

**AS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: DE
ONDE VIEMOS, ONDE ESTAMOS E PARA ONDE VAMOS?**

**COLLECTIVE ACTIONS IN CONTEMPORARY BRAZILIAN LAW: WHERE WE
COME FROM, WHERE ARE WE AND WHERE WILL WE GO?**

Andre Vasconcelos Roque

Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ.
Professor de Direito Processual Civil em cursos de pós-
graduação (UFJF e UNIT). Membro do IBDP, CBAr e IAB.
Advogado.

RESUMO: O tema das ações coletivas, nas últimas décadas, vem recebendo destaque cada vez maior na doutrina brasileira. O desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil foi marcado por três grandes momentos: a aprovação da Lei da Ação Civil Pública em 1985, a promulgação da Constituição da República de 1988, e o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990. No entanto, embora não sejam poucos os méritos, os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual. O presente artigo, assim, visa a investigar quais são as perspectivas para as ações coletivas no Brasil, destacando o recente desenvolvimento de um microssistema de processos coletivos, as tentativas de codificação sobre a matéria e o papel que elas desempenharão no futuro, junto com outros meios de resolução coletiva de litígios.

PALAVRAS-CHAVE: Ações coletivas – Microssistema – Reformas legislativas – Incidente de resolução de demandas repetitivas.

ABSTRACT: The theme of collective actions, in recent decades, received growing attention in the Brazilian doctrine. The development of collective protection in Brazil was marked by three major episodes: the approval of the Public Civil Action Law in 1985, the

promulgation of the Constitution of 1988 and the advent of the Code of Consumer Protection in 1990. However, in spite of its considerable merits, collective actions in Brazil failed in its promise to provide uniformity of decisions, speed and procedural economy. This article therefore aims to investigate what are the prospects for collective action in Brazil, highlighting the recent development of a microsystem of collective actions, the attempts to approve a code on the matter and the role they will play in the future, along with other collective dispute resolution procedures.

KEYWORDS: Collective actions – Microsystem – Legislative reforms – Incident of repetitive dispute resolution.

SUMÁRIO: 1. De onde viemos – 2. Onde estamos – 3. Para onde vamos; 3.1 O microssistema dos processos coletivos; 3.2 Rumo à codificação?; 3.3 As ações coletivas e outros meios de resolução coletiva de litígios – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. De onde viemos

O tema das ações coletivas, nas últimas décadas, vem recebendo destaque cada vez maior na doutrina brasileira. Mesmo a partir das discussões que se desenvolvem sobre o novo Código de Processo Civil, que concentrou sua atenção em outro instituto voltado à resolução de litígios de massa (o “incidente de resolução de demandas repetitivas”), não se arrefeceram os debates sobre os novos rumos da tutela coletiva no Brasil, suas perspectivas e dificuldades. A rejeição, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que propunha uma nova Lei da Ação Civil Pública, foi apenas uma etapa (negativa?) no lento processo de aprimoramento da tutela coletiva no Brasil.

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo¹. Em qualquer ação dessa

¹ Segundo MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30, a noção de legitimidade extraordinária (que se caracteriza pela falta de coincidência entre as partes da relação jurídica

natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diferencia-se o instituto em questão do litisconsórcio, na medida em que tal fenômeno seria incapaz de tutelar de forma minimamente eficiente e adequada os interesses de milhares ou até mesmo de milhões de pessoas em um único processo, sem comprometer seu bom andamento e sua razoável duração.

Sem dúvida nenhuma, o direito brasileiro ocupa papel de destaque entre os países da *civil law* no âmbito das ações coletivas. Não é a oportunidade adequada para se apresentar um exame histórico detalhado da matéria no Brasil, mas não se poderia deixar de destacar três diplomas que foram essenciais para a consolidação da tutela coletiva no país: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Ao longo dos últimos vinte anos, não apenas foram aprovadas estas e outras leis importantíssimas, como se despertou o interesse de substancial doutrina sobre o tema. O assunto desponta, a todo momento, em inúmeras monografias, dissertações de mestrado, teses de doutoramento e artigos específicos².

Em linhas gerais, as ações coletivas brasileiras se desenvolveram a partir das *class actions* norte-americanas, mas por via indireta, principalmente através dos estudos da doutrina italiana na década de setenta do século passado³. Embora já existisse no Brasil a Lei da Ação Popular desde a década anterior (Lei nº 4.717/1965), até aquele momento, a doutrina ainda não havia voltado as suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua tutela em juízo⁴.

Os estudos da doutrina italiana sobre o tema durante os anos setenta foram aqui recebidos por importantes processualistas. O desenvolvimento da problemática atinente à proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos foi marcado pelo

processual e as partes da relação jurídica de direito material defendida em juízo) seria essencial à definição de uma ação coletiva.

² V. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 308/309.

³ V., GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17/23, reproduzido em GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. 9 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 792/797.

⁴ V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 192.

pioneiro estudo do mestre José Carlos Barbosa Moreira, intitulado *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”* e publicado originalmente ao final da década de setenta⁵. Em síntese, tal estudo estabeleceu uma tipologia dos interesses supraindividuais, refletindo na classificação legal adotada anos mais tarde pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor⁶.

Ainda no final da década de setenta do século XX, também se destacaram no estudo do tema os não menos eminentes juristas Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, que publicaram importantes trabalhos, em que buscavam desbravar os novos conceitos e questões envolvidas na tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos⁷. Os esforços e o ativismo da doutrina processualista, aliados à fase de redemocratização e de fortalecimento dos novos direitos por que passava o Brasil na década seguinte, criaram as condições ideais para o desenvolvimento da tutela coletiva⁸. O Ministério Público começou também a chamar para si novas responsabilidades, como a proteção ambiental e ao patrimônio público, indo além da tradicional persecução penal e da defesa dos incapazes.⁹

⁵ V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. In: *Temas de direito processual* (primeira série). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110/123.

⁶ V., nesse sentido BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular...* Op. Cit., especialmente p. 111/113, refletindo sobre hipóteses que caracterizam os atuais direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Por outro lado, a noção de direitos individuais homogêneos constitui uma inovação do sistema jurídico brasileiro, em certa medida inspirado neste aspecto nas *class actions* americanas de tipo (b)(3). V. WATANABE, Kazuo. Disposições gerais (arts. 81 a 90). In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...* Op. Cit., p. 826.

⁷ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990 (estudo publicado originalmente em 1979) e OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*, *Revista de Processo*, n. 33, p. 7/25, jan./mar. 1984 (trabalho publicado originalmente em 1978).

⁸ V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 193; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 4, p. 30. Segundo pondera Márcio Flávio Mafra Leal, não houve propriamente um movimento social para o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil, mas sim uma “revolução” de professores e profissionais do Direito, influenciados pelos estados da doutrina italiana. V. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 184. No entanto, se não fossem as condições sociais e históricas de redemocratização do Brasil na época, é provável que os processos coletivos tivessem ficado confinados aos círculos acadêmicos.

⁹ V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 193.

2. Onde estamos

Como já visto acima, o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil foi marcado por três grandes momentos: a aprovação da Lei da Ação Civil Pública em 1985, a promulgação da Constituição da República de 1988, e o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990¹⁰. Passados mais de vinte anos desde a aprovação da Lei de Ação Civil Pública, o direito brasileiro consolidou-se em uma posição de vanguarda na matéria. A experiência do Brasil influenciou outros países, sobretudo na América Latina, a prestigiarem e consolidarem a tutela de direitos e interesses transindividuais em seus ordenamentos jurídicos¹¹.

A legislação brasileira atual em termos de ações coletivas, que se encontra estruturada basicamente na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, revela extraordinários méritos. Em primeiro lugar, o art. 81 do Código consumerista estabelece uma definição legal do que constituem os interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, evitando controvérsias que ainda não foram bem resolvidas até hoje em outros países¹². Além disso, inovando em relação à doutrina italiana clássica, previu uma categoria dos chamados direitos e interesses individuais homogêneos, em certa medida inspirada nas *class actions* americanas de categoria (b)(3), permitindo assim que direitos individuais de origem comum pudessem ser coletivamente tutelados em

¹⁰ Evidentemente, o presente estudo não tem por objetivo apresentar um exame histórico detalhado das ações coletivas no Brasil. Sobre o tema, entre muitos outros, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 191/200; LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. Cit., p. 183/187; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150/158; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36/40; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52/55 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47/55.

¹¹ De uma forma geral, a influência foi sentida de forma indireta, passando sobretudo pelos princípios do Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América, que incorporou a ideia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações. Nesse sentido, relatando a influência do Código Modelo sobre as legislações do Uruguai, Argentina, Portugal, Chile, Paraguai, Peru, Venezuela e Colômbia, em maior ou menor extensão, v. 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 da 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, p. 26/27.

¹² Segundo José Carlos Barbosa Moreira, os direitos difusos eram conhecidos ao final da década de setenta na doutrina italiana como um “personagem absolutamente misterioso”. V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro... Op. Cit., p. 113. A expressão é encontrada em VILLONE, Massimo. *La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 73.

um único processo, com o objetivo de promover o acesso à justiça, a economia processual e uniformidade das decisões.

Ainda que se possa eventualmente questionar se o direito pátrio andou bem ou não em estabelecer uma categorização apriorística de direitos que podem ser tutelados em processos coletivos¹³, não há dúvidas de que a solução prevista representou uma louvável tentativa de superação das controvérsias doutrinárias então existentes¹⁴.

Além de romper, ainda que em parte¹⁵, com o dogma do processo individualista, preocupado apenas em resolver conflitos atomizados, não molecularizados¹⁶, a legislação brasileira ainda revela outros méritos. Algumas disposições do CDC são muito interessantes.

Um exemplo é o regime da coisa julgada, em que não se aderiu à sistemática *pro et contra* (com a formação de coisa julgada material *erga omnes* independentemente do resultado), nem à alternativa do modelo *secundum eventum litis* (em que somente haverá formação de coisa julgada material em caso de vitória do grupo). O legislador brasileiro procurou contornar os inconvenientes dos dois modelos clássicos, ao estabelecer um regime peculiar, no qual a coisa julgada opera com eficácias diferentes nos planos coletivo e individual. No plano coletivo, a coisa julgada se apresenta *pro et contra*, impedindo que sejam repropostas ações coletivas idênticas por qualquer dos colegitimados, independentemente do resultado da demanda¹⁷. Entretanto, a extensão de seus efeitos à esfera jurídica dos membros da coletividade terá eficácia *secundum eventum litis*, somente para beneficiar o grupo (art. 103 do CDC). Embora talvez seja a hora de repensar o regime

¹³ Para uma crítica ampla sobre o tema, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 542 e ss.

¹⁴ V. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*. 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 82/86.

¹⁵ A ressalva é importante porque a legislação brasileira em matéria de ações coletivas ainda não conseguiu romper completamente as amarras do processo individual. Nesse sentido, entre outros, v. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 109 (entendendo que nem mesmo as recentes propostas de sistematização, analisadas a seguir, conseguiram romper com os dogmas do processo individual regulado no CPC).

¹⁶ A expressão é utilizada por Kazuo Watanabe. V. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense, *Revista de Processo*, n. 67, jul./set. 1992, p. 23.

¹⁷ Salvo na hipótese de improcedência por insuficiência de provas em relação às ações para defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, hipótese em que não haverá a formação de coisa julgada material (coisa julgada *secundum eventum probationem*) e uma nova ação coletiva poderá ser proposta por qualquer um dos legitimados ativos, desde que se apresente nova prova.

da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras¹⁸, não se pode deixar de reconhecer que a solução apresentada é bem interessante.

Apesar dos méritos da legislação sobre ações coletivas no Brasil, há ainda muito a se fazer. A experiência brasileira na matéria se amadureceu razoavelmente, mas também revelou sérias deficiências de nosso sistema. Uma das dificuldades observadas na prática tem sido o tempo de tramitação das ações civis públicas. Muito embora se trate de uma questão comum a todo o processo civil, que ainda não recebeu o equacionamento devido em muitos outros países mundo afora¹⁹, sendo ilusão imaginar que a morosidade da justiça seria um problema exclusivamente nacional, não se pode também ignorar que o problema assume feições ainda mais graves e patológicas no âmbito das ações coletivas brasileiras.

Além disso, embora seja verdade que a legislação brasileira teria rompido, pelo menos em parte, com o dogma de um processo eminentemente individualista, não se pode deixar de considerar que nenhuma ruptura ocorre sem resistência. Inicialmente, alguns juristas e juízes apontaram obstáculos aparentemente insuperáveis nas ações coletivas ou consideraram que estava sendo instituído um injusto privilégio contra o réu, especialmente em relação ao regime da coisa julgada²⁰. Nada obstante, o fortalecimento dos novos direitos e o processo de redemocratização no Brasil ao final da década de oitenta do século XX criaram um ambiente propício para que pouco a pouco fosse superada a resistência dos mais conservadores.

Muito mais grave do que a resistência de alguns juristas e juízes foi constatar que a legislação processual, construída sobre alicerces individualistas, precisava ser conformada à nova realidade. Embora o Código de Defesa do Consumidor disciplinasse vários aspectos das ações coletivas, diversos institutos permanecem regulados somente no Código de Processo Civil. Coube à doutrina e à jurisprudência a árdua tarefa de revisitar os institutos do processo civil individual e adaptá-los gradativamente para a realidade das ações coletivas, nem sempre com resultados animadores. Evidência disso são os problemas observados na prática quanto à litispendência, conexão, continência e prevenção, institutos

¹⁸ Sobre o ponto, confira-se, amplamente, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...* Op. Cit., p. 590 e ss.

¹⁹ V. amplamente, sobre as causas da morosidade dos processos judiciais, ROQUE, Andre Vasconcelos, *A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 7, p. 237-263, jan./jul. 2011, disponível em www.redp.com.br (acessado em 19 de agosto de 2012).

²⁰ V., por exemplo, MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor, *Revista do Advogado*, v. 33, dez. 1990, p. 80/82, reeditado em uma coletânea de obras do autor: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3, p. 221/225.

ainda não disciplinados de forma satisfatória nas demandas coletivas. Não é incomum, por exemplo, que várias ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, sejam processadas em diferentes juízos, ocasionando decisões contraditórias, harmonizadas apenas nas instâncias superiores²¹.

A própria legislação sobre processos coletivos apresenta sérias deficiências em alguns aspectos. No Brasil, em sede de direitos e interesses individuais homogêneos, a lei se satisfaz com a publicação de um edital no Diário Oficial, convocando os interessados a intervirem como litisconsortes na ação coletiva, se quiserem. Segundo o art. 94 do CDC, outros meios de comunicação são possíveis, mas apenas a publicação do edital é obrigatória. A deficiência da forma de comunicação se afigura evidente: a presunção de conhecimento a todos pela simples publicação no Diário Oficial transmuda-se em verdadeira ficção jurídica²². Com exceção dos casos de repercussão na mídia, é provável que os interessados nunca tomem ciência da ação civil pública e jamais se habilitem para liquidar individualmente a condenação genérica, em caso de procedência do pedido (art. 97 do CDC)²³.

Pior: como o sistema de vinculação na lei brasileira não adota como referência a ação coletiva, preferindo levar em consideração a conduta dos autores individuais em suas ações singulares, o problema se potencializa. Ao não adotar nem o sistema de inclusão (*opt-in*), nem o de exclusão (*opt-out*), o prazo de trinta dias previsto no art. 104 do CPC

²¹ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos – Exposição de Motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva...* Op. Cit., p. 1. O exemplo dos casos envolvendo a discussão sobre as assinaturas de telefonia fixa é bastante eloquente. Segundo um estudo empírico realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), presidido por Kazuo Watanabe, foram propostas vinte e seis ações coletivas de idêntico objeto contra a Telesp, tanto na Justiça Estadual como Federal. As várias ações coletivas ajuizadas, todavia, não foram capazes de conter a sangria de milhares de ações individuais também questionando a legalidade da assinatura telefônica, sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis. As dúvidas envolvendo qual seria o juízo competente, a possibilidade de reunião das ações coletivas e mesmo de suspensão dos processos individuais ensejaram o Conflito de Competência nº 48.177/SP, apreciado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. V. STJ, CC 48.177/SP, 1ª S, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ ac. Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.9.2005, DJ 5.6.2006 e o estudo do CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais. Ações coletivas*. Brasília: Ideal, 2007, p. 62 e segs.

²² V., entre outros, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 328/329.

²³ A propósito, defende Paulo César Pinheiro Carneiro que o direito à informação desponta, ao mesmo tempo, como ponto de partida (no campo individual) e ponto de chegada (nas ações coletivas) rumo ao efetivo acesso à justiça. Ponto de partida porque, sem ele, vários direitos não seriam reclamados em ações individuais. E ponto de chegada porque eventuais direitos reclamados nas ações coletivas precisam ser conhecidos pelos interessados, para que eles possam usufruir da tutela jurisdicional. V. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54/55.

para que o autor requeira a suspensão de sua demanda individual passa a ser ilusório²⁴. Ainda que se entenda que a publicação do edital no Diário Oficial bastaria para dar início ao prazo previsto no dispositivo, provavelmente poucas pessoas terão conhecimento efetivo da demanda coletiva e menos indivíduos ainda suspenderiam seus processos. O resultado dessa equação é trágico: várias ações civis públicas e individuais sobre a mesma questão tramitam ao mesmo tempo em diversos juízos, comprometendo seriamente os objetivos da tutela coletiva.

Finalmente, não se pode desprezar a resistência do Poder Público às ações coletivas²⁵. Nesse sentido, o principal recuo sofrido nos últimos anos se deu quando o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública foi modificado, para dispor que a coisa julgada *erga omnes* ficaria restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator²⁶.

O dispositivo merece severas críticas. Primeiro, porque fraciona o alcance das ações coletivas, estimulando a instauração de vários processos idênticos na hipótese de danos de âmbito regional ou nacional²⁷. Em um momento em que o processo civil está disposto a lançar mão até mesmo de súmulas vinculantes para lidar com o aumento da litigiosidade, tal medida parece na contramão da evolução do processo civil brasileiro. Além disso, a lei ignora que, quando o interesse for difuso ou coletivo *stricto sensu*, haverá indivisibilidade ontológica do objeto, não se admitindo por isso o fracionamento da tutela processual²⁸.

²⁴ V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 262.

²⁵ Nesse sentido, aludindo aos recuos ocasionais da tutela coletiva, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos: uma visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo...* Op. Cit., p. 17.

²⁶ Este não foi o único recuo imposto pelo legislador às ações coletivas, todavia. Outros exemplos criticáveis de reforma legislativa podem ser encontrados no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que restringe os efeitos da sentença em ações coletivas propostas por associações aos associados com domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator e no art. 1º, parágrafo único da Lei de Ação Civil Pública, também inserido pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que proíbe a propositura de ações coletivas que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

²⁷ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada (arts. 103 e 104). In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...* Op. Cit., p. 939; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 149/157; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 264/266 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – Em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 300.

²⁸ V., DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 150; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...* Op. Cit., p. 298 e FREIRE E SILVA, Bruno. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 338/339. V., no entanto, a posição de

Por outro lado, a partir do momento em que foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada nas ações coletivas passou a ser regulada pelo art. 103 do CDC. O legislador da Lei nº 9.494/1997, além de motivado por intenções censuráveis de enfraquecer a tutela coletiva²⁹, foi incompetente: esqueceu-se de inserir a alteração no CDC³⁰. Além disso, esqueceu-se de alterar o art. 18 da Lei de Ação Popular, fonte de inspiração do art. 16 original da Lei de Ação Civil Pública. Como, em certas hipóteses, a causa de pedir na ação popular e na ação civil pública poderá ser a mesma, a distinção de regimes jurídicos para as duas espécies de ações coletivas se mostra despropositada e ilógica, a reforçar a falta de técnica processual do legislador³¹.

Por fim, a inovação inserida pela Lei 9.494/1997 cometeu um gravíssimo equívoco, ao confundir os conceitos de jurisdição e competência³². Uma decisão judicial proferida em um determinado estado pode produzir efeitos em todo o território nacional. Por exemplo, uma decisão em São Paulo pode vincular bens e pessoas no estado do Rio de Janeiro, desde que cumpridas as formalidades estabelecidas na legislação processual, tais como a expedição e autuação de carta precatória. Isso porque todos os órgãos do Judiciário possuem jurisdição nacional, atributo este decorrente da própria soberania. Ao tolher a eficácia territorial de uma decisão judicial, o atual art. 16 da Lei 7.347/85 afronta a jurisdição dos juízes e, em última medida, a própria soberania e independência do

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo* – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 79/80 (considerando que o dispositivo não pode operar para direitos e interesses difusos e coletivos em virtude de sua indivisibilidade, mas sustentando que, nos individuais homogêneos, ele pode ser interpretado como uma norma limitadora do rol dos substituídos).

²⁹ Nesse sentido, v. ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 245/246. No mesmo sentido, v. LEONEL, Ricardo de Barros. Op. Cit., p. 175/180 e 282/285 e GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. In: *O processo* – Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 238.

³⁰ Segundo Aluisio Mendes, o artigo 16 da Lei 7.345/85 deveria ser considerado revogado de forma tácita pelo art. 103 do CDC. V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 265. Também nesse mesmo sentido, FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 139 e ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 185. O argumento se mostra duvidoso, porém, uma vez que o próprio artigo 103 do CDC, em seu parágrafo 3º, se refere ao art. 16 da Lei de Ação Civil Pública. V. ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública...* Op. Cit., p. 249, nota 4.

³¹ V. MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 262/263.

³² Nesse sentido, v. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...* Op. Cit., p. 298 e NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 258.

Judiciário³³. Os limites da coisa julgada não devem ser determinados pela competência do órgão jurisdicional, mas sim pelo objeto do processo, que poderá ultrapassar a área de competência territorial do juízo³⁴.

Durante muito tempo, apesar da posição da doutrina dominante³⁵ contra o atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, a jurisprudência se mostrou vacilante. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido liminar na ADIN nº 1.576 ajuizada contra a MP nº 1.570/1997, que se transformou na Lei nº 9.494/1997, afastou a inconstitucionalidade do dispositivo³⁶. Segundo o entendimento capitaneado pelo relator Min. Marco Aurélio, mesmo na redação primitiva, o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública limitava a coisa julgada *erga omnes* à área de atuação do órgão jurisdicional. O voto do Min. Nelson Jobim, proferido nesse mesmo sentido, com a devida vênia, incorreu no mesmo equívoco cometido pelo legislador, ao asseverar que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada deveria estar restrita à competência territorial do juiz prolator porque, caso contrário, estariam sendo invertidos os critérios da competência e da territorialidade. Como se vê, o próprio

³³ Com efeito, vários autores têm defendido de forma explícita, por vários fundamentos (como a inobservância do princípio do acesso à justiça, do direito de ação, da razoabilidade, da garantia da coisa julgada, do devido processo legal, entre outros) a inconstitucionalidade do atual art. 16 da Lei de Ação Civil Pública. V., entre outros, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 264/266; LAZZARINI, Marilena. As investidas contra as ações civis públicas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva...* Op. Cit., p. 159/162; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas...* Op. Cit., p. 258, nota 1; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2001, p. 122 (sem fundamentar seu entendimento pela inconstitucionalidade); LEONEL, Ricardo de Barros. Op. Cit., p. 285 (ênfase na possibilidade de um conflito prático de julgados e, em última análise, a violação da garantia constitucional da coisa julgada) e LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 288.

³⁴ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. (arts. 103 e 104). In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...* Op. Cit., p. 942/943.

³⁵ V., contudo, em sentido minoritário, defendendo a constitucionalidade do atual art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública – Comentários por artigo*. 6 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 430; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 247/250 e ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 56/58 (sustentando expressamente não apenas a constitucionalidade do dispositivo, como a plena eficácia da limitação territorial para todas as categorias de ações civis públicas). Em sentido um pouco diverso, DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. Cit., p. 507/508 (sustentando que o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública privilegia o critério de competência da proximidade do dano para as ações coletivas e que somente quando, na prática, for impossível fracionar a tutela jurisdicional coletiva é que ela deverá ter abrangência maior que a do limite da competência territorial do órgão julgador) e TALAMINI, Eduardo. *Limites territoriais da eficácia das decisões no processo coletivo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br> (acessado em 26 de julho de 2013) (asseverando o propósito censurável escondido por trás da norma, mas rejeitando a tese de inconstitucionalidade e buscando interpretar o dispositivo em conformidade com o art. 93 do CDC, para considerar como âmbito de competência territorial a abrangência dos danos “locais”, “regionais” e “nacionais”, não a comarca ou a seção judiciária, afastando assim a hipótese de fracionamento de pretensões coletivas indivisíveis).

³⁶ V. STF, ADIn-MC 1.576, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.4.1997, DJ 6.6.2003.

Supremo Tribunal Federal confundiu os institutos da competência e dos limites subjetivos da coisa julgada por ocasião do julgamento do pedido liminar³⁷. Nada obstante, o mérito não chegou a ser apreciado, pois a Medida Provisória objeto de impugnação na ADIN acabou convertida na Lei nº 9.494/1997 e a ação foi julgada prejudicada por falta de aditamento à petição inicial.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sempre houve posicionamentos distintos e conflitantes sobre a matéria ora versada³⁸. Embora a orientação dominante naquele tribunal acolhesse a limitação prevista pelo atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, não havia uma posição consolidada acerca do tema.

No ano de 2011, a Corte Especial do STJ, ao apreciar os Recursos Especiais nº 1.243.887 e 1.247.150, julgados no regime do art. 543-C do CPC, reconheceu, ainda que em *obiter dictum*, que não apenas o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública embaralha institutos processuais diversos, como também que tal norma deveria ser revisitada à luz do art. 93 do CDC. Assim, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os seus beneficiários, independentemente da limitação atinente à competência territorial do órgão prolator³⁹. Consequentemente, caberia ao consumidor escolher o juízo mais conveniente para deflagrar a fase de liquidação e de execução individual da sentença genérica de condenação (seu domicílio, o domicílio do réu, o foro dos bens sujeitos à eventual expropriação ou o da sentença).

O *overruling* veio no ano seguinte, em precedente da Terceira Turma, relatado pela Min. Nancy Andrighi⁴⁰. Decidiu-se expressamente no caso que “a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna

³⁷ No mesmo sentido, v. BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 193.

³⁸ Compare-se, por exemplo, a posição outrora dominante em STJ, RESP 293.407, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, rel. p/ ac. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.10.2002, DJ 7.4.2003; RESP 253.589, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.8.2001, DJ 18.3.2002; RESP 485.842, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 6.4.2004, DJ 24.5.2004; RESP 665.947, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 2.12.2004, DJ 12.12.2005 e EREsp 293.407, Corte Especial, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 7.6.2006, DJ 1.8.2006 (aceitando a limitação imposta pelo atual art. 16) com STJ, RESP 557.646, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.4.2004, DJ 30.6.2004; RESP 218.492, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 2.10.2001, DJ 18.2.2002; REsp 411.529, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.6.2008, DJe 5.8.2008 (em sentido contrário, afastando tal limitação).

³⁹ V. STJ, RESP 1.243.887, Corte Especial, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011, DJe 12.12.2011 e RESP 1.247.150, Corte Especial, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011, DJe 12.12.2011.

⁴⁰ V. STJ, RESP 1.243.386, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.6.2012, DJe 26.6.2012.

inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador”. A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, assim, se inclina no sentido de afastar a limitação estabelecida no atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, esperando-se que haja consolidação desse entendimento pelos próximos anos⁴¹.

Assim, entre erros e acertos, o mérito obtido pelas ações coletivas no Brasil se revela notável, porém, limitado em certa medida. Muitos direitos e interesses de natureza difusa e coletiva *stricto sensu*, que não tinham até a década de oitenta do século XX nenhum instituto processual capaz de proporcionar uma tutela adequada, finalmente puderam ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário, com destaque para a proteção do meio-ambiente. Políticas públicas de diversa natureza puderam ser discutidas através de processos coletivos, incluindo a regulação de serviços públicos como telefonia, gás e petróleo, energia elétrica, entre outros. Consolidou-se o regime de proteção e defesa do consumidor. Ademais, não se pode olvidar do desenvolvimento de ampla doutrina especializada sobre o tema. Dado o período relativamente curto em que as ações coletivas foram consagradas de forma mais consistente na legislação nacional, os méritos não são poucos, nem podem ser ignorados.

No entanto, embora não sejam poucos os méritos, eles são em certa medida limitados. De forma geral, os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual. Apesar do ajuizamento de várias ações coletivas, nenhuma foi capaz de conter a verdadeira enxurrada de demandas individuais envolvendo as mais diversas questões. Apenas para ficar nos exemplos mais atuais, não custa lembrar a imensa quantidade de ações envolvendo os expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança, os pedidos de revisão de aposentadorias e as demandas questionando a cobrança de assinatura nas contas de telefone⁴², entre muitas outras hipóteses⁴³.

⁴¹ O Projeto de Lei nº 5.139/2009 e o Projeto de Lei do Senado nº 282/2012 possuem regras que, se aprovadas, representarão a superação da limitação territorial estabelecida pelo atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, na medida em que determinam que a competência territorial do órgão prolator não restringirá a coisa julgada nas ações coletivas.

⁴² V., nesse sentido, o estudo do CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses...* Op. Cit., p. 62 e segs.

Nem todos os vícios podem ser atribuídos a deficiências na legislação. Contudo, a revisitação e o correto equacionamento de alguns aspectos da tutela coletiva poderia facilitar bastante o seu aperfeiçoamento. Como se concluiu em um estudo empírico sobre as ações coletivas, a principal causa do ajuizamento de demandas coletivas de idêntico objeto, ao lado de outros processos individuais versando sobre a mesma questão, foi a ausência de previsão legislativa expressa para o tratamento uniforme de questões processuais surgidas em ações coletivas repetitivas, bem como de uma orientação jurisprudencial mais precisa. Isto se dá especialmente em relação aos institutos da conexão, litispendência, prevenção e, em certa medida, a competência, sobretudo após a modificação promovida no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública em 1997⁴³. Apenas para se ter uma ideia, em uma das ações civis públicas em matéria de assinatura telefônica, os autos foram remetidos de um juízo para outro nada menos que quatro vezes. Dois processos foram remetidos três vezes e mais três casos foram enviados de um órgão judicial para outro em pelo menos duas oportunidades. Todo esse tumulto para se decidir uma questão de mérito relativamente simples, na medida em que a jurisprudência dominante tem entendido pela legalidade da assinatura.

Por esses motivos, sem deixar de lado as inúmeras conquistas acumuladas, parece que chegou a hora de repensar o modelo brasileiro de processos coletivos.

3. Para onde vamos?

3.1 O microsistema dos processos coletivos

O primeiro passo para a sistematização das ações coletivas no Brasil foi dado pela doutrina. A publicação de numerosos estudos sobre o tema, a reestruturação de cursos de graduação e pós-graduação, incluindo a matéria na grade curricular, bem como a realização de inúmeros eventos sobre o tema foram condições indispensáveis para que se cogitasse,

⁴³ V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. Cit., p. 262/263 (referindo-se a outros exemplos, como lides que diziam respeito a tributos, tais como a CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, aumento de alíquotas, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; além de incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos em torno de pleitos como o direito ao reajuste anual, a contagem de tempo dos celetistas incorporados ao regime único, a transformação de cargos e a extinção de direitos).

⁴⁴ V. CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses...* Op. Cit., p. 87.

pouco a pouco, de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos que, embora não totalmente independente, possui importantes peculiaridades.

A inadequação de alguns institutos e princípios do processo individual, principalmente os que dizem respeito à litispendência, conexão e continência, fortaleceram a ideia de que estaria surgindo no Brasil um verdadeiro Direito Processual Coletivo⁴⁵.

A premissa básica desse novo ramo consiste em reconhecer sua autonomia, na medida em que obedece a princípios e institutos próprios, distintos do direito processual individual⁴⁶. Evidentemente, alguns princípios são comuns a todos os ramos do processo, notadamente os de origem constitucional, como o devido processo legal e o contraditório. Mesmo estes, porém, assumem feições peculiares no processo coletivo. O devido processo legal nas ações coletivas, por exemplo, não exige que os titulares dos direitos tutelados compareçam pessoalmente em juízo, mas que sejam representados de forma adequada pelo legitimado coletivo⁴⁷⁻⁴⁸. Da mesma forma, institutos como a conexão, continência e litispendência devem ser revisitados. Dada a pluralidade de colegitimados para ingressar com ação civil pública, não se pode exigir a identidade de partes formais para que haja litispendência. Estes institutos processuais devem ser reavaliados não segundo os parâmetros típicos do processo civil individual, mas de acordo com o bem jurídico tutelado na esfera transindividual.

A concepção de um Direito Processual Coletivo autônomo levou a doutrina a sustentar a existência de um microssistema legislativo de ações coletivas, estruturado basicamente na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Embora não se tenha alcançado ainda um sistema verdadeiro, as duas leis se complementam e se inter-relacionam: a Lei 8.078/90, ao regular a defesa coletiva dos consumidores, previu em

⁴⁵ Ao que parece, uma das primeiras obras a utilizar a expressão Direito Processual Coletivo foi a de ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. Outra obra importante a adotar tal perspectiva é de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada...* Op. Cit., *passim*.

⁴⁶ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo...* Op. Cit., p. 11.

⁴⁷ O princípio é o mesmo no direito norte-americano, em que se considera respeitado o devido processo legal nas *class actions* pela representatividade adequada. V. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions...* Op. Cit., p. 131/135. Na ausência de uma sistematização teórica das ações coletivas, a jurisprudência americana considera excepcional a vinculação dos membros ausentes através de seu representante. Não se trata, porém, de exceção a uma garantia constitucional. Trata-se, isto sim, da revisão e adequação do devido processo legal ao Direito Processual Coletivo.

⁴⁸ V., nesse mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo...* Op. Cit., p. 12/13 (referindo-se ao princípio de participação, que no processo coletivo não pode ser exercido de forma individual, mas sim através de um “representante adequado”).

seu art. 117 uma autorização para que suas disposições fossem aplicadas aos direitos tutelados na Lei 7.347/85, acrescentando-lhe um dispositivo (art. 21) nesse sentido⁴⁹. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor se abriu também para as normas contidas na Lei de Ação Civil Pública, ao permitir, em seu art. 83, todas as espécies de ações capazes de promover a adequada e efetiva tutela dos interesses dos consumidores, bem como ao estabelecer, de forma expressa, a aplicação subsidiária das disposições da Lei 7.347/85 (art. 90)⁵⁰.

O microssistema das ações coletivas originado da relação de interdependência entre o CDC e a Lei de Ação Civil Pública é complementado ainda por várias disposições esparsas tais como os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853/1989; art. 3º da Lei nº 7.913/89; arts. 210 a 213, 215, 217 a 219 e 222 a 224 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990); art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); art. 2º da Lei nº 9.494/1997; arts. 80 a 83, 85 e 91 a 93 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e arts. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

3.2 Rumo à codificação?

Em um aprofundamento da reflexão sobre a situação do microssistema de processos coletivos, importantes processualistas chegaram à conclusão de que, passado o período

⁴⁹ Nesse sentido, o veto presidencial ao art. 89 do CDC, que previa textualmente a aplicação das normas da lei consumerista a outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, acabou ineficaz, porque o art. 117 da Lei 8.078/90 foi sancionado, inserindo um novo art. 21 na Lei de Ação Civil Pública praticamente no mesmo sentido do dispositivo vetado. Além disso, também foi sancionado o art. 110 do CDC, que alterou a Lei da Ação Civil Pública para ampliar seu cabimento para qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A doutrina dominante segue esse entendimento, com o qual se concorda integralmente. V., nesse sentido, WATANABE, Kazuo. Disposições gerais (arts. 81 a 90). In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado...* Op. Cit., p. 872/873; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública. Defesa de interesses individuais homogêneos. Tutela coletiva e tutela individual. In: *O Processo – Estudos & Pareceres...* Op. Cit., p. 489 e NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis...* Op. Cit., p. 254, nota 2.

⁵⁰ A concepção de um microssistema das ações coletivas hoje se encontra consolidada na doutrina. V., entre muitos outros, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo...* Op. Cit., p. 582; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo...* Op. Cit., p. 55/61; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva...* Op. Cit., p. 52/55 e DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. Cit., p. 126/127. A jurisprudência também vem admitindo a existência de um microssistema de processos coletivos, com seus próprios institutos e princípios, como se verifica em STJ, RESP 510.150, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJ 29.3.2004 (“A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se”).

inicial de amadurecimento e consolidação das ações coletivas, era chegada a hora de repensar o modelo e, mais que isso, de reunir as normas hoje esparsas sobre a matéria em uma ordenação geral e sistemática⁵¹. Isso se deu por pelo menos dois motivos fundamentais. Primeiro, porque muitos institutos processuais ainda não haviam sido regulados de forma satisfatória para as demandas coletivas, especialmente a conexão, continência e litispendência. Por outro lado, a regulação da matéria em uma complexa interação de normas autorremissivas cria um sistema inconsistente, que apresenta muitas dificuldades práticas.

A primeira proposta de sistematização da matéria em um Código de Processo Coletivo foi elaborada por Antonio Gidi em 2002 e publicada no início de 2004⁵². Em linhas gerais, a proposta, intitulada *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, reflete a inequívoca influência da experiência norte-americana das *class actions* sobre seu autor. Em alguns aspectos específicos, a proposta apresenta inovações dissonantes do entendimento da doutrina brasileira dominante, tal como se verifica com a categorização das ações coletivas, em que se prevê apenas os direitos difusos e individuais homogêneos (artigo 1.1)⁵³. Em outros pontos, a proposta revela certa influência da experiência americana como, por exemplo, no artigo 3.1, em que se estabelecem os critérios para aferir a adequação do representante e de seu advogado, em sua maioria extraídos da doutrina e da jurisprudência formadas nos Estados Unidos. Finalmente, em relação a alguns outros dispositivos, como a competência territorial (artigo 4), ela se limita a repetir a sistemática brasileira atual em linhas gerais, inovando apenas ao promover criticável concentração de ações coletivas envolvendo danos regionais e

⁵¹ A ideia de um Código de Processos Coletivos, entretanto, não convenceu a todos os autores. Nesse sentido, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35/41 (sustentando que um código em matéria de processos coletivos poderia proporcionar um engessamento ainda maior na jurisprudência e criar a oportunidade para que o Congresso revogasse muitas conquistas já adquiridas). Em sentido um pouco diverso, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo...* Op. Cit., p. 82/85 (afirmando ser favorável à codificação, mas demonstrando forte ceticismo com os riscos de engessamento e de retrocessos nas ações coletivas e com as propostas apresentadas até o momento, concluindo ser necessário antes discutir e incorporar diretrizes metodológicas e principiológicas que possam orientar uma futura proposta).

⁵² Na realidade, embora a proposta de Antonio Gidi tenha sido publicada na *Revista de Processo*, n.º 111, cuja data nominal corresponde a julho-dezembro de 2003, essa proposta apenas veio efetivamente a público em 2004, na medida em que a Revista de Processo costuma ser comercializada alguns meses depois da data constante na capa.

⁵³ Contudo, a inovação é mais aparente que substancial, porque o conceito de direitos difusos apresentado na proposta engloba as atuais categorias de direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*.

nacionais na Justiça Federal. Sua tônica geral consistiu em aperfeiçoar os instrumentos de direito positivo nos países de *civil law* para a tutela coletiva.

Ainda no ano de 2002, em uma reunião promovida pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, surgiu a ideia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, a partir de uma intervenção de Antonio Gidi⁵⁴. O principal objetivo era apresentar não só um repositório de princípios, mas um modelo concreto, adaptável às peculiaridades de cada um dos países envolvidos, para futuras reformas legislativas na matéria. A proposta foi elaborada pelos eminentes professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi e apresentada ao final de 2002. Uma comissão integrada por vários juristas convocados pelo Instituto Ibero-Americano⁵⁵ aperfeiçoou a proposta, àquela altura já convertida em anteprojeto⁵⁶. Após debatidas as novas propostas, finalmente o anteprojeto foi aprovado em outubro de 2004, nas Jornadas Ibero-Americanas, em Caracas (Venezuela).

O *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* apresenta algumas disposições no mesmo sentido que a proposta de Antonio Gidi. Um exemplo se encontra logo no art. 1º, na categorização dos interesses e direitos objeto de tutela coletiva (são enunciadas apenas duas categorias: os difusos e os individuais homogêneos)⁵⁷. Além disso, o Código Modelo procurou incorporar em suas normas institutos processuais que não são específicos da tutela coletiva, mas que se revelam de extraordinária importância prática, como a antecipação dos efeitos da tutela (art. 5º).

⁵⁴ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – Exposição de Motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva...* Op. Cit., p. 27.

⁵⁵ A comissão foi integrada pelos seguintes juristas e professores: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia.

⁵⁶ Durante as discussões do anteprojeto do Código Modelo, antes mesmo de formar a comissão revisora, vários juristas haviam sido convocados para manifestar sua opinião sobre o Código. A coordenação dessa tarefa coube a Antonio Gidi (Brasil) e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), que reuniram os trabalhos em um livro: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* – Hacia un Código Modelo para Iberoamérica. 2 ed. Ciudad de México: Porrúa, 2004.

⁵⁷ Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a primeira versão do Código Modelo previa as três categorias conhecidas de interesses e direitos transindividuais. Na segunda versão, procurou-se o consenso mediante uma divisão bipartida. Não houve uma ruptura total, todavia, porque os interesses e direitos coletivos *stricto sensu* foram agrupados e denominados difusos. V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 732 e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas, *Revista de Processo*, v. 153, nov. 2007, p. 205.

A partir do final de 2003, as discussões envolvendo o Código Modelo chegaram aos cursos de pós-graduação *stricto sensu* no Brasil. No âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), tais debates resultaram na ideia de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, mais adaptado à realidade brasileira⁵⁸. As propostas em torno de uma legislação sistematizada sobre ações coletivas, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, foram progressivamente trabalhadas. Após transformada em anteprojeto, a proposta foi enviada em 2005 aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Posteriormente, o anteprojeto foi encaminhado ao Ministério da Justiça. Em janeiro de 2007, foi apresentada uma nova versão do anteprojeto, incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, Procuradoria da Fazenda Nacional e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Durante o primeiro semestre de 2005, agora no âmbito dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), desenvolveram-se debates não somente em torno do Código Modelo, como também do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado em São Paulo. A ideia inicial estava voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto. Nada obstante, as discussões acabaram evoluindo para uma reestruturação mais ampla, sob a coordenação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, com o escopo de oferecer uma proposta alternativa comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos⁵⁹. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado na UERJ/UNESA foi apresentado no segundo semestre de 2005 aos membros do IBDP e, posteriormente, também encaminhado ao Ministério da Justiça.

No ano de 2008, é constituída Comissão Especial, formada por juristas e integrantes da magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e advocacia para analisar as propostas encaminhadas ao Ministério da Justiça⁶⁰. Depois de inúmeras reuniões e

⁵⁸ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos – Exposição de motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva...* Op. Cit., p. 2/3.

⁵⁹ Nesse sentido, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Construindo o Código Brasileiro de Processo Coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva...* Op. Cit., p. 281.

⁶⁰ A comissão foi formada pelos seguintes membros: Rogério Favreto (Secretário da Reforma do Judiciário na ocasião), Luiz Manoel Gomes Jr., Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio

audiências públicas, recuou-se na proposta ambiciosa de um Código de Processos Coletivos, optando-se pelo consenso possível em torno da elaboração de um Anteprojeto de nova Lei da Ação Civil Pública, em que, ainda que abandonadas algumas ideias mais inovadoras, como a previsão expressa de legitimação do indivíduo para as ações coletivas e do controle judicial da representatividade adequada, seriam aperfeiçoados alguns dos pontos mais críticos da tutela coletiva no Brasil. O anteprojeto foi concluído em fevereiro de 2009 e remetido ao Presidente da República, sendo incorporado ao II Pacto Republicano. Ainda em 2009, encaminhada para a Câmara dos Deputados, a proposta foi registrada como Projeto de Lei nº 5.139/2009.

O aludido projeto de lei, entre outras importantes inovações, estabelecia uma relação de princípios pertinentes ao processo coletivo; aprimorava de forma importante as regras de competência para as ações coletivas; criava os Cadastros Nacionais de Processo Coletivos e de Inquéritos Civil e Compromissos de Ajustamentos de Conduta; admitia a flexibilização do procedimento nas ações coletivas; aprimorava as formas de comunicação da coletividade em matéria de direitos individuais homogêneos; afastava a limitação territorial para a coisa julgada, hoje prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública; fortalecia a coisa julgada *pro et contra*, desde que se tratasse de questões de direito; previa que o ajuizamento de ações coletivas ensejaria a suspensão dos processos individuais com objeto correspondente e aprimorava as regras atinentes à liquidação e à execução, a serem promovidas, sempre que possível, de forma coletivizada.

No âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5.139/2009 recebeu parecer favorável quanto à constitucionalidade, sendo rejeitado no mérito, todavia, sob os fundamentos de que, caso aprovado, ensejaria tratamento desigual entre as partes nos processos coletivos; conferiria poderes excessivos ao Ministério Público e à Defensoria Pública; ensejaria insegurança jurídica e estimularia o ajuizamento de ações coletivas temerárias⁶¹. Em razão disso, foi interposto recurso para que o mérito venha a ser reexaminado pelo plenário da Câmara, ainda não apreciado até a presente data.

Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman Tabosa de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Sousa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sérgio Cruz Arenhart.

⁶¹ V., nesse sentido, parecer do Dep. José Carlos Aleluia, que conduziu a decisão da maioria da Comissão de Constituição e Justiça, disponível em www.camara.gov.br (acessado em 19 de agosto de 2012).

O ano de 2012 trouxe outro acontecimento importante. Trata-se das propostas destinadas à modernização do Código de Defesa do Consumidor, incluindo normas sobre comércio eletrônico, superendividamento e processos coletivos. Os trabalhos da comissão de juristas então nomeada⁶² resultaram em três anteprojeto encaminhados ao Senado Federal, dando origem aos Projetos de Lei do Senado nº 281 (disposições gerais e comércio eletrônico), 282 (ações coletivas) e 283 (crédito ao consumidor e superendividamento). O Projeto nº 282/2012, que é o que mais importa para os fins do presente estudo, encampa alguns dispositivos que já estavam previstos no Projeto de Lei nº 5.139/2009, tais como regras sobre competência nas ações coletivas, criação dos Cadastros Nacionais de Processos Coletivos e de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta e a flexibilização procedimental.

Além disso, o projeto prevê algumas outras propostas interessantes, tais como regras específicas de arbitramento de honorários de advogado e de compensação financeira à associação autora, como forma de incentivar outros legitimados a pleitear a tutela coletiva. Alguns dispositivos, porém, são bastante criticáveis, tal como o que permite a condenação do réu em obrigações específicas ressarcitórias, inibitórias ou em indenizações por danos morais e materiais independentemente de pedido do autor. Ainda que absolutamente relevante a tutela coletiva, permitir a condenação do réu sem qualquer pedido expresso representa perigosa fragilização de garantias fundamentais no processo, que não se justifica, mesmo diante de interesses transindividuais.

3.3 *As ações coletivas e outros meios de resolução coletiva de litígios*

Sem prejuízo da recente apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, ao que tudo indica, em vez de aprimorar as ações coletivas, sobretudo aquelas para defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, a tendência nos últimos anos tem sido concentrar as atenções sobre o projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/2010), aprovado no Senado Federal ao final do ano de 2010 e atualmente em discussão na Câmara dos Deputados.

⁶² Referida comissão de juristas foi presidida pelo Min. Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, sendo ainda composta pelos seguintes membros: Ada Pellegrini Grinover, Cláudia Lima Marques, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Uma de suas inovações mais importantes do projeto do novo CPC, com efeito, está no incidente de resolução de demandas repetitivas. Estabelece a proposta que, havendo questão comum de direito capaz de gerar a multiplicação de processos, instaura-se o incidente, a ser apreciado diretamente pelo tribunal, com a suspensão de todos os processos individuais na área de competência territorial do tribunal. A tese jurídica a ser definida pelo tribunal no julgamento do incidente vinculará todos os órgãos judiciais inferiores, que deverão decidir em conformidade à decisão do incidente, sob pena de ajuizamento de reclamação. O propósito desse instituto, evidentemente, consiste em não somente evitar a multiplicação de processos idênticos, como também proporcionar isonomia e segurança jurídica.

Tal proposta tem inspiração no direito comparado, em especial na Alemanha⁶³, onde já se previa o instituto do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) no âmbito da jurisdição administrativa (desde 1991), do mercado de capitais (desde 2005⁶⁴) e da jurisdição sobre assistência e previdência social (desde 2008). O *Musterverfahren* alemão funciona, guardadas as proporções, de forma semelhante ao proposto incidente no projeto do novo CPC⁶⁵. Além disso, o novo instituto também encontra raízes no direito nacional, mais precisamente no incidente de julgamento por amostragem dos recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC atual).

Os incidentes de julgamento por amostragem já existentes hoje no Brasil e o proposto incidente de resolução de demandas repetitivas consistem, em linhas gerais, em um novo sistema de resolução coletiva de litígios, denominado de “casos-teste” ou de “processos-piloto”. Seu funcionamento pode ser sintetizado da seguinte forma: em um conjunto de causas repetitivas sobre o mesmo tema, selecionam-se alguns processos representativos de toda a controvérsia – de preferência, aqueles cujas manifestações das

⁶³ V., a propósito, a exposição de motivos redigida pela comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do novo CPC, com referência expressa ao direito alemão.

⁶⁴ A vigência do *Musterverfahren* no âmbito do mercado de capitais foi prevista de forma temporária, mas vem sendo prorrogada sucessivamente e pode se tornar definitiva em breve.

⁶⁵ Sobre o *Musterverfahren* alemão, entre outros, v. CABRAL, Antonio do Passo, O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas in DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 241/261 (embora sem se referir à existência do instituto no direito alemão desde 1991) e, mais recentemente, adotando uma abordagem comparativa com o projeto do novo CPC, RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos, Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo Código de Processo Civil e o Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz do direito alemão, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VIII, jul./dez. 2011, p. 93/108 (disponível em www.redp.com.br, acessado em 19 de agosto de 2012).

partes contenham maior variabilidade de argumentos e cujas decisões contemplem maior número de fundamentos –, deixando os demais processos suspensos. Os casos representativos são, em seguida, encaminhados para uma instância superior ou um colegiado mais amplo para definição da tese aplicável. Uma vez definida a tese comum, ela deverá ser aplicada não só aos representativos, mas também aos demais processos suspensos, promovendo isonomia, segurança jurídica e economia processual.

Evidentemente, muitas das vantagens proporcionadas pelo modelo de casos-teste são também perseguidas pelas ações coletivas. Assim, poderia a implementação do incidente de resolução de demandas repetitivas preencher totalmente o espaço das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro?

Ao contrário do que se poderia imaginar, o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC, caso aprovado, não afastará a necessidade de adequada tutela coletiva no Brasil. Isso porque os objetivos perseguidos pelas ações coletivas são mais amplos que os almejados pela resolução de casos-piloto ou casos-teste. Como se viu, o incidente previsto no novo CPC tem por finalidade evitar a multiplicação de processos, proporcionando isonomia e segurança jurídica. Não está entre suas finalidades, todavia, promover o acesso à justiça, nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos.

As ações coletivas, por outro lado, ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas, do ponto de vista individual, em um só processo, incrementam o acesso à justiça. Se um determinado réu proporciona danos individualmente ínfimos, mas que assumem significativa proporção global (pense-se, por exemplo, no caso em que uma fábrica comercialize cem gramas a menos do que consta em embalagens de sabão em pó), somente as ações coletivas funcionarão como instrumento idôneo de tutela. Além disso, muitas vezes os titulares dos direitos em discussão não possuem informação ou incentivos suficientes para litigar em juízo.

Assim, as ações coletivas mostram-se capazes de romper com a força inercial dos litigantes individuais, algo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não seria capaz, sequer em tese, de alcançar, eis que pressupõe a existência, ou pelo menos a potencialidade, de ações individuais que possam ser qualificadas como repetitivas. Isso sem falar que somente o processo coletivo se destina a proporcionar a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Não é por acaso, aliás, que o fortalecimento de institutos análogos no direito comparado se verificou sem prejuízo das ações coletivas. Na Alemanha, a adoção do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) ocorreu sem o abandono das tradicionais ações coletivas propostas por associações (*Verbandsklagen*). Da mesma forma, na Inglaterra, as decisões de litígios de grupo (*group litigation order*), que representam uma técnica de julgamento de casos-piloto, foram previstas sem que fossem abolidas as ações representativas (*representative actions*). Não há motivo para que se acredite que o incidente de resolução de demandas repetitivas, caso venha a ser aprovado no Brasil, torne desnecessário o aprimoramento das ações coletivas no direito pátrio.

4. Considerações finais

O momento atual, como se percebe, é de amadurecimento e de aprimoramento da tutela coletiva no Brasil.

Como visto, o direito brasileiro ocupa hoje posição de vanguarda entre os países da *civil law* no âmbito das ações coletivas. Seu sistema de tutela de direitos e interesses metaindividuais se encontra razoavelmente estruturado na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Muitos direitos e interesses de natureza difusa e coletiva *stricto sensu*, que não encontravam até a década de oitenta do século passado nenhum instituto processual capaz de proporcionar tutela adequada, finalmente puderam ser submetidos ao Poder Judiciário. Políticas públicas diversas puderam ser discutidas através das ações coletivas. Consolidou-se o regime de proteção e de defesa do consumidor. Além disso, não se pode também ignorar o desenvolvimento de ampla doutrina especializada sobre o tema dos processos coletivos.

Isso é, ao mesmo tempo, um fato animador e preocupante. Animador, porque mostra que hoje estamos em uma situação melhor que há décadas atrás, em que muitos direitos simplesmente não podiam ser levados diante de um magistrado, representando efetiva denegação de justiça. Preocupante, porque em algum momento acreditamos, talvez ingenuamente, que as ações coletivas – ou mesmo processos judiciais, de forma geral – pudessem resolver todos os problemas que afligem a nossa sociedade.

O fenômeno da litigiosidade no Brasil deve ser estudado não apenas em sua

dimensão estritamente jurídica, mas também por aspectos sociológicos, econômicos e políticos. Afinal, quais são as condições sociais que estimulam o incremento no número de demandas ajuizadas no país, sobretudo a partir da Constituição de 1988? Em que medida a redemocratização e o desenvolvimento dos meios de comunicação facilitaram o acesso à informação? Quais são as causas econômicas que influem na propositura de uma ação judicial? Em que medida maiores indenizações (incluindo aí os denominados *punitive damages*) contribuem para este fenômeno? Muito pouco se sabe sobre isso.

O fato é que se torna preciso buscar a valorização do ordenamento jurídico em sua dimensão objetiva, abandonando a concepção de tutela exclusivamente de direitos subjetivos, algo tão arraigado na cultura brasileira que, para estruturar a tutela coletiva, criaram-se novas categorias de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Concessionárias, grandes empresas e litigantes habituais em geral raciocinam a questão sob o aspecto macroeconômico. Se a perspectiva de certo comportamento ilícito proporcionar a estimativa de um montante de condenações judiciais inferior aos custos operacionais para a correção dessa conduta, as empresas continuarão a praticar o ilícito, ensejando o ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas. Tais agentes direcionam sua conduta não sob o código lícito/ilícito, mas de acordo com o código lucrativo/não-lucrativo. Assim é que serviços não solicitados, cobranças indevidas, mau atendimento e falhas variadas na prestação de serviços e fornecimento de produtos se transformaram em acontecimentos corriqueiros no Poder Judiciário brasileiro.

Em uma primeira tentativa, imaginou-se coibir tal conduta com a adoção de institutos como o dano moral punitivo, mas tal alternativa, longe de representar qualquer solução, pode vir a incentivar o ajuizamento de demandas temerárias. Quanto às ações coletivas, embora devam efetivamente ser aprimoradas, também não podem resolver a ineficiência sistemática dos órgãos públicos em geral. Processos judiciais são sempre ferramentas complexas e onerosas, a serem manejadas preferencialmente para situações específicas e pontuais, não para corrigir deficiências estruturais na sociedade.

Talvez uma das soluções para diminuir a alta taxa de litigiosidade brasileira esteja em incrementar o papel das agências reguladoras, incentivando uma atuação mais enérgica de sua parte, inclusive mediante a aplicação de severas penalidades em âmbito

administrativo contra os litigantes habituais, sempre que tal medida for necessária⁶⁶.

Seria possível, ainda, cogitar a internalização de potenciais litígios travados entre esses grandes litigantes e consumidores, talvez com a criação de instâncias de julgamento nas próprias agências reguladoras, desde que se garantisse a imparcialidade e independência de seus integrantes, providência que tem se revelado muito difícil no Brasil, por variados motivos. Outra proposta interessante seria incrementar as custas processuais cobradas dos litigantes habituais sempre que sucumbirem em uma demanda judicial – de acordo, naturalmente, com critérios a serem previamente definidos, para evitar surpresa às partes –, justamente porque sua atuação proporciona utilização de demasiados recursos da máquina judiciária.

O fato é que se precisa, urgentemente, pensar na tutela do ordenamento jurídico não só do ponto de vista dos direitos subjetivos e da lide processualizada, mas em sua dimensão objetiva, em uma perspectiva macroeconômica, para evitar a litigiosidade em seu nascedouro, a fim de que se possa superar a crise numérica do Poder Judiciário.

O próprio estudo das ações coletivas deve ser inserido nessa temática. Como já é notório, algumas dificuldades têm sido verificadas quanto ao tempo de tramitação dos litígios coletivos, sobretudo nas demandas em defesa de direitos e interesses individuais homogêneos. Tal situação pode ser atribuída, pelo menos em parte, a deficiências no sistema de vinculação dos integrantes do grupo e na sua notificação, bem como à ausência de disciplina legal satisfatória para os institutos da conexão, continência e litispendência no âmbito dos processos coletivos.

O tema da tutela coletiva no Brasil, portanto, ainda que não seja a panaceia para todos os males, permanecerá atual e desafiador para as próximas décadas.

⁶⁶ Com entusiasmo acompanhou-se, por exemplo, recente intervenção protagonizada pela ANATEL, em que se restringiu a comercialização de novas linhas de telefone para as piores companhias de telefonia celular em cada estado. Os lucros perdidos pelas companhias penalizadas, aliados à publicidade negativa, parecem um fator punitivo-pedagógico muito mais eficiente que qualquer indenização por danos morais em processos individuais. Evidente que tal atuação das agências reguladoras deve ser oportunamente regulamentada e debatida, mas a esperança é que esse seja o início de um novo paradigma para o serviço de telefonia celular e, mais amplamente, para as relações de consumo no Brasil.

5. Referências bibliográficas

- ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *Direito processual coletivo brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual* (primeira série). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo, O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas in DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública – Comentários por artigo*. 6 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais. Ações coletivas*. Brasília: Ideal, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 4.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas. Restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2 ed. Ciudad de México: Porrúa, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. 9 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. A ação civil pública refém do autoritarismo. In: *O processo – Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. Ação civil pública. Defesa de interesses individuais homogêneos. Tutela coletiva e tutela individual. In: *O Processo – Estudos & Pareceres*: Perfil, 2005.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva – 20 anos da 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.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – Em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*. 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas, *Revista de Processo*, v. 153, nov. 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor, *Revista do Advogado*, v. 33, dez. 1990.

_____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3.

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

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos, *Revista de Processo*, n. 33, p. 7/25, jan./mar. 1984.

RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos, Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo Código de Processo Civil e o Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz do direito alemão, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VIII, jul./dez. 2011, p. 93/108 (disponível em www.redp.com.br, acessado em 19 de agosto de 2012).

ROQUE, Andre Vasconcelos, A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 7, p. 237-263, jan./jul. 2011, disponível em www.redp.com.br (acessado em 19 de agosto de 2012).

_____. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.

TALAMINI, Eduardo. *Limites territoriais da eficácia das decisões no processo coletivo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br> (acessado em 26 de julho de 2013).

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

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2001.

VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense, *Revista de Processo*, n. 67, jul./set. 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.