



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil¹

The Proposed Class Action Statute by the
Brazilian National Council of Justice (CNJ).
Advances, Imprecisions, Setbacks,
and the Dismantling of Class Actions in Brazil

Antonio Gidi

Professor of Law at the University of Syracuse, USA.
www.gidi.com.br

*O mundo está ficando cada vez mais
parecido com as minhas ideias.*

Roberto Campos

-
1. Ao redigir este artigo discuti com colegas que me ajudaram a refletir melhor sobre o tema: Fredie Didier Jr., Zaiden Geraige Neto, Felipe Borring Rocha, Marcelo Holanda, João Paulo Lordelo, Mariella Pittari, Edilson Vitorelli e Geisa de Assis Rodrigues. Agradeço especialmente a cuidadosa revisão realizada por Jordão Violin e Jorge Bheron Rocha, que fizeram o texto mais legível, e as sugestões de Gregório Assagra, que o fizeram mais doce. Os erros que permaneceram, de estilo, de tom e de substância, são só meus.

Resumo: O artigo analisa a proposta de Lei de Ação Civil Pública patrocinada pelo CNJ. A proposta possui poucos avanços, a maioria meros ajustes na redação da lei, sem aprimoramentos práticos significativos. Ela também contém normas inúteis e atécnicas, como a desnecessária repetição de artigos já constantes no CPC. Ademais, a proposta incorre em graves retrocessos que irão burocratizar e dificultar a tutela coletiva. Entre os inúmeros retrocessos, as normas mais nocivas são a não-interrupção da prescrição das pretensões individuais na pendência da ação coletiva e as normas de despesas e sucumbência, que prejudicam as associações, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Essas duas normas, sozinhas, inviabilizarão a tutela coletiva e funcionarão como uma armadilha para prejudicar os membros do grupo. A proposta merece ser rejeitada sob pena de representar um retrocesso inaceitável ao sistema processual coletivo brasileiro, além da perda de uma oportunidade histórica de construir uma solução útil para a nossa sociedade.

Palavras-chave: Ações coletivas, direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos, CNJ, Código de Processo Civil Coletivo

Abstract: This article discusses the proposed Class Action Statute sponsored by the National Council of Justice (CNJ). The proposal contains few advances, most of which are mere adjustment to the legal provisions, without significant practical improvement. The proposal contains also useless and imprecise rules, such as the unnecessary repetition of articles of the Code of Civil Procedure. In addition, it incurs in grave setbacks that will make group protection more difficult to obtain. Among the setbacks, the most dangerous rules are the non-interruption of the statute of limitations during the pendency of a class action and the rules on expenses and attorney fee-shifting. These two rules alone will dismantle the class action in Brazil and will trap unsuspecting class members. This proposal represents the loss of a historical opportunity to build a legal device useful for our society. It must be rejected, or the class action practice in Brazil will suffer an unacceptable setback.

Keywords: Class actions, Class Action Code, CNJ, diffuse, collective

Sumário: 1. Introdução; 2. Tímidos avanços; 3. Muitas inutilidades; 4. Muitas imprecisões; 5. Graves retrocessos; 6. Retrocessos que inviabilizarão as ações coletivas; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O CNJ apresentou ao presidente da Câmara dos Deputados uma proposta de Lei de Ação Civil Pública, que virou o Projeto de Lei 4778/20 (Projeto CNJ).² O Projeto CNJ apareceu de surpresa, no meio de uma pandemia, sem ter sido submetido ao debate acadêmico ou popular. O objetivo, segundo o site publicitário do CNJ, seria “aperfeiçoa[r] o marco legal e institucional que regula as ações coletivas (...), aprimorar a atuação do Poder Judiciário (...) e corrigir anomalias e incoerências que geram falta de unidade do direito e potencial insegurança jurídica”.³

Algumas opiniões com tom alvissareiro surgiram na imprensa, partidas de análises acríicas do anteprojeto. Artigo publicado no *Conjur*, por exemplo, afirma que “o projeto possui, assumidamente, duas marcas indelévels: simplicidade e eficiência.”⁴ Simplicidade e eficiência, porém, não são valores necessariamente positivos: de nada adianta ser simples e inadequado ou eficiente em dismantelar o sistema processual coletivo. De forma simples e eficiente o Projeto CNJ inicia um processo de esvaziamento das ações coletivas. Ademais, o Projeto CNJ regula um assunto complexo, que vem amadurecendo ao longo de três gerações de juristas, de forma simplista e errada.

Aqueles que dedicaram a vida a estudar as ações coletivas, aqueles que acreditam no seu poder transformador, se decepcionarão com o CNJ e com o Projeto. O jurista comprometido com o seu tempo e a sua sociedade não tem o que celebrar.

O Projeto CNJ é um presente para os bancos, para os grandes interesses econômicos e para o Estado. Parece que só eles foram representados perante o CNJ: é como se os grandes litigantes repetitivos tivessem feito uma listinha com os seus mais recônditos desejos e algum estagiário do CNJ publicou essa lista por engano, em vez do projeto verdadeiro. Já o grupo titular do direito foi um saco de pancadas do Projeto CNJ, e só perdeu espaço.

E quem perde com o Projeto CNJ não são grupos abstratos, mas grupos específicos de pessoas e direitos específicos: consumidores, mulheres, negros, investidores, crianças, pessoas com deficiência, trabalhadores, usuários de serviços públicos, comunidade LGBT, a ordem econômica, o patrimônio público e social, o meio ambiente.

2. V. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Lei-a%C3%A7%C3%B5es-coletivas.pdf> (acessado em 06 de setembro de 2020).

3. <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-cnj-entrega-ao-presidente-da-camara-anteprojeto-para-aperfeicoar-lei/> (acessado em 06 de setembro de 2020).

4. Caio Victor Ribeiro dos Santos, O polêmico projeto da nova lei de ações coletivas, *Conjur*, 4 de setembro de 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/caio-santos-polemico-projeto-lei-acoes-coletivas> (acessado em 06 de setembro de 2020). A Exposição de Motivos do Anteprojeto CNJ também menciona que “a simplicidade ... foi a palavra de ordem”.

Todos aqueles direitos listados no art. 1º da LACP (que, aliás, será revogado) saíram perdendo com o Projeto CNJ.

A sensação de indignação ao ler o Projeto CNJ é a mesma que tive uma década atrás, no México. Em 2010, fui convidado pelo Senador Jesús Murillo Karam para redigir a lei mexicana de ações coletivas, usando como base o meu Código de Processo Civil Coletivo, simplificando-o e adaptando-o à realidade mexicana⁵.

Formei uma Comissão com Alberto Benítez e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Durante vários meses me reuni semanalmente no Senado Federal com políticos, magistrados, agências governamentais, representantes de associações e um exército de advogados de empresa. Ninguém conhecia as ações coletivas no México. Logo nas primeiras reuniões aconteceu algo interessante: as associações perceberam o seu potencial e os advogados de grandes empresas estavam instruídos a se opor a qualquer proposta que eu fizesse. Os advogados não participavam como juristas, com o múnus público de produzir a melhor lei para a sociedade mexicana; eles participavam como lobistas, representando os interesses ilegítimos dos seus clientes. Violavam o princípio que aprendi nos anos em que participei em comissões no *American Law Institute*: “em discussões legislativas, os advogados devem deixar seus casacos e seus clientes do lado de fora”.

A Comissão do Senado sofreu enorme pressão dos poderes econômicos e políticos no México, mas a proposta que apresentamos ao Senado Federal mexicano foi uma lei sofisticada e equilibrada, utilizando a experiência dos Estados Unidos, Brasil, Colômbia, Canadá e outros países.⁶ Foi quando cometi um erro: considerando o trabalho da comissão terminado, dei as costas aos políticos mexicanos e deixei que eles continuassem o processo legislativo sem fiscalização.

A lei foi promulgada um ano depois, acrescentando o Livro Quinto ao *Código Federal de Procedimientos Civiles* mexicano.⁷ O texto não se parecia em nada com o trabalho da Comissão. Algumas partes da lei eram ininteligíveis. Outras partes eram claras: os políticos, pressionados pelo poder econômico, tiraram a força da ação coletiva que construímos e, em seu lugar, impuseram obstáculos ao seu funcionamento. Tudo aquilo que a comissão havia decidido, o Senado fez o contrário. E ainda acrescentaram ambiguidade e confusão. A lei foi feita para confundir e emperrar; foi feita para não

5. Antonio Gidi, Código de Proceso Civil Coletivo. Un modelo para países de derecho civil, in Antonio Gidi, Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil, Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 131-151.
6. V. Alberto Benítez, Eduardo Ferrer-MacGregor e Antonio Gidi, Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles [mexicano], in Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Código Modelo de Processos Colectivos. Un diálogo iberoamericano, Editorial Porrúa, 2008, p. 447-457. Esta versão foi posteriormente aprimorada.
7. V. Código Federal de Procedimientos Civiles [México], arts. 578-626 (promulgados em 30 de agosto de 2011).

funcionar. Até hoje não sei se ela foi redigida pela pessoa mais inteligente ou pela mais confusa. O que eu sei é que o México tem a ação coletiva que merece: um monstro disforme e desdentado.

O projeto da comissão foi usado como moeda de troca entre políticos e o poder econômico. Por uma década me recusei a dar entrevista sobre o assunto ou a retornar ao México. Em 2020, quando finalmente aceitei o convite de um amigo para voltar a dar aulas na Faculdade de Direito ITAM, encontrei o país exatamente como eu havia previsto: com algum conhecimento sobre a teoria e a potencialidade das ações coletivas, mas sem uma prática robusta. Conheci advogados que lutavam pelos direitos de grupos e caminhavam sem sair do lugar. Passei a contar a minha experiência publicamente em palestras pelo país e ela terminou chegando, sem o meu conhecimento, às revistas especializadas.⁸ Recentemente apresentei um Amicus Curiae à Suprema Corte mexicana, como uma forma de reverter a situação, mas sem esperança de sucesso.⁹

Esta é a situação deprimente em que o Brasil se encontra ao ser surpreendido com o Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. No início deste século, quando tentei codificar as ações coletivas brasileiras, um relevante ministro do STJ ponderou que era melhor não tentar aprimorar o processo coletivo porque o Congresso de então aproveitaria a oportunidade para piorá-lo. Vinte anos depois, estamos em uma situação diferente: o Projeto CNJ já nasceu ruim, mas há espaço para o Congresso piorá-lo ainda mais. De forma genial, o Projeto CNJ, tal qual a lei mexicana, retira a força das ações coletivas brasileiras e, em seu lugar, coloca obstáculos à proteção dos direitos de grupo, criando um monstro disforme e desdentado.

Discutirei abaixo os avanços, as inutilidades, as imprecisões e os retrocessos do Projeto CNJ. Ao final, exporei com mais vagar os três retrocessos que, por si sós, destruirão as ações coletivas no Brasil.

Não há nada de novo nessa discussão. Dá até ânsia revisitar os mesmos argumentos que enterrei quase vinte anos atrás e ver que pouco se avançou no Brasil. Continuamos cometendo os mesmos erros e caminhando em círculo, de forma teórica, formulaica e burocrática, sem sair do lugar. Nesses últimos anos, a experiência prática das ações coletivas no Brasil confirmou as minhas opiniões. Como disse Roberto Campos, “o mundo está ficando cada vez mais parecido com as minhas ideias”. Quase tudo que está discutido neste artigo, eu desenvolvi extensivamente em outras oportunidades, oferecendo soluções práticas e citando farta bibliografia brasileira e estrangeira contra e a favor das minhas opiniões. Para não me repetir, e para não repetir citações já feitas,

8. V. Luis Miguel Krasovsky, *Las acciones colectivas en la cuarta transformación*, in *El mundo del abogado*, número 250, fevereiro 2020, p. 8-13, disponível em <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/las-acciones-colectivas-en-la-cuarta-transformacion> (acessado em 20 de outubro de 2020).

9. V. Antonio Gidi, *Comparecencia como Amigo de la Curia en el Amparo Directo en Revisión* número 726/2020 (*colectividad v. ATT*), 12 de outubro de 2020.

apenas levantarei as questões de forma sucinta e remeterei às minhas publicações, especialmente o meu Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo.

2. TÍMIDOS AVANÇOS

O Projeto CNJ contém uma série de pequenas inovações interessantes, algumas delas muito boas. Mas os avanços são tímidos; a maioria já estava consagrada na doutrina ou na prática dos tribunais. A maioria não é sequer inovação: quase todas estavam mais bem disciplinadas em anteprojetos e projetos anteriores. Muitos são meros ajustes na redação da lei. Nenhum deles têm profundas consequências práticas; nenhum deles fortalece significativamente a ação coletiva; nenhum deles aprimora a sua efetividade.

A sofisticação do tema em nosso país, porém, nos dava estofamento para um passo mais ambicioso: um aprimoramento real e uma mudança de paradigma no nosso processo coletivo. O Projeto CNJ perdeu, portanto, uma oportunidade histórica de construir algo útil para a nossa sociedade.

Se apenas esses modestos avanços fossem promulgados como emendas isoladas ao CDC e à LACP (sem os retrocessos, as inutilidades e as imprecisões), o Projeto CNJ seria um aprimoramento tímido mas aceitável ao direito atual. Sempre é bom avançar um pouquinho na direção certa. Não temos um sistema coletivo tão perfeito que possamos recusar pequenos avanços. Aliás, a simples existência de uma regulação unificada sobre as ações coletivas já seria uma conquista, mesmo se não alterasse o sistema significativamente. Porém, se o Projeto CNJ for aprovado em sua integralidade, o preço que pagaremos por essas inovações pontuais será demasiadamente elevado: vão-se os dedos e ficam anéis de plástico.

Abaixo discutirei os avanços trazidos pelo Projeto CNJ. Se alguns deles não parecerem propriamente avanços e outros forem no fundo retrocessos, não será mera coincidência. Mas eu precisava preencher esse item para dar alguma simetria ao artigo.

2.1 O art. 3º do Projeto CNJ dá prioridade à ação coletiva como caso paradigma na afetação dos procedimentos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e nos Recursos Repetitivos. Diante do fato de que o IRDR é uma realidade, essa pode ser uma boa iniciativa, porque prevê um critério válido para escolher o caso adequado e representativo. A própria ideia de controle judicial da representação adequada passa a estar embutida no IRDR.

Não se trata propriamente de uma inovação, uma vez que essa ideia já era amplamente disseminada, inclusive com recomendação do próprio CNJ. Como diziam Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. cinco anos atrás, “a ação coletiva (...) deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução

de demandas repetitivas, pois (...) a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, [é] essencia[l] ao julgamento do incidente (...).¹⁰

A escolha da ação coletiva como caso paradigma, porém, gera uma situação inusitada. Se o caso selecionado como paradigma for uma ação coletiva, não há diferença entre um IRDR e uma ação coletiva, pois o alcance de ambos será o mesmo. Isso demonstra que o IRDR tem utilidade limitada em um país onde há ação coletiva. Vê-se, portanto, que a adoção do IRDR no Brasil foi um retrocesso calculado para esvaziar a tutela coletiva. Nós, que já tínhamos uma ação coletiva forte no Brasil, copiamos um instrumento inferior à ação coletiva, com modelos vindos da Alemanha e Inglaterra, que não tinham (e ainda não têm e talvez nem precisem) ação coletiva. Ou seja, escolhemos os piores modelos.

Não sou fã do IRDR; na verdade, eu odeio o IRDR. O IRDR é uma ação coletiva fake: ele atinge somente os membros do grupo que propuseram ações individuais, deixando de fora aqueles que não o fizeram ou não o puderam fazer. O IRDR é pior que o pior tipo de ação coletiva, aquela baseada no *opt in*, porque o IRDR exige a constituição de advogado e propositura de ação individual.

O IRDR surgiu para sabotar as ações coletivas, que estavam incomodando os bancos, os grandes interesses econômicos e o Estado. Foi mais um presente para os grandes litigantes repetitivos.

Quem se beneficia com o IRDR, claro, é o réu, que responde por um grupo limitado de vítimas e não pela totalidade de pessoas prejudicadas com a sua atividade ilícita, como seria o caso de uma ação coletiva. De quebra, o réu economiza as despesas com milhares de processos individuais e passa a se defender em apenas um, no qual concentrará todos os seus esforços e exercerá influência política. O réu ainda ganha de presente a impossibilidade dos membros do grupo se excluírem do resultado, o famoso *opt out*, que é considerado pela Suprema Corte norte-americana como um direito constitucional.

Até o Poder Judiciário se beneficia com o IRDR, claro, porque obtém economia processual e julga um só caso, em vez de milhares, além de poder exercer total controle sobre o litígio. Todos se beneficiam, menos o grupo, claro. Ninguém se preocupa com o acesso à justiça das pretensões individuais. O grupo só tem a se prejudicar com o IRDR. Claro.

É verdade que a decisão do IRDR será aplicada para o futuro, mas sua aplicação é limitada no tempo e exige a propositura de ação individual, o que pode ser desnecessário em caso de ação coletiva. Ao contrário do IRDR, a ação coletiva efetiva

10. V., e.g., Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções, Revista de Processo, vol. 256, p. 209-218, 2016.

dispensa propositura de ações individuais. Aliás, isso é da essência do processo coletivo e o seu objetivo.

A outra desvantagem do IRDR sobre a ação coletiva é a ausência de transparência e de controle judicial da representação adequada, o que aumenta os riscos para o grupo. O poder do réu aumenta quando há um caso piloto.

O aspecto mais perverso do IRDR, porém, é que ele tem um efeito exótico de coisa julgada *secundum eventum litis in detrimentum*: se a ação for julgada procedente, ela beneficia somente aqueles que propuseram sua ação individual (ou que venham a propor dentro de certo período). Se for julgada improcedente, porém, a sua coisa julgada atinge a todos: o direito da coletividade perece e nenhum membro do grupo poderá propor ação individual e nenhuma ação coletiva poderá ser proposta com o mesmo objeto. Ou seja, ao contrário da ação coletiva, o grupo não tem nada a ganhar e tem tudo a perder com o IRDR. Esse, na prática, é o efeito contrário da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus* do CDC.¹¹ O IRDR é, assim, uma ação coletiva de cabeça para baixo, para beneficiar o réu e prejudicar o grupo.

O direito brasileiro é mesmo curioso. Embora o IRDR seja menos abrangente que a ação coletiva em todos os aspectos, inclusive no número de membros do grupo, é o IRDR que absorve a ação coletiva. Em vez de a propositura de uma ação coletiva fazer o IRDR perder o objeto, o que acontece na prática é que a ação coletiva vira o caso paradigma do IRDR. O poder econômico conseguiu esvaziar a ação coletiva brasileira com um golpe de mestre, e todos aplaudem a inovação.

Por esses motivos, vejo o IRDR e a IRDRização das ações coletivas como uma inovação negativa, concebida especificamente para prejudicar o grupo e beneficiar os grandes litigantes repetitivos.

Vejo com preocupação também uma tendência das forças retrógradas que querem revogar a nossa ação coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos e em seu lugar colocar o IRDR.

2.2 O art. 12º, §§ 1º e 2º do Projeto CNJ prevê a citação e a notificação da agência reguladora, que precisa fazer parte do processo coletivo de seu interesse. Trata-se de inovação legislativa interessante, mas de reduzido impacto, uma vez que já estava consolidada na doutrina e na prática. Ademais, a minha proposta de CPC Coletivo já previa a citação das entidades e órgãos públicos relevantes.¹²

11. Naturalmente, a expressão coisa julgada *in detrimentum* foi inventada de forma irônica neste artigo; ela não tem pedigree do direito romano nem em nenhum ordenamento jurídico, antigo medieval ou moderno. Não sei sequer se a construção está gramaticamente correta.

12. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 5.1, “(...) as entidades e órgãos públicos relevantes (...) serão sempre notificados”).

2.3 O art. 16 do Projeto CNJ recomenda que seja realizada ao menos uma audiência pública. Essa é uma boa recomendação, que já estava estabelecida na prática e na doutrina brasileiras.

A audiência pública também já estava prevista na minha proposta de CPC Coletivo, de forma mais contextualizada, mas restrita ao processo de aprovação do acordo coletivo.¹³ A audiência pública, porém, tem utilidade em todas as fases do processo, para que o representante do grupo ou o juiz se familiarize com a complexidade do grupo e das suas pretensões. Aliás, a realização de audiências públicas pode ser um fator a ser considerado para demonstrar a adequação do representante, em sua busca de conhecer a realidade e de refletir a vontade do grupo. Nesse ponto específico, portanto, ao prever a audiência pública em qualquer fase do processo, o Projeto CNJ é superior à minha proposta de CPC Coletivo.

2.4 O art. 20 do Projeto CNJ prevê que uma sentença não é suficientemente motivada “se baseada exclusivamente na apuração de fatos ocorrida no inquérito civil, salvo se realizada mediante autorização judicial, com contraditório.”

Esse dispositivo tenta regular de forma óbvia e simplista uma controvérsia sobre um tema complexo. Ele legitima implicitamente o inquérito civil realizado sem contraditório e, simultaneamente, limita seu poder probatório. Já discuti sobre esse tema extensivamente em outra oportunidade.¹⁴

O dispositivo proposto não responde as perguntas sobre o assunto; ele simplesmente acena para a existência do problema sem oferecer nenhuma solução. Muitas vezes, porém, é melhor uma norma vazia do que não ter nada, pois a norma vazia inspira a doutrina e a jurisprudência.

O dispositivo proposto permite o uso da prova documental produzida no inquérito sem contraditório, pois o documento será submetido ao contraditório no próprio processo. O mesmo se diga da inquirição ou perícia realizada sem contraditório: elas terão o valor de uma inquirição ou estudo técnico feito unilateralmente e terão o valor probatório que o juiz atribuir.

Basta que o juiz não baseie sua sentença exclusivamente em apuração de fatos ocorrida em inquérito civil realizado sem contraditório. Como isso é óbvio para qualquer juiz, a norma é inútil. Aliás, em vez de “exclusivamente”, seria melhor que o art. 20 dissesse “substancialmente”.

13. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 14.6, “Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados”).

14. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 431-38 (subcapítulo 5.6, inquérito civil).

Embora o Projeto CNJ contribua para o debate, ele o faz somente porque atrai atenção para o assunto. A linguagem utilizada reduz um problema complexo a uma solução simplista, que precisa ser mais bem pensada.

Ademais, a presença do contraditório já deveria ser suficiente, sendo desnecessária a autorização judicial.

2.5 Outra inovação importante do Projeto CNJ está no art. 22, segundo o qual “razões econômicas que inviabilizam a produção da prova podem gerar a inversão da regra de seu custeio.” Embora redigida de forma atabalhoada, trata-se de inovação importante, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo.¹⁵

Esse é um bom complemento à regra da inversão do ônus da prova.

2.6 O art. 23 do Projeto CNJ, admite “o uso de prova por amostragem ou estatística, subsidiariamente, para reforçar a prova direta ou substituí-la, quando esta for impossível.” Trata-se de inovação importante, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo.¹⁶

2.7 Embora sem representar inovação prática, o art. 26, § 8º do Projeto CNJ aprimora a redação da norma atual sobre o efeito da sentença penal condenatória na esfera do processo civil coletivo: “[a] coisa julgada penal condenatória, no caso de reconhecimento de crime que tutela bem jurídico de natureza coletiva, torna certa a obrigação de indenizar o grupo e os respectivos membros”.

Discuti o assunto em outra oportunidade.¹⁷

2.8 O art. 27, §§ 4º e 5º do Projeto CNJ prevê litispendência entre duas ações coletivas “com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ainda que não se trate do mesmo autor.” Em tais casos, a segunda ação coletiva a ser proposta deve ser extinta sem resolução de mérito.

15. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas). V. ainda Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 257-259 (subcapítulo 3.11. O problema do custo da prova).

16. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art 13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção”). V. ainda Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 129-132 (subcapítulo 2.9, prova estatística ou por amostragem).

17. Antonio Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, Saraiva, 1995, p. 168-182 (Capítulo “A ação penal condenatória em face da defesa do consumidor em juízo”).

Não se trata propriamente de inovação, pois assim já era amplamente considerado pela doutrina há mais de 25 anos.¹⁸ A jurisprudência não destoava disso. Ainda assim, o regramento é bom. Dessa forma estava previsto na minha proposta de CPC Coletivo.¹⁹

Uma inovação interessante está no § 6º do art. 27 do Projeto CNJ: “No caso de já existir material probatório na segunda ação, este deve, juntamente com os autos, ser remetido ao juízo perante o qual corre a primeira, formando-se um apenso”. Infelizmente, o dispositivo se limita a provas; ele não prevê a mesma solução para aproveitar os argumentos fáticos e jurídicos levantados na segunda ação coletiva. Na minha proposta de CPC Coletivo, o autor da ação coletiva extinta teria direito de intervir na primeira ação coletiva.

2.9 Segundo o art. 30 do Projeto CNJ, “a sentença na ação coletiva deve, preferencialmente, ser líquida, ainda que o pedido tenha sido genérico.” É louvável que o Projeto CNJ tenha rompido com a tradição apática da sentença coletiva brasileira.

A inovação, porém, é pífia. Na minha proposta de CPC Coletivo, eu propus regramento mais sofisticado para o cálculo dos danos individuais. Além de prever que a sentença coletiva deveria ser preferencialmente líquida, ela previa também que a sentença coletiva poderia indicar uma fórmula de cálculo da liquidação. Previa que o membro do grupo insatisfeito com a sentença coletiva líquida poderia propor sua própria ação individual de liquidação. Previa ainda a execução coletiva e o pagamento voluntário do réu, independentemente de propositura de liquidação e execução individuais, mediante produção documental satisfatória. Previa ainda a fixação do valor global dos danos individualmente causados e sua reversão para o Fundo.²⁰ A execução e a liquidação da sentença coletiva indenizatória é uma área rica e carente, talvez a mais importante, e foi completamente ignorada pelo Projeto CNJ.

Ademais, é lamentável que o Projeto CNJ tenha revogado a regra da condenação genérica do art. 95 do CDC, sem reproduzi-la. Pode ter sido uma omissão acidental, mas nada negativo foi acidental no Projeto CNJ. A autorização para a condenação

18. Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, Saraiva, 1995, p. 218-226 (Capítulo “Litispendência entre duas ações coletivas”); *idem*, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 304-317 (subcapítulo 5.6, “Litispendência Coletiva (entre demandas coletivas)”).

19. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 19. Litispendência. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva” “19.1 O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva”).

20. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (arts. 25, 26 e 27, “cálculo dos danos individuais”, “distribuição do dinheiro” e “indenização global”).

genérica, que é da essência de certas ações coletivas, passa a ser indireta. Corremos o risco que a revogação seja interpretada como proibição.

2.10 O art. 32 do Projeto CNJ prevê a remessa necessária da ação coletiva, seja ela julgada procedente ou improcedente. Essa é uma inovação importante. Já discuti sobre o assunto em outra oportunidade.²¹

Porém, em uma deferência ingênua à autoresolução da controvérsia coletiva, o § 2º do art. 32 dispensa a remessa necessária “em caso de homologação de acordo”. Essa visão romântica do acordo nas ações coletivas como composição “pacífica” de controvérsias ignora o histórico das ações coletivas no Brasil e em outros países. É exatamente no momento do acordo que há o maior risco de fraude aos interesses dos membros do grupo.

Ao Projeto CNJ faltou sensibilidade para perceber que há mais razão para que um acordo coletivo seja submetido à remessa necessária do que uma sentença judicial dada de forma adversária, em contraditório. Podemos de uma certa forma confiar que uma parte que perdeu um processo coletivo vai recorrer da sentença, mas isso não acontecerá jamais em caso de acordo.

O Projeto CNJ é tão incompleto que sequer explica como outros legitimados coletivos que não sejam parte do processo, representando os membros do grupo que sejam contrários ao acordo, poderiam recorrer da sua homologação.

2.11 Talvez seja melhor não chamar atenção do Congresso Nacional sobre isso, mas um grande avanço, certamente involuntário, foi a revogação do art. 1º, parágrafo único da LACP, que não permitia ação coletiva “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Esse dispositivo, acrescentado à LACP por medida provisória em 2001, lembra-me uma experiência durante a redação da lei mexicana de ações coletivas. Quando a minha função estava chegando ao fim, fui convidado para almoçar com o equivalente ao Advogado Geral da União do México. Eu tinha a instrução direta de que tudo que ele exigisse deveria ser acatado porque sem o apoio dele nenhuma lei seria aprovada. Ele foi direto: não aceitaria que o Estado pudesse ser réu em uma ação coletiva. Pensei em renunciar diante da exigência, mas logo percebi a inutilidade do gesto. Inseri um artigo expressamente excluindo o Estado como réu. Mas o fiz da forma mais escancarada possível, para deixar óbvia a desonestidade do Estado legislando em causa própria. A minha esperança era que, uma vez a lei aprovada, esse artigo

21. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 441-442 (subcapítulo 5.9, reexame necessário).

fosse declarado inconstitucional pela Suprema Corte ou que o dispositivo viesse a ser objeto de constrangimento político e tivesse de ser revogado.²²

3. MUITAS INUTILIDADES

O Projeto CNJ contém mais inutilidades que inovações.

O art. 33 do Projeto CNJ prevê, corretamente, que o CPC se aplica subsidiariamente às ações coletivas. Até aí, nada de novo; todas as leis processuais especiais fazem o mesmo: essa é a técnica de redação de uma lei especial. Porém, se o CPC é o sistema subsidiário às ações coletivas, não é necessário repetir expressamente que outras partes do CPC são também subsidiárias. Tampouco é necessário transcrever normas individuais que já estão no CPC. Afinal, é exatamente para evitar a repetição que se coloca a previsão geral de aplicação subsidiária.

Por algum motivo inexplicável, porém, o Projeto CNJ repete, parafraseia e até mesmo transcreve literalmente normas do CPC. Algumas dessas alterações mínimas à redação estabelecida no CPC não trazem nenhuma peculiaridade para o processo coletivo e não têm razão de ser.

Essas repetições desnecessárias incham o Projeto CNJ, que poderia ser um terço menor. Esse inchaço artificial distrai a atenção do leitor desavisado, que pensa estar diante de uma legislação sólida, que regula todos os aspectos necessários do processo coletivo, e não percebe que se trata de uma legislação incompleta, que não resolve nenhum dos problemas do litígio coletivo. O excesso de informação inútil também ofusca o caráter reacionário do projeto.

Ademais, as paráfrases podem criar sérios riscos interpretativos, porque adotam uma linguagem parecida, mas levemente diferente do CPC. Além disso, é fácil imaginar a confusão que será criada caso as normas equivalentes do CPC sejam modificadas no futuro e as normas no Projeto CNJ não sejam.

Para legislar é preciso ter visão de conjunto, organização lógica e raciocínio rigoroso, atributos que faltam ao Projeto CNJ. Comentarei abaixo apenas algumas dessas normas desnecessárias.

3.1 Apesar da norma clara do art. 33 do Projeto CNJ, que prevê que o CPC se aplica subsidiariamente às ações coletivas, o art. 34 determina redundantemente que o sistema recursal do CPC também se aplica às ações coletivas.

22. A história foi contada em Luis Miguel Krasovsky, *Las acciones colectivas en la cuarta transformación*, in *El mundo del abogado*, número 250, fevereiro 2020, p. 10, disponível em <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/las-acciones-colectivas-en-la-cuarta-transformacion> (acessado em 20 de outubro de 2020).

Igualmente redundante é o art. 35, que prevê que as regras relativas às custas e à sucumbência também se aplicam às ações coletivas.

3.2 O art. 7º do Projeto CNJ exige que o autor especifique na petição inicial “se pretende obter condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais”. Essa é uma exigência inútil. De acordo com o CPC e de resto toda a doutrina e jurisprudência sobre o tema, toda petição inicial deve conter um pedido, além do qual a sentença não pode ir (CPC, arts. 319-329, 490 e 492). Se o autor tem que fazer pedido específico, por que o Projeto CNJ exige que o autor especifique “se pretende obter condenação ao pagamento de danos patrimoniais e extrapatrimoniais”? Tal especificação é, em si, o pedido. Se o autor não fizer o pedido, não obterá a condenação.

3.3 O art. 10 do Projeto CNJ reproduz desnecessariamente várias normas constantes nos arts. 497-501 e 536-537 do CPC.

3.4 O art. 12 do Projeto CNJ prevê desnecessariamente que “o réu tem 15 dias para contestar”.

Essa norma já está prevista no art. 335 do CPC e não precisa ser repetida.

3.5 O art. 12 do Projeto CNJ também autoriza o juiz a ampliar o prazo da contestação se a causa for complexa. Esta é uma boa regra, ainda que tímida. A sua origem é uma norma mais ampla da minha proposta de CPC Coletivo, que autorizaria o juiz a aumentar qualquer prazo do processo coletivo.²³ Também o CPC autoriza o juiz a “dilatatar os prazos processuais” (CPC, art. 139, VI), o que faz com que a regra seja desnecessária. O art. 7º da Lei da Ação Popular também autoriza o juiz a prorrogar o prazo da contestação de 20 dias por mais 20, “a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental.”

Não faz muito sentido dar ao juiz o poder de aumentar somente o prazo de contestação e não dar poder de aumentar outros prazos. Isso vale não somente para o processo coletivo como para o processo individual.

Ademais, a norma aparentemente simples do Projeto CNJ ignora dificuldades práticas. A solução é válida somente se o juiz, ao deferir o pedido de citação, já ampliar o prazo da contestação. A questão se complica, porém, se o juiz não o fizer ou o fizer de forma insuficiente. Poderá o réu, depois de citado, requerer ao juiz uma extensão do prazo para responder, alegando que a causa é demasiadamente complexa? Se o fizer,

23. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo*. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 10.7, “O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas”).

o prazo para responder fica suspenso enquanto o juiz não decidir o requerimento? Ou somente pelo período solicitado pelo réu? O que acontece se o juiz levar várias semanas para decidir? O que acontece se o requerimento for negado? Essa decisão é passível de recurso? Ou seja, o Projeto CNJ não percebeu a complexidade da situação que tentou disciplinar.

3.6 O art. 17 do Projeto CNJ dispõe que “poderão ser produzidas todas as provas admitidas pelo ordenamento jurídico, ainda que não especificamente previstas em lei, para demonstrar a veracidade dos fatos em que se apoiam o pedido e a defesa.”

Essa norma é uma paráfrase desnecessária e inferior do art. 369 do CPC.

3.7 O art. 18 do Projeto CNJ dispõe que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo as inúteis ou meramente protelatórias”.

Essa norma é uma reprodução quase literal, mas inferior, do art. 370 do CPC.

3.8 O art. 19 do Projeto CNJ dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver produzido, e indicará, na decisão, as razões da formação de seu convencimento”.

Essa norma é reprodução quase literal do art. 371 do CPC.

3.9 O art. 21 do Projeto CNJ prevê que “o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ao direito do autor”.

Essa norma é reprodução quase literal do art. 373 do CPC. Porém, ao copiar o CPC, o Projeto CNJ esqueceu-se de prever que ao réu incumbe o ônus da prova quando à existência de fato extintivo do direito do autor. Obviamente, a omissão será suprida pelo próprio art. 373 do CPC, o que demonstra a irrelevância da reiteração.

3.10 O art. 21, § 1º do Projeto CNJ, prevê a inversão do ônus da prova em termos similares ao art. 373, § 1º do CPC. A iniciativa é interessante e já constava na minha proposta de CPC Coletivo.²⁴

A regra do Projeto CNJ é muito mais restritiva que a do CPC, porque exige a “excessiva verossimilhança do direito alegado”. Curiosa a escolha da palavra “excessiva”,

24. CPC, art. 373, § 1º. Ver ainda Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis”).

que tem conotação negativa: tudo que é excessivo é ruim porque excede, sobra, ou é exagerado, desmedido. Fica até difícil entender o que o Projeto CNJ quer dizer com verossimilhança “excessiva”.

Mas essa é mais uma norma desnecessária, que repete o CPC com outras palavras em outra ordem, criando mais problemas desnecessários.

3.11 Segundo o art. 28 do Projeto CNJ, “devem ser reunidas no juízo prevento as ações conexas ou aquelas em que há risco de contradição entre as decisões”.

Trata-se de norma importante, mas inútil, em face do disposto nos arts. 54 a 63 do CPC, que tratam do assunto.

4. MUITAS IMPRECIÇÕES

Sempre me preocupei com a escrita, mas na última década tenho me dedicado ao estudo formal da arte do bem escrever.²⁵ A literatura jurídica brasileira, legislativa e acadêmica, tem um caminho árduo a percorrer, se quiser romper com vícios linguísticos que impedem o seu desenvolvimento.

Como se não bastassem as inutilidades, o Projeto CNJ é mal escrito, mal conceitualizado e mal organizado. Essas imprecisões e atecias são indícios de um trabalho apressado, mal feito, aquém da importância do tema. A falta de cuidado com a precisão da linguagem no Projeto CNJ é ao mesmo tempo indício e reflexo da falta de cuidado e precisão com a substância.

Menciono aqui apenas as imprecisões mais óbvias, aquelas que dispensam maiores desenvolvimentos.

4.1 Não é o caso discutir aqui imprecisões gramaticais, como os problemas de virgulação, do qual os arts. 7º e 24 são apenas exemplos: “cabe ao autor especificar, na petição inicial, das ações” e “as multas, eventualmente, fixadas ao longo do feito”.

Outros exemplos de virgulação errada, duvidosa ou excessiva incluem os arts. 4º, § 1º; arts. 4º, § 4º; 3º, § 5º; 5º, III; 5º, IV; 5º, § 3º; 9º; 15, 26, § 1º; 26, § 6º; 27, § 1º; 27, § 2º. Que eu cometa erros gramaticais é justificável, uma vez que não uso o português como idioma profissional há quase 25 anos. Mas o CNJ não tem desculpa.

4.2 É desnecessário que uma lei moderna utilize expressões como “será exercida em conformidade com esta lei”, como fazia o Anteprojeto CNJ de uma forma tosca. Se se trata de um Projeto de Lei da Lei de Ação Civil Pública, não precisa o art. 1º dizer que as ações coletivas serão exercidas em conformidade com esta lei. Está implícito.

25. Antonio Gidi, *Legal Writing Style*, West Group, 2018; Antonio Gidi, *Incorporation by Reference: Requiem for a Useless Tradition*, 70 *Hastings L. J.* 989 (2019).

Quando o Anteprojeto foi transformado em Projeto de Lei, a situação piorou: se for aprovado, a Lei de Ação Civil Pública terá uma ementa dizendo “dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências” e terá um art. 1º igual à ementa: “[e]sta Lei dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências”. E o nome da lei será Lei de Ação Civil Pública.

Essa é uma crítica que não se limita ao Projeto CNJ, mas se estende a várias leis brasileiras. Parece que o legislador brasileiro tem medo de que a omissão dessa ligação gere dúvida real se a ação civil pública será mesmo exercida em conformidade com a Lei de Ação Civil Pública. O art. 7º da Lei Complementar 95/98 prevê que “[o] primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação.” Mas está na hora de repensarmos se o título da lei, sua ementa e seu primeiro artigo precisam dizer a mesma coisa.

4.3 Enquanto era Anteprojeto, o texto do CNJ tentou avançar, ao adotar a nomenclatura tecnicamente correta. Abandonou o nome antigo, “ação civil pública”, que persiste meramente pelo valor sentimental para os promotores e professores mais antigos, e adotou o nome consagrado pela doutrina e que faz sentido: “ação coletiva”.

Nenhum jurista com amor à precisão terminológica chama a ação coletiva de “ação civil pública”. Os que o fazem estão errados. Para os menos precisos, a ação civil pública é um tipo de ação coletiva; para outros ainda menos precisos, a ação coletiva é um tipo de ação civil pública; para outros ainda, são duas coisas muito parecidas, mas diferentes. Essa não é uma discussão inútil nem uma questão de preferência pessoal: a precisão terminológica conduz à precisão técnica. Já discuti sobre isso em outra oportunidade.²⁶

O Anteprojeto CNJ se chamava “Lei das Ações Coletivas”. Quando o Anteprojeto CNJ se transformou em Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, porém, o nome mudou. A ementa e o art. 1º do Projeto CNJ a batizaram como “Lei de Ação Civil Pública”. Curiosamente, essa terminologia errada somente é usada nesses dois dispositivos iniciais do projeto. Em todo o Projeto CNJ, por 23 vezes, usa-se a expressão correta, “ação coletiva”, e não se usa nenhuma vez a expressão errada, “ação civil pública”. A conclusão que se chega com essa barafunda terminológica é que, se aprovada, a nova Lei de Ação Civil Pública regulará... as ações coletivas.

4.4 Tampouco se compreende por que o art. 2º do Projeto CNJ diz em dois incisos que o conceito de direitos difusos e coletivos são “para efeitos desta lei”. A definição legal existe para efeitos gerais no sistema jurídico, não somente para esta lei.

26. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 382-90 (subcapítulo 4.3, Ação civil pública ou ação coletiva?).

Ademais, o Projeto não faz a mesma ressalva no inciso III, referente aos direitos individuais homogêneos, o que aumenta a confusão. Parece que o Projeto CNJ pretende que os conceitos de direitos difusos e coletivos tenham validade apenas “para efeitos desta lei” e o conceito de direitos individuais homogêneos tenham efeitos gerais no ordenamento jurídico brasileiro. Essa interpretação, obviamente, não faz sentido: ou coloca-se a expressão inútil em todos os incisos ou não se coloca em nenhum.

Essa falha é resquício da redação equivocada do art. 81, parágrafo único do CDC.

O art. 2º, III do Projeto CNJ define os direitos homogêneos como aqueles de caráter homogêneo. Pode parecer uma brincadeira, mas não é.

4.5 O mesmo erro é encontrado no art. 4º, IV do Projeto CNJ, que prevê a legitimidade de órgãos públicos “especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei”. Por inércia, o texto copia essa expressão do CDC, que protegia os direitos do consumidor. Como o Projeto CNJ é meramente processual e não protege nenhum direito material específico, essa frase não tem sentido.

O mesmo se diga do inciso V, que exige que as associações “incluam dentre seus fins institucionais a defesa dos direitos protegidos por esta lei”.

4.6 O art. 4º, IV do Projeto CNJ fala que as entidades e órgãos da Administração Pública podem defender “interesses e direitos” e o inciso V fala que as associações podem proteger apenas “direitos”.

A proposta parece dizer que as entidades públicas podem defender interesses e direitos e as associações somente podem defender direitos. Certamente não foi esse o objetivo.

Esse texto foi mal copiado do CDC, que em seu art. 82, III e IV, dizia que tanto as entidades públicas como as associações poderiam defender “interesses e direitos”. Não se sabe se o Projeto CNJ tinha como objetivo reduzir o poder das associações com essa limitação.

Já discutimos em outra oportunidade sobre o conceito de interesses e direitos nesse contexto.²⁷

4.7 O Projeto CNJ é marcado por uma insegurança legislativa inexplicável. O art. 4º, § 1º do Projeto CNJ, por exemplo, diz que Ministério Público “deverá intervir, necessariamente, ... sob pena de nulidade”. Ou seja, diz que “deverá” intervir, depois diz que deverá intervir necessariamente e depois, para não deixar dúvida, diz que, se não intervier, o processo é nulo. Tudo isso em uma única frase. A palavra “necessariamente” deveria ser omitida.

27. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 221-223. V. ainda Antonio Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, 1995, pp. 17-18.

4.8 O art. 5º, III do Projeto CNJ prevê que “a representatividade (*sic*) adequada da associação poderá ser demonstrada ... pelo rol de casos, *que deve ser apresentado*, de que a associação participou, judicial ou extrajudicialmente”.

Ignoremos a redação atrapalhada. Se o representante tem o ônus de provar sua adequação pelo rol de casos, a lei não precisa obrigá-lo a apresentar esse documento. Está claro que, se não apresentar, o representante será considerado inadequado. O réu será o primeiro a contestar a falta dessa informação para que o juiz possa conhecer melhor o histórico da associação e avaliar sua adequação. Este é mais um exemplo da insegurança legislativa do Projeto CNJ.

4.9 O art. 5º, § 6º do Projeto CNJ é redigido de forma confusa, podendo gerar problemas interpretativos. Ele se refere às “hipóteses do parágrafo anterior”: “Não ocorrendo as hipóteses do parágrafo anterior, ouvido o Ministério Público, o processo será extinto sem resolução de mérito”.

Acontece que o parágrafo anterior contém várias hipóteses e uma delas não se encaixa na norma do § 6º. Para fazer sentido, o parágrafo deveria ser reescrito dessa forma: “Caso nenhum legitimado assuma a titularidade ativa, ouvido o Ministério Público, o processo coletivo será extinto sem resolução de mérito”.

4.10 O art. 7º do Projeto CNJ refere-se a “ações que versem sobre direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos”, quando poderia dizer simplesmente “ações coletivas”.

Na mesma inadequação incorre o art. 16 do Projeto CNJ que, em vez de dizer “ação coletiva”, diz “ações em que a pretensão verse sobre direito coletivo em sentido estrito e difuso, ou sobre direitos individuais homogêneos, tratados coletivamente”. Usam-se duas linhas quando poderiam ser usadas duas palavras.

4.11 Segundo o art. 15 do Projeto CNJ, “para demonstrar interesse processual, quando da propositura da ação, os legitimados *alistados* no art. 4º devem demonstrar terem feito, *anteriormente*, a consulta ao cadastro do Conselho Nacional de Justiça”.

Em primeiro lugar, desnecessário dizer “para demonstrar interesse processual”. Não importa a que título a lei exige o cumprimento de um requisito. Ademais, é curiosa a escolha da palavra “alistados” em vez de “listados”. Por fim, desnecessária a palavra “anteriormente”, pois o tempo verbal de toda a frase já está no passado; é óbvio que o representante não pode demonstrar ter feito algo posteriormente.

4.12 O art. 21 contém um § 1º sem ter um § 2º. Todo jovem advogado sabe que “os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico ‘§’, seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão ‘parágrafo único’ por extenso.” (Lei Complementar 95/98, art. 10, III).

4.13 Em diversas oportunidades, o Projeto CNJ falou em “nova ação coletiva”, quando deveria ter falado “a mesma ação coletiva”.

Por exemplo, no art. 26, § 2º, o Projeto CNJ diz que “Nova ação coletiva pode ser proposta, com base em nova prova, se o autor demonstrar que esta não poderia ter sido produzida no processo anterior”. No art. 29, § 3º, o Projeto CNJ prescreve que “O acordo, judicialmente homologado, impede a propositura de novas ações coletivas com o mesmo objeto”. No mesmo equívoco incorre a Exposição de Motivos, que se refere a “nova ação idêntica”.

Acontece que, segundo os critérios do art. 27, § 4º do próprio Anteprojeto CNJ e segundo a doutrina e jurisprudência, há litispendência entre duas ações coletivas “com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ainda que não se trate do mesmo autor”. Logo, são “a mesma ação coletiva” e não uma “nova ação coletiva”.

4.14 O Projeto CNJ faz uso abusivo da palavra “respectivo”: “respectivo recurso” no art. 27; “respectiva homologação” no art. 29; “respectivo órgão público” no art. 34. Parece que há o receio de que, sem a palavra “respectivo”, algum leitor desavisado pense que o texto se refere a “outro recurso”, “outra homologação” e “outro órgão público”.

Esse vício é generalizado na legislação brasileira e tem contaminado até mesmo os nossos melhores escritores, que já não conseguem escrever (ou falar) sem esse cacete linguístico. As palavras “respectivo(a)” e “respectivamente” são usadas 212 vezes na Constituição, 114 vezes no Código de Processo Civil e 130 vezes no Código Civil. É uma insensatez. Provavelmente, a palavra não tem nenhuma utilidade em nenhum desses 456 casos, e poderia ser omitida ou substituída por uma palavra equivalente mais simples, como *sua* ou *seu*, sem comprometer o sentido.²⁸

4.15 Segundo o art. 29, § 3º do Projeto CNJ, “o acordo, judicialmente homologado, impede a propositura de novas ações coletivas com o mesmo objeto.” Seria mais técnico dizer que o acordo faz coisa julgada ou que o acordo vincula o grupo. O processo civil possui institutos técnicos precisos.

4.16 O art. 29 do Projeto CNJ cria dois institutos parecidos, mas diferentes: o “acordo” e o “termo de ajustamento de conduta”. O Projeto não os diferencia, disciplinando-os quase da mesma forma, mas não da mesma forma. Quem lê o artigo não sabe o que é um acordo e o que é um TAC, nem sabe porque eles têm nomes diferentes, porque eles têm regras diferentes e porque eles são celebrados por pessoas diferentes. Nada faz sentido.

28. Talvez haja somente um caso em que a palavra “respectivamente” tenha alguma utilidade mínima na interpretação do texto: o art. 34, §2º, I, da Constituição.

Segundo o art. 29, § 1º, o acordo pode ser celebrado por “qualquer legitimado”, mas não deixa claro se o Ministério Público está incluído no conceito de “qualquer legitimado”. Já o TAC somente pode ser celebrado pelo MP (art. 29, § 6º). Não se sabe ao certo o que isso quer dizer.

O Projeto CNJ não compreende que o acordo coletivo não é celebrado por “qualquer legitimado”, mas somente por aquele legitimado que é o representante adequado que está promovendo a ação coletiva específica. Se uma ação coletiva foi proposta pela associação A, nenhum outro legitimado coletivo poderá celebrar acordo nesta ação coletiva, sem que A seja destituída da sua posição de representante do grupo. Caso contrário, o réu poderia escolher o legitimado mais dócil para celebrar o acordo e ignorar o autor da ação coletiva. Isso se chama *reverse auction*, um leilão invertido em que o réu fará o acordo com aquele que exigir menos. Somente uma entidade pode estar encarregada de negociar com a parte contrária: isso faz parte de qualquer teoria de negociação.

Em vários parágrafos, o Projeto CNJ diz que, para ter validade em todo território nacional, tanto o acordo como o TAC devem ser homologados judicialmente e precedidos de audiência pública. A falta de organização e coerência lógica cria problemas interpretativos porque o Projeto CNJ prevê que o acordo impede a propositura de novas ações coletivas com o mesmo objeto (isso é coisa julgada?) e é suscetível de ação anulatória, mas não prevê o mesmo para o TAC.

O Projeto CNJ também erra ao prever que a homologação e a audiência são requisitos para que o acordo ou TAC tenham validade em todo território nacional. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. O que o Projeto CNJ deveria ter dito é o seguinte: “para ter efeito de coisa julgada e vincular o grupo, um acordo ou TAC onde haja concessões mútuas precisa ser precedido de audiência pública e aprovação judicial dos seus termos”. Essa é a regra prevista no meu Código de Processo Civil Coletivo.²⁹

Tudo isso sem falar que o Projeto CNJ revoga o art. 5º, § 6º da LACP, que dá eficácia de título executivo extrajudicial ao TAC, e o art. 5º, § 6º da LACP, que dá autorização a qualquer órgão público legitimado a fazer um TAC. Não se entende porque os outros órgãos não podem fazer um TAC mas podem fazer um acordo.

Além dessas confusões, as importantes questões práticas do acordo em ações coletivas não são resolvidas pelo Projeto CNJ. Por exemplo, persiste a dúvida sobre

29. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 14, “O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos”). V. também Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 266-285 (subcapítulo 3.14, “Acordo coletivo adequado”).

a possibilidade de o representante do grupo realizar concessões em um acordo ou termo de ajustamento de conduta. O Projeto CNJ não responde nenhuma das dúvidas práticas que têm atordado a doutrina e os operadores nas últimas três décadas sobre o tema dos TACs. Ao contrário, cria um sistema novo ininteligível, que confunde ainda mais uma área carente de segurança jurídica.

5. GRAVES RETROCESSOS

Os graves retrocessos contidos no Projeto CNJ são em maior número e mais relevantes do que os seus parcos avanços. Esses retrocessos são inexplicáveis e inaceitáveis em um país pioneiro como o Brasil, no qual a doutrina e a prática processual coletiva alcançaram quatro décadas de experiência e sofisticação.

Somos o país que mais produz trabalhos acadêmicos e o que mais propõe ações coletivas. Não há país igual no mundo. É verdade que nem todos os trabalhos acadêmicos têm boa qualidade nem todas as ações coletivas beneficiam o grupo. Afinal, efetividade e eficiência não são o forte da cultura jurídica brasileira. Mas em volume, nenhum outro país do mundo se compara ao Brasil, nem em doutrina nem em prática. Em qualidade, nenhum país de tradição romano-germânica chega perto. A riqueza da nossa experiência é única e somos referência internacional. Depois de tanto desenvolvimento, fizemos por merecer algo bem melhor que esse Projeto CNJ.

A simples leitura do Projeto CNJ é insuficiente para dimensionar o retrocesso que ele impõe ao direito brasileiro. É preciso cotejá-lo com as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Título III do Código do Consumidor para descobrir quais foram revogadas. Essas leis fazem parte do nosso patrimônio processual civil coletivo, uma conquista e uma tradição tutelada com desvelo por três gerações de juristas. Devemos levar a sério o fato de que essas leis serão revogadas pelo Projeto CNJ.

Entre os inúmeros dispositivos importantes ao sistema processual coletivo brasileiro atual que são revogados e não supridos pelo Projeto CNJ, estão os seguintes:

- a proibição do chamamento ao processo, do art. 88 do CDC;
- a condenação genérica, do art. 95 do CDC;
- o concurso de crédito, do art. 99 do CDC;
- a competência do domicílio do consumidor, do art. 101, I do CDC;
- a regra compelindo o Poder Público, do art. 102 do CDC;
- a lista dos direitos protegidos pela ação coletiva, do art. 1º da LACP;
- a autorização aos órgãos públicos legitimados a fazer um TAC, do art. 5º, § 6º da LACP;
- a eficácia de título executivo extrajudicial do TAC, do art. 5º, § 6º da LACP;
- o inquérito civil, dos arts. 8º a 10 da LACP.

Por falta de espaço e tempo, não discutirei aqui as consequências desse vazio legislativo. Ignorarei neste artigo todas as normas do CDC e da LACP que foram revogadas ou parcialmente revogadas pelo Projeto CNJ. Esse estudo exigiria um trabalho tão grande e cuidadoso quanto o presente artigo. Somente discutirei aqui a revogação das normas sobre o inquérito civil porque não dá para ignorar essa omissão.

Também por falta de espaço e tempo, ignorarei a oportunidade histórica perdida para enfrentar os reais problemas práticos das ações coletivas, corrigir os erros jurisprudenciais do STJ e STF e criar normas que aprimorem o sistema processual coletivo brasileiro. Precisamos de normas processuais coletivas efetivas especialmente na área da execução, a mais maltratada. Isso, o Projeto CNJ não teve o cuidado de fazer, embora o CNJ conhecesse a necessidade de aprimorar a execução coletiva.³⁰

Comentarei abaixo apenas as normas do Projeto CNJ que representam um retrocesso significativo à tutela coletiva, ignorando inúmeras outras.

5.1 O art. 2º do Projeto CNJ mantém a classificação tripartite dos direitos de grupo: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se trata propriamente de um retrocesso, mas da solidificação de um erro. Já discuti sobre esse tema extensivamente em outra oportunidade, onde não somente critiquei a definição legal como defendi a classificação bipartite.³¹

O curioso é que a classificação tripartite do art. 2º do Projeto CNJ contradiz o caput do mesmo art. 2º do mesmo Projeto CNJ, que classifica a realidade da tutela coletiva em dois tipos: a “defesa dos direitos coletivos” e a “defesa coletiva de direitos individuais homogêneos”, apropriando-se da terminologia de Teori Zavascki.³² Também Barbosa Moreira usava uma classificação bipartite: litígios “essencialmente coletivos” e litígios “acidentalmente coletivos”.³³

A divisão entre direitos difusos e coletivos é invenção da doutrina italiana da década de setenta, que ainda tentava compreender as *class actions* modernas norteamericanas, nascidas em 1966. E nós brasileiros, em vez de nos inspirar no original, copiamos os italianos de forma acrítica, já que, por um acidente histórico,

30. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 21 (“há uma percepção generalizada e reiterada de dificuldades diversas para a execução das sentenças. Essa percepção acaba por gerar desestímulo à mobilização social com vistas à utilização dos mecanismos de defesa dos direitos coletivos”).

31. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 200-223 (subcapítulo 3.6, “A definição legal dos direitos de grupo (difusos, coletivos e individuais homogêneos”).

32. V. Teori Zavascki, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, RePro, 78: 32, 1995; idem, Processo coletivo, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007.

33. Barbosa Moreira, A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in Temas de Direito Processual, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193; idem, Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, RePro, 61:187-189, 1991.

somos subservientes intelectuais do direito processual italiano, que tem uma doutrina riquíssima, mas é um dos menos eficientes da Europa.

Ademais, o Projeto CNJ não faz nenhuma distinção procedimental entre tutela de direitos difusos e a tutela de direitos coletivos. Se o procedimento é o mesmo, a distinção terminológica entre difuso e coletivo não tem utilidade jurídica. Como eu já disse,

Fazer distinção entre direito difuso e coletivo é tão inútil para o direito quanto fazer a distinção entre filho legítimo e ilegítimo ou natural e adotivo. Se houver um livro de Direito Civil que faça qualquer referência a tais distinções, é porque ele não foi adequadamente atualizado com a nova Constituição Federal. Tais diferenciações podem até ser “conceitualmente corretas” mas, juridicamente, não possuem qualquer relevância ou utilidade prática.³⁴

Distinguir filhos legítimos, ilegítimos e adulterinos, ou direitos difusos e coletivos podem ser assuntos interessantes em uma conversa de bar, mas não em um texto jurídico, especialmente em legislação. Essas distinções tampouco têm interesse acadêmico.

E o que é pior: perdido em conceitualizações, o Projeto CNJ não possui regras específicas para a tutela dos direitos difusos e coletivos nem regras específicas para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Depois de fazer a distinção tripartite, o Projeto CNJ coloca todas as normas num liquidificador e as reúne em um texto único. O Projeto deveria fazer distinção mais clara entre o procedimento da tutela dos direitos difusos e coletivos de um lado, e o procedimento da tutela de direitos individuais homogêneos do outro. Isso porque há diferenças ontológicas entre essas duas realidades.

5.2 Gerando ainda mais instabilidade terminológica, o Projeto CNJ usa a expressão “direitos coletivos em sentido estrito”, sem definir o que seriam os “direitos coletivos em sentido amplo”. Acontece que o conceito de “direitos coletivos em sentido amplo” não está estabelecido claramente na doutrina brasileira: para alguns autores, a expressão engloba os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, para outros, somente os dois primeiros.³⁵

Ademais, chamar gênero e espécie pelo mesmo nome é confuso. Melhor chamar os três (ou dois) tipos de direitos de grupo simplesmente de “direitos de grupo” (*group rights*). Já discuti sobre isso em outra oportunidade.³⁶

34. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 219.

35. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 211.

36. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 211-212.

5.3 Na definição dos direitos individuais homogêneos, o art. 2º, III do Projeto CNJ inclui a ideia de “predominância”, conceituando-os como aqueles “decorrentes de origem comum e que apresentem caráter *predominantemente* homogêneo”.

Vou ignorar que o Projeto CNJ define os direitos homogêneos como aqueles de caráter homogêneo.

Com essa tacada, o Projeto CNJ importa desnecessariamente décadas de jurisprudência americana destruidora das ações coletivas. Embora pareça um conceito jurídico neutro e até louvável para quem observa de longe, quem conhece a realidade prática das ações coletivas americanas sabe que o requisito da predominância (*predominance*) é considerado um *class action killer*. Os advogados norte-americanos especializados em propor ações coletivas se utilizam de vários artifícios para evitar classificar suas ações coletivas como do tipo que exige a predominância. Já os advogados de réus se deleitam em usar esse requisito para destruir uma *class action* proposta contra seus clientes.

Não faz nenhum sentido importar uma técnica do processo civil norteamericano que tem se mostrado inútil e hostil à tutela coletiva. Já alertamos para esse perigo em outra oportunidade.³⁷

Comparatistas amadores, que desconhecem o contexto social e político do direito norte-americano, muitas vezes veem uma alteração legislativa ou jurisprudencial da *class actions* como se fosse uma evolução ou um aperfeiçoamento natural do direito. É mais fácil e mais simples pensar que o direito está em constante evolução, de forma uniforme e cartesiana. Essas pessoas não entendem que pode ser uma involução ou uma alteração política: mais para a direita, mais para a esquerda, ou mais para a loucura. É como ler uma reforma legislativa promulgada na Alemanha em 1937 e inocentemente pensar que o povo alemão está aprimorando o seu direito. Por isso, o jurista precisa ter senso crítico e humildade ao estudar o direito comparado.

5.4 O art. 4º, V do Projeto CNJ exige que a associação obtenha prévia autorização assemblear. Essa inovação vai de encontro à norma atual, que expressamente a dispensa.

Também a Súmula 629 do STF dispensa a autorização dos associados para que a entidade de classe impetre mandado de segurança coletivo. Vai de encontro também aos temas 82 e 499, onde o STF limitou esse requisito somente ao caso de associação atuar como representante e não substituta processual.

Ademais, todas as propostas brasileiras de codificação do processo coletivo mantiveram a norma atual e dispensaram a autorização assemblear... até hoje.

37. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 188-196 (subcapítulo 3.4, O requisito da predominância das questões comuns”).

A consequência dessa nova norma será dificultar e engessar a propositura das ações coletivas na prática, com mais burocracia e perda de tempo. Ela tem ainda uma consequência inesperada. Como veremos no item 6.2, a assembleia pode não autorizar a propositura de um processo coletivo meritório com receio das consequências catastróficas de derrota em ação coletiva.

5.5 O art. 5º do Projeto CNJ previu um sistema de controle judicial da representação adequada, com critérios definidos em um rol exemplificativo.³⁸ Trata-se de uma inovação útil, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo.³⁹

Mas o Projeto CNJ representa retrocesso em inúmeros aspectos que já estavam se consagrando na doutrina brasileira, e que começavam a se inserir na prática jurisprudencial.

O objetivo do controle judicial da representação adequada é proteger o grupo: ele existe apenas para garantir que os interesses do grupo estejam adequadamente representados em juízo. Mas o Projeto CNJ vira esse instituto de cabeça para baixo, utilizando-o para proteger o réu de associações hipoteticamente abusivas que propõem ações coletivas hipoteticamente abusivas. Devido a essa perspectiva equivocada, o Projeto CNJ usa o instituto para burocratizar, dificultar e impedir a atividade do representante sem que haja indícios de que o uso abusivo de ações coletivas seja o principal problema das ações coletivas.

Discutirei aqui apenas as questões mais prementes.

5.5.1 O Projeto CNJ fala em “representatividade”, quando deveria falar em “representação” ou “atuação” adequada.

Esta parece ser uma questão meramente terminológica, mas é uma questão de fundo, que é causada pela incompreensão do instituto. “Representatividade” é um conceito sociológico ou político: é a expressão social do legitimado coletivo. Fala-se em “representatividade” para designar a qualidade de uma pessoa, partido ou organização para exprimir politicamente os interesses de um grupo. Está-se no campo da legitimidade política.

Claramente, não é a legitimidade política ou social que importa para a defesa processual do grupo em juízo, mas a atuação adequada do representante dentro

38. V. Antonio Gidi, A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *Revista de Processo*, Vol. 108, 2002, p. 61-70; *idem*, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 74-116 (subcapítulo 2.6, “Controle judicial da representação adequada”).

39. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 3.1). Posteriormente aprimorei a minha opinião em Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 103-110. Entre os vários livros, dissertações, teses e artigos posteriormente publicados sobre o assunto, v. Marcelo Cunha Holanda, *Ações coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo*, 2012.

do processo. Não se trata de um conceito abstrato a priori, mas concreto. Esse erro do Projeto CNJ solidifica um erro que supera a mera semântica, coisa que já discuti em outra oportunidade.⁴⁰ Está claro que não somente a palavra usada é errada, como o instituto não foi bem compreendido pelo Projeto CNJ. Aliás, poucas pessoas compreenderam esse tema no Brasil.

Esse erro reflete-se ainda no art. 138 do CPC, que exige que o *amicus curiae* seja entidade “com representatividade adequada”. O *amicus curiae* não precisa ter representatividade da sociedade; ele tem apenas que apresentar análises e informações confiáveis e úteis ao deslinde do processo. Grandes institutos de pesquisa, laboratórios ou universidades podem ser excelentes *amici*, que ajudarão o tribunal a decidir, mas não têm nenhuma representatividade da sociedade.

5.5.2 Outro grave defeito do Projeto CNJ é limitar o controle judicial da representação adequada às associações, não dando o mesmo poder ao juiz para controlar a representação adequada dos outros legitimados coletivos. Não faz sentido que o juiz possa controlar a atuação de um representante e não a de outro. Só faria sentido se o controle não fosse da atuação adequada no processo, mas da qualidade, da representatividade social de uma associação.

Já discuti o assunto em outra oportunidade, quando defendi que o juiz precisa ter o poder de controlar a adequação da atuação de todos os legitimados, inclusive do Ministério Público, da Defensoria Pública e de outros legitimados públicos.⁴¹ Obviamente, isso iria de encontro aos interesses corporativos dessas entidades.

5.5.3 Segundo o art. 5º, IV do Projeto CNJ, a adequação do representante é demonstrada “pelo quadro de especialistas no tema do objeto protegido pela ação, que deve existir na associação”.

Não entendo a necessidade desse requisito. Nenhuma outra proposta de codificação brasileira fez menção a isso. Parece um requisito inventado pelo CNJ.

Ademais, a forma atabalhoada como o texto é escrito dificulta a sua compreensão. Não sei o significado de “existir na associação”. Isso quer dizer que uma associação precisa ter especialistas na folha de pagamento ou entre seus sócios? Por um lado, a associação com capacidade financeira pode contratar quantos especialistas precisar para fazer perícias necessárias. E pode ser representada por um excelente escritório de advocacia quanto às questões jurídicas. Por outro lado, se o processo não exigir perícias, especialistas são inúteis. E ainda, especialistas que apenas emprestam seus nomes para as associações não têm nenhuma utilidade.

40. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 112-116.

41. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 97-98.

Também é difícil compreender o que é um “quadro de especialistas”. Seriam pessoas com formação acadêmica em direito? Peritos técnicos? Engenheiros? advogados? Assim, uma associação de consumidores não precisa ter como sócios apenas consumidores, mas consumeristas; uma associação em defesa do meio ambiente não precisa ter como sócios apenas cidadãos, mas ambientalistas; uma associação em defesa dos interesses de negros ou mulheres não precisam ter somente negros e mulheres, mas especialistas em estudos de gênero e raciais. E o que falar das associações de bairro e associações de empregadas domésticas ou lavadeiras ou frentistas?

Ademais, o que são “especialistas no tema do objeto protegido pela ação”? A lei exige especialistas em ações coletivas, no direito material ou na questão técnica relevante?

Parece que o objetivo desse requisito é aferir a “representatividade” social da associação, exatamente o que o instituto não é. Acontece que tudo isso é elitismo irrelevante, tanto para aferir a “representatividade” de uma associação como para aferir a sua atuação adequada no caso concreto.

Em vez de se preocupar com coisas inúteis, o Projeto CNJ deveria se preocupar com a pertinência temática da associação, um critério bastante desenvolvido pela doutrina e jurisprudência.

Ou seja, trata-se de mais um critério irrelevante num instituto mal compreendido.

5.5.4 Segundo o art. 5º, V do Projeto CNJ, a adequação do representante será demonstrada por um laudo contendo o número de pessoas atingidas pela atividade ilícita do réu.

O laudo pode até ser um elemento informativo importante em algum momento do processo, mas não entendo como essa informação possa ajudar a determinar a atuação (ou mesmo a representatividade) adequada do autor coletivo. Também não se sabe porque esse laudo se preocuparia apenas com o “número” de pessoas atingidas e não com a descrição do grupo, do ilícito e do dano. Ademais, o laudo pode ser caro para obter e algum juiz desinformado pode compreender o dispositivo como exigindo a sua apresentação. Sem falar que essa exigência é uma inversão de valores, porque é o réu quem deve fornecer um laudo contendo o número de pessoas atingidas pela sua atividade ilícita.

Esse é mais um critério irrelevante num instituto mal compreendido, e que pode ter consequências não imaginadas.

5.5.5 Curiosamente, o controle judicial da representação adequada no Projeto CNJ é realizado antes da citação do réu. De acordo com o art. 5º, § 1º, intima-se “o Ministério Público para que se manifeste acerca da representatividade adequada”. Somente depois de “reconhecida a representatividade adequada, determinar-se-á a citação do réu” (art. 5º, § 2º).

Essa cronologia não faz nenhum sentido e demonstra a má compreensão do tema pelo Projeto CNJ. Limitado à averiguação formal dos dados constantes na petição inicial, o controle da representação adequada se desvincula da atuação concreta do legitimado no processo coletivo e torna-se mero requisito formal: um concurso de beleza.

Ademais, como o juiz pode avaliar a adequação do representante “a qualquer momento do processo” (Projeto CNJ, art. 5º, § 4º), não faz sentido fazer essa análise antes da citação do réu para fazê-la novamente depois da sua contestação. Quem conhece as ações coletivas no direito comparado sabe que é o réu quem tem mais interesse em suscitar objeções à representação do legitimado. Como eu disse em outra oportunidade:

é do interesse da parte contrária ao grupo zelar pela adequação do representante do grupo. É corriqueiro, portanto, que a parte contrária impugne veementemente a adequação do representante, apenas com o objetivo de estimular uma investigação mais aprofundada pelo juiz e uma expressa decisão nos autos sobre o assunto. Somente se litigar contra um representante adequado poderá contrapor, em face de todos os interessados, com força de coisa julgada, uma eventual decisão contrária aos interesses do grupo.⁴²

Essa balbúrdia cronológica na fase inicial do processo coletivo é exacerbada porque, segundo o art. 11 do Projeto CNJ, “proposta a ação, deve-se-lhe dar toda publicidade possível”, com direito a edital, cadastro, site na internet e outros meios. Ou seja, todo o país saberá da propositura da ação coletiva contra o réu, menos ele, que não pode ser citado antes da decisão reconhecendo a representação adequada. E como não foi citado, o réu não poderá apresentar sua oposição à adequação.

O normal seria deixar a primeira análise preliminar da representação adequada para depois da resposta do réu, durante a fase de certificação da ação coletiva.

5.5.6 O Projeto CNJ prevê uma norma específica para a ação coletiva proposta por associações que é inconstitucional. Segundo dispõe o art. 10, § 4º do Projeto CNJ, a tutela provisória não poderá ser concedida antes do “reconhecimento judicial de sua representatividade adequada”.

Essa é uma norma muito estranha porque, uma vez que os requisitos da tutela provisória estejam presentes, não é relevante se o representante é adequado ou não. Ao contrário, tanto a sua atuação é adequada que conseguiu obter uma tutela provisória. Aparte o interesse de proteger o réu, não se entende a necessidade desse reconhecimento prévio da representação adequada.

Ademais, a lei não pode limitar a tutela provisória fundada no “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Ao afastar do Judiciário ameaça a direito, essa norma viola o artigo 5º, XXXV da Constituição, ao retirar do juiz o poder geral de cautela.

42. Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 103.

5.5.7 O retrocesso mais grave é que o Projeto CNJ é omissivo quanto ao controle judicial da representação adequada depois da formação da coisa julgada, especialmente no caso de uma sentença coletiva contrária aos interesses do grupo. Isso pode levar à interpretação equivocada de que a sentença e o acordo sanam a inadequação do representante. Essa interpretação equivocada é ainda mais provável em um sistema que tem sido marcado pela sanha de obter proteção ao réu e segurança jurídica à custa de justiça, da qual este Projeto é apenas o exemplo mais recente.

A minha proposta de CPC Coletivo, ao contrário, previa expressamente que a sentença coletiva não faria coisa julgada caso a representação fosse inadequada: “art. 18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por: I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros”.⁴³

5.5.8 É interessante ver a capacidade financeira do representante listada entre os critérios para avaliar a adequação de um representante. Esse requisito foi previsto na minha proposta de CPC Coletivo, mas o tema foi objeto de crítica por aqueles que não tinham compreendido o seu alcance.⁴⁴

O problema, todavia, é que, dentro do sistema do Projeto CNJ esse critério pode esconder uma consequência macabra, como discutirei adiante, no item 6.2, sobre as normas sobre despesas e sucumbência para as associações.

5.6 O Projeto CNJ prevê a intervenção de outros legitimados coletivos como litisconsortes (art. 4º, § 2º) ou assistentes litisconsorciais (art. 4º, § 5º). Essa não é exatamente uma inovação, pois já constava do art. 5º, § 2º da LACP, era defendida pela doutrina⁴⁵ e aceita pela prática, mas é louvável.

O art. 4º, § 2º do Projeto CNJ incorporou uma tímida flexibilidade, ao autorizar o interveniente a aditar o pedido e a causa de pedir até 30 dias depois da eventual intimação ou do edital. O que o Projeto CNJ deu com uma mão, porém, tirou com a outra, pois esse período é insuficiente para um letigimado conhecer a complexidade da causa coletiva proposta por outro. Ademais, a lei é limitante: curiosamente o autor não poderá aditar o pedido e a causa de pedir; só a parte interveniente.

Na minha proposta de CPC Coletivo, a flexibilidade da fase postulatória era total. O objeto do processo coletivo era “o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as

43. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 18).

44. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 100-103.

45. Antonio Gidi, Assistência em Ações Coletivas, Revista de Processo, vol. 88, p. 269, 1995.

pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo”, desde que “o contraditório seja preservado”.⁴⁶

Essa proposta que eu fiz quase vinte anos atrás pode parecer óbvia, mas ainda parece revolucionária para os juristas chiovendianos mais formalistas. Na verdade, ela não é nem mesmo estranha ao nosso ordenamento jurídico. No processo penal, por exemplo, o Ministério Público pode aditar o pedido após a instrução e o acusado terá oportunidade de ser ouvido sobre o aditamento, de contestar e produzir novas provas acerca da parte aditada. De acordo com o art. 384 do Código de Processo Penal, “[e]ncerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública...” Os parágrafos seguintes trazem outros detalhes. Embora essa redação mais precisa seja de 2008, uma norma semelhante existia desde a promulgação do CPP em 1941. Portanto, não há desculpa para os juristas brasileiros empedernidos se recusarem a abrir a cabeça para essa possibilidade.

5.7 De acordo com o art. 9º, parágrafo único do Projeto CNJ, para que um membro do grupo possa se valer do resultado da ação coletiva, ele deverá desistir da sua ação individual.

Essa regra difere do previsto no art. 104 do CDC, segundo o qual, para se beneficiar da sentença coletiva, o membro do grupo precisaria apenas requerer a suspensão do seu processo individual trinta dias a partir da ciência nos autos da existência da ação coletiva.

No contexto do CDC, a coisa julgada se formava na esfera individual *secundum eventum litis*, somente para beneficiar, e no Projeto CNJ, a coisa julgada se forma *pro et contra*. Ainda assim, a regra do Projeto CNJ não se justifica.

Ou o Projeto CNJ não refletiu bem sobre como essa norma funcionaria na prática, ou quis prever uma armadilha para prejudicar o membro do grupo. Não é preciso ser um gênio para perceber o sério prejuízo que esse dispositivo poderá causar ao membro do grupo. Basta imaginar um membro do grupo que tenha proposto um processo individual e tenha interesse em se vincular à sentença coletiva. De acordo com o Projeto CNJ, ele terá que pedir extinção do seu processo individual. Ao fazê-lo, o membro do grupo arcará com as custas processuais e pagará honorários de sucumbência para o réu. Isto em si já seria um obstáculo ao funcionamento dessa norma.

Ademais, imagine que o processo coletivo venha a ser extinto sem resolução do mérito, por qualquer questão processual (falta de legitimidade, de representação

46. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (arts. 7 e 16).

adequada, de interesse etc). O membro do grupo, que tinha uma ação individual e outra coletiva, agora não tem mais nenhuma. Ele terá que propor uma nova ação individual... se estiver dentro do prazo prescricional. Essa armadilha é fortalecida com a outra armadilha discutida no item 6.1, sobre a não-interrupção da prescrição com a propositura da ação coletiva.

5.8 O art. 11 do Projeto CNJ prevê alguma publicidade do processo coletivo, o que pode parecer uma boa iniciativa. Porém, exceto a expressão meramente retórica (“toda publicidade possível”), o Projeto CNJ não dá às ações coletivas uma publicidade muito maior do que a dispensada pelo direito atual. Se o CNJ quisesse, poderia criar o cadastro de ações coletivas sem necessidade de lei, coisa que fez há uma década e não saiu do papel.⁴⁷ Com efeito, recentemente o CNJ recriou o mesmo cadastro de ações coletivas, com os mesmos objetivos.⁴⁸

5.8.1 Todavia, o cadastro de ações coletivas, tal como concebido pelo Projeto CNJ tem utilidade limitada: publicizar a existência de uma ação coletiva. Meras atualizações através de “relatórios mensais” são uma forma insuficiente de comunicação. Para haver um mínimo de publicidade, os autos dos processos coletivos devem ser abertos ao público e disponíveis na internet em tempo real, salvo eventuais documentos e informações que não mereçam exposição pública. De nada adianta para os membros do grupo (ou mesmo para seus advogados) receber atualizações com um ou dois meses de atraso em forma de relatórios com informações sumarizadas, escritas em código.

Não interessa ao membro do grupo saber que o processo coletivo do qual faz parte está “concluso” ou “recebido em secretaria” ou “carga retirados”. Primeiro porque o neojuridiquês online é impenetrável para o membro do grupo e também porque essas informações são irrelevantes. Ademais, ainda que os relatórios mensais contivessem um resumo das decisões mais importantes, em uma ação coletiva complexa, com muitos subgrupos, cada subgrupo poderá se interessar por um aspecto diferente do litígio. Não há como fazer um único resumo.

Somente o acesso ilimitado aos autos terá utilidade para os membros do grupo, para as associações, para os advogados e para a imprensa: isso é transparência e acesso democrático e adequado à informação completa.

Já discuti sobre o cadastro de ações coletivas em outra oportunidade.⁴⁹

47. <https://www.cnj.jus.br/cadastro-unico-dara-agilidade-as-acoes-coletivas/> (publicado em 09 de junho de 2011 e acessado em 14 de novembro de 2020).

48. <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-normas-para-aprimorar-acoes-coletivas/> (publicado em 1º de setembro de 2020 e acessado em 14 de novembro de 2020).

49. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 334-336 (discutindo o Cadastro Nacional de Processos Coletivos e sua origem no direito colombiano, especialmente o art. 80 da Lei nº 472, de 1998).

5.8.2 O art. 11 do Projeto CNJ prescreve “toda publicidade possível” à ação coletiva proposta. Trata-se de uma linguagem bizarra, pois a expressão “toda possível” não possui sentido jurídico. Trata-se de retórica bonita, mas péssima técnica legislativa. Pretende-se mesmo exigir “toda” publicidade possível? “Tudo” que for “possível” tem que ser feito para dar publicidade ao processo coletivo? Obviamente que o artigo não vale o que está escrito.

O correto seria prever “ampla publicidade” ou “publicidade adequada”, ou ainda “a publicidade mais ampla possível em face das circunstâncias”. O direito americano, por exemplo, prevê “a melhor notificação possível em face das circunstâncias”.⁵⁰

5.8.3 Ademais, o que a lei dá em uma expressão (“toda publicidade possível”) retira com a seguinte, limitando-a a edital, cadastro, sites de agências e “outros meios”. Fica óbvio que a expressão “toda possível” tem valor meramente retórico: a notificação é “toda possível”, mas limitada ao que diz a lei e ao que se quiser fazer. Não é o “toda possível” de quem quer informar um grupo de pessoas interessadas; é o “toda possível” de um funcionário público cumprindo a lei burocraticamente através de relatórios mensais.

5.8.4 O art. 11 do Projeto CNJ prevê a publicidade da ação coletiva assim que a ação for proposta. Quem conhece o assunto sabe que esse não é o melhor momento para dar publicidade a uma ação coletiva.

A publicidade deveria ser dada em momento inicial do processo, mas somente depois da resposta do réu e depois de ouvir o Ministério Público. Não é preciso ser um gênio para perceber que não se deve dar publicidade a uma ação coletiva mal proposta ou que levante dúvidas sobre a licitude da atividade do réu sem que haja embasamento fático e teórico. Essa cautela é especialmente importante num mundo de notícias distorcidas ou falsas.

Em minha proposta de CPC Coletivo, a notificação ao grupo deveria ser dada “na fase inicial do processo coletivo”. O mais correto seria dar a notificação depois que a ação for certificada como coletiva.⁵¹

5.8.5 O Projeto CNJ se refere a dar “publicidade” à ação coletiva, em vez de “notificar” ou “informar” os membros do grupo. Essa parece ser uma questão meramente terminológica, mas não é. Dar publicidade é uma atividade genérica e

50. Rule 23(c) das Federal Rules of Civil Procedure: “the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances”.

51. Sobre a certificação da ação coletiva, v. João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, *A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*, Ed. JusPodivm, 2020; Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 192-213 (capítulo 5.1, “Certificação (class certification)”).

abstrata voltada para a sociedade, enquanto “notificar” é uma atividade concreta de dar informação específica a certas pessoas definidas.

O correto não seria prever publicidade do processo coletivo, mas sua notificação ampla e adequada para os membros do grupo titular do direito discutido. Já discuti sobre a notificação ao grupo em outra oportunidade⁵².

A minha proposta de CPC Coletivo previa a notificação de todos os legitimados coletivos e de uma amostra dos membros do grupo. Segundo o art. 5.1, “[a] notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados”.⁵³ Essa é a diferença entre dizer algo e não dizer nada.

Na época que eu propus o CPC Coletivo, a Defensoria Pública estava começando a adquirir legitimidade coletiva e estava fora do meu radar. Porém, um Projeto redigido em 2020 deveria prever a notificação da Defensoria Pública, para que decida se quer intervir como autora ou como *custos vulnerabilis*.⁵⁴

5.9 Em veneração ingênua e desinformada ao ideário da autocomposição de controvérsias, o art. 13 do Projeto CNJ prevê que “as partes poderão celebrar negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, cabendo ao juiz o controle de sua validade”. O Projeto CNJ parece limitar o juiz a um mero chancelador de acordos legalmente válidos, sem nenhum poder de controlar a adequação dos seus termos.

Ao contrário do que prevê o Projeto CNJ, porém, qualquer acordo entre representante e réu, seja o acordo processual ou de mérito, precisa ser avaliado em sua substância e aprovado pelo juiz como adequado para tutelar os interesses do grupo, e não meramente homologado como válido.

52. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 59-74 (subcapítulo 2.5, “Notificação coletiva adequada”); Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 5, “notificação adequada”).

53. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 5.1).

54. V., e.g., Bheron Rocha, Edilson Santana e Maurílio Casas. *Custos vulnerabilis*: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020. No mesmo sentido, Amélia Soares da Rocha e Mariella Pittari, Eco das vozes silenciadas: A imprescindível participação da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis* no IRDR – Incidente de Resolução de Damanda Repetitiva sobre relação de consumo, Revista de Direito do Consumidor, vol. 131, p. 345-384, 2020.

A lógica negocial do processo individual não pode ser simplesmente transposta para o ambiente do processo coletivo. O próprio art. 190 do CPC limita a possibilidade de negócios jurídicos processuais aos processos que versem sobre direitos que admitam a autocomposição e conduzido por partes plenamente capazes. Da mesma forma que um procurador do Estado ou advogado da União não pode vincular a entidade que representa sem aprovação superior, o legitimado coletivo não pode vincular o grupo sem que haja um controle judicial. Afinal, no processo coletivo, o agente que negocia não é o titular do direito tutelado, mas seu porta-voz.⁵⁵

5.10 Ainda em veneração ingênua à autocomposição de controvérsias, o art. 13, parágrafo único do Projeto CNJ encoraja o acordo entre autor e réu sobre a destinação dos valores a serem pagos pelo réu. Não faz sentido que o réu, que violou os interesses da sociedade, tenha voz sobre como o dinheiro da indenização será usado.

Não se deixa raposa tomando conta de galinheiro. Imagine se os corruptos condenados pela Lava-Jato pudessem fazer um acordo com o Ministério Público sobre como o dinheiro recuperado pela operação deveria ser destinado. Certamente, haveria uma cláusula reservando parte do dinheiro para a compra de novas tornozeleiras ou para a reforma dos presídios. Ou, para ficar no exemplo das ações coletivas, imagine um grande produtor rural, acusado de desmatar terras protegidas ou de praticar escravidão, pudesse negociar com o representante que o dinheiro do acordo seria destinado a construir um aeroporto, estrada ou barragem que beneficiaria direta ou indiretamente as suas propriedades.

O réu poderá entrar em acordo sobre qual valor pagará a título de indenização ao grupo, mas não pode interferir sobre a forma como esse dinheiro será gasto. Naturalmente, o juiz poderá ouvir o réu, que poderá ter uma proposta interessante. Canja de galinha não faz mal a ninguém, só à galinha.

5.11 O art. 14 do Projeto CNJ prevê a competência “preferencial” de varas especializadas de ações coletivas. Já demonstrei em outra oportunidade que a criação de varas especializadas em processos coletivos é um equívoco porque concentraria muito poder em um único juiz.⁵⁶

Como eu disse na época, os juízes e promotores de varas especializadas em ações coletivas “serão encarregados de efetuar políticas públicas importantíssimas e se tornarão nomes corriqueiros em salas de aula, nas casas e na mídia, frequentemente

55. Antonio Gidi, A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *Revista de Processo*, Vol. 108, 2002, p. 61-70.

56. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 240-243 (subcapítulo 3.8, “Juízos especializados”).

convidados para aulas inaugurais e entrevistas televisivas. Certamente essas pessoas terão um futuro político promissor. Será uma verdadeira fogueira de vaidades”.⁵⁷

Eu disse isso em 2008, muitos anos antes que Sérgio Moro e Deltan Dallagnol atraíssem atenção social e virassem nomes corriqueiros nas mesas de bar. Não faço aqui nenhuma crítica (positiva ou negativa) à atuação desses profissionais e não quero dar nenhuma conotação política ao texto. Por mais que alguns pensem que o Brasil precise de um “Sérgio Moro das ações coletivas”, há de se reconhecer que a nossa democracia não resistiria se essas mesmas pessoas fossem titulares de uma hipotética vara especializada de corrupção nacional por 25 anos, julgando todos os casos de corrupção do país.

Se eu percebi isso em 2008, não é preciso ser um gênio para perceber, hoje, o equívoco da proposta de criar uma vara especializada em ações coletivas.

Ademais, seria o único exemplo de especialização judiciária por tipo de ação e não por matéria. Já falei que “Uma eventual Vara Especializada de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos teria competência para processar e julgar processos das mais diversas áreas do direito, ousaríamos dizer todas as áreas do direito, inclusive algumas que seriam da competência de outras varas existentes.”⁵⁸ Eu pensei que tivesse convencido o CNJ, que em um estudo disse a mesma coisa.⁵⁹

A bizarrice maior desse dispositivo, porém, está em uma lei federal de processo dizer que a competência para processamento da ação coletiva é “preferencialmente de varas especializadas”. Não faz sentido estabelecer uma norma federal sugestiva de comportamento estadual. O termo “preferencialmente” não comanda nem proíbe: sugere. Ademais, é um comando sem significado jurídico, pois veiculado por lei federal, quando a competência para legislar sobre a organização judiciária é do Estado. (CF-88, art. 125) A aplicabilidade dessa norma é dúbia até mesmo no Judiciário Federal, quanto mais nos diversos poderes judiciários estaduais.

Preferencialmente, essa norma deveria ser abandonada junto com todo o Projeto CNJ.

5.12 Outra bizarrice do art. 14 é estabelecer a competência para qualquer ação coletiva na capital do Estado. Esse dispositivo simplista não consegue captar a complexidade do problema da competência coletiva adequada, um dos problemas mais complexos a serem enfrentados na tutela coletiva. Não faz sentido que uma ação

57. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 242.

58. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 242.

59. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 16 e 19.

relacionada a um dano local no interior do Estado, a 700Km da capital, seja proposta na capital. Já discuti isso em outra oportunidade.⁶⁰

5.13 De acordo com o art. 25 do Projeto CNJ, a liquidação e a execução de direitos individuais homogêneos se fazem de forma individual pelas vítimas e seus sucessores. Já as liquidação e execução coletivas somente poderão ser promovidas no caso de valores destinados ao fundo ou obrigações de fazer.

O Projeto CNJ acaba com a possibilidade, prevista no art. 100 do CDC, de realizar liquidação e execução coletiva da quantia devida a título de direitos individuais homogêneos após “um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”. Em seu lugar, segundo o art. 8º, § 3º do Projeto CNJ, a condenação pecuniária referente a direitos individuais homogêneos poderá ser destinada diretamente ao fundo quando a execução individualizada for economicamente inviável. Reduz-se, assim, desnecessariamente o alcance de uma norma útil para a sociedade. Quem ganha é o réu, que não responderá pela integralidade do dano causado à sociedade.

5.14 O art. 26 do Projeto CNJ adotou a coisa julgada *erga omnes pro et contra*. O Projeto CNJ acaba com o experimento brasileiro da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, que era extremamente complexo e despropositado. Já expliquei que a coisa julgada *secundum eventum litis* é uma farsa⁶¹, embora essa solução tenha feito escola na América Latina, virando um fetiche na região.

Por um lado, trata-se de inovação importante, originalmente prevista na minha proposta de CPC Coletivo, reforçada com a notificação, o opt out e o controle judicial da representação adequada.⁶² Por outro lado, como o Projeto CNJ não proporciona controle eficaz da representação adequada nem notificação adequada do grupo, a coisa julgada *pro et contra* será prejudicial aos membros do grupo: tira direitos sem proporcionar garantias como contrapartida.

Esses três institutos (coisa julgada *pro et contra*, controle judicial da representação adequada e notificação adequada do grupo) devem ser tratados em conjunto: a

60. V. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 243-253 (subcapítulo 3.9, competência coletiva).

61. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 290 (“Se compreendermos assim o tema, a coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* do direito brasileiro perde todo o seu romantismo e passa a ser vista como ela realmente é: uma grande farsa”).

62. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 18. “A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros”). V. ainda Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 286-299 (subcapítulo 3.15, “coisa julgada coletiva”).

fragilidade de um contamina os demais. No Projeto CNJ, como vimos, o controle da representação adequada é frágil (item 5.5) e a notificação é inadequada (item 5.8). Por isso, e em face de todos os outros retrocessos constantes no Projeto CNJ, sistematicamente adotados para benefício do réu e prejuízo do grupo, a adoção da coisa julgada *pro et contra* é um risco alto demais.

Alguns poucos juristas brasileiros se manifestaram contra a coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*. Os que eram contra, se preocupavam com dois problemas: a desconfortável e desigual posição do réu (isonomia e razoabilidade) e a ausência de economia processual para o Judiciário (efetividade).⁶³ Essa não é a minha preocupação: é tolice dizer que os bancos, os grandes interesses econômicos e o Estado estejam em posição de inferioridade nas ações coletivas, e que a coisa julgada *secundum eventum litis* é injusta com eles. Esse argumento não me comove: eu não tenho pena dos grandes litigantes repetitivos. Eu sou contra a coisa julgada *secundum eventum litis* porque ela é uma péssima opção política para o grupo. Já expliquei a minha opinião em outra oportunidade.⁶⁴

Em todo caso, é importante que o Projeto CNJ tenha previsto a obviedade de que a coisa julgada se opera em todo território nacional. Isso resolverá definitivamente o golpe que as ações coletivas sofreram há mais de duas décadas, quando o art. 16 da LACP foi emendado. Por outro lado, na ausência do texto atual do art. 16 da LACP (que será revogado), muito provavelmente, este dispositivo seria desnecessário. Já discuti sobre este assunto em outra oportunidade.⁶⁵

5.15 Segundo o art. 26, § 1º do Projeto CNJ, “a coisa julgada também se forma, quando a improcedência decorrer de insuficiência de prova”. Trata-se de norma desnecessária, porque as normas do CPC individual se aplicam subsidiariamente. Mas o Projeto CNJ achou importante repeti-la, para evitar que juízes habituados com o sistema anterior fizessem uma interpretação inteligente da coisa julgada. Esse artigo certifica que isso não poderá acontecer.

Essa norma abandona a regra atual, segundo a qual a coisa julgada coletiva não se forma em caso de improcedência por insuficiência de provas (CDC, art. 103, I e II). A norma adotada pelo Projeto CNJ é perigosa porque a insuficiência de prova decorre geralmente de representação inadequada. Não há motivo legítimo para o Projeto CNJ adotar essa norma rígida, porque a ação coletiva julgada improcedente prejudicará o direito de milhares ou milhões de pessoas que estão sendo representadas em juízo, especialmente em um sistema de coisa julgada *pro et contra*.

63. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 291 (citando bibliografia).

64. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 291-294.

65. Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, 2008, p. 426-429 (subcapítulo 5.3, “limites territoriais da coisa julgada”).

A ressalva prevista no § 2º é insuficiente e desnecessária. Segundo o § 2º, “nova (*sic*) ação coletiva pode ser proposta, com base em nova prova, se o autor demonstrar que esta não poderia ter sido produzida no processo anterior.” Essa solução é equivocada em tantos níveis diferentes que fica até difícil explicar.

Em primeiro lugar, no contexto do processo coletivo, não faz sentido impor ao representante o ônus de ter que demonstrar que a prova não poderia ter sido produzida pelo representante do processo anterior. Como a nova (*rectius*: a mesma) ação coletiva será proposta por outro legitimado, ele terá dificuldade em demonstrar o que aconteceu no processo anterior. Ademais, a ressalva não se aplica à situação mais típica de uma ação coletiva: o representante que propôs a primeira ação coletiva pode não ter atuado adequadamente e não ter produzido a prova por incompetência, desídia ou desonestidade. Essa peculiaridade da ação coletiva não está contida no conceito tradicional de “não pôde fazer uso” da ação rescisória individual (CPC, art. 966, VII). Não é possível impor ao processo coletivo a tradição da ação rescisória, que tem outra história e outro objetivo. Por fim, se o objetivo foi usar o critério da ação rescisória do CPC, essa é mais uma entre as inúmeras repetições desnecessárias do Projeto CNJ.

A minha proposta de CPC Coletivo previa que a ação coletiva julgada improcedente por insuficiência de prova não transitaria em julgado.⁶⁶ Segundo o art. 18, “[a] coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por II – insuficiência de provas”. Parece uma solução mais simples e mais justa para o caso de ações coletivas.

5.16 O art. 29 do Projeto CNJ prevê que o acordo coletivo será “homologado” pelo juiz depois de uma audiência pública e manifestação do MP.

Mas o Projeto CNJ não prevê critérios para a homologação. Tradicionalmente, “homologar” exige somente controle de validade; não se faz controle de mérito em homologações. O § 1º diz “homologado judicialmente para ter validade”, o que pode levar à interpretação de que o juiz realiza um mero controle de legalidade. Como o juiz brasileiro não tem a tradição de controlar o mérito de acordos, o Projeto CNJ tinha que desenvolver essa questão.

O correto seria que o acordo coletivo somente tivesse força de coisa julgada *erga omnes* se ele fosse “aprovado” pelo juiz. E um acordo somente seria aprovado caso os seus termos fossem “adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros”.⁶⁷ A expressão “acordo adequado” não é uma figura retórica; ela está muito bem definida na prática norteamericana. Essa experiência norteamericana

66. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208.

67. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 14, “acordo adequado”).

com a aprovação de acordos coletivos adequados, que poderia servir de guia para o nosso legislador, foi ignorada.⁶⁸

Na minha proposta de Código de Processo Civil Coletivo, eu previ o acordo coletivo adequado, porque a prática internacional demonstrou a sua importância prática. Nela estavam previstos critérios para a realização da audiência (*fairness hearing*) e da aprovação judicial do acordo coletivo adequado. Segundo o art. 14, caput, “O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos”.⁶⁹ O resto do dispositivo disciplinava o procedimento de aprovação do acordo.

O Ministério Público não gostará dessa intervenção da magistratura em seus acordos (ou TACs). Eles dirão que essa é uma burocratização necessária. Mas a análise da adequação do acordo, a audiência pública e sua aprovação judicial são essenciais para que o acordo vincule o grupo.

5.17 Ainda em veneração ingênua à autocomposição de controvérsias, o art. 29, § 5º do Projeto CNJ prevê que “celebrado acordo por associação que tenha autorização específica de seus membros para tal, são dispensáveis audiência pública, manifestação do Ministério Público e homologação judicial, ficando a eficácia do acordo restrita a seus membros.”

Em primeiro lugar, a associação propõe uma ação coletiva em benefício de todos os membros do grupo, e não apenas em benefício dos seus membros.

Ademais, não parece uma boa ideia permitir que uma associação vincule todos os seus membros sem qualquer controle, inclusive prejudicando seus interesses, somente porque ela tem uma autorização genérica para fazer acordo. O controle da adequação do acordo em uma ação coletiva bem como a audiência pública não deve ser visto como uma punição, mas como algo natural: todo acordo realizado em ação coletiva exige controle judicial de mérito, para assegurar que os interesses dos membros do grupo sejam protegidos adequadamente. E os membros que se oponham ao acordo, devem ter o direito de apresentar objeção perante o juiz e o de se excluir do acordo.

Ademais, não se compreende o que seja a “autorização específica” dos membros de uma associação. Seria uma autorização assinada por cada membro da associação? Se for assim, o processo coletivo somente poderia ser extinto se todos os membros da associação dessem essa autorização. Caso houvesse dissidência, esses membros da

68. Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 306-360.

69. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208. V. também Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, 2008, p. 266-285 (subcapítulo 3.14, “Acordo coletivo adequado”).

associação não seriam atingidos pelo acordo (ou o acordo não poderia ser realizado). Ou seria uma autorização obtida por voto da maioria dos membros presentes em uma reunião? Se for assim, vários membros da associação podem ser contrários a autorizá-la a fazer acordo. Todos os membros da associação serão vinculados pelo acordo, ainda aqueles contrários a dar a autorização? O membro teria que de desfiliar da associação para não ser atingido pelo acordo?

Ademais, essa autorização (individual ou em votação), seria abstrata? Seria um cheque em branco assinado antes de saber os termos do acordo? Ou a autorização somente seria dada depois que os termos do acordo são conhecidos pelos membros da associação?

As indefinições não param por aí. Imaginemos uma ação coletiva proposta por uma associação que decide fazer um acordo com a parte contrária limitado aos seus membros. Os direitos dos membros do grupo violado que não são membros da associação serão abandonados no meio do processo e ficarão sem representante. O MP ou outro legitimado deverá então assumir a condução dessa ação coletiva.

Ou seja, essa ideia não faz sentido, e não funcionaria nem na teoria nem na prática.

5.18 Segundo o art. 31, § 3º do Projeto CNJ, “no caso de a ação versar sobre direitos individuais homogêneos, a reparação dos danos individuais será feita diretamente, por iniciativa dos lesados, em contas vinculadas a seus nomes, podendo o valor da condenação ser revertido para o fundo, sendo ínfimo o montante do dano, patrimonial ou extrapatrimonial, suportado individualmente”.

Não se compreende por que o direcionamento de valores para o fundo acontece somente quando o montante do dano individual for ínfimo. Com muito maior razão, deve-se considerar esse direcionamento para o fundo quando os danos são grandes e um número incompatível de membros do grupo os pleiteia. Como mencionei acima, o Projeto CNJ abandona a norma do art. 100 do CDC, que autoriza a liquidação e execução coletiva da quantia devida a título de direitos individuais homogêneos após “um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”. Quem se beneficia com a proposta do CNJ são os réus que cometem ilícito. Quem sai perdendo é a sociedade.

5.19 Como disse acima, por falta de espaço e tempo, não vou discutir as revogações feitas pelo Projeto CNJ ao Código do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública. A única revogação que eu vou discutir aqui é das normas sobre inquérito civil, constantes dos arts. 8º a 10 da LACP. Elas foram revogadas sem que nada tenha sido previsto em seu lugar.

Curiosamente (ou previsivelmente), a única vez que o Projeto CNJ se referiu ao inquérito civil foi em uma norma que nega sua utilidade (art. 20). Isso demonstra a sua má-vontade com o instituto.

É verdade que o inquérito civil está garantido na Constituição Federal (art. 129, III) e é regulamentado pela Resolução nº 23 do CNMP e por normas internas de cada Ministério Público. Também há referência a ele na Lei complementar 75/93 e na Lei 8625/93. Mas omitir a previsão do inquérito civil na nova lei geral das ações coletivas pode ter consequências devastadoras. No mínimo, vai enfraquecer a sua fundação.

Não vou discutir aqui o alcance de cada norma revogada, mas uma delas é preocupante: a revogação do art. 10 da LACP. Sem ele, desaparece o crime de recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação coletiva requisitados pelo Ministério Público. Todo o sistema do inquérito civil desmorona sem essa norma. Assim como faz com a ação coletiva, o Projeto CNJ tira as garras do inquérito civil e o transforma num monstro dócil e desdentado. Quem sabe, se o Ministério Público pedir com jeitinho, ele consiga a colaboração do réu para obter as informações necessárias a propor uma ação coletiva...

A revogação dos arts. 8º e 9º da LACP pode não ter consequências imediatas tão dramáticas quanto a do art. 10, mas deixará uma parte importante da regulamentação do inquérito civil subordinada às vibrações políticas do momento.

6. RETROCESSOS QUE INVIABILIZARÃO AS AÇÕES COLETIVAS

Algumas normas propostas pelo Projeto CNJ vão além de serem simplesmente mal escritas, atécnicas ou representem retrocesso ou oportunidade perdida de avanço. Elas são armadilhas que prejudicarão os membros do grupo e inviabilizarão as ações coletivas.

As normas mais perversas, aquelas que merecem discussão à parte, são a não-interrupção da prescrição na pendência da ação coletiva e as normas sobre despesas e sucumbência. A genialidade dessas normas é que elas são aparentemente neutras: o leitor desatento, aquele que desconhece a realidade dos conflitos de massa, não compreenderá como elas afetam o delicado equilíbrio das ações coletivas, prejudicando sistematicamente os grupos e beneficiando sistematicamente os réus.

Esta é, portanto, a parte mais importante deste artigo.⁷⁰

6.1 A não-interrupção da prescrição com a propositura da ação coletiva

O art. 26, § 4º do Projeto CNJ prevê que “a propositura da ação coletiva não interrompe a prescrição para ações individuais”.

Essa norma é uma armadilha cruel para os membros do grupo que confiaram na ação coletiva e não propuseram suas ações individuais. Caso o processo coletivo

70. Uma versão resumida desse item foi publicada no Conjur. V. Antonio Gidi, O Projeto CNJ e a decadência das ações coletivas no Brasil, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/antonio-gidi-projeto-cnj-decadencia-acoes-coletivas> (acessado em 06 de novembro de 2020).

venha a ser extinto sem resolução de mérito depois do prazo prescricional, o direito de todos os membros do grupo parece sem que tenha sido apreciado em juízo. Ninguém poderá propor mais a sua ação individual. Sequer a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, ainda que o vício processual possa ser remediado. O Estado não pode usar as normas processuais como uma arapuca para enganar os cidadãos desavisados e retirar os seus direitos: isso seria uma traição.

Não há motivo moral ou juridicamente legítimo para se adotar essa norma. Segundo a Exposição de Motivos do Anteprojeto CNJ, “[a]dmittir que prevaleça *certa posição jurisprudencial* no sentido da interrupção da prescrição implica, praticamente, a criação de prazos infinitos” (grifos meus). O deboche com que a Exposição de Motivos se refere a *certa posição jurisprudencial* é injustificado: essa é a posição firme do STJ.⁷¹ Aliás, essa é a posição prevalente (ou uniforme) em todo o mundo. Desconheço jurista brasileiro ou internacional sério que estude as ações coletivas e defenda posição diversa.

Ademais, é disparatado dizer que os prazos prescricionais serão “infinitos” se a propositura da ação coletiva interromper os prazos prescricionais. É como se dissesse que o processo coletivo nunca fosse extinguir com resolução do mérito e o conflito fosse ficar aberto para sempre. Afinal, a ação individual civil e penal sempre interrompeu a prescrição no Brasil (e em todo mundo) e ninguém jamais ousou dizer que o prazo prescricional seria infinito.⁷²

Os principais objetivos de uma ação coletiva são facilitar o acesso à justiça e reduzir o número de demandas judicializadas. Assim, espera-se que a ação coletiva desestimule os membros do grupo a propor suas ações individuais. Para que isso ocorra, porém, os membros do grupo precisam confiar nas instituições e no resultado do processo coletivo. É um contrassenso, portanto, que o prazo prescricional das pretensões individuais continue a correr na pendência da ação coletiva.

Essa norma inusitada do Projeto CNJ é um convite para os membros do grupo ajuizarem ações individuais, ainda que haja ação coletiva em curso com objeto correspondente. O Projeto CNJ obtém a propalada segurança jurídica para os réus à custa dos direitos dos membros do grupo que confiaram no sistema. Transforma-se “segurança jurídica” em “tranquilidade jurídica” para os réus: tranquilidade para poder violar impunemente o direito de grupos e se ocultar atrás das normas técnicas da ação coletiva.

O natural, porém, seria adotar a norma oposta: a suspensão (ou interrupção) da prescrição do direito individual na pendência do processo coletivo. Compreendeu-o

71. AgInt no REsp 1878630 – SP, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJ 24/09/2020 (“é firme nesta Corte o entendimento segundo o qual o ajuizamento de ação coletiva interrompe a prescrição para fins de manejo de ação individual”).

72. Para citar apenas o direito processual civil e penal brasileiro, v. CPC-39, art. 166, V; CPC-73, art. 219 e 617; CPC-15, arts. 240, § 1º e 802; Código Penal, art. 117.

bem Helena Campos Refosco: “O risco de reconhecimento da prescrição da pretensão pode potencializar a propositura desnecessária de ações individuais, o que acarreta o dispêndio de recursos ao incentivar a propositura de ações apenas como precaução contra riscos que sejam vistos como mais aparentes nas ações coletivas”.⁷³

A autora discute o caso infame dos poupadores lesados com os planos econômicos heterodoxos das décadas de 1980 e 1990, em que o STJ equivocadamente alterou seu entendimento anterior sobre prescrição, para aplicar o prazo quinquenal nas ações coletivas, ainda que o prazo nas ações individuais em tutela do mesmo direito material fosse vintenário.⁷⁴ A extinção súbita da ação coletiva fez com que os poupadores que aguardavam de boa fé a resolução da ação coletiva tivessem que propor milhares de ações individuais. O problema foi que o prazo prescricional das pretensões individuais já tinha escoado. Alguns julgados, acertadamente, consideraram que a propositura da ação coletiva havia interrompido a prescrição das pretensões individuais⁷⁵, mas outros consideraram, equivocadamente, que não teria havido a interrupção⁷⁶. O direito de muitos poupadores prejudicados desapareceu de um dia para o outro, pelo passe de mágica de uma filigrana jurídica inventada pelo autoproclamado Tribunal da Cidadania para favorecer réus reconhecidamente violadores de direitos e prejudicar os cidadãos.

O Projeto CNJ vem agora legitimar retroativamente uma situação que tanto prejudicou a população brasileira. E o que achamos absurdo alguns anos atrás vai passar a ser a realidade de todos os dias. Não podemos aceitar isso calados.

Nos Estados Unidos, por exemplo, é regra incontroversa há meio século que “o prazo prescricional das pretensões individuais dos membros ausentes [é] interrompido com a propositura da ação coletiva [e] recomeça a correr quando a ação é extinta”.⁷⁷ De acordo com a minha proposta de CPC Coletivo, “a propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.” “O prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado”.⁷⁸ A mesma norma

73. Helena Campos Refosco, *Ação Coletiva e Democratização do acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 305.

74. REsp 1.070.896/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 4/8/2010. Esta decisão foi um golpe na população brasileira, com o objetivo de proteger os interesses dos bancos. O seu equívoco é manifesto, mas isso é assunto para outro artigo.

75. REsp 1426620 - RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJ 12/08/2015.

76. Reclamação 22.484 – RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 05/12/2014.

77. Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, 2007, p. 315. V. *American Pipe & Constr. Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1974).

78. Antonio Gidi, *Código de Processo Civil Coletivo*. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208 (art. 8, “Interrupção da prescrição”). V. ainda Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, 2008, p. 135-144 (subcapítulo 2.11, “Propositura do processo coletivo interrompe a prescrição”).

foi adotada em todas as propostas brasileiras de codificação do processo coletivo... até hoje.

O Projeto CNJ diz que “a propositura da ação coletiva não interrompe a prescrição para ações individuais”. Esqueceu de prever o efeito da propositura da ação coletiva quanto à prescrição para outras ações coletivas. Ainda bem que não o fez porque, se tivesse pensado no assunto, provavelmente diria que também não interromperia a prescrição quanto às pretensões coletivas. A omissão abre a porta para uma interpretação inteligente que impeça uma maldade maior com o povo brasileiro. É decepcionante quando a melhor parte de uma lei está nas suas omissões; é quando sabemos que não podemos confiar no Estado.

O Projeto CNJ deveria ter corrigido o erro do STJ e previsto expressamente que o prazo prescricional na ação coletiva é o mesmo do direito material pleiteado. Mas claramente não houve interesse político para resolver essa questão da melhor forma para os cidadãos brasileiros.

6.2 As despesas e a sucumbência para as associações

Tanto o Código do Consumidor como a Lei da Ação Civil Pública preveem normas especiais sobre custas e sucumbência: os autores não adiantarão custas ou quaisquer outras despesas nem serão condenados em honorários advocatícios, custas e despesas em caso de sucumbência, salvo associações agindo em má-fé.⁷⁹ Essas normas foram fundamentais para o desenvolvimento do processo coletivo no Brasil. Estava claro então, como está claro hoje, que as associações precisam de incentivos para poder promover ações coletivas.

O Projeto CNJ vira o sistema vigente de cabeça para baixo, ao prever em seu art. 35 que “aplicam-se às ações coletivas as regras relativas às custas e à sucumbência do Código de Processo Civil”.

O art. 35 parece ser apenas mais um caso de repetitividade inocente no Projeto CNJ. Afinal, como vimos, o art. 33 já prevê que o CPC se aplica subsidiariamente às ações coletivas. Não havia necessidade de se repetir. Mas por trás da reiteração há, talvez, o receio de que se forme uma jurisprudência inteligente, que não aplique as regras de custas e sucumbência do CPC às ações coletivas, em face da tradição do processo coletivo brasileiro. Esse artigo elimina, portanto, a possibilidade de uma jurisprudência criativa e inteligente.

Se o Projeto CNJ for promulgado, a associação terá que pagar custas no momento da propositura do processo coletivo. Essas custas podem ser significativas, uma vez que os processos coletivos envolvem pedidos de alto valor e as custas processuais são elevadas. Esse valor, por si só, pode desencorajar a propositura de ações coletivas

79. CDC, at. 87 e LACP, art. 18.

meritórias. E o pior nonsense: dez mil ações individuais poderão obter a gratuidade da justiça, com despesa imensa para o Poder Judiciário, mas a ação coletiva, não.

Mas o Projeto CNJ não para por aí, pois uma associação terá a responsabilidade objetiva de pagar honorários sucumbenciais em caso de o processo ser julgado improcedente por qualquer motivo, inclusive alteração na orientação jurisprudencial após a propositura da ação coletiva. Para piorar, os arts 82-97 do CPC, que regulam os honorários de sucumbência, criaram um sistema caríssimo para as partes, inclusive vedando a compensação em caso de sucumbência parcial.

Não é preciso ser um gênio para perceber que essa norma inviabilizará qualquer legitimado (que não seja o Ministério Público ou a Defensoria Pública) a propor qualquer ação coletiva. Qualquer associação estará sujeita à falência com a simples propositura de qualquer ação coletiva. Se o Projeto CNJ for promulgado, o processo coletivo proposto por associações acabará.

Por si só, as regram que impõem custas e honorários de sucumbência já seriam suficientes para impedir a propositura de ações coletivas meritórias por associações. Mas o risco do Projeto CNJ para as associações não para por aí. Outras duas armadilhas podem estar escondidas na combinação destes com outros artigos do Projeto CNJ.

O art. 5º, II do Projeto CNJ exige que a associação tenha “capacidade financeira, inclusive para arcar com despesas processuais da ação coletiva” (discutida no item 5.5.8, acima). Essa norma parece impedir que uma associação possa obter a gratuidade da justiça: se, para ser adequada, a associação precisa ter *a priori* capacidade financeira para arcar com as despesas processuais, seria estranho ela alegar que não tem a capacidade financeira para pagar as custas exigidas por lei. Ademais, e talvez ainda mais perigoso, esse dispositivo parece permitir ao juiz não aceitar um processo coletivo, ainda que com forte probabilidade de sucesso, se a associação não tiver dinheiro em caixa (ou imóveis) para pagar eventuais honorários de sucumbência. Esta não seria uma decisão inteligente, mas tudo é possível no espírito do Projeto CNJ, que é marcado pela proteção aos réus.

Outra armadilha escondida é a exigência de autorização assemblear, contida no art. 4º, V do Projeto CNJ (discutida no item 5.4). Com receio das consequências catastróficas de derrota em ação coletiva, a assembleia pode não autorizar a propositura de um processo coletivo meritório. Ao tornar a ação coletiva uma atividade de alto risco, o Projeto CNJ coloca a associação na posição de ter que optar entre sobreviver financeiramente ou proteger os interesses para os quais foi criada.

Em vez de se preocupar com a capacidade financeira dos legitimados para propor uma ação coletiva, o Projeto CNJ deveria se preocupar com o que é realmente importante: a dificuldade que os representantes enfrentam em pagar as perícias.⁸⁰ Isso

80. O CNJ sabe disso. V. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 20.

faz com que os legitimados tenham que mendigar ajuda a instituições públicas. Não se conduz uma ação coletiva com favores. No meu CPC Coletivo, o Fundo poderia ser usado para custear processos coletivos.⁸¹ Curiosamente, 15 anos depois, o CNJ chegou a conclusão semelhante: “Os magistrados entrevistados fizeram diversas sugestões para equacionar esse problema, destacando-se a sugestão de criação de um fundo para arcar com a antecipação dos honorários periciais”.⁸²

O Projeto CNJ cria uma ação coletiva de segunda classe para as associações. Em inúmeras normas, o Projeto CNJ discrimina as associações. Uma delas é a impossibilidade de obter uma medida provisória fundada no “justificado receio de ineficácia do provimento final” antes do “reconhecimento judicial de sua representatividade (*sic*) adequada” (Projeto CNJ, art. 10, § 4º) (discutida no item 5.5.6). Outra é que somente associações se submetem ao controle judicial da representação adequada (Projeto CNJ, art. 5º) (discutida no item 5.5.2).

Tudo isso vai de encontro com a pesquisa patrocinada pelo próprio CNJ, que lamentava que as associações não propunham muitas ações coletivas e sugeria que “as ações coletivas, quando vitoriosas, poderiam constituir fonte de recursos para essas associações”.⁸³

6.3 A sucumbência para o Ministério Público e a Defensoria Pública

A norma de honorários de sucumbência especificamente criada pelo Projeto CNJ para o Ministério Público e para a Defensoria Pública é melhor que aquela para as associações, mas também não é muito atraente. O art. 35, parágrafo único do Projeto CNJ prevê que essas entidades serão responsáveis pelos ônus sucumbenciais, se a ação coletiva for “tida como manifestamente infundada, por decisão unânime”.

Essa norma gerará um transtorno em todos os Ministérios Públicos e Defensorias Públicas do país. Os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública têm independência funcional para propor as ações que estiverem dentro de seu âmbito de atribuição e as instituições não podem fazer nada para impedi-los. Isso quer dizer que qualquer promotor ou defensor, em qualquer cidade do país, poderá gerar um prejuízo enorme para sua instituição. É o próprio Estado e os cofres públicos que serão prejudicados.

81. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, vol. 111, 2003, p. 192-208 (“art. 24.1, “Os recursos do Fundo (...) deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível (...), inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas”).

82. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 21.

83. Conselho Nacional de Justiça, Sumário Executivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva, 2017, p. 19-20 e 24.

Não há dúvida de que pode haver excesso do Ministério Público ou da Defensoria, e que qualquer um dos seus membros pode propor ações coletivas que gerem prejuízos enormes para os réus. Mas se esse é o problema que preocupa o Projeto CNJ, que enfrente especificamente essa questão. Não se usa um machado para aplicar uma injeção.

Ademais, a expressão “manifestamente infundada” é um conceito aberto que não está estabelecido na jurisprudência. A lei sequer exige má-fé. Uma ação que propusesse o reconhecimento da união homoafetiva provavelmente seria “manifestamente infundada” no ano anterior àquele em que sua validade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Várias ações podem ser consideradas “manifestamente infundadas” por muitos anos antes de serem aceitas como pacíficas. Aliás, isso faz parte do próprio desenvolvimento do direito. O Projeto CNJ criará, com essa norma, um ambiente de instabilidade e insegurança, que é contrário à segurança jurídica que alega buscar.

Se o Projeto CNJ vier a ser promulgado, o que não se espera, que ao menos a expressão “manifestamente infundada” tenha uma interpretação restritiva. Uma ação somente deverá ser considerada manifestamente infundada se ela não tiver nenhum suporte fático ou não ofereça um argumento razoável de modificação do direito.

6.4 O efeito de alterar as normas de sucumbência nas ações coletivas

Ao alterar as normas de sucumbência, o Projeto CNJ intimida as instituições mais ativas na propositura das ações coletivas e limita o acesso à justiça dos grupos sociais. Trata-se de um ataque frontal às associações, ao Ministério Público e às Defensorias Públicas. É uma ameaça velada, disfarçada em forma de dispositivo legal.

Ademais, a imensa responsabilidade financeira gerada pelo Projeto CNJ para os representantes do grupo é despropositada. Os honorários de sucumbência não são sequer destinados para as empresas réus, mas para os bolsos dos seus advogados. Isso porque o Estatuto da Advocacia e da OAB, desde 1994, transferiu para os advogados os honorários de sucumbência, que tradicionalmente pertenciam à parte vitoriosa para se ressarcir das despesas efetuadas com o processo. E o CPC de 2015 jogou sal na ferida, aumentando ainda mais esse ônus para a sociedade, em benefício dos interesses corporativos da classe de advogados. Mas esse é tema para outra briga, quer dizer, para outro artigo.

7. CONCLUSÃO

Li e reli o Projeto CNJ, tentando compreender os motivos para a criação de normas perversas para disciplinar matéria tão cara ao povo brasileiro. Uma leitura crítica revela que o objetivo não foi aprimorar o processo coletivo, mas esvaziá-lo. Entre inovações pífiás, imprecisões e inutilidades, a maioria das normas do Projeto CNJ sabota o sistema brasileiro: elas sistematicamente beneficiam os réus e sistematicamente prejudicam os grupos sociais, debilitando as ações coletivas.

O desequilíbrio é aparente; nem houve a preocupação de esconder o objetivo nas entrelinhas. O Projeto CNJ contém poucas normas específicas do processo coletivo, mas as poucas que contém foram cirurgicamente selecionadas para infligir o maior dano à tutela coletiva, esvaziando todas as conquistas das últimas décadas.

Os inúmeros retrocessos do Projeto CNJ são de graus variados: alguns são meras imprecisões técnicas, outros são aborrecimentos, outros são exigências burocratizantes, outros não fazem nenhum sentido, outros criam entraves e muitos prejudicam diretamente a tutela coletiva. Os retrocessos mais graves comprometem a higidez do sistema processual coletivo brasileiro. Os retrocessos são muitos: ao se acumularem, eles potencializam o efeito devastador de cada um deles isoladamente.

É fácil prever o quão devastadoras serão as consequências práticas do Projeto CNJ. Em vez de fomentar as ações coletivas, fortalecê-las e aprimorá-las, em vez de torná-las efetivas, o Projeto CNJ restringe o acesso à justiça dos direitos de grupo, intimidando as instituições e impedindo-as de atuar. O Projeto CNJ dificulta a propositura de ações coletivas, especialmente pelas associações, mas também pelo Ministério Público e pelas Defensorias Públicas. Em vez de avançar, o Projeto CNJ caminha para trás. Seria mais honesto abolir as ações coletivas, pois o efeito prático será o mesmo. Aliás, um dos objetivos fracassados do Projeto CNJ foi acabar com a ação coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos. Se o CNJ começar a usar o seu poder jurídico e político para reduzir os direitos dos cidadãos, talvez esteja na hora de criar um “órgão externo” para controlar o CNJ.

As principais falhas do Projeto CNJ não se devem à falta de experiência ou à ausência de bons modelos, mas a escolhas políticas maléficas. O trabalho de confeccionar um Código de Processo Civil Coletivo inovador e efetivo, que equilibrasse os interesses do grupo autor e do réu, já foi realizado quase duas décadas atrás, quando apresentei o projeto original de CPC Coletivo em 2003.⁸⁴ Houve algum debate, mas o tema virou tóxico e foi enterrado por vaidade acadêmica. Dois outros projetos derivados foram publicados, um da USP e outro da UERJ/UNESA. Ambos eram ruins, mas significativamente melhores que o Projeto CNJ, pois imbuídos do desejo de aprimorar o sistema. Os projetos derivados eram ruins apenas porque eram mal concebidos, não porque prejudicavam a sociedade, como é o caso do Projeto CNJ.

Como fruto desse debate, em 2009 uma comissão de notáveis juristas preparou o excelente Projeto de Lei 5139/2009, arquivado por falta de vontade política, talvez por ser bom demais. Se o país tivesse aproveitado aquela oportunidade e aprimorado a ação coletiva dez anos atrás, o nosso direito processual coletivo estaria em outro patamar e o CNJ não teria espaço para tentar enfraquecê-lo.

84. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 192-208. V., ainda, Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, 2008.

A prática e a doutrina das ações coletivas chegaram a um nível demasiadamente elevado para retroceder agora. Se o Projeto CNJ for promulgado [bata 3 vezes na madeira], o direito processual civil coletivo brasileiro retrocederá quatro décadas, e voltará para um estágio anterior à Lei da Ação Civil Pública, de 1985. Este será o começo do fim das ações coletivas no Brasil. Os juristas brasileiros do futuro olharão para trás sem entender o que aconteceu. Perderemos espaço na vanguarda mundial e passaremos a ter vergonha: de motivo de inveja mundial, passaremos a ser objeto de desprezo. E ainda há o sério risco de que um Congresso desacreditado transforme o Projeto CNJ em algo ainda pior: o Projeto CNJ é muito ruim, mas não tão ruim que não possa ser piorado.

O Projeto Lei de Ação Civil Pública patrocinado pelo CNJ é uma traição aos princípios do processo coletivo e aos interesses dos brasileiros. Se levado adiante, será uma mácula no jovem Conselho Nacional de Justiça. Que tenha a recepção que mereça.

8. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in *Temas de Direito Processual, Terceira Série*, São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, *Revista de Processo*, vol. 61, pp.187-189, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BENITEZ, Alberto; MACGREGOR, Eduardo Ferrer e GIDI, Antonio. Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles [mexicano], in Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, Editorial Porrúa, 2008, pp. 447-457.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Sumário Executivo. *Justiça Pesquisa. Direitos e garantias fundamentais. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*, 2017.

DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções, *Revista de Processo*, vol. 256, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 209-218, 2016.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais 2007.

_____. *Legal Writing Style*, St. Paul, West Group, 2018.

_____. *Código de Proceso Civil Coletivo. Un modelo para países de derecho civil*, in Antonio Gidi, *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil*, Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 131-151.

_____. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, *Revista de Processo*, Vol. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- _____. Assistência em ações coletivas, Revista de Processo, vol. 88, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- HOLANDA, Marcelo Cunha. Ações coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo, Belém: Paka-Tatu, 2012.
- KRASOVSKY, Luis Miguel. Las acciones colectivas en la cuarta transformación, in El mundo del abogado, número 250, fevereiro 2020, pp. 8-13, disponível em <https://elmundodelabogado.com/revista/opinion/item/las-acciones-colectivas-en-la-cuarta-transformacion>.
- ROCHA, Jorge Bheron. Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais. Fortaleza: Boulesis Editora, 2017.
- ROCHA, Jorge Bheron; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurílio Casas. *Custus vulnerabilis*: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- ROCHA, Amélia Soares da e PITTARI, Mariella, Eco das vozes silenciadas: A imprescindível participação da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis* no IRDR – Incidente de Resolução de Damanda Repetitiva sobre relação de consumo, Revista de Direito do Consumidor, vol. 131, pp. 345-384, 2020.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães, A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos, Salvador: Juspodivm, 2020.
- MÉXICO, Código Federal de Procedimentos Cíviles.
- REFOSCO, Helena Campos. Ação Coletiva e Democratização do acesso à Justiça. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. O polêmico projeto da nova lei de ações coletivas, Conjur, 4 de setembro de 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/caio-santos-polemico-projeto-lei-aco-es-coletivas>.
- ZAVASCKI, Teori. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, RePro, 78: 32, 1995; idem, Processo coletivo, São Paulo: RT, 2ª ed., 2007.