) a equivocada compreensão dos tribunais quanto aos direitos coletivos, especialmente quando negam legitimidade ao Ministério Público sustentando que os direitos individuais homogêneos disponíveis não podem ser tutelados por essa instituição, quando na realidade é patente o interesse social na tutela coletiva desses direitos ou interesses coletivos; h) a falta de estrutura organizacional do Poder Judiciário, que ainda não se especializou para o enfrentamento dos conflitos massificados, bem como não disponibilizou estrutura de apoio técnico e material necessários; i) a interpretação restritiva que vem recebendo a ação civil pública por parte da jurisprudência e pela doutrina, hoje já minoritárias, que não têm aceitado o controle difuso (incidental) da constitucionalidade pela via da ação civil pública; j) decisões judiciais e a postura do Governo Federal que têm procurado limitar o campo de aplicabilidade da ação civil pública, de forma a impedir que ela seja instrumento útil de tutela jurisdicional coletiva de questões tributárias, previdenciárias etc., o que afronta o texto constitucional, que garante a tutela jurisdicional coletiva pela ação civil pública de forma irrestrita (art. 129, III e art. 5º, XXXV, da CF); k) forte resistência do setor econômico e empresarial, que se sentem intimidados com as formas de tutela jurisdicional coletiva.

4. As três grandes etapas de reformas legislativas do sistema brasileiro de tutela coletiva

4.1. A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85): um divisor de águas

O advento da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública³⁴, é o primeiro grande marco histórico no Brasil do movimento mundial sobre a coletivização do direito processual, também conhecido como representação em juízo dos interesses difusos, surgido na década de 60 do século XX nos Estados Unidos da América e retratado como sendo a segunda onda renovatória do acesso à justiça³⁵.

Isso se deu especialmente porque a LACP estabeleceu uma legitimação coletiva ativa pluralista ou concorrente para o ajuizamento dessa espécie de ação coletiva (art. 5º), além de dispor sobre a competência (art. 2º), a coisa julgada coletiva (art. 16) e fixar outras regras processuais sobre o processo coletivo.

A LACP, em sua origem, porém, somente admitia a tutela de alguns interesses ou direitos massificados, tais como o meio ambiente, o consumidor – o que se deu em razão de veto do então presidente da República, José Sarney. Assim, o sistema implantado originariamente pela LACP era o da *taxatividade do objeto material* da ação civil pública. Contudo, mesmo assim, esse diploma legal é concebido como um divisor de águas quanto à tutela jurisdicional dos interesses e direitos coletivos no Brasil³⁶.

4.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: a grande mudança de paradigma no sistema brasileiro de tutela coletiva

Foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou o mais importante e significativo momento histórico da tutela coletiva no Brasil.

A CF/88, rompendo com o sistema da tutela jurídica individualista, consagrou no Brasil um novo sistema jurídico, que é aberto (§ 2º do art. 5º), dinâmico (art. 1º – princípio democrático) e de tutela jurídica ampla ou irrestrita (art. 5º, XXXV, da CF), seja em relação aos direitos individuais, seja em relação aos direitos massificados (coletivos em geral). Além disso, a CF/88 está comprometida com a transformação da realidade social, com a implementação de uma sociedade mais justa, solitária e mais igualitária, nos termos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, adotados expressamente no seu art. 3º.

Com efeito, convém destacar, na CF/88, os seguintes dispositivos constitucionais: a) o art. 1º consagra o Estado Democrático de Direito, que é o Estado da Justiça material e que tem como compromisso a transformação com justiça da realidade social na busca da igualdade material; b) o art. 5º, XXXV, contempla o princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, tanto em relação aos direitos individuais quanto em relação aos direitos coletivos; c) o art. 129, III, conferiu dignidade constitucional ao inquérito civil e à ação civil pública.

O último dispositivo constitucional ainda rompeu com o sistema da taxatividade do objeto material da ação civil pública ao fixar o *princípio da não taxatividade do seu objeto material*. É o que se extrai do art. 129, III, da CF, quando dispõe que a defesa pela ação civil pública poderá se dar em relação ao meio ambiente, ao patrimônio público e social e a *outros interesses difusos e coletivos*.

De se destacar, ainda, além de outros dispositivos constitucionais, tais como o art. 5º, incisos LXIX, LXX, LXXI e LXXIII, o grande avanço no plano do sistema do controle abstrato de constitucionalidade, e o *princípio da legitimidade ativa coletiva concorrente e pluralista* previsto no art. 129, § 1º, da CF.

Também é de se registrar com especial destaque que o legislador constituinte de 1988 ainda inseriu a proteção jurídica dos direitos coletivos dentro da *teoria dos direitos fundamentais*, conforme se observa do título II, capítulo I, da CF/88, adotando no sistema jurídico pátrio uma nova *summa divisio*, superadora da divisão clássica direito público e direito privado³⁷.

Com a CF/88, o direito processual coletivo se torna um novo ramo do direito processual brasileiro, com objeto e método próprios, sendo instituição potencializada de proteção e de efetivação da Constituição, com berço e natureza constitucionais³⁸.

4.3. O CDC (Lei 8.078/90) e sua perfeita interação com a LACP (Lei 7.347/85): a criação de um importante microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum no Brasil

O advento do CDC também é um momento histórico especial, pois a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao inserir na LACP o art. 21, criou um *microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum*, que decorre da completa e perfeita interação entre a parte processual do CDC (título III) e a LACP. A aplicabilidade aqui entre o CDC, parte processual, e a LACP, *não é subsidiária*, mas *integrada* (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP)³⁹.

Esse *microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum* formado pelo CDC – parte processual – mais a LACP compõe um conjunto de normas de *superdireito processual coletivo comum*. É um conjunto de normas processuais coletivas gerais do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, se há dúvida sobre a existência de litispendência entre um mandado de segurança coletivo e um mandado de segurança individual, a resposta está no art. 104 do CDC, o qual diz expressamente que não há litispendência entre ação coletiva e ação individual. Também se existe dúvida a respeito da coisa julgada coletiva sobre questões tributárias ou previdenciárias, o interessado deverá se socorrer do art. 103 do CDC.

Por outro lado, qualquer dúvida sobre a compreensão conceitual relacionada com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mesmo que na área trabalhista, eleitoral, tributária, a solução deve ser alcançada com base na conceituação tripartite dos interesses e direitos massificados prevista no parágrafo único do art. 81 do CPC.

A Lei 8.078/90 (CDC), além de criar um *microssistema principiológico de proteção do consumidor*, de forma que no Brasil *não há um direito do consumo ou das relações de consumo*, mas *um direito de proteção do consumidor*, criou também um *microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum*.

Outros aspectos merecem destaque em relação ao CDC (Lei 8.078/90). Primeiro por ter inserido na LACP o *princípio da não taxatividade de seu objeto material* (art. 1º, IV, da LACP). Depois por ter disciplinado de forma tripartida o conceito legal de interesses ou direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, do CDC), conferindo, ainda, por coerência, tratamento tripartite à coisa julgada coletiva (art. 103 do CDC).

Em síntese e com o objetivo de destacar ainda mais a importância histórica da Lei 8.078/90 (CDC) no plano das tutelas jurisdicionais coletivas no Brasil, verifica-se que esta lei aperfeiçoou, em muito, a LACP, já que: o art. 110 do CDC inseriu no art. 1º da LACP, o inciso IV, adequando-a ao estatuído no art. 129, III, da CF, que consagrou o princípio da não taxatividade do objeto material da ação civil pública, conforme já apontado; o § 3º do art. 5º da LACP teve sua redação alterada e ampliada pelo art. 112 do CDC, para que não só o Ministério Público pudesse assumir a titularidade ativa da ACP em caso de desistência, mas qualquer outro legitimado, sendo a redação também alterada para admitir essa assunção da titularidade quando a desistência fosse infundada, acrescentando, também, a sua admissibilidade em caso de abandono da ação; o § 4º do art. 5º

da LACP foi acrescentado pelo art. 113 do CDC e prevê a dispensa pelo juiz (*ope judicis*) da *pré-constituição* da associação quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou em razão da relevância do bem jurídico a ser protegido; o § 5º do art. 5º da LACP foi acrescentado também pelo art. 113 do CDC, dispositivo este que prevê a admissibilidade de litisconsórcio facultativo entre os ministérios públicos da União, do Distrito Federal e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida a LACP; o § 6º do art. 5º da LACP foi igualmente acrescentado pelo art. 113 do CDC e prevê a tomada pelos órgãos públicos legitimados dos interessados de *compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais*, mediante cominações legais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial; o art. 15 da LACP teve sua redação alterada pelo art. 114 do CDC, que acrescentou no final da sua redação o seguinte: ‘(...) facultada iniciativa aos demais legitimados’; art. 17 da LACP teve revogado o seu parágrafo único e a redação do seu *caput* foi alterada pelo art. 115 do CDC; o art. 18 da LACP teve sua redação alterada pelo art. 116 do CDC passando a constar, em sua parte final, redação relativa às associações autoras; por fim, o art. 21 da LACP foi incluído pelo art. 117 do CDC e é ele, juntamente com o art. 90 do CDC, que faz a integração entre a LACP e a parte processual do CDC, formando, assim, o denominado *microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum*⁴⁰.

5. A tentativa de codificação do direito processual coletivo brasileiro e o projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/09)

5.1. A proposta de codificação de Antonio Gidi e a criação de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O professor Antonio Gidi, do University of Houston *Law Center*, foi o primeiro a defender e apresentar uma proposta de Código de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito, o que foi objeto de sua tese de doutoramento defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em julho de 2003⁴¹. Em seguida, juristas brasileiros deram início a um movimento que ensejou a criação de um *Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*⁴².

Depois de ser debatido em eventos internacionais, o anteprojeto foi convertido em projeto que, após ser aprovado pela assembleia-geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, em Caracas, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, foi transformado no *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*⁴³.

Consta da exposição de motivos que o modelo foi inspirado no que já existe nos países da comunidade ibero-americana, com a complementação, o aperfeiçoamento e a harmonização das regras existentes, de forma a se formular uma proposta que fosse útil a todos. Consta, ainda, que, apesar de terem sido analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* e a brasileira das ações coletivas, o código-modelo constitui-se em um sistema modelo original que se afasta daqueles para se adequar à realidade dos diversos países ibero-americanos⁴⁴.

O *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, apesar de alguns pontos positivos, tem pouco a servir de fonte de inspiração à legislação brasileira e deve ser analisado com ressaltos quando se discute a criação no Brasil da *codificação do direito processual coletivo*. As nossas conquistas constitucionais e infraconstitucionais não amparam várias disposições do código-modelo em questão⁴⁵.

5.2. Os movimentos pela codificação do direito processual coletivo brasileiro

Há no Brasil movimentos pela criação de um *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, existindo inclusive anteprojeto nesse sentido⁴⁶. Em 2000, quando do nosso trabalho de mestrado apresentado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, convertido posteriormente em obra publicada, tivemos a oportunidade para destacar a criação de um corpo adequado de normas processuais e que talvez o ideal seria a criação de um *Código de Processos Coletivos* composto de regras e princípios próprios⁴⁷.

Surgiu a partir de 2003 um forte movimento no sentido de implantar no país um *Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Entre outros juristas, destacam-se os trabalhos desenvolvidos por Ada Pellegrini Grinover⁴⁸, Antônio Gidi⁴⁹, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁵⁰ e Vicente de Paula Maciel Júnior⁵¹.

Em entrevista sobre o tema concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Nelson Nery Junior, um dos maiores e mais destacados intérpretes sobre o tema, manifestou-se favorável à codificação do direito

processual coletivo, afirmando, contudo, que é imprescindível que se trave um amplo debate nacional e sejam observadas as diretrizes constitucionais⁵².

O que se evidencia é que a criação no Brasil de um Código de *Direito Processual Coletivo* (ou Código de Processos Coletivos) se constituirá em *quarto grande momento histórico ou em uma quarta etapa* no plano do movimento pela *coletivização do direito processual* brasileiro. Daí ser fundamental realmente que seja encetado um grande debate nacional que abranja temas fundamentais, tais como o momento da codificação, a forma e diretrizes metodológicas da codificação, o objeto da codificação etc.⁵³

5.3. Os anteprojetos de Código de Processos Coletivos para o Brasil

Além da proposta de um Código de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito, apresentado e defendido publicamente por Antonio Gidi⁵⁴, existem, no Brasil, outros três anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

O primeiro deles foi coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover e elaborado no curso de pós-graduação *stricto sensu* da faculdade de direito da Universidade de São Paulo^{55, 56}.

O segundo tem como coordenador o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e foi elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa).

O terceiro anteprojeto foi elaborado na pós-graduação em direito da PUC-MG, sob a coordenação do professor Vicente de Paula Maciel Júnior. Com pouca divulgação nacional, segue a linha da tese sobre as ações coletivas temáticas, desenhada pelo referido professor⁵⁷.

5.4. Algumas reflexões sobre a codificação do direito processual coletivo brasileiro

A temática sobre a *codificação* sempre gerou e ainda gera grandes discussões. É clássico e mundialmente conhecido em doutrina o debate entre *Savigny* e *Thibaut* a respeito da codificação do direito civil alemão. Apesar de ter saído vencedora a tese de Thibaut, que defendia a codificação, a discussão enriqueceu a cultura jurídica alemã, o que fomentou grandes avanços no sistema da codificação. Resultado disso adveio, mais de sete décadas depois da grande discussão teórica, o Código Civil alemão de 1896 (B.G.B), um diploma espetacular, reverenciado no mundo todo e ainda em vigor⁵⁸.

É positiva a iniciativa dos juristas brasileiros que se dedicam ao tema da criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Entendemos, entretanto, que ainda há sério risco político quanto ao encaminhamento dessas propostas ao Congresso Nacional, que passa por uma grande crise. As demandas coletivas têm incomodado grandes interesses nacionais e internacionais no país, além de serem públicos e notórios os inúmeros choques frontais com o Governo Federal, que inúmeras vezes já reagiu autoritariamente com a edição de medidas provisórias para restringir a tutela jurisdicional coletiva.

Por outro lado, ainda existem obstáculos na própria jurisprudência dos tribunais superiores e em determinado setor da doutrina. Muitas ideias ainda não estão sedimentadas para a ordenação e uniformização integralizadas do sistema do direito processual coletivo, nos termos idealizados pelo legislador constituinte de 1988.

Não há na exposição de motivos das propostas de codificação estudadas, o apontamento das diretrizes metodológicas e principiológicas para a codificação pretendida.

Pela relevância social e política do *direito processual coletivo*, a fixação dos parâmetros metodológicos e principiológicos para a sua codificação é fundamental⁵⁹, o que deverá ser feito com uma leitura mais atenta à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que criou o *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual brasileiro⁶⁰, com especial destaque para a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Ademais, a reunião, em um mesmo diploma, do que já está consagrado no sistema jurídico brasileiro, com pequenos avanços técnicos e pontuais, poderá representar, em essência, uma mera consolidação. A própria dimensão constitucional do *direito processual coletivo*, até mesmo o *microsistema* formado pela LACP (art. 21) e CDC (art. 90) ainda não foram devidamente assimilados e explorados por parte da doutrina e especialmente pela jurisprudência. Assim, a abertura para os debates, com a participação de todas as instituições de defesa social (Poder Judiciário, Ministério Público, OAB, Defensoria Pública etc.), é que poderá viabilizar um trabalho coletivo que venha a ampliar os horizontes na direção de um futuro anteprojeto de codificação condizente com o Estado Democrático de Direito brasileiro e adequado para responder eficazmente aos nossos anseios sociais.

Por fim, uma proposta de codificação do direito processual coletivo brasileiro deverá se atentar para as seguintes diretrizes: 1) guiar-se pelos

princípios democrático, proibição de retrocesso e do princípio do devido processo legal; **2)** guardar obediência, em razão da natureza processual constitucional-social do direito processual coletivo, aos princípios e regras de interpretação e aplicação do direito constitucional; **3)** guardar obediência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivos no sistema constitucional brasileiro; **4)** criar um código que corresponda ao modelo constitucional do direito processual coletivo brasileiro e que possa contribuir efetivamente para a efetivação do projeto consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente para a realização dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Carta Magna; **5)** evitar a importação de modelos estrangeiros sem o devido estudo de compatibilidade e de prognoses em relação ao modelo constitucional brasileiro; **6)** evitar dispor sobre muitos requisitos específicos de admissibilidade processual para não burocratizar o sistema com incidentes indesejados; **7)** disciplinar o exercício de todos os institutos estruturais do direito processual coletivo; **8)** romper com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil – diploma este de concepção liberal individualista; **9)** manter, sempre que possível, a linguagem constitucional, sem perder de vista a boa técnica jurídica; **10)** manter a coerência com a disciplina conjunta em um mesmo código dos dois grandes modelos do direito processual coletivo (direito processual coletivo comum e direito processual coletivo especial); **11)** instalar um amplo debate nacional não só no meio jurídico e acadêmico, mas com a sua abertura para a sociedade civil e todas as instituições de defesa social; **12)** evitar a orientação somente pelo método teleológico do resultado – os fins não justificam o desrespeito aos meios e às diretrizes constitucionais adequadas; **13)** procurar preservar, sempre que possível, as peculiaridades de cada área do direito material coletivo; **14)** rechaçar de plano a ideia de criar-se um código apequenado em seu objeto formal para simplesmente conseguir a sua aprovação no Congresso Nacional⁶¹.

5.5. O projeto de lei da nova Ação Civil Pública (PL 5.139/09)

Diante das grandes discussões surgidas no país e também da necessidade de aperfeiçoamento do sistema de tutela coletiva, principalmente em relação às questões que estão gerando muitas dificuldades e polêmicas na jurisprudência, tais como as ligadas à competência e à coisa julgada coletiva, a Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça, a partir do Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado promovido em junho de

2008 pela Advocacia-Geral da União em Brasília, achou por bem instituir uma comissão especial, que no início trabalhou sem formalização, mas que acabou sendo formalizada pela Portaria 2.481, de 9 de dezembro de 2008, do Ministério da Justiça.

Essa comissão especial, criada para apresentar proposta de readequação e modernização do sistema brasileiro de tutela coletiva, foi composta por vários juristas e operadores do direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, sendo presidida pelo então secretário de reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça, Rogério Favreto, e tendo como relator o jurista Luiz Manoel Gomes Júnior. Também tivemos a honra de integrar referida comissão.

Após várias reuniões em Brasília, a comissão entendeu que não era ainda o momento para a codificação do direito processual coletivo brasileiro, concluindo pela criação de uma nova LACP. Depois de finalizados os trabalhos, o anteprojeto foi inserido no II Pacto Republicano de Estado, convertendo-se no PL 5.139/09.

Convém destacar aqui algumas das importantes inovações constantes no PL 5.139/09⁶²: **1)** distribuição estrutural da nova proposta de lei em doze capítulos, o que visou facilitar o seu estudo e a sedimentação da cultura da tutela coletiva no país; **2)** ampliação da previsão expressa a respeito do rol dos direitos ou interesses coletivos, objeto material da ação civil pública, passando a constar o seu cabimento em áreas sociais importantes, como na área da educação, dos transportes coletivos, da segurança pública, da saúde, além de outros interesses e direitos coletivos, amplamente considerados (art. 1º); **3)** previsão de disposição no sentido de que a nova lei será um sistema geral de tutela coletiva comum, aplicável às demais ações coletiva (art. 1º, § 1º); **4)** a criação de um capítulo específico sobre princípios da tutela coletiva, de forma a facilitar a leitura do sistema (capítulo II, art. 3º); **5)** simplificação das regras sobre competência, que passará a ser a do juízo do local do dano ou do ilícito, de forma que somente será da competência da capital do estado ou do Distrito Federal para os danos ou ilícitos que abranjam suas respectivas bases territoriais, fixando-se a competência pela prevenção para os casos de danos ou ilícitos que abranjam mais de uma capital de estado e o Distrito Federal (art. 4º); **6)** previsão de reunião de

O direito coletivo
e o direito
individual formam
dois grandes
blocos do sistema
jurídico brasileiro,
integrados por
vários ramos do
direito

ações coletivas nos casos de conexão, continência e litispendência (art. 5º, § 2º); 7) ampliação do rol dos legitimados ativos, de forma a também constar como legitimados para o ajuizamento das ações coletivas a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos (art. 6º); 8) flexibilização dos requisitos de admissibilidade processual (condições da ações e pressupostos processuais – art. 9º); 9) adoção da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 20, IV, V e VI); 10) previsão de antecipação dos efeitos da tutela executiva no cumprimento de sentença coletiva ou na execução de termo de ajustamento de conduta (art. 26); 11) ampliação da disciplina legal do termo de ajustamento de conduta (arts. 46-49); 12) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com ações civis públicas ajuizadas, que estará sob o controle do Conselho Nacional de Justiça (arts. 52 e 53, respectivamente); 13) previsão de homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 64); 14) fixação de regra interpretativa, no sentido da aplicabilidade subsidiária limitada do CPC aos processos coletivos, condicionada à aferição de compatibilidade formal e material (art. 67).

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o PL 5.139/09, que cria uma *nova* Lei da Ação Civil Pública, sofreu forte resistência, especialmente do setor empresarial, tendo sido rejeitado por 17x14, estando atualmente aguardando pronunciamento do plenário da Câmara dos Deputados sobre o recurso interposto contra a decisão de rejeição.

Apesar da discussão pública sobre o tema da codificação ter se instalado no Brasil há mais de cinco anos, com inúmeros livros e artigos publicados e não obstante a proposta da nova LACP ter sido muito discutida com diversos segmentos sociais em audiências públicas realizadas no país, inclusive na própria Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com o acolhimento de inúmeras sugestões, as justificativas para a rejeição da mencionada proposta de lei fundaram-se na falta de discussão pública sobre o tema.

6. A proposta atual de reforma do sistema das ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor

6.1. A criação da Comissão de Juristas no Senado Federal e as justificativas da proposta legislativa

No início de 2011 foi criada e instalada no Senado Federal, por ato do seu presidente, senador José Sarney, uma Comissão de Juristas para a apresentação de propostas de reforma e atualização do Código de Defesa do Consumidor do Brasil em relação a três grandes temas: a) comércio eletrônico, que passa a ser objeto do Projeto de Lei do Senado nº 281/2012; b) prevenção de superendividamento dos consumidores, que integra o Projeto de Lei do Senado nº 283/2012; c) acesso à justiça dos consumidores, no sentido de disciplinas as Ações Coletivas, que passa a ser objeto do Projeto de Lei do Senado nº 282/2012.

A comissão foi integrada por Antonio Herman Benjamin (presidente), Cláudia Lima Marques (relatora-geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Catellanos Pfeiffer. A comissão realizou 37 reuniões, 12 reuniões ordinárias, 8 audiências públicas e 17 reuniões técnicas com os setores interessados. Para o presidente da comissão, ministro Antonio Herman Benjamin, duas premissas orientaram os trabalhos: somente acrescentar e nunca reduzir a proteção ao consumidor no Brasil; respeitar a estrutura principiológica e geral do CDC, reservando para a legislação especial, em sendo o caso, o detalhamento da regulação.

Algumas das justificativas para as propostas de alteração estão relacionadas com a importância para a sociedade da efetiva defesa do consumidor e as mudanças ocorridas no mundo e no Brasil a partir de 1990, principalmente em relação à tecnologia, ao *marketing*, compatibilização de mídias, aos anseios quanto à proteção da privacidade e à segurança no comércio eletrônico, ao sistema jurídico, com destaque para um novo Código Civil, à economia e em relação às próprias transformações na sociedade, com destaque para a inclusão de mais de 30 milhões de pessoas na classe média e retirada da pobreza de mais de 19 milhões de pessoas.

Como conclusão dos trabalhos da comissão, observa-se que foram apresentados três anteprojeto. O *primeiro*, que “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o Comércio Eletrônico”. O *segundo*, que “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do

crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento”. E o *terceiro*, que especialmente interessa ao presente artigo, que “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas”.

Em seu relatório de apresentação dos trabalhos, conclui a Comissão de Juristas que:

“Os anteprojotos ora apresentados têm como objetivo o reforço tridimensional do CDC: as dimensões do reforço da base constitucional, da base ético-inclusiva e solidarista, e, por último, a da base da confiança, efetividade e segurança jurídica.

Nos tópicos seguintes faremos, a partir do que foi estudado anteriormente, principalmente no que tange ao direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, a análise pontual dos principais aspectos da proposta que visa alterar a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas no Brasil. Consta da *Justificação à Presente Proposta Legislativa*:

“O projeto de lei ora apresentado constitui instrumento para o aperfeiçoamento do acesso do consumidor à justiça.

A proposta cuida de desjudicializar os conflitos entre consumidor e fornecedor, reforçando a utilização de outras vias e, no plano do processo, implementando os meios consensuais de solução de controvérsias.

Além disso, ao valorizar a ação coletiva, previne a multiplicidade de demandas individuais que assoberbam o Poder Judiciário e inviabilizam a adequada prestação jurisdicional.

Algumas das soluções apresentadas visam a superar dificuldades e dúvidas que se estabeleceram no manejo do processo coletivo, tudo em homenagem à segurança jurídica de consumidores e fornecedores.”

Registra-se, nesta ocasião, que muitos dos pontos da proposta legislativa em análise já constavam do Projeto de Lei 5.139/09, que foi rejeitado pela CCJC e está pendente de recurso ao plenário da Câmara dos Deputados.

6.2. As principais diretrizes da proposta legislativa para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor

A proposta de projeto de lei do Senado que altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), visando o aperfeiçoamento da disciplina das ações coletivas, é recheada de mudanças pontuais, mas também contém algumas alterações estruturais, conforme se verá a seguir.

6.2.1. O aperfeiçoamento da conceituação dos direitos ou interesses individuais homogêneos e a consagração de novas diretrizes e princípios interpretativos para a tutela coletiva

Inicialmente, observa-se que a proposta prevê a transformação do parágrafo único do art. 81 do CDC em § 1º, inserindo novos parágrafos e alterando a redação do inciso III, os quais passarão a dispor: § 1º *A ação coletiva, que caberá para a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza, indicados nos incisos deste parágrafo, será exercida quando se tratar de: (...); III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela*⁶³.

Nota-se que a proposta pretende alterar a redação do parágrafo único do art. 81 do CDC, que assim prevê: “*a defesa coletiva será exercida quando se tratar de*”. Agora, a proposta dispõe que a ação coletiva será cabível para a proteção de direitos ou interesses de qualquer natureza, indicados nos incisos do parágrafo. Assim, caberá ação coletiva para a proteção de todos e quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que abrange os direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, de modo a incluir a proteção dos consumidores e ir muito além. Com isso, a redação está em perfeita sintonia com a cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, prevista no § 2º do art. 5º da CF/88, mantendo-se, ainda, relação de adequação com os princípios da inafastabilidade das decisões judiciais (art. 5º, XXXV, da CF/88) e da não taxatividade do objeto material das ações coletivas (art. 129, III, da CF/88).

Quanto à conceituação dos direitos ou interesses individuais homogêneos, verifica-se que a redação atual do inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC prevê *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*. A nova redação da proposta legislativa acrescenta que a *origem comum* poderá ser de *fato ou direito* e ainda estabelece que seriam direitos ou interesses que recomendem o tratamento conjunto pela utilidade da tutela coletiva. São cabíveis aqui algumas considerações. A primeira delas é no sentido de que a utilidade da tutela coletiva presume-se pelas suas próprias características e efeitos sociais. No caso dos direitos ou interesses individuais homogêneos, geralmente diminui a carga de trabalho do judiciário, combate a dispensação das vítimas e são evitadas decisões conflitantes, pois a solução para dezenas, centenas, milhares ou até milhões de direitos individuais é efetivada no âmbito de uma única demanda coletiva de tutela de direitos. Depois,

porque qualquer interpretação deverá ser no sentido de facilitar a tutela coletiva e não ao contrário. Além disso, não serão cabíveis fundamentações gerais e abstratas que criem requisitos de admissibilidade processual que dificultem a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos, que são, por presunção, de relevância social e jurídica.

Nesse sentido, prevê o § 2º da proposta sob comentários: *A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica*⁶⁴. Este dispositivo deixa clara a repercussão geral para fins de recurso extraordinário, além de evidenciar que a tutela de todos os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, é de interesse social. Assim, para a defesa de todos esses direitos está legitimado o Ministério Público por força do art. 127, *caput*, da CF/88, que arrola expressamente que incumbe a essa instituição a defesa de interesses sociais.

O § 3º consagra o *princípio da máxima prioridade para o processamento e o julgamento das ações coletivas*: “As ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos.” Tendo em vista os impactos sociais e jurídicos das ações coletivas em geral, observa-se que este princípio já é uma exigência dos direitos e das garantias constitucionais e faz parte da duração razoável do processo em sede de tutela coletiva. A disposição normativa vem para reforçar o que já decorre do texto constitucional, especialmente do art. 5º, LXXVIII, da CF/88, com redação inserida pela Emenda Constitucional 45/04.

Outro avanço na proposta legislativa refere-se à previsão expressa de admissibilidade de controle difuso da constitucionalidade em sede de tutela coletiva, questão que atualmente tem amparo na jurisprudência dos tribunais superiores e encontra fundamentação constitucional no art. 5º, XXXV, da CF/88. Prevê, assim, a proposta legislativa com a inserção de novo parágrafo ao art. 81 do CDC⁶⁵: “§ 4º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.”

A proposta pretende ainda acrescentar um outro parágrafo ao art. 81 do CDC estabelecendo regra sobre a interpretação de prazo prescricional. Contudo, deve ser esclarecido que, não obstante seja uma questão polêmica, entendemos que a prescrição não poderá atingir direitos difusos e coletivos, sob pena de afrontar a teoria dos direitos fundamentais e a própria razoabilidade da tutela coletiva. Consta da proposta; “§ 5º As pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular. (NR).”

6.2.2. As novas diretrizes para a competência nas demandas coletivas

Um dos temas mais polêmicos e problemáticos, em sede de ações coletivas, refere-se à competência. Existem divergências tanto na orientação doutrinária quanto na jurisprudencial, principalmente nas hipóteses de danos de dimensão regional e nacional. Atualmente, prevê o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública: *as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação previnirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.* Também prevê o art. 93 do CDC: *ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deve ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.*

A proposta legislativa comentada, seguindo em linhas gerais o que já constava no art. 4º do PL 5.139/09, insere no CDC o art. 81-A, com a seguinte redação:

“Art. 81-A. É absolutamente competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção.

§ 1º Será competente o foro:

I – da capital do Estado, se o dano ou o ilícito atingir o seu território;

II – do Distrito Federal, se o dano ou o ilícito atingir o seu território, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º Nos casos de competência da Justiça estadual, quando a extensão do dano atingir diversas comarcas, a competência será da entrância mais elevada.

§ 3º A extensão do dano ou do ilícito a ser considerada na fixação da competência será a indicada na inicial.

§ 4º A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional.

§ 5º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

§ 6º As regras de prevenção não se aplicam a outros legitimados quando os entes públicos já tiverem iniciado inquérito ou investigação a respeito dos fatos objeto da ação.”

Nota-se que a proposta simplifica as regras de competência e avança em muitos pontos. Primeiro por deixar clara a disciplina da competência para

as ações coletivas preventivas de combate ao ilícito; depois por acabar com a distinção entre dano local, regional e nacional, o que trazia muita dificuldade concreta na aferição da competência e na própria conceituação do que seria dano local, regional e nacional. Com isso, será absolutamente competente para as demandas coletivas o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção. O juízo preventivo será o da primeira ação proposta (parágrafo único da Lei 7.347/85). Verifica-se que será competente o foro da capital do estado nas hipóteses em que o dano ou o ilícito atingir o seu território, e do Distrito Federal nas situações em que dano ou o ilícito atingir o seu território, mas nesses casos a competência da capital brasileira é concorrente com os foros das capitais dos estados também atingidas pelo dano ou pelo ilícito. Nas demandas coletivas de competência da justiça estadual, quando a extensão do dano ou do ilícito atingir diversas comarcas, a competência será da entrância mais elevada.

Para facilitar objetivamente a aferição da competência pelo juiz, o autor da ação coletiva deverá indicar na inicial a extensão do dano ou do ilícito.

Outro grande avanço é decorrente do § 4º do art. 81-A, que acolhe orientação da melhor doutrina no sentido de que a competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não poderão restringir a coisa julgada de âmbito nacional ou regional. Atualmente, há essa restrição no art. 16 da Lei 7.347/85, que confunde competência com coisa julgada e tem gerado grandes dificuldades para o sistema de tutela coletiva do país. Por isso, a proposta também prevê a alteração do art. 16 acima referido, conforme se verá no item 6.2.6.

Quando houver no foro competente juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, prevê a proposta legislativa que a competência dos juízos especializados em razão da matéria deverá prevalecer sobre a competência dos juízes especializados em ações coletivas. Essa regra de prevalência da competência dos juízos especializados na matéria será útil na prática forense, principalmente com a especialização dos juízos nas capitais e nas entrâncias mais elevadas, o que tem sido um grande pleito dos especialistas em tutela coletiva.

Também há previsão na proposta no sentido de que as regras de prevenção não devem se aplicar a outros legitimados quando os entes públicos já tiverem iniciado inquérito ou investigação a respeito dos fatos objeto da ação. Acredita-se que há necessidade de melhorar a redação dessa proposta, que poderá gerar dificuldade concreta. Quais tipos de investigações? Seriam investigações já judicializadas, com por exemplo medidas cautelares já pleiteadas judicialmente? A orientação também seria aplicável aos casos de inquérito civil?

6.2.3. Ampliação da legitimidade ativa, disposições sobre a sucumbência e a possibilidade de fixação de compensação financeira para as associações autoras nos processos coletivos

O artigo primeiro da proposta legislativa acrescenta um novo inciso ao art. 82 do CDC para incluir, entre os legitimados ativos, a *Defensoria Pública*. Essa legitimidade ativa da Defensoria Pública já consta do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, por força de alteração conferida pela Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Há hoje grande discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a extensão da legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas. Entende-se que, em leitura constitucionalizada, a Defensoria Pública estará legitimada para as ações coletivas na defesa direta dos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134 da CF/1988).

“Art. 82. Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentemente: (...) V – a Defensoria Pública. (NR)”

Como forma de incentivar a atuação das associações nas ações coletivas, que ainda é muito tímida no Brasil, prevê a proposta legislativa a fixação pelo juiz da causa de honorários às associações para as hipóteses de procedência da demanda coletiva em que o trabalho profissional tiver sido complexo. Também dispõe a proposta sobre a possibilidade de fixação pelo juiz da causa, com base em critério de proporcionalidade e razoabilidade, de compensação financeira, que deverá ser suportada pelo réu, em benefícios das associações nas situações em que relevante interesse público tenha sido, direta ou indiretamente, satisfeito pela demanda movida pelas associações.

“Art. 87 § 1º (...); § 2º Em caso de procedência da demanda coletiva, os honorários advocatícios devidos às associações, quando o trabalho profissional tiver sido complexo:

I – serão fixados em porcentagem não inferior a vinte por cento, calculada sobre o valor da condenação;

II – serão arbitrados pelo juiz, na impossibilidade de aplicação do disposto no inciso I, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

§ 3º Na hipótese de relevante interesse público, direta ou indiretamente satisfeito pela demanda movida pela associação, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar compensação financeira, suportada pelo réu, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. (NR)”

Apesar de serem positivos esses avanços, há motivos para preocupação. O primeiro deles decorre do risco de se tornar o sistema de tutela coletiva um grande balcão de negócios de escritórios especializados. O segundo motivo está no valor dos honorários, que deverão ser fixados em percentagem *não inferior* a vinte por cento, percentagem essa que deverá ser calculada sobre o valor da condenação. Muitas demandas coletivas discutem valores astronômicos de milhões e até bilhões de reais. Nessas hipóteses, entende-se que não seria razoável a fixação de honorários em valor não inferior a vinte por cento sobre o valor da condenação.

6.2.4. A criação de um capítulo especial sobre o procedimento da ação coletiva

A proposta legislativa pretende inserir no Código de Defesa do Consumidor um capítulo específico sobre o procedimento da ação coletiva. Nota-se que há aqui uma alteração ampla e estrutural para o sistema das ações coletivas. O referido capítulo, que seria o I-A, está dividido em três seções: *Seção I – Disposições Gerais; seção II – Da Conciliação; Seção III – Da Tramitação do Processo. Esta Seção também se divide em seis subseções: Subseção I – Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinária; Subseção II – Do Julgamento Antecipado da Lide; Subseção III – Da Prova Pericial; Subseção IV – Da Sentença e do Recurso; Subseção V – Do Cumprimento da Sentença; Subseção VI – Da Audiência Pública e do Amicus Curie.* Com o objetivo de facilitar a análise, na sequência serão transcritas a seção e a subseção, quando for o caso, acrescidas de comentários pontuais.

A primeira dessas seções refere-se às disposições gerais:

“Capítulo I-A

Do Procedimento da Ação Coletiva”

Seção I Disposições Gerais

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.*

§ 1º *O juiz poderá:*

I – dilatar os prazos processuais;

II – alterar a ordem da produção dos meios de prova, até o momento da prolação da sentença, 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.

§ 2º Se a ação for proposta por ente público, 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, cabendo ao juiz realizar a consulta, quando se tratar de associação.

§ 3º O interessado poderá solicitar e o Ministério Público requisitar, de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, para instruir a inicial.

§ 4º Caso seja inestimável ou de difícil mensuração, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.

§ 5º A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de decadência ou prescrição das pretensões individuais e coletivas, direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo a interrupção desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.”

A previsão no sentido de que as ações coletivas devam seguir, na fase de conhecimento, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, traz por um lado segurança, mas por outro enfraquece o sistema de tutela coletiva ao romper com o princípio da máxima amplitude procedimental. Atualmente, qualquer procedimento é cabível, desde que seja o mais adequado para o caso concreto (art. 83 do CDC). Por exemplo, em uma ação civil pública com pedido de condenação de até sessenta salários mínimos, nada impede que a ela se imprima o rito sumário dos artigos 275-281 do CPC. Além disso, convém observar, ainda, que uma ação coletiva nem sempre passará pela fase procedimental de conhecimento. É o que ocorre com as ações coletivas autônomas de execução de títulos executivos extrajudiciais, tais como as execuções judiciais de decisões do Tribunal de Contas ou do CADE ou de execuções judiciais de termos de ajustamento de conduta. Por isso, a melhor redação seria no sentido de que as em regra as ações coletivas de conhecimento seguirão o rito ordinário.

As disposições sobre a possibilidade de dilação dos prazos processuais e de alteração da ordem da produção dos meios de prova são muito bem-vindas e facilitam a adequação da forma às necessidades concretas da demanda coletiva e atendem ao princípio da flexibilização da técnica processual para atender às necessidades do direito material.

A instrução da petição inicial com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre a existência ou não de ação coletiva que

verse sobre o mesmo bem jurídico deveria se aplicar a todos os legitimados ativos nas ações coletivas e não somente aos entes públicos. Trata-se de cadastro público, acessível a todos e, além disso, não é razoável esperar que uma associação proponha uma ação coletiva para depois ser verificado pelo juiz a existência de conexão, litispendência ou até mesmo de coisa julgada. Como a proposta prevê honorários e até compensação financeira para as associações, deve também exigir delas o mínimo de diligência e cuidados no momento de propositura de uma ação coletiva.

A ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo etc. estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*

A previsão de indicação do valor da causa pelo autor, mesmo quando seja inestimável ou de difícil mensuração, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença, não tem boa redação. Na verdade, o que o juiz fixará, em definitivo na sentença, será o valor da condenação, inclusive condenações acessórias. Não se vislumbra muita utilidade deixar para a sentença a fixação em definitivo do valor da causa.

Também é descabida a previsão, constante do art. 90-A, § 5º, da proposta, acima transcrito, de prescrição de pretensões coletivas. Entendemos que é inconstitucional a fixação de prescrição e de decadência para os direitos ou interesses difusos e coletivos. Primeiro em razão de os direitos ou interesses coletivos possuírem no Brasil a natureza de direitos fundamentais (título II, capítulo I, da CF/88). Depois porque a grande prejudicada será a sociedade e o beneficiário geralmente uma pessoa individual, física ou jurídica, que causou dano a direitos da sociedade. Ressalta-se que há decisões na jurisprudência, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, acolhendo com muito acerto a tese de imprescritibilidade da reparação de danos ao meio ambiente. A Constituição Federal de 1988 já orienta nesse sentido ao adotar a regra da imprescritibilidade da pretensão de reparação de danos ao erário (art. 37, § 5º).

A seção II traz regras sobre a conciliação no processo coletivo e assim dispõe:

Seção II Da Conciliação

“Art. 90-B. O juiz, apreciado eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, no prazo máximo 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 O não comparecimento injustificado do réu ou de seu procurador, com plenos poderes para transigir, é considerado ato atentatório à 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 dos Fundos, nacional, distrital ou estaduais, de Direitos Difusos.

§ 3º O não comparecimento injustificado do autor acarretará a assunção da causa pelo Ministério Público, salvo recusa fundamentada.

§ 4º Caso o membro do Ministério Público recuse a assunção da causa, o juiz, não aceitando os fundamentos da recusa, adiará a audiência de conciliação e informará o órgão superior competente da instituição para que, querendo, designe outro integrante.

§ 5º As partes poderão transigir sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos, desde que haja concordância do Ministério Público, devendo a transação ser homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 6º No caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo nesse caso propor ação individual.

§ 7º O juiz ou o relator poderá tentar a conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição.”

A audiência de conciliação passará a ser uma das etapas obrigatórias do procedimento na fase de conhecimento. É indispensável o comparecimento à audiência do autor e do réu, tanto que o não comparecimento injustificado do autor acarretará a assunção da causa pelo Ministério Público, salvo recusa fundamentada, e o não comparecimento injustificado do réu ou de seu procurador, com plenos poderes para transigir, passará a ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com a previsão de aplicabilidade de multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, que será revertida em favor dos *fundos* (nacional, distrital ou estaduais) *de direitos difusos*.

A previsão de transação é muito bem esclarecida no § 5º do art. 90-A, onde está estabelecido que a transação versará sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos e, mesmo assim, é necessária a concordância do Ministério Público. Após homologada por sentença do juiz, o que se faz necessário, a transação passará a constituir

título executivo judicial. Não é possível a transação substancial sobre direitos difusos e coletivos, pois as partes não podem dispor sobre esses direitos indivisíveis e, assim, indisponíveis. A transação será *somente formal* e estará restrita ao modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação. Todavia, o § 6º do mesmo dispositivo prevê, em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, que as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, mas reserva aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo neste caso propor ação individual.

A proposta legislativa ainda incentiva a conciliação, pois o § 7º do art. 90-B estabelece que o juiz ou o relator poderá tentar a conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A seção III, que está dividida em seis subseções, disciplina a tramitação dos processos coletivos. A subseção, que agora será objeto de análise, traz disposições sobre a resposta do réu a audiência ordinatória.

“Seção III Da Tramitação do Processo: Subseção I Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinatória. Art. 90-C. 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 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 no caput não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.

Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões, assegurado o contraditório:

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

II – poderá cindir os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas respectivamente à tutela separada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que preservado o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, assegurada a proteção efetiva ao interesse social e facilitada a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;

IV – poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas;

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

VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo

ou no julgamento da causa, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração;

VII – poderá determinar de ofício a produção de provas.

§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, confidencialmente, não podendo chegar ao conhecimento do juiz.

§ 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.

§ 3º Aplica-se aos processos individuais o disposto no inciso VI deste artigo.”

O prazo para a resposta no processo coletivo será, na fase de conhecimento, fixado pelo juiz e não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias (art. 90-C da proposta). Para isso, preve a proposta legislativa que o juiz leve em consideração a complexidade da causa ou o número dos litigantes. Esse prazo deverá ser contado a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório, pois é possível que a audiência de conciliação, em decorrência da complexidade da causa, se prolongue no tempo. Ao prazo fixado pelo juiz não será acrescido qualquer outro tipo de benefício temporal, mesmo que previsto no CPC.

Prevê o artigo 90-D da proposta que, se não for obtida a conciliação e após apresentada a defesa do demandado, o juiz designará audiência ordinatória depois de tomadas, em contraditório, as seguintes medidas: decidir se o processo terá condições de prosseguir na forma coletiva; analisar se será o caso de cindir os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas respectivamente à tutela separada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que preservado o acesso à justiça dos sujeitos vulneráveis, assegurada a proteção efetiva ao interesse social e facilitada a condução do processo; decidir questões sobre o litisconsórcio e a assistência; analisar se será o caso de encaminhamento, desde que haja a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança das partes, sendo certo que a avaliação neutra de terceiro não vinculará as partes e será entregue, no prazo fixado pelo juiz, diretamente às partes, extra-autos, sem que dela tenha conhecimento o juiz; deverá, ainda, fixar os pontos controvertidos e decidir sobre as questões processuais pendentes, determinando quais são as provas a serem produzidas.

O juiz também poderá determinar a produção de provas de ofício, o que está de acordo com o interesse social sempre presente nas demandas coletivas.

Tal medida não viola a imparcialidade do julgador, pois pressupõe processo em curso, a prova deverá ser pertinente e relevante, deverá fundamentar, assim, a necessidade da prova, observar o contraditório e não poderá determinar a produção de provas obtidas por meios ilícitos. Observados esses limites, estará sendo garantida a imparcialidade do julgador.

Estabelece a proposta, ainda, no inciso VI do art. 90-D, que deverá esclarecer as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo ou no julgamento da causa, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, do CDC, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração, aplicando-se essa disposição também aos processos de tutela individual.

A subseção II versa sobre o julgamento antecipado da lide, dispondo o art. 90-E da proposta:

“Subseção II – Do Julgamento Antecipado da Lide. Art. 90-E. A lide será julgada imediatamente, 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 partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo.”

A previsão é importante, porém seria tecnicamente melhor que a subseção fosse intitulada de *julgamento imediato do mérito*, conforme já proposto, em relação ao CPC, por alguns processualistas. Caso não haja a necessidade de produção de outras provas, o julgamento deverá ser imediato e, no caso, o julgamento imediato será do mérito do processo coletivo, que não pressupõe, necessariamente, a existência de lide, principalmente no caso de tutela jurisdicional indispensável. Como a causa já está pronta para julgamento, não é adequado falar em julgamento antecipado, mas, repita-se, como prevê a própria redação do dispositivo transcrito, em julgamento *imediato*.

Acredita-se que seria suficiente a previsão de observância do contraditório, sem a necessidade de disposição expressa sobre simultaneidade e sucessividade do contraditório, o que poderá gerar dificuldades concretas na compreensão desses conceitos. Caso contrário, seria melhor esclarecer as regras sobre essa simultaneidade e sucessividade do contraditório.

A subseção III traz a disciplina da prova pericial nos processos coletivos e assim dispõe:

“Subseção III – Da Prova Pericial. Art. 90-F. O juiz nomeará perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria, se for

necessária a realização de prova técnica, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício.

§ 1º Competirá ao Poder Público, de preferência com recursos dos Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito devida pela associação autora, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final.

§ 2º Ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental.”

A previsão de preferência para a nomeação de peritos conferida aos servidores públicos especializados na matéria visa facilitar a produção da prova pericial e ao mesmo tempo valorizar servidores públicos que se dediquem aos temas. De qualquer forma, caberá ao poder público, de preferência com recursos dos *fundos*, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal *de direitos difusos*, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito devida pela associação autora, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final. Nada impede também de o juiz, no caso de probabilidade de existência do direito coletivo objeto da demanda, inverter o ônus da prova, determinando que as despesas com a perícia sejam adiantadas pelo demandado.

O direito processual coletivo ainda não é portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimentadas

Pela proposta, observa-se que ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, deverá restituir ao poder público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental. Essa previsão de responsabilização não deverá também, pela isonomia, ter aplicabilidade em relação a outros legitimados ativos, sob pena de inibir o comparecimento em juízo. Por exemplo, não se aplicaria ao Procon como autor; também não se aplicaria a uma fundação pública quando autora em uma demanda coletiva etc.

A subseção IV disciplina a sentença e o recurso nos processos coletivos, assim dispondo nos artigos 90-G e 90-H da proposta:

“Subseção IV – Da Sentença e do Recurso. **Art. 90-G.** Na ação reparatória referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação, independentemente de pedido do autor, consistirá:

I – na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos;

II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e

III – na indenização pelos danos, patrimoniais e morais.

Art. 90-H. O recurso interposto na ação coletiva será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo quando da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os interesses ou bens jurídicos coletivos em questão, inclusive o *periculum in mora* reverso, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.”

Em relação à sentença, convém ressaltar que o art. 90-G somente versa sobre sentença condenatória, o que não impede o cabimento no processo coletivo sobre outros tipos de sentença por força do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva (art. 83 do Código de Defesa do Consumidor). Portanto, continuarão sendo cabíveis sentenças declaratórias, constitutivas, mandamentais, executivas. O dispositivo comentado rompe com a regra da interpretação restritiva do pedido estabelecida no art. 293 do CPC e adota o princípio da *interpretação aberta do pedido e da causa de pedir*, que já estava presente no art. 10 do Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Assim, independentemente de pedido do autor, o juiz poderá fixar na sentença condenatória: prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos; em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e indenização pelos danos, patrimoniais e morais. É possível aplicar a um só caso todas essas condenações; contudo, necessário se faz que o juiz observe o contraditório e advirta as partes dessa possibilidade, fomentando o debate em contraditório no processo coletivo sobre essas questões.

Quanto aos recursos nos sistemas dos processos coletivos, aplica-se a disciplina recursal do Código de Processo Civil. A proposta visa inserir o art. 90-H no CDC, que segue, em linhas gerais, o disposto no art. 14 da Lei 7.347/85, onde está estabelecido que os recursos serão recebidos, em regra, somente no efeito devolutivo, podendo ser conferido efeito suspensivo quando a decisão puder resultar lesão grave ou de difícil reparação. Agora, a proposta é mais detalhista sobre a concessão de efeito suspensivo ao recurso no processo coletivo nas situações em que a decisão tenha o condão de causar lesão grave ou de difícil reparação. Nessas hipóteses, o juiz, a requerimento do

interessado, ponderando os interesses ou bens jurídicos coletivos em questão, inclusive o *periculum in mora* reverso, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

A subseção V cria um dispositivo (art. 90-I) sobre o cumprimento da sentença nos processos coletivos, que assim passa a estabelecer:

“Subseção V – Do Cumprimento da Sentença. Art. 90-I. O juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, para fiscalizar e implementar atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, atendendo às diretrizes por ele estabelecidas.”

A previsão é inovadora e poderá desjudicializar um pouco a liquidação e a execução de sentença nos processos coletivos, adequando essas fases ao que já acontece em outros países. Assim, a previsão de nomeação de pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, com a finalidade de fiscalizar e implementar a liquidação e o cumprimento de sentença de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo juiz, poderá agilizar e desburocratizar essas etapas procedimentais do processo coletivo. Seria necessário também que a proposta já estabelecesse as diretrizes sobre a remuneração da pessoa a ser nomeada pelo juiz.

A subseção seguinte, que é de número VI, é inovadora em termos de ampliação da legitimação social dos processos coletivos, pois prevê a realização de audiências públicas pelo juiz ou tribunal nas demandas coletivas, conforme já vem sendo realizado pelo Supremo Tribunal Federal em causas de ampla repercussão social, e, ainda, passa a admitir a intervenção do *amicus curiae* nos processos coletivos, nos termos dos artigos art. 90-J e 90-H da Proposta de alteração do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor:

“Subseção VI Da Audiência Pública e do ‘Amicus Curiae’. Art. 90-J. O juiz ou tribunal, em qualquer instância, 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, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de amicus curiae.”

A proposta ainda traz outras alterações importantes aos sistemas das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor. Uma delas insere no CDC o art. 95-A, o qual prevê que o juiz deverá, sempre que for possível, fixar, na sentença condenatória de reparação pelos danos individualmente sofridos, o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano, além de estabelecer várias regras para a fixação desses valores. Com isso, rompe com o paradigma da exclusividade da sentença condenatória genérica prevista atualmente no art. 95 do CDC.

“Art. 95-A. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º Quando a determinação do valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo depender de informações em poder do réu, este deverá prestá-las, no prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária e outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

§ 3º Aplica-se aos interesses ou direitos individuais homogêneos o disposto no art. 90-G.”

A proposta legislativa ainda insere o § 3º ao artigo 102 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo que: *Proposta a ação prevista no caput, a Advocacia Pública poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar como litisconsorte do autor, desde que compatível com o interesse público.*

Também está prevista na proposta a criação do art. 104-A do CDC, onde são fixadas diretrizes principiológicas e regras processuais sobre a priorização no processamento das ações coletivas, assim como sobre a suspensão das ações individuais de caráter exclusivamente patrimonial, além de dispor a necessidade de os juízes justificarem o descumprimento de prazos a eles previstos nos processos coletivos.

“Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo.

§ 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos.

§ 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual conceder medidas de urgência ou assegurar o mínimo existencial.

§ 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador.”

6.2.5. A criação dos cadastros nacionais de processos coletivos, inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta

A proposta também cria os cadastros nacionais de processos coletivos, de inquéritos civis e de compromissos de ajustamento de condutas, inserindo no

CDC o capítulo V, art. 104-B. A disciplina desses cadastros já estava presente no PL 5.139/09 (capítulo IX, arts. 54 e 55). Já existe atualmente a disciplina desses cadastros no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, o que está em fase de implantação. Enquanto o CNJ organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, o CNMP organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Termos de Ajustamento de Conduta. Esses cadastros serão fundamentais para a transparência do direito processual coletivo e também para se evitar decisões conflitantes, litispendência e até a violação sobre a coisa julgada coletiva. Consta da proposta:

“Capítulo V – Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta”

‘Art. 104-B. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações nele constantes.

§ 2º Qualquer órgão legitimado que tenha tomado compromisso de ajustamento de conduta remeterá, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.’”

6.2.6. A alteração da redação de dispositivos da Lei da Ação Civil Pública (§ 5º do art. 5º e art. 16 da Lei 7.347/85) sobre o litisconsórcio e a coisa julgada

A proposta dispõe sobre a alteração dois dispositivos da Lei da Ação Civil Pública. O primeiro deles para admitir expressamente a previsão de litisconsórcio entre defensorias públicas. Contudo, seria importante corrigir também o erro de redação do sistema atual, que está sendo mantido, pois o Ministério Público do Distrito Federal integra o Ministério Público da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal também integra a Defensoria Pública da União. A segunda alteração visa corrigir a redação do artigo 16 da LACP, para retirar a previsão de limitação da coisa julgada à base territorial do órgão prolator da decisão, que é muito bem-vinda e atende ao pleito de grandes doutrinadores brasileiros. É um absurdo limitar os efeitos da coisa

julgada à base territorial da competência do juiz que julgou a demanda coletiva, pois competência é mera regra processual, enquanto a coisa julgada deve atender os limites do direito material coletivo.

“Art. 2º O § 5º do art. 5º e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘(...)

§ 5º Independentemente da justiça competente, admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei (NR)’.

(...)

‘Art. 16 A sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas. (NR)’.”

6.2.7. A previsão de revogação de dispositivos do CDC (art. 93) e da Lei 9.494/97 (art. 2º-A)

A proposta legislativa analisada ainda prevê a revogação do art. 93 do CDC, o que é necessário tendo em vista a nova disciplina da competência prevista no art. 81-A da proposta, já analisada.

A outra revogação, que também é muito bem-vinda, é a do art. 2-A da Lei 9.494/97, pois a restrição dos efeitos da coisa julgada aos associados residentes na base territorial do prolator da decisão e a exigência de autorização assemblear, conforme prevê o artigo revogado, é inconstitucional, pois restringe, sem justificativa, a atuação das associações no processo coletivo⁶⁶. A doutrina em peso já vinha criticando e muito esse o dispositivo, apontando suas inconstitucionalidades.

“Art. 3º Revogam-se:

I – o art. 93 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

II – o art. 2º-A da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997.”

6.2.8. Direito intertemporal na proposta legislativa em análise

Por fim, observa-se que por força do artigo 4º da proposta legislativa, abaixo transcrito, não haverá prazo de *vacatio legis*.

“Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.”

Como se trata de lei processual, as suas disposições deverão ter aplicabilidade imediata, até mesmo nos processos em curso (art. 1.211 do Código de Processo Civil e art. 3º do Código de Processo Penal), respeitados, como deverá ser natural, os direitos processuais adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Por exemplo, se o poder público já foi citado como demandado em uma ação coletiva, não será razoável que o juiz restrinja-lhe o prazo de defesa, que pela nova proposta passa a ser fixado pelo juiz, pois no caso já existirá direito processual adquirido ao prazo legal previsto quando da vigência da nova lei.

7. Conclusões

1. A inserção dos direitos coletivos como direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais (título II, capítulo I, da CF/88), implantou no Brasil uma nova *suma divisio* constitucionalizada, superadora da *summa divisio* clássica direito público e direito privado.

2. Foi por força da Constituição Federal de 1988 que surgiu, no Brasil, o direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, com método, objeto, princípios e regras processuais próprios, os quais são fundamentais para o estudo, a aplicação e reformas legislativas relacionados com as ações coletivas.

3. A Lei 7.347/85 é um divisor de águas no âmbito dos grandes momentos históricos da tutela coletiva no Brasil, pois foi pelo seu intermédio que ingressou no Brasil o movimento mundial pela coletivização do direito processual.

4. A CF/88 foi o momento histórico mais importante e transformador no plano da tutela coletiva no país, pois, além de inserir os direitos coletivos como direitos fundamentais (título II, capítulo I), conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas, além de romper com o sistema da taxatividade do objeto material do direito processual coletivo (art. 129, III, da CF/88).

5. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) aperfeiçoou, em muito, o sistema brasileiro de tutela coletiva, primeiramente por adotar uma classificação tripartida dos direitos ou interesses coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos, art. 81, parágrafo único) e, depois, por ter criado um microssistema comum de tutela jurisdicional coletiva, formado pela aplicabilidade integrada entre o próprio CDC (art. 90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 21).

6. Apesar de existirem várias propostas que visam a criação no Brasil de um Código de Processos Coletivos, entende-se que ainda não é o momento apropriado para a implantação desse modelo legislativo, pois ainda há a necessidade de maturação doutrinária e jurisprudencial sobre a tutela coletiva, principalmente no plano das diretrizes da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

7. O PLC 5.139/09 e, com destaque, a proposta de reforma do CDC sobre a disciplina das ações coletivas, trazem significativos avanços para o sistema brasileiro de tutelas coletivas, o que poderia representar um grande passo para a criação, no futuro, de um adequado Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo.

8. A proposta legislativa do Senado Federal de alteração do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor traz, em regra, muitos avanços, mas alguns dispositivos podem representar retrocesso, com destaque para a previsão de prescrição em relação às pretensões coletivas, de forma que há a necessidade de melhor aperfeiçoamento de alguns pontos da proposta.

9. Diante disso, ressalta-se que é imprescindível a orientação no sentido de que as diretrizes interpretativas, que são geradas pela incidência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da aplicação e das reformas legislativas inerentes ao direito processual coletivo em geral e às ações coletivas em especial.

Notas

*Outras qualificações do autor:

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais 2008-2011. Atualmente, Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão de Juristas do Ministério da Justiça que elaborou o Anteprojeto convertido no PL 5.139/2009 sobre a nova Lei da Ação Civil Pública. Professor e Coordenador do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Integrante, na vaga de jurista, da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor Visitante do Curso de Doutorado da Universidad Lomas de Zamora – Buenos Aires (Argentina). Professor Visitante do Programa de Pós-graduação sobre Gestión de Políticas Públicas Ambientales en el Marco de la Globalización – Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Autor de vários livros, com publicações no Brasil e no Exterior.

¹ A respeito da importância das forças sociais e políticas na elaboração da CF/88, manifestou CITTADINO, Gisele: “(...) A Constituição Federal de 1988, elaborada através de um processo de

participação no qual estiveram presentes as mais variadas forças, é reveladora de como o retorno ao direito pode significar uma valorização do espaço público da política.” *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 234. Relatam BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de: “Enfim, uma Constituinte, como nunca, aliás, houve em nossa história constitucional de várias repúblicas e um império, em que o povo esteve realmente perto dos mandatários da soberania e sem quaisquer obstáculos lhes trouxe o subsídio de sua colaboração e o préstimo de sua vontade. A presença da sociedade nunca faltou, portanto, nas diversas ocasiões em que ocorreram dramáticos conflitos de interesses, dos quais haveria de emergir afinal as regras básicas disciplinadoras de matéria a ser posta no texto da Constituição.” *História constitucional do Brasil*, p. 495-6.

² Sobre as pessoas coletivas, aduz ANDRADE, Manuel A. Domingues de: “(...) são organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial (massa de bens), tendo em vista a prossecução de um interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é, reconhece como centros autônomos de relações jurídicas (...)”. Acrescenta o jurista português: “(...) Pessoa colectiva é desde logo o próprio Estado (art. 37º). São pessoas colectivas os concelhos (Cód. Administrativo, art. 14ª), as freguesias (Cód. Adm., art. 196 º, § único) e as províncias (Cód. Adm., art. 284º, § único), as Misericórdias (Cód. Adm., arts. 416º e 433º), as associações religiosas (Cód. Adm., arts. 416º e 449º), as sociedades comerciais (Cód. Com., art. 108º). E os exemplos poderiam multiplicar-se”. *Teoria da relação jurídica*: sujeitos e objeto, v. I, p. 45-6.

³ Afirma MIRANDA, Jorge: “Não se trata de uma equiparação. Pelo contrário, trata-se de uma limitação: as pessoas colectivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm ‘todos’ os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas colectivas ou a instituições (v.g., o direito de antena) (...)”. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais, tomo IV, p. 219.

⁴ Aduziu SILVA, José Afonso da: “A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos coletivos?” *Curso de direito constitucional positivo*, p. 195.

⁵ SILVA, José Afonso da: “Muitos desses ditos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores (nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e II, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns

deles não são propriamente direitos coletivos, mas ‘direitos individuais de expressão coletiva’, com as liberdades de reunião e de associação.” *Curso de direito constitucional positivo*, p. 194.

⁶ Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159-60.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 22-57.

⁸ No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de que o Estado constituía uma realidade autónoma em face à sociedade.” *Teoria geral do Estado*, p. 158.

⁹ ZIPPELIUS, Reinhold: “(...) no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso – deve-se concluir – pelo justo equilíbrio daqueles interesses.” *Teoria geral do Estado*, p. 159.

¹⁰ Também é inquestionável que a Constituição contém tanto normas de “Direito Público”, quanto de “Direito Privado” e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme assim o faz a *summa divisio* clássica.

¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 13.

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 159-65. GIDI, Antônio, em seu livro sobre *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1996, também já antevia um futuro florescimento do direito processual coletivo.

¹³ Nesse sentido, escreve LUÑO, Antonio E. Perez que o horizonte do constitucionalismo atual dos direitos fundamentais desempenha dupla função: a) no *plano subjetivo*, eles seguem atuando como garantias das liberdades individuais, sendo que a esse papel clássico soma-se agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no *plano objetivo*, eles assumem uma dimensão institucional a partir da qual seus conteúdos devem funcionar visando a consecução dos fins e valores proclamados constitucionalmente. *Los derechos fundamentales*, p. 25.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (orgs.). *Manual de derecho constitucional*, p. 90. Em outra oportunidade, escreveu HESSE, Konrad: “Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por outro lado, eles são ‘direitos subjetivos’, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, arts. 3º, 4º, 5º, 8º e 9º, da Lei Fundamental), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou

a liberdade de seu âmbito de vida (Por exemplo, arts. 6º, alínea 1, 14, alínea 1, e 5º, alínea 3, da Lei Fundamental). Por outro, eles são ‘elementos fundamentais para a ordem objetiva’ da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, art. 7º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5, da Lei Fundamental). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos.” *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 228-9.

¹⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*, p. 79-96.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang: “Consoante ficou devidamente comprovado no item anterior, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva. Além disso, há que levar em conta, neste contexto, o fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos (...).” *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 170-1.

¹⁷ Não obstante as divergências existentes em outros países, a doutrina e a jurisprudência no Brasil caminham no sentido seguro da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, conforme orientação consagrada na Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel: “No direito brasileiro, não há maiores dificuldades processuais para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, diante do exercício, por todos os juízes, da jurisdição constitucional. Não obstante, é importante destacar que, corroborando a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência admitem que entidades privadas figurem no polo passivo de remédios constitucionais voltados para a tutela desses direitos, como o ‘habeas corpus’, o ‘habeas data’, a ação popular e a ação civil pública.” *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 376.

¹⁸ Tivemos a oportunidade de sustentar, em nossa dissertação de mestrado, defendida em 2000, depois publicada (2003), que o *direito processual coletivo brasileiro* surgiu como novo ramo do direito processual com a CF/88, a qual implantou no País uma nova ordem jurídica, dinâmica, aberta e de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, inseridos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Assim, o *direito processual coletivo*: “(...) é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutela, no ‘plano abstrato’, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no ‘plano concreto’, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade

social.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 22.

¹⁹ Concluem os renomados juristas: “Aplicam-se-lhe todos os ‘princípios gerais’ do direito processual (v. cap. IV), mas, além desses, tem ele princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade *ad causam* e aos poderes do juiz etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas.” *Teoria geral do processo*, p. 133. Também, no mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*, p. 302-308.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 27.

²¹ Para uma abordagem pontual e ampla sobre os principais institutos e categorias do direito processual coletivo, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 22.

²³ Idem, ibidem, pp. 18-9.

²⁴ Sobre o movimento pela codificação, ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Também, em obra excelente que está sendo lançada, GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Outro trabalho que merece consulta: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Também não pode ser esquecida a grandeza da seguinte obra coletiva: GIDI, Antonio; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da inflação legislativa em relação a outras, os princípios constitucionais expressos ou implícitos constituem, na visão do novo constitucionalismo, parâmetros sob os quais devem ser orientados o estudo, a reforma e a aplicação do direito no plano de uma ordem jurídica democrática.” *Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: algumas considerações reflexivas*. In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (coords.). São Paulo: Saraiva, p. 324, 2007.

²⁶ Para uma análise do confrontamento entre duas das grandes concepções sobre princípios no neoconstitucionalismo, a de Dworkin e a da Alexy, conferir PULIDO, Carlos Bernal: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 569-76. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

²⁷ Estão arrolados no PL 5.139/09 (conferir substitutivo do deputado federal Antonio Carlos Biscaia, relator, constante no Parecer apresentado no dia 03.03.2010) como princípios da tutela coletiva: “Art. 3º A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX – preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva.”

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, pp. 567-79. Em texto com publicação recente, intitulado *Direito processual coletivo*, GRINOVER, Ada Pellegrini aponta os princípios e institutos fundamentais do direito processual coletivo, naquilo em que eles se diferenciam dos que regem o direito processual individual. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*, p. 279-391. VENTURI, Enton, em sua obra sobre o tema do processo coletivo, arrola como princípios da tutela jurisdicional coletiva: a) Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva; b) princípio da tutela jurisdicional coletiva diferenciada; c) princípio do devido processo social; d) princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva; e) princípio da interpretação pragmática. *Processo civil coletivo*, p. 133-59.

²⁹ Em uma dimensão um pouco mais restrita, prevê o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, 3a. versão, out./2005, coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover: “Art. 4º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Parágrafo único. O requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de cinco dias.” Essa mesma orientação consta agora do art. 5º da última versão (dezembro de 2006) do anteprojeto USP.

³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 583-4.

³¹ Consta do art. 67 do PL 5.139/09: “Art. 67. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.”

³² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 580-5.

³³ Idem, ibidem, p. 586-608.

³⁴ O anteprojeto da LACP (Lei 7.347/85) foi elaborado pelos juristas Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Junior, que ampliaram a primeira proposta sobre a Ação Civil Pública Ambiental, que tramitava no Congresso Nacional, elaborada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior. Com dois projetos no Congresso Nacional, o primeiro apresentado pelo deputado federal Flávio Bierrenbach (PL 3.034/84) e o segundo, elaborado pelos três primeiros juristas, acima citados, por ter sido apresentado como mensagem do governo federal (PL 4.984/85), teve prioridade na tramitação e foi aprovado como Projeto do Governo, tendo sido convertido na Lei 7.347/85. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 814-5.

³⁵ CAPPELETTI, Mauro; GARTY, Bryant: “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforço é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965-1970).” *Acesso à justiça*, p. 49.

³⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, p. 18.

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 428-42.

³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 16-30.

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de: “Integração entre os sistemas da LACP e do CDC. Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º, VIII). Este instituto, embora se encontre topicamente no Título III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.” *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 864. É o entendimento, também, de LEONEL, Ricardo de Barros: “No centro do sistema, como vetores de princípios básicos, encontram-se o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que se complementam e interagem recíproca e integralmente. Os outros diplomas integram esse mesmo sistema de forma secundária, tratando de particularidades de determinadas matérias. Todas estas demais leis são informadas igualmente pelos princípios da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor.” *Manual do processo coletivo*, p. 148.

⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, p. 19-21.

⁴¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 489-500.

⁴² Esclarecem Roberto BERIZONCE; Roberto, GRINOVER; Ada Pellegrini e SOSA, Angel Landoni: “A ideia de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido maio de 2002, no VII Seminário Internacional coorganizado pelo ‘Centro di Studi Giuridici Latino Americani’ da ‘Università degli Studi di Roma – Tor Vergata’, pelo ‘Instituto Ítalo-Latino Americano’ e pela ‘Associazione di Studi Sociali Latino-Americani’. E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a ideia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembleia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos-Modelos de Processo Civil e de Processo Penal (...)” Continuam os consagrados juristas: “Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideú, em outubro de 2002, onde a proposta foi transformada em anteprojeto.” *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*: Exposição de Motivos. In: Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, n. 121, mar./2005, p. 135-6. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, conferir a obra coletiva *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*: hacia un código modelo para iberoamérica, coordenada por GIDI, Antonio e MC-GREGOR, Eduardo Ferrer. México: Editorial Porrúa, 2003. Também GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* – Exposição de Motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, p. 24-32.

⁴³ Como trabalhos doutrinários que são, os *Códigos-Modelos* visam servir como fonte de princípios e de regra de interpretação jurídica e também como fonte de inspiração para as reformas legislativas em relação aos países filiados à mesma família jurídica e que tenham cultura jurídica comum.

⁴⁴ BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*: Exposição de Motivos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, n. 121, mar./2005, p. 136.

⁴⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação, p. 86-98.

⁴⁶ Para uma análise em torno do tema, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação.

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Existem muitos obstáculos à tutela dos direitos ou interesses de massa a serem ainda superados no Brasil. O ideal seria que fosse providenciado um corpo próprio de normas processuais, talvez um Código de Processo Coletivo, com regras e princípios próprios. Também

seria um significativo avanço a criação pelas leis de organização judiciária de ‘varas especializadas’ na tutela dos interesses transindividuais, pois um dos grandes problemas é a dificuldade do judiciário, já ressaltada por Kazuo Watanabe, na compreensão da matéria.” *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 85.

⁴⁸ GRINOVER Ada Pellegrini, além de ter participado ativamente da criação do *Código-Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América*, coordena atualmente a elaboração de anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, já tendo escrito artigos específicos sobre o tema: “O Código-Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina ‘Processos Coletivos’, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a ideia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas (...)” *Rumo a um código brasileiro de processos coletivos*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. p. 14.

⁴⁹ Antonio Gidi foi quem apresentou a primeira proposta concreta sobre a codificação em delate: Código de processo civil coletivo – um modelo para países de direito escrito. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 111, jul./set. 2003, p. 192-208.

⁵⁰ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes coordenou a elaboração do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos cuja preparação foi realizada em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa).

⁵¹ Vicente de Paula Maciel Júnior coordenou os trabalhos de elaboração do Anteprojeto de Código de Processos Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵² Em sua entrevista, concluiu NERY JUNIOR, Nelson: “A ideia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha a sua própria principiologia regulada de forma normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para as diretrizes constitucionais”. In: Boletim informativo *MPMGJurídico*, edição 3, dez.2005 e jan.2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

⁵³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*.

⁵⁴ GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 489-500.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um código brasileiro de processos coletivos – exposição de motivos e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos

(coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, p. 1-24. A última versão do Anteprojeto USP, datada de dezembro de 2006, poderá ser encontrada no livro *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, obra coletiva coordenada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe, p. 453-64.

⁵⁶ Para uma análise crítica em torno desses anteprojetos, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 89-125.

⁵⁷ MACIAL JÚNIOR, Vicente de Paula: “Para nós a ação coletiva deve ser uma ação coletiva deve ser uma ação temática. Mas, o que significa isso? Entendemos que a ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a discussão de temas. Esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados. Assim, por exemplo, a construção de uma praça pública que gere a destruição de uma grande área verde em um determinado bairro de uma cidade, podendo afetar o manancial de água ou mesmo a qualidade do ar, suscita uma questão ambiental onde diversos interessados poderão ter entendimentos divergentes sobre a questão. Essa questão ambiental referente a determinado fato concreto de uma cidade será o tema da ação coletiva.” *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas, p. 178.

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale (coords.). FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: LTr, 2003, p. 400.

⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 141-61.

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 15-37.

⁶¹ ALMEIDA, *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 150-61.

⁶² Na verdade, os artigos mencionados neste texto seguem a ordem numérica do substitutivo do último parecer do deputado federal e relator do PL 5.139/09, Antonio Carlos Bisciaia, apresentado no dia 03.03.2010.

⁶³ Consta do inciso III, do art. 2º do PL 5.139/09: *Individuais homogêneos, assim entendidos aqueles divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio*.

⁶⁴ Melhor redação é a do PL 5.139/09, art. 2º, § 1º: *A tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica*.

⁶⁵ Art. 2º, § 2º, do PL 5.139/09: *a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial*.

⁶⁶ Consta do art. 2-A da Lei 9.494/97: *A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a*

petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*: sujeitos e objecto. Coimbra: Almedina, v. I, 1992.

BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini e SOSA, Angel Landoni *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*: Exposição de Motivos. Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 121:132-140, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros: 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETI, Mauro; GARTY, Bryant. *Acesso à justiça*. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antonio; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIDI, Antonio. *Código de processo civil coletivo*: um modelo para países de direito escrito. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111:192-208, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, KAZUO (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da vigésima edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIAL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, T. IV, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Entrevista concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao boletim informativo *MPMGJurídico*, edição 3, dez.2005 e jan.2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RIIT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. (Trad. de António Cabral de Moncada). 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.