

# Análise do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPC

Daniel Antonio de Aquino Neto<sup>1</sup>

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Anteprojeto. 2.1 Da tutela coletiva. 2.2 Dos pressupostos processuais e das condições da ação. 2.3 Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. 2.4 Da postulação. 2.5 Da prova. 2.6 Do julgamento, do recurso e da coisa julgada. 2.7 Das obrigações específicas. 2.8 Da liquidação e da execução. 2.9 Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. 2.10 Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos. 2.11 Da ação coletiva passiva. 2.12 Procedimentos especiais. 2.13 Disposições finais. 3 Conclusão. Referências.

**Resumo:** Trata-se de um estudo sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, analisando seus fundamentos jurídicos, mudanças mais marcantes e eventuais impactos no caso de aprovação, bem como expando suas falhas e omissões. O trabalho se dá mediante cotejo do texto com outros diplomas legais e doutrina pátria.

**Palavras-chave:** Processos coletivos. Anteprojeto.

## 1 Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro é profundamente marcado pelo Direito francês pós-revolucionário, com sua forte característica de positividade e ênfase individual que ficaram bem impressas nos códigos napoleônicos<sup>2</sup>. Segundo historiadores de calibre<sup>3</sup>, a tônica dos ideais revolucionários

1 \* Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) nas disciplinas de Teoria Geral do Direito, Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Bacharel em Ciências Jurídicas (UFAM), Especialista em Direito Empresarial (UniFMU) e mestrando em Direito Ambiental pela UEA.

2 Embora seja comum falar-se em "Código de Napoleão" ao se referir ao Código Civil de 1804, também houve outros três "códigos napoleônicos": O Código de Processo Civil de 1807; o Código Comercial de 1808; o Código Penal e de Instrução Criminal de 1810.

3 Vide HOBBSBAWN, Eric J., A Era das Revoluções: 1789-1848. Paz e Terra, p. 325 a 349.

foi forjada em grande parte pela mentalidade da ascendente burguesia comercial e industrial, enfatizando a igualdade formal perante a lei e a liberdade direcionada particularmente para as “liberdades negativas”, ou seja, a liberdade individual de não ser coagido pelo Estado. Neste viés, o direito processual não poderia ser diferente. A tutela pessoal se impõe.

Tendo em vista a imensa influência da cultura francesa, o pensamento jurídico da mesma espalhou-se por boa parte do mundo ocidental. A princípio, tal espraiamento se deu através dos exércitos revolucionários que ocuparam boa parte da Europa ocidental acima dos Pirineus. Contudo houve também um alastramento pacífico, resultado mesmo do magnetismo cultural gaulês.

Segundo o filósofo BENTHAM<sup>4</sup>, cada homem sabe o que é melhor para si e ninguém mais apto que ele mesmo para decidir isto. Cada indivíduo é um ser único, sendo impossível replicá-lo. A busca da satisfação individual seria o melhor meio de se obter a prosperidade coletiva.

Ocorre, contudo, que se cada ser humano difere do outro, o mero fato de deter a condição humana também cria semelhanças. Os interesses das pessoas certamente não são totalmente coincidentes, mas também é impossível que sejam totalmente distintos.

A mudança de ótica viria a partir do final do século XIX para início do século XX mediante uma nova visão do Direito que contemplava as coletividades. O grande reflexo de tal mudança foi o surgimento das constituições dirigentes do México (1917) e de Weimar (1919), consagrando não apenas os direitos e garantias individuais, mas também os direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, etc.

Tal reviravolta não deixou de refletir-se no Brasil, onde foi promulgada a primeira carta de cunho social em 1934, embora

<sup>4</sup> Introduction to Principles of Moral and Legislation, 1781.

<sup>5</sup> Busca esta pautada por padrões éticos e legais. A doutrina do *laissez-faire, laissez-passez* jamais advogou um mundo anárquico. Diga-se de passagem, muito antes de escrever A Riqueza das Nações, Adam Smith já se notabilizara pela obra A Teoria dos Sentimentos Morais, no qual defendia o arcabouço moral como lastro social.

com vida curta, já que foi substituída pela famigerada “polaca” de 1937<sup>6</sup>.

Também em 1934 a ação popular é prevista na Carta Magna da época, contudo, o processo coletivo vai esperar até a década de 80 para aparecer como grande protagonista em nosso ordenamento jurídico, tendo por precedentes intelectuais os estudos italianos: “O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais.”

Os marcos legais da virada foram a Lei 7.347/85 da Ação Civil Pública e a Lei 8.078/90 que é o Código de Defesa do Consumidor<sup>7</sup>. Este último tendo ainda a peculiaridade de ter se tornado uma fonte analógica para interpretação do processo coletivo cível em geral.

Podemos identificar a gênese e estrutura do anteprojeto do CBPC na elaboração do texto que se deu mediante coordenação da Prof<sup>a</sup>. Ada Pellegrini Grinover da FDUSP. Ele resulta do reconhecimento dos seguintes fatores:

- Em uma sociedade massificada, a comunhão de interesses sobre diversas situações é coisa comum;
- O aparelho judiciário brasileiro está absolutamente abarrotado, tendo em vista o volume de processos, déficit de magistrados e servidores, bem como um sistema recursal cuja mudança se clama há tempos. Muitas dessas demandas poderiam ser resolvidas em massa<sup>8</sup> ao invés de serem apreciadas individualmente;
- O processo coletivo seria também um meio de

6 Apesar do cunho autoritário da Constituição de 1937 (cuja criação política foi de Getúlio Vargas, tendo o jurista Francisco Campos sido o autor do texto), não se pode acusá-la como um todo de nefasta, vez que manteve as conquistas principais da Carta de 1934.

7 Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 782.

8 Isto de maneira alguma é um rol exaustivo. A própria exposição de motivos do anteprojeto aponta também os artigos 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> e 7<sup>o</sup> da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3<sup>o</sup> da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2<sup>o</sup> da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1<sup>o</sup> de outubro de 2003.

9 Tendo em vista ser o Estado o grande cliente do Poder Judiciário, particularmente útil seria a aplicação de regras processuais em ações referentes a perdas por planos econômicos (Bresser, Verão, Collor I e II, etc.) e questões ligadas a FGTS, administrado pela empresa pública Caixa Econômica Federal.

reduzir a insegurança jurídica, vez que ao invés de uma multiplicidade de decisões (fatalmente com as contradições de praxe, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado).

Objecções também foram feitas no tocante à própria conveniência de se codificar o direito processual coletivo. Tais ressalvas se concentraram basicamente em dois argumentos: o código planejado seria ainda prematuro, devendo-se aguardar que o ordenamento já existente produza mais frutos; a codificação engessaria um direito cujos parâmetros ainda estão sendo largamente discutidos na doutrina e na jurisprudência, correndo-se o risco de “matar no ventre” (outros diriam “resolver no nascedouro”) toda uma problemática processual ainda não resolvida.

A forma da codificação também teria ficado a desejar, segundo muitos. Trata-se de um anteprojeto de apenas 60 artigos, o que conseqüentemente deixa muita coisa a ser interpretada de acordo com o Código de Processo Civil. A respeito da exegese do anteprojeto, retornaremos a esta discussão quando falarmos do art. 48.

## **2 Anteprojeto**

Comentar-se-á o anteprojeto seguindo sua estrutura sequencial.

### **2.1 Da tutela coletiva**

O primeiro capítulo do anteprojeto praticamente copia o disposto no Código de Defesa do Consumidor ao estipular que seu disposto não exclui a admissão de outras ações<sup>10</sup> em demais

<sup>10</sup> Art. 1º. Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

diplomas legais para a defesa dos direitos coletivos, os quais são conceituados em suas três modalidades (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)<sup>11</sup>.

Chama a atenção o parágrafo único do art. 2º<sup>12</sup>. Em vista de diversas tentativas de se utilizar a ação coletiva como substituto de ADIN, vedou-se expressamente que a ação coletiva tenha pedido de declaração de inconstitucionalidade, resguardada a arguição prejudicial por controle difuso.

## 2.2 Dos pressupostos processuais e das condições da ação

O art. 3º<sup>13</sup> esclarece a questão da competência territorial, o que no Código de Defesa do Consumidor restara ambíguo em função da redação dúbia do art. 93<sup>14</sup> do CDC. Note-se que em matéria de ação coletiva por dano ambiental, o STJ já se pronunciou (Resp 21.8492/2002) no sentido de que o DF e as capitais dos Estados são foros concorrentes para ação de dano ambiental nacional. Ainda a respeito da questão territorial, o art. 57, b, estipulou a possibilidade de foro domiciliar para ações individuais movidas por idosos.

A prioridade da ação coletiva fica resguardada no art. 4º, bem como a previsão de competência da justiça especializada e regra de conexão nos arts. 5º e 6º<sup>15</sup> respectivamente.

11 Art. 2º. A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

12 Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

13 Art. 30. É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§10. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2o. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

14 Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no 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.

15 Art. 6º Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

O art. 7º<sup>16</sup> trata da litispendência, nada dispondo de novo que não pudesse ter sido extraído analogicamente do próprio Código de Processo Civil.

A seção III que se refere às condições da ação coletiva e seus legitimados merece mais atenção.

A legitimação ativa é ampliada pelo art. 9º (havendo competência concorrente entre todos os legitimados) em comparação com o CDC, cuja redação do art. 82 contempla o Ministério Público, União, Estados, DF e Municípios, entidades e órgãos da Administração Pública e associações. O art. 9º incluiu a Defensoria Pública, pessoa física (para direitos difusos) ou integrante de grupo (para direitos coletivos e individuais homogêneos), partidos políticos e sindicatos. A OAB não é contemplada (como muitos esperariam por conta do Estatuto do Idoso).

Cabe um rápido lembrete: A legitimidade individual para ações coletivas já tem precedente na corte máxima infraconstitucional. Vide o Resp. 33653-7 STJ.

Uma crítica que pode ser feita é referente aos critérios de aferição de legitimação trazidos pelo artigo 8º<sup>17</sup>. Enquanto

16 Art. 70. A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1o. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2o. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3o. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

17 Art. 8o. Requisitos específicos da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1o. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- sua conduta em outros processos coletivos;
- a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2o. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3o. do artigo seguinte.

o CDC é bastante claro no sentido de que somente associações fundadas há pelo menos um ano podem promover ações coletivas, ressaltando-se o critério do manifesto interesse social que dispensa o lapso mínimo de pré-constituição, o anteprojeto é bem menos preciso, vez que abre consideravelmente a discricionariedade do magistrado para determinar quem pode ser legitimado ou não. Uma tal gama de requisitos pode tornar a legitimação algo bastante variável, podendo um ente em dado momento ser legitimado e em outro momento já não o ser. Por via das dúvidas, o anteprojeto contempla situação permissiva da continuidade da ação coletiva no caso de inexistência ou perda da legitimidade processual<sup>18</sup>.

Cabe ainda perguntar: Haverá meios e tempo hábil para o juiz aferir todos estes itens exigidos pelo artigo? Repetimos a pergunta de GRINOVER: “(...) existiria, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aferição, pelo juiz, de uma condição para o exercício da ação coletiva, denominada “representatividade adequada...?”<sup>19</sup>.

Acreditamos que não. Melhor seria manter a regra objetiva do CDC. Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer que a responsabilidade por uma ação coletiva é imensa, já que eventual inabilidade da parte ou de seu patrono não prejudicará apenas um interesse isolado, mas sim o de uma coletividade. Certamente por isso que foram colocadas tantas cautelas para se aferir a legitimidade da parte.

No tocante à legitimidade individual, sem dúvida alguma há receio pelo seu mau emprego, particularmente em meio a uma população de baixa instrução e tão manipulável como a nossa. GRINOVER judiciosamente explica que:

---

18 Art. 90 § 3o. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 790.

Cabe deixar advertido que é preciso evitar-se que graves erros, dúvidas, principalmente os que possam decorrer da mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as invocações trazidas pelo código e os provocados pelo vedetismo ou espírito político-eleitoreiro, possam comprometer irremediavelmente o pleno êxito de todo esse instrumental, principalmente as ações coletivas, que têm tudo para solucionar adequadamente os inúmeros conflitos de interesses coletivos que marcam a sociedade contemporânea<sup>20</sup>.

Por fim, acresça-se que o controle jurisdicional da representatividade processual pode ser considerado algo conflituoso com a Constituição Federal, conforme o art. 5º, LXX a LXXIII.

A respeito do Ministério Público, sua legitimidade fica condicionada ao relevante valor social da demanda, conforme o art. 9º, § 2º<sup>21</sup>. Cabe lembrar que o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor coloca o *parquet* como co-legitimado para ações coletivas referentes a direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, sem fazer qualquer ressalva. Todavia desde o início foi bastante criticada a interpretação literal do CDC neste aspecto (destacando-se a opinião de MAZZILLI<sup>22</sup>). GRINOVER explica que: “Não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social<sup>23</sup>.”

Daí a relevância do § 2º ao estipular o interesse social como pré-requisito para intervenção ministerial em ações coletivas. Note-se, contudo, que tal entendimento pode conflitar com o art. 127 da CF/88, cujo *caput* fala exclusivamente em “interesse social” a respeito da atuação do MP, nada dispondo sobre sua relevância.

20 GRINOVER; MENDES; WATANABE, op. cit., p. 815.

21 Art. 90 § 2o. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

22 MAZZILLI, Hugo Nigro, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

23 GRINOVER; MENDES; WATANABE, op. cit., p. 817.



### **2.3 Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta.**

Como já dito, uma das finalidades do anteprojeto é reduzir o volume de processos judiciais. O art. 10 visa auxiliar este escopo, colocando o magistrado no papel ativo de comunicar aos legitimados da existência de várias ações individuais para que algum deles interponha ação coletiva.

O art. 11<sup>24</sup>, contudo, ao tratar do inquérito civil, sem dúvida interfere na autonomia funcional do Ministério Público, que é regido por uma lei orgânica nacional subordinada à Constituição Federal. É bastante questionável que o anteprojeto de um código processual estipule penalidades e procedimentos internos ao MP e é isto o que vemos nos §§ 2º e 4º. Aliás, também vemos isto no parágrafo único do art. 10.

O § 3º traz alguns problemas: Uma vez que o inquérito é procedimento inquisitorial, não cabendo defesa ou instrução por parte do investigado<sup>25</sup>. Todavia ao determinar que os interessados poderão apresentar argumentos e documentos, o dispositivo legal abre possibilidade de o investigado intervir no procedimento. Tal interpretação pode conflitar com o art. 129, III da CF.

O art. 12 nada de novo traz a respeito do termo de ajustamento de conduta (chamado de “compromisso de

24 Art.11. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1o. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2o. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3o. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças e informação.

§ 4o. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

25 Embora haja sérias controvérsias sobre a natureza do inquérito, na teoria e na prática prevalece a corrente inquisitorial.

ajustamento de conduta” no anteprojeto), exceto pelo parágrafo único<sup>26</sup> que coloca o MP como fiscal de TACs nos quais ele não tenha tomado parte.

## 2.4 Da postulação

A respeito de custas, emolumentos e honorários, o art. 13 em grande parte reproduz o art. 87 do CDC, determinando isenção inicial para os autores da ação coletiva, embora determinando a punição por lide temerária e litigância de má-fé de maneira draconiana<sup>27</sup>. Os §§ 1º e 2º não discrepam do disposto no Código de Processo Civil. A inovação está no § 4º que estipula uma espécie de *pro labore* a pessoa física, sindicato ou associação que tenha tido importância participativa para o desfecho da ação.

O art. 14 não traz nada que já não esteja nas prerrogativas do Ministério Público a respeito do poder requisitório de certidões. Já o art. 15<sup>28</sup> prevê hipóteses de aditamento da inicial que transcendem ao que prevê o CPC, embora ressalve que o magistrado deve sempre atentar para o contraditório.

Embora o art. 16 não seja um dispositivo inovador, ao assinalar o prazo de 72 horas para a parte contrária se manifestar, no caso de tutela liminar, cria um bom-meio termo entre os perigos da tutela inaudita e a espera (usualmente de 10 a 15 dias) para manifestação da outra parte, que pode gerar perecimento de direito. Muitas vezes a concessão de liminares inauditas é dificultada pelo receio (justificado ou não) do magistrado em criar uma de *periculum in mora* inverso na qual a outra parte

26 Parágrafo único - Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

27 Deixe-se claro que o autor é totalmente favorável a um tratamento mais severo para litigância de má-fé e lide temerária, todavia tal tratamento deve ser generalizado e não apenas aplicar-se a uma ou outra categoria, como comumente tenta se fazer, por exemplo, com o Ministério Público.

28 Art. 15. Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

seja posta em xeque sem ao menos ser ouvida. Ao assinalar um prazo especial de três dias, a lei dá mais tranquilidade ao magistrado para conceder a medida acautelatória sem ouvir a outra parte, vez que não tardará para mesma se manifestar e assim poderá revogar-se a decisão sem grandes prejuízos que poderiam ocorrer no prazo processual normal.

## 2.5 Da prova

O art. 19, em seu *caput*, é absolutamente inócuo, vez que apenas reafirma aquilo que a teoria das provas sempre estipulou, repudiando *the fruits of the poisoned tree*. É em seus parágrafos que encontramos pontos de fulcral importância.

O § 1º<sup>29</sup> estipula que o ônus caberá ao hiperssuficiente do ponto de vista técnico. Cabe lembrar que o CDC em seu art. 6º, VIII estipula como requisitos para inversão do ônus da prova a verossimilhança ou a hipossuficiência. O anteprojeto do CBPC nada contempla sobre a verossimilhança (excluindo-a, portanto) e deixa claro que a hipossuficiência a que se refere não é a socioeconômica, mas sim a técnica. Note-se que embora o CDC não determine o tipo de hipossuficiência a que se refere, grande parte da doutrina já se filiara à corrente de que a hipossuficiência em relações de consumo deveria ser aferida tecnicamente. Diga-se de passagem, o próprio anteprojeto adequa o CDC à nova regra no art. 57<sup>30</sup>.

O § 2º<sup>31</sup> é de importância fundamental para ajudar a corrigir uma injustiça decorrente de uma interpretação

29 Art. 19, 1o. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

30 Art. 57. Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6o. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

Art. 6o. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

31 § 2o. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

totalmente inconstitucional do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo faculta ao julgador a inversão do ônus da prova, porém é lacunoso no sentido de não explicitar em que momento a inversão deverá ocorrer. Ora, a interpretação deve seguir os patamares constitucionais da ampla defesa e contraditório. Assim sendo, o mais correto seria o magistrado determinar a inversão no despacho saneador ou então, caso só se convencesse desta quando da instrução, que dilatasse o prazo da mesma para a parte incumbida encarregar-se de produzir a prova de que necessitasse.

Todavia vários doutrinadores resolveram adotar a polêmica tese de que a inversão é critério *ope iudice*, ou seja, de julgamento, podendo ser realizada mesmo após o encerramento da instrução probatória **sem qualquer dilação probatória concedida à parte**, o que atinge os princípios do contraditório e da ampla defesa. Vejamos tal posicionamento:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento...: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um non liquet em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.<sup>32</sup>

Em reforço a sua ideia, GRINOVER recorre ao raciocínio esposado por Cecília Mattos em sua dissertação de mestrado:

(...) no instante de sentenciar, apreciará o julgador a necessidade de utilizar-se das regras do ônus da prova, invertidas ou não... A partir destes argumentos, discorda-se da posição dos autores que sustentam que a inversão deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou, ainda, durante a instrução, justificando essa posição com o argumento de que, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor<sup>33</sup>.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, p. 796.

33 Ibid., p. 796

Felizmente o art. 19 do CBPC prevê o ônus da prova a ser deliberado no despacho saneador e podendo ser reconsiderado durante a instrução, abrindo-se prazo razoável à parte contrária a que produza novas provas.

Embora, a princípio, tal disposto refira-se ao processo coletivo, ele sem dúvida – uma vez aprovado o anteprojeto – servirá para integrar a lacuna do CDC mediante analogia.

O § 3<sup>o</sup><sup>34</sup> não contém qualquer inovação, vez que a regra do *ne procedat iudex ex officio* há muito tornou-se letra morta em grande parte do processo civil.

## 2.6 Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

O art. 20, a princípio, nada traz de novo. O princípio da motivação evidentemente jamais albergou decisões fundamentadas genericamente<sup>35</sup>. O art. 21 reafirma o efeito natural de cada recurso (devolutivo), embora albergando o efeito suspensivo no caso de lesão grave ou de difícil reparação. O art. 22 reafirma algumas das regras já sedimentadas pelo CDC: Efeito *erga omnes* para a decisão condenatória (independente da competência territorial); não prejuízo às ações individuais, ressalvados os detentores de direitos individuais homogêneos vinculados à ação coletiva.

## 2.7 Das obrigações específicas

Tal capítulo não traz qualquer novidade que já não estivesse prescrita no CDC, exceto por um maior detalhamento do poder judicial para determinar providências sobre a destinação de indenizações derivadas de condenações.

<sup>34</sup> § 3o. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

<sup>35</sup> Embora seja impressionante o número de decisões (particularmente interlocutórias) que simplesmente reproduzem o clichê *denego o pedido por não vislumbrar os requisitos necessários* e nada mais dizem.

## 2.8 Da liquidação e da execução

As disposições deste capítulo estipulam a atribuição subsidiária do Ministério Público para execução de sentença em ação coletiva no caso de inércia do titular, bem como diferencia a execução permanente da provisória.

## 2.9 Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

A regulamentação de tal cadastro é fundamental para a operacionalização das disposições sobre litispendência e continência. Em relação ao fundo<sup>36</sup>, cuida-se de seu controle e transparência.

## 2.10 Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos

O art. 30 elenca mais dois elementos a serem aferidos para admissibilidade de uma ação coletiva, quais sejam: Predominância do interesse comum e utilidade concreta da tutela. Valem os questionamentos já feitos: Isto não é genérico

36 Art. 28. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízes quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29. O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1o. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2o. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3o. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4o. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5o. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

demais? Não dá ao magistrado um poder que deveria ser do legislador?

No tocante aos legitimamente interessados, cujos interesses são tutelados pela ação coletiva, muitas vezes não são imediatamente identificáveis (como no caso de direitos difusos), daí o art. 31 estipular o elenco dos mesmos pode se dar em fase processual posterior. Puro bom senso.

Evidentemente que os próprios interessados podem habilitar-se, intervir como assistentes ou excluir-se (caso o interessado ache mais vantajosa a tutela individual), conforme o art. 33, daí a total publicidade processual (no sentido real e não apenas formal, como ocorre com todos os processos, ressalvadas as exceções de praxe). O sistema de citação no processo coletivo segue tal dinâmica, conforme o art. 32 prevê.

No tocante aos efeitos do processo, o anteprojeto teve o bom senso de diferenciar os efeitos da transação dos da sentença. No primeiro caso, a transação conterà um prazo de desvinculamento para os interessados que com ela não concordarem, conforme o art. 35<sup>37</sup>. Todavia uma pergunta permanece: Os insatisfeitos com a transação prosseguiriam de que modo com a ação? Intentariam uma nova ação coletiva? Ações individuais? Poderiam usar automaticamente as provas produzidas na ação originária? O anteprojeto não responde a isto, deixando uma lacuna a ser solucionada.

A sentença, pelo art. 36, pode ser líquida ou ilíquida, podendo a liquidação ser feita em momento posterior pelo juízo competente, conforme o art. 37, podendo ser feita coletiva ou individualmente de acordo com os art. 38 e 40, respectivamente.

O pagamento é disciplinado no art. 39, estipulando banco oficial para depósito das quantias. Ocorre que sob o prisma constitucional, nada justifica os bancos públicos terem tal

<sup>37</sup> Art. 35. As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

vantagem sobre o setor privado. O depósito deveria ocorrer na instituição bancária de escolha do recebedor.

O concurso de créditos recebe o mesmo tratamento dado pelo CDC, de acordo com o art. 41.

### **2.11 Da ação coletiva passiva**

A ação coletiva passiva<sup>38</sup> nos traz uma novidade interessante. Permite que coletividades organizadas possam ser acionadas em juízo. Será isto um prejuízo a tais coletividades? Uma regra inibitória? De maneira alguma. Um ordenamento jurídico justo se caracteriza pela proporcionalidade de direitos e obrigações. Tendo em vista que os entes coletivos são considerados sujeitos de direitos, nada mais justo que também sejam sujeitos de deveres.

### **2.12 Procedimentos especiais**

Contém dispositivos sobre mandados de segurança e injunção coletivos; ação popular e de improbidade administrativa

### **2.13 Disposições finais**

O art. 55<sup>39</sup> é bastante polêmico. O que vem a ser a interpretação “aberta e flexível”? A Hermenêutica Jurídica é disciplina dotada de regras, no mais das vezes, muito bem definidas. Seria tal dispositivo uma carta branca ao magistrado

38 Art. 42. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43. A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44. Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

39 Art. 55. Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.



para interpretar como queira o código? É o que parece, pois se a lei não tem palavras inúteis, o art. 55 permite transcender as regras hermenêuticas normais. Contudo, como o anteprojeto não cria suas próprias regras de interpretação, o magistrado passa a deter liberdade de ação que pode se tornar excessiva.

O art. 56<sup>40</sup> dispõe sobre a aplicação subsidiária do CPC, o que seria perfeitamente dispensável, já que isto é uma regra geral de processo.

O art. 58<sup>41</sup> é absolutamente temerário. Revoga a lei da ação civil pública e toda a parte processual do Código de Defesa do Consumidor. Acresça ainda as revogações parciais do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. Podemos inclusive dizer que neste artigo o anteprojeto extrapola seu escopo.

O art. 59 trata da instalação de órgãos julgadores especializados.

### 3 Conclusão

Tendo apenas 60 artigos, sem dúvida que o anteprojeto não tem um volume digno de ser chamado de “código”. Em consequência, várias omissões podem lhe ser imputadas:

- a) Como já dito, falta ao anteprojeto um arcabouço principiológico que permita inferir-se as regras interpretativas pertinentes;
- b) Não dispõe sobre sistema recursal próprio;
- c) Não dispõe de maneira adequada sobre os mecanismos de defesa no processo;
- d) O disposto sobre mandado de segurança coletivo é parco (como também é a nova lei de MS, conforme já dissemos).

<sup>40</sup> Art. 56 Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

<sup>41</sup> Art. 58. Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

O anteprojeto é sem dúvida um avanço em seu conteúdo, entretanto, a sua forma de sistematização proposta, tal qual código, arrisca engessar a construção de um sistema que, longe de pronto e acabado, ainda está em suas fundações. Um código não é o melhor ponto de partida para isto.

### **Analyse de L'avant-Projet du Code Brésilien de Processus Collectifs - CBPC**

**Résumé:** Il s'agit d'une étude sur l'avant-projet du Code Brésilien de Procédures Collectives, en analysant leurs fondements juridiques, changements plus marquants et éventuels impacts dans le cas d'approbation, ainsi que comme en exposant leurs imperfections et omissions. Le travail si de la moyennant comparez du texte avec d'autres diplômes légaux et doctrine originaire.

**Mots-clés:** Processus collectifs. Avant-projet.

### **Referências**

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

BENTHAM, Jeremy, *Introduction to Principles of Moral and Legislation*, 1781. Disponível em: <<http://www.utilitarianism.com/jeremy-bentham/index.html>>. Acesso em: [2010].

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei 7.347 de 24 jul.1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: [2010].

\_\_\_\_\_. Lei 8.078, de 11 set. 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: [2010].

\_\_\_\_\_. Lei 10.741, de 01 out. 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: [2010].

\_\_\_\_\_. STJ, Resp. 21.8492/2002.

\_\_\_\_\_. STJ, Resp. 33653-7.

GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; et. al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

HOBBSAWN, Eric J., *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Trad. Maria L. Teixeira e Marcos Penchel. 23. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos; conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

