

ARTUR LUIS PEREIRA TORRES

DA TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS: SISTEMAS VIGENTE E
PROJETADO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner

Porto Alegre
2010

RESUMO

Após resgatar apontamentos referentes à aparição do denominado Direito Processual Coletivo, o presente estudo destina-se a traçar comparativo entre o sistema processual brasileiro aplicável às ações coletivas que visam à proteção de direitos individuais e o sistema informado pelo Projeto de Lei n. 5.139/09, em tramitação no Congresso Nacional. Parte-se de análise histórica referente à gênese das ações não individuais, seu desenvolvimento e atual conformação para, num segundo momento, revelar a forma através da qual o reconhecimento da indispensabilidade da tutela coletiva encontrou solo nacional. A parte geral destina-se, outrossim, a revelar a estrutura do sistema Processual Coletivo Brasileiro e suas peculiaridades em relação ao sistema Processual Individual, dando ênfase à nuclear distinção existente entre os espectros que o compõe: os âmbitos da *tutela dos direitos coletivos* e da *tutela coletiva de direitos*. A segunda, por sua vez, reserva-se a traçar o comparativo anunciado. Elucidada a conformação do sistema em vigor (composto pelo somatório das previsões contidas nas Leis 7.347/85 e 8.078/90) traça-se paralelo, no que tange aos principais tópicos de natureza processual, entre os sistemas vigente e projetado, visando identificar potenciais alterações – vantagens e desvantagens - a que estará submetido o ordenamento brasileiro em caso de aprovação do projeto de lei em epígrafe.

Palavras-chave: Processo Coletivo; ações coletivas; direitos individuais homogêneos; sistema vigente; sistema projetado.

ABSTRACT

After redeeming notes concerning the apparition of the Coletive Procedural Law, this study has the aim of drafting a comparison between the brazilian procedural system applied to the collective actions that aim the protection of individual rights and the system notified by the Law project n. 5.139/09. Starting with the historical analysis concerning the genesis of non-individual actions, its development and the current conformation to, in a second moment, reveal the way in which recognition of the indispensability of collective trusteeship found national place. The general section is intended to reveal the structure of the Brazilian Collective Procedure and its peculiarities with respect to the individual procedure, emphasizing the distinction between nuclear spectra that compose it: the scope of the protection of collective rights and the collective protection of rights. The second part reserves to chart the comparative announced. Elucidated the conformation of the existing system (comprising of the sum of forecasts contained on the Laws 7.347/85 and 8.078/90) it is traced a parallel with respect to the main topics of a procedural nature, between the existing system and designed in an attempt to identify potential changes – advantages and disadvantages – which will be submitted to the Brazilian legal system in case of approval of the project in title.

Key-works: Coletive Procedure; representative actions; homogeneous individual rights; current system; designed system.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
PARTE I	9
1. O processo coletivo e o surgimento de um novo paradigma processual	9
1.1 Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas	9
1.1.1 Da origem das contendas coletivas	9
1.1.2 O direito estadunidense e o efetivo desenvolvimento das <i>class actions</i>	12
1.1.3 A reforma de 1966	17
1.2 Do “individualismo” ao “coletivismo” no processo civil brasileiro.....	21
1.2.1 Os primeiros passos do direito processual civil brasileiro.....	21
1.2.2 Anotações a respeito da gênese do Código Buzaid: a determinante influência da doutrina processualista italiana e o descompromisso com instrumentalização da tutela coletiva dos direitos	25
1.2.3 O processo coletivo brasileiro: a superação do paradigma exclusivamente individualista e a construção de um sistema processual coletivo não codificado	33
1.3 O moderno paradigma do processo civil: constitucionalização, instrumentalidade e efetividade do processo.....	40
2. Das espécies de direitos tutelados pela via do processo coletivo no Brasil	49
2.1 Dos direitos difusos.....	49
2.2 Dos direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	52
2.3 Dos direitos individuais homogêneos	54
2.3.1 Direitos individuais x Direitos individuais homogêneos: realidades semelhantes?	56
2.3.2 Da estrutura das ações destinadas à proteção dos direitos individuais homogêneos.....	58
PARTE II	62
3. Considerações a respeito dos principais tópicos processuais relativos ao modelo brasileiro de tutela coletiva de direitos – sistemas vigente e projetado	62
3.1 Legitimidade	63
3.2 Sentença	77
3.3 Coisa julgada.....	86
3.4 Liquidação e execução individual.....	106
3.5 Liquidação e execução coletiva	114
4. O tratamento processual das ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos numa perspectiva comparada – Brasil/USA	117
CONCLUSÃO	135
Referências Bibliográficas	138
Anexo I	148
Anexo II	173

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T693t

Torres, Artur Luis Pereira

Da tutela dos direitos individuais homogêneos: sistemas vigente e projetado / Artur Luis Pereira Torres. Porto Alegre, 2010.

178f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito.
Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2010.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner.

1. Processo Coletivo. 2. Ações Coletivas. 3. Direitos Individuais Homogêneos. 4. Sistema Vigente. 5. Sistema Projetado. I. Tesheiner, José Maria Rosa. II. Título.

CDD 341.46

Bibliotecária Responsável

Isabel Merlo Crespo

CRB 10/1201

INTRODUÇÃO

Diante dos anseios deliberadamente declarados pela ordem processual contemporânea – isto é, a conformação de um processo eficaz, adequado e tempestivo –, a seara coletiva, face à promessa de efetividade que dela deriva, passou a ser vislumbrada com destaque inolvidável.

O reconhecimento dos ditos “novos direitos”, indiscutivelmente, serviram de ponto de partida para a constatação da imprescindibilidade de adequação do ordenamento processual à nova realidade social. A necessidade, por exemplo, de conceber especial proteção ao meio ambiente, ou ainda, aos consumidores em geral, acabou por denunciar, já no último quartel do século passado, que o processo brasileiro não se encontrava alicerçado para cumprir a tarefa de bem operacionalizar os inovadores ditames materiais.

No Brasil, ainda que alhures a constatação date do final do século XII, as décadas de setenta e oitenta – do século passado – foram decisivas para a concretização de uma reviravolta doutrinária no campo da ciência processual. Alertada pelas lições de Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, entre outros, a doutrina processual brasileira motivou-se a estruturar as bases de um sistema inovador, distinto do processo marcadamente individualista albergado pelo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC/73.

Desde lá, inegavelmente, a doutrina tem laborado no afã de erguer entre nós um sistema processual adequado, estruturado a partir de princípios diferenciados, contrastantes com as premissas fundamentais que nortearam o arquetipamento do sistema processual que teve por escopo instrumentalizar os litígios individuais. Este sistema – em constante desenvolvimento - além de almejar o oferecimento de instrumental apto a concretizar direitos de natureza transindividual, atento ao desenvolvimento das sociedades em geral – com especial enfoque à massificação das relações jurídicas – visou solucionar uma

série problemas que atormentavam, e de certa forma atormentam, a regular prestação da atividade jurisdicional – falta de acesso à justiça, o acúmulo do serviço judiciário, o problema da falta de unidade de convicção, ou ainda, a repudiada morosidade processual.

Ainda que o ordenamento brasileiro tenha alcançado bons resultados na estruturação de instrumentos aptos a proteger o bem da vida coletivo não obteve tal sorte no concernente aos ditos direitos individuais homogêneos. Estes, justificadamente, ainda hoje, padecem de regramento claro, eficiente e capaz de extrair desta seara a melhor a contribuição para a prestação da tutela jurisdicional na forma constitucionalmente pretendida.

Diz-se *justificadamente* pelo fato de o legislador pátrio demonstrar desatenção injustificável em relação, no mínimo, a duas a lições primordiais relativas ao mundo processual coletivo: (a) de que se afigura assaz reprovável a utilização de idêntico regramento para operacionalizar a proteção de direitos difusos e coletivos – adstritos ao espectro à *tutela dos direitos coletivos* – e direitos individuais tutelados coletivamente – pertencentes ao âmbito da *tutela coletiva de direitos*; (b) de que a matéria constante do CPC/73 – diploma de aplicação subsidiária ao processo coletivo - encontra-se comprometida com os ditames orientadores de uma prestação jurisdicional individualizada, incompatível com os propósitos do processo coletivo *lato sensu*.

Após aludir à motivação histórica responsável pelo aparecimento dos embrionários sistemas de tutela coletiva e anunciar a imprestabilidade do sistema *buzaidiano* para tal mister, o presente estudo visa elucidar a distinção estrutural existente entre os respectivos direitos (materiais) aptos a tornarem-se objeto em ações coletivas, justificando a premente necessidade de se conferir regulamentação processual diferenciada para cada uma das faces que compõe o mundo processual coletivo civil.

Feito isto, de forma sistemática, passa-se a analisar o ordenamento coletivo vigente – isto é, o sistema de *técnicas processuais* destinadas à *prestação da tutela coletiva* - pondo-o à prova e comparando-o ao sistema informado pelo terceiro substitutivo do Projeto Lei n. 5.139/09, que almeja tornar-se diploma nuclear para o trato do processo coletivo no Brasil.

Por fim, é preciso aclarar, ainda, que a proposta do estudo em tela não foi outra senão, uma vez compreendido o atual sistema destinado a promoção da *tutela coletiva dos direitos individuais*, identificar, se existentes, as potenciais alterações de rumo a que estará adstrito o ordenamento brasileiro em caso de aprovação do Projeto de Lei destacado, pontuando, pelo menos em tese, os aspectos positivos e negativos da projeção tomada por base para o comparativo, nada mais.

CONCLUSÃO

O atual momento histórico tem revelado que o processo individual – diante, por exemplo, do imensurável poderio social/financeiro de que gozam grandes corporações -, no mínimo, tem-se mostrado desacreditado como instrumento apto a frear corriqueiras agressões desfechadas contra direitos subjetivos titularizados por enorme parcela do jurisdicionado. É preciso enfatizar que ao empresariado, na guisa do exemplo, nenhuma perturbação – ou temor para ser mais enfático – decorre da necessidade de enfrentar (no pólo passivo) demanda proposta pelo cidadão “a” ou “b”, seja em face de seu descontentamento com conduta do demandado ou em razão de eventuais danos ou ilícitos que tenha sido vitimado, pois, que potenciais derrotas judiciais nestas condições – isto é, individualmente consideradas - representam pouco mais do que um nada econômico.

Pode-se afirmar, porém, que a fortificação dos sistemas de *tutela coletiva dos direitos individuais*, aqui como alhures, tem figurado como instrumento apto a coibir, ou pelo menos minimizar, condutas contrárias ao direito, abalando o sossego daqueles que, outrora, despreocuparam-se com cumprimento de determinados ditames substanciais, ou até mesmo planejaram seu descumprimento, por bem conhecerem os empecilhos práticos oriundos de um processo civil quase inacessível.

O presente estudo leva-nos a constatar, dentre outras, que a experiência estadunidense representou importantíssimo passo para o desenvolvimento do direito processual coletivo, com especial destaque para o tema acesso à justiça (pois, foi no âmago do direito estadunidense que se ampliou a possibilidade de utilização dos expedientes coletivos para fins de não excluir da apreciação jurisdicional violações consideradas, do

ponto de vista econômico, inviáveis de ensejar a propositura de demandas individuais). O desenvolvimento das ações coletivas e a própria noção sistema processual coletivo nos moldes em que conhecemos, ainda que tenha chegado até nós pela pena da doutrina italiana do início da década de setenta, é fruto, sem dúvida, da evolução do ordenamento estadunidense que lapidou ao longo de vários séculos a forma através da qual melhor prestar-se-ia a tutela coletiva dos direitos individuais.

Constatada a imprestabilidade do processo civil brasileiro de 1973 a tais propósitos, buscou-se, por aqui, erguer um sistema de técnicas processuais diferenciadas para atender aos anseios do inovador ordenamento. Sobrevieram as Leis 7.347/85 (LACP) e 8.078/90 (CDC) - donde alguns institutos foram criados e outros, já conhecidos do processo individual, adaptados - responsáveis pela estruturação de um ordenamento processual em consonância com os novos ditames materiais.

Com o passar dos anos a melhor doutrina pacificou entendimento no sentido de haver necessidade de partilhar o estudo e a estruturação (regramento) do direito processual coletivo em duas searas bem distintas. Face à natureza das demandas (exigência do direito material) compreendeu-se a indispensabilidade de se instituir técnicas processuais distintas para a proteção dos direitos pertencentes ao âmbito da *tutela dos direitos coletivos* – difusos e coletivos – e da *tutela coletiva de direitos individuais*, pena de ineficácia do sistema.

Desatento ao desenvolvimento doutrinário, o legislador de noventa pecou ao estabelecer o baralhamento da normatização aplicável a cada qual dessas searas, o que se depreende mediante a constatação de que considerável parcela dos problemas de ordem processual suscitados ao longo da pesquisa derivam do trato legislativo comum conferido as distintas categorias de direitos.

Em resposta as intermináveis inquietudes doutrinárias (e diante do fracasso de variadas propostas oriundas dos bancos acadêmicos em arquitetar um Código de Processo Coletivo) veio à baila o Projeto de Lei 5.139/09. Independentemente das dificuldades encontradas no concernente a mutabilidade do texto projetado (três alterações ao longo da pesquisa – motivo pelo qual finalizamos o presente estudo com base no terceiro substitutivo apresentado ao Congresso Nacional), esmeramo-nos em traçar um paralelo entre os sistemas vigente e projetado, donde foi possível concluir haver proposta que visa, num futuro próximo, romper com o atual paradigma de *tutela coletiva* vigente entre nós.

O sistema projetado pretende aproximar o sistema brasileiro dos ditames estabelecidos, por exemplo, pelo sistema estadunidense das *class actions* (em especial o

previsto para as *class actions for damages*), pois, que abandona, ainda que disfarçadamente, o paradigma de que o sistema de tutela coletiva dos direitos individuais não deve representar nada além de um *plus* em relação ao sistema de tutela individual, propondo o arquetamento de um modelo pautado na *substitutividade*, visando fulminar a (re)apreciação de situações jurídicas (individualmente consideradas) que, guardadas as devidas proporções, foram objeto de exame na seara coletiva. É possível asseverar o norte estabelecido, dentre outros, porque o sistema projetado – bem compreendido – abre mão do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, racionalizando o sistema da tutela coletiva de direitos.

Cumprir registrar, outrossim, dois apontamentos críticos derivados da comparação realizada: um positivo, outro negativo. O primeiro deles diz respeito à atenção despendida pelo texto projetado ao modelo constitucional de processo civil, atividade rara na criação de textos desta natureza. As alterações topicamente sugeridas respondem aos apelos constitucionais ou, no mínimo, ao acolhimento de proposições jurisprudenciais pensadas a luz da teoria dos direitos fundamentais; o segundo, é que o sistema projetado, a exemplo do vigente, parece não ter atentado na medida necessária para a necessidade de conferir tratamento processual diferenciado aos espectros da *tutela dos direitos coletivos* e da *tutela coletiva de direitos*.

Diz-se “na medida necessária” porque o texto projetado, ainda que atribua a certos artigos a missão de excepcionar o tratamento processual aplicável nos casos de ações coletivas relativas à proteção de direitos individuais, o faz de forma baralhada, isto é, não destina capítulo específico para apontar o regramento aplicável a demandas dessa natureza, medida que certamente revelar-se-á, como ocorrido outrora, fonte inesgotável de dúvidas.

Malgrado pretenda o sistema projetado ver investigados já numa primeira etapa cognitiva a totalidade dos elementos que compõe uma relação jurídica – o que reputamos medida equivocada e capaz de descaracterizar a ação coletiva como tal - o projeto almeja implementar um modelo processual mais efetivo, adequado, tempestivo e racional, se comparado ao padrão atual, o que reputamos motivo de aplausos.

Cumprir, então, aguardar o resultado do processo legislativo – sempre uma incógnita - para que o direito brasileiro dê considerável passo na direção da racionalização de seu sistema de proteção coletiva de direitos individuais.