

**I Ciclo de Palestras sobre
o novo Código de Processo Civil
Promovido pela Associação Paulista do Ministério Público**

Tema: O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015¹

Palestrante: Hugo Nigro Mazzilli

Data: 08 de junho de 2015

Local: auditório da Associação Paulista do Ministério Público.

Dr.^a Celeste Leite dos Santos, pela Associação Paulista do Ministério Público:

Bom-dia a todos. Vamos dar início a mais uma palestra de nosso Ciclo de Palestras sobre o novo Código de Processo Civil. Hoje nós teremos o Dr. Hugo Nigro Mazzilli, Procurador de Justiça aposentado. Foi membro da Comissão de Deficientes da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, quando tivemos o prazer de nos conhecer; é um renomado jurista, autor de inúmeras obras — todos vocês conhecem sua obra de interesses difusos e coletivos, e também a sua obra sobre o Ministério Público. Então, sem mais delongas, eu gostaria de passar a palavra para o nosso palestrante de hoje.

O Palestrante, Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

Quero agradecer, em primeiro lugar, a saudação amigável da Dr.^a Celeste Leite dos Santos, que me honra muito por estar aqui representando nossa Associação Paulista do Ministério Público; quero agradecer à Associação, pela honra do convite; quero agradecer aos funcionários da Associação e também aos senhores, que estão aqui, prestigiando este evento, e àqueles que estão nos assistindo pela internet.

Os *slides* contendo o material sobre o qual nós vamos falar estão disponíveis em minha página na internet que é www.mazzilli.com.br. Na página de abertura há o *link* para *Notas breves*, onde está o material em questão.

O tema de nossa exposição é o exame de como ficará o processo coletivo diante do novo Código de Processo Civil sancionado em 2015.

Creio interessante fazer uma rápida introdução sobre o surgimento da tutela coletiva no Direito brasileiro. Até meados de 1980, nós tínhamos um processo civil clássico ou tradicional, que se preocupava basicamente com os conflitos entre o Estado e o indivíduo, ou entre um indivíduo e outro indivíduo. Exemplos do primeiro caso são as desapropriações e os mandados de segurança, em que o Estado e o indivíduo estão em conflito. Exemplos de conflitos tipicamente individuais são os pro-

1. Disponível em www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf.

cessos tradicionais de Caio contra Tício, como em matéria de perdas e danos, questões possessórias, dominiais etc. Esse é o processo civil clássico ou tradicional. Ora, desde a década de 1970, na Europa já tinha começado a surgir intensa crítica doutrinária à inadequação do sistema tradicional ou do sistema processual clássico para prestar-se à defesa de interesses metaindividuais ou transindividuais, que são os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas. Em trabalhos capitaneados por Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti e outros, ficou bem evidenciado que o processo civil clássico não era o caminho adequado para resolver problemas de legitimidade para agir, intervenção de terceiros, competência, coisa julgada ou execução em matéria de defesa de grupos, pois esta defesa tinha peculiaridades que exigiam disciplina diferenciada, que o processo civil clássico não era apto a dar.

Em vista das críticas da doutrina estrangeira, na década de 1980 aqui no Brasil começou a surgir a preocupação com a defesa coletiva. Os primeiros projetos a respeito foram apresentados na abertura dos anos 80, até chegarmos à conhecida Lei da Ação Civil Pública — LACP, n. 7.347/1985, que, inicialmente, permitiu a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, a ser feita por meio de ação promovida pelo Ministério Público, por outros órgãos públicos ou por associações civis.

A partir de então, as coisas mudaram muito aqui no Brasil. Essa lei criou a hoje famosa ação civil pública para a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural. Apenas três anos depois, sobreveio a Constituição Federal, no bojo da qual nós conseguimos inserir as primeiras normas de tutela coletiva. Assim, a Constituição de 88 trouxe um alargamento de conceito, de legitimados e de objeto da tutela coletiva. E houve mais. A partir dela, novas leis de tutela coletiva vieram, provocando um aumento da propositura das demandas coletivas, a tal ponto que a certa altura a comunidade jurídica começou a crer que precisaríamos de um verdadeiro código de tutela coletiva: foi quando surgiu no Congresso o Projeto de Lei n. 5.139, de 2009. Esse projeto partiu praticamente do zero, porque o anteprojeto elaborado pelo governo acabara sendo desconsiderado pelos congressistas; procedeu-se, então, a uma larga discussão nacional a respeito da tutela coletiva, com a participação de muitos setores, mas o projeto acabou sendo arquivado no Congresso em 2010. Isso se deu porque, a essa altura, a tutela coletiva já causava desconforto a alguns setores: incomodava os governantes e parlamentares, com as ações de improbidade administrativa; incomodava os empresários, com as ações de responsabilidade civil, as ações ambientais e as de defesa do consumidor; incomodava, enfim, os poderosos. Assim, os próprios deputados federais, temerosos de dar mais armas ao Ministério Público e a outros colegitimados ativos à tutela coletiva, já em 2010 arquivaram o projeto 5.139/2009 ainda na fase da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em decisão contra a qual foi interposto recurso para a Mesa da Câmara, até hoje sequer apreciado.

Foi nessa época que começou a tramitação do Projeto de Lei n. 166/2010, que veio a converter-se no Código de Processo Civil de 2015, o qual se omitiu sobre a disciplina da tutela coletiva. Ele tem alguns dispositivos de tutela coletiva e

ainda faz remissão à tutela coletiva das leis especiais em vários momentos, mas não disciplinou o processo coletivo.

Lembremos que, entre nós, o objeto da tutela coletiva já tinha começado de forma um tanto acanhada, até porque a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, fora uma experiência destinada a inaugurar a preocupação com a tutela coletiva. Essa lei admitira inicialmente a defesa de interesses transindividuais relacionados ao meio ambiente, inserira a defesa do consumidor — não o consumidor sob o aspecto individual, mas o consumidor coletivamente considerado —, e contemplara ainda a defesa de valores culturais, ou seja, os interesses artísticos, estéticos, turísticos e paisagísticos. Nessa fase inicial, a Lei n. 7.347/1985 nada mais alcançava, pois, na época de sua sanção, o Presidente da República vetara a norma de extensão, que permitiria a defesa de “outros interesses difusos” além daqueles expressamente mencionados na lei. Então, nesse primeiro momento, a defesa coletiva no País ficara limitada ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural. Mas como já disse, apenas três anos depois, veio a Constituição de 1988, cujo art. 129, III — inserido por influência do Ministério Público nacional — consagrou a regra de que a ação civil pública também se destinaria à defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social, *e de outros interesses difusos e coletivos*. Esta norma de extensão, que passou a permitir a defesa de *outros* interesses difusos e coletivos que não aqueles já expressamente mencionados na própria norma — extensão essa que tinha sido vetada em 1985 pelo governante da época —, acabou sendo consagrada pela própria Constituição em 1988.

Desse momento para diante, houve um crescimento notável da tutela coletiva entre nós, pois advieram leis sucessivas nesse sentido: em 1989, tivemos uma lei para a defesa coletiva das pessoas com deficiência (Lei n. 7.853/1989); ainda em 1989, uma lei para defesa coletiva dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/1989); em 1990, duas leis fundamentais ampliaram a tutela coletiva: o ECA — Estatuto da Criança e do Adolescente, que não mais cuidava da criança e do adolescente somente sob o aspecto individual, mas agora também sob o aspecto transindividual (Lei n. 8.069/1990), e o CDC — Código de Defesa do Consumidor, que criou um sistema coletivo de defesa do consumidor, que complementa e integra a Lei da Ação Civil Pública, ampliando seu alcance (Lei n. 8.078/1990). O crescimento foi notável, e não ficou nisso. Sobrevieram outras leis no mesmo sentido, por meio das quais se inseriu no objeto da ação civil pública a tutela da ordem econômica, da ordem urbanística, a defesa do idoso, dos grupos raciais, étnicos ou religiosos, do patrimônio público e social etc.

Nem tudo, porém, foi crescimento. Tivemos também muitos reveses nesses anos que antecederam o CPC de 2015. O primeiro deles já se tinha dado quando da própria edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985. O governo, que tinha mandado o projeto da lei ao Congresso, veio a vetar a norma de extensão que permitiria a defesa de outros interesses difusos e coletivos, norma essa que constava do projeto originário enviado pelo próprio Poder Executivo ao Congresso... Nessa ocasião, o Presidente da República foi alertado para os riscos de dar à sociedade uma ação coletiva

que poderia amanhã voltar-se contra interesses do governo. Vetou, assim, a norma de extensão. É verdade que depois superamos essa limitação, seja quando do advento da Constituição de 1988 (art. 129, III), seja, agora no nível infraconstitucional, quando da sanção do Código de Defesa do Consumidor, o qual devolveu a norma de extensão à Lei n. 7.347/1985 (art. 1º, inc. IV). Mas aquele veto de 1985 deve ser lembrado ainda hoje, para deixar claro que as primeiras dificuldades na tutela coletiva já começaram desde a sanção da primeira lei que dispôs a respeito, assim que o governante percebeu o potencial da ação civil pública, que poderia voltar-se contra os interesses do governo.

Mas esse foi apenas o começo das dificuldades. Naquela época em que as medidas provisórias podiam dispor sobre processo civil — antes, portanto, da Emenda Constitucional n. 32/2001 —, os governantes delas usaram e abusaram, como quando coarctaram ainda mais a ação civil pública. Em 1997, época de grandes privatizações na economia, além de restringir o uso da ação civil pública pelas associações, o governante ainda tentou restringir a coisa julgada proferida em ação civil pública *aos limites da competência territorial do juiz prolator* (alteração do art. 16 da LACP pela Med. Prov. 1.570/1997, depois convertida na Lei n. 9.494/1997, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal na MC da ADIn 1.576). A restrição, tida em acórdão do STF como “pedagógica” (*sic*), fora, porém, absurda, pois confundiu a competência do juiz que dá a sentença, com a imutabilidade da coisa julgada, que é consequência da soberania do Estado. Mas a confusão de conceitos não se pode crer tenha sido apenas por desconhecimento de regras processuais, e sim foi proposital para tentar restringir a eficácia da tutela coletiva no interesse do governo, em prejuízo da tutela transindividual. Isso confirma uma tendência, que não fica aí.

A partir da Med. Provisória n. 1.984/20 de 2000 e outras sucessivas, começou-se também a restringir o *objeto* da ação civil pública. O que aconteceu naquela época? Alguns trabalhadores do Rio Grande do Sul tinham entrado em juízo para buscar correção monetária em depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e ganharam sua ação individual. Deixo aos senhores a tarefa de imaginar quantos anos levaram para superarem todas as instâncias ordinárias e extraordinárias, até seu caso chegar a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal... E quando essa Corte disse que eles tinham direito à correção monetária, no dia seguinte o presidente da República da época decretou medida provisória dizendo: tudo bem, a ação civil pública pode ser usada para defender o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio cultural, mas não se presta a discutir questões que envolvam Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, nem tributos, nem fundos sociais, nem questões previdenciárias... Portanto, aquela decisão do STF beneficiou apenas individualmente uma vintena de trabalhadores, mas a tutela coletiva ficava inviabilizada... Foi outro revés importante que as ações de caráter coletivo sofreram.

Não podemos esquecer a Med. Prov. 2.088-35/2000 — que no ponto que ora nos interessa só durou um mês tais as reações que recebeu contra sua absurda inovação. Ela pretendeu instituir reconvenção contra o membro do Ministério Público que ousasse ajuizar ação civil pública contra autoridades, desconhecendo que o

membro do Ministério Público reconvinde sequer era parte na ação movida contra o réu reconvinde...

Depois, merece destaque o que aconteceu com o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que pretendeu criar um código de tutela coletiva. O projeto naufragou. Para quem, como nós, acompanhou sua tramitação, foi possível ver que, na Comissão de Constituição e Justiça, os Deputados ficaram altamente preocupados com o perigo de alargar, especialmente em prol do Ministério Público — um dos mais ativos legitimados à tutela coletiva —, uma ação que a cotio já se voltava contra os parlamentares, contra os governantes, contra os empresários... Então, para cortarem as asinhas da ação civil pública, arquivaram o PL n. 5.139/2009, arquivamento contra o qual pende recurso apresentado à mesa da Câmara, que provavelmente será julgado nas calendas gregas.

Enfim, sobreveio o Código de Processo Civil de 2015, que, propositalmente, não disciplinou o processo coletivo: só contém normas esparsas a respeito, com algumas referências à tutela coletiva.

Consideremos a situação em que vivia o País nos momentos que antecederam a edição do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil que antecedeu o de 2015 é de 1973 — o chamado *Código Buzaid*. Depois de editado o código de 1973, muitas mudanças sociais ocorreram no País, a principal das quais, sem qualquer dúvida, foi o fim da Ditadura militar, momento marcante na sociedade, porque mudou a filosofia do Estado e a vida social. Isso supõe ou até exige muitas consequências. Entre essas, está a liberdade política, a de imprensa, o surgimento de movimentos sociais mais intensos e mais poderosos. Além disso, sobreveio a internet, com seu potencial incomensurável não só de mobilização da opinião pública, mas também de difusão de conhecimento e de acesso à informação. Todas essas mudanças sociais acabaram exigindo que alterações tópicas fossem feitas no Código de Processo Civil de 1973, o que de fato aconteceu, como as mudanças no sistema de agravos, da execução, da tutela antecipada, de liminares etc. Entretanto, o principal problema continuava pendente: a falta de efetivo acesso e de efetivo funcionamento da Justiça brasileira: essa é a verdade; nós, que trabalhamos como operadores do Direito, nós sabemos disso. É totalmente falsa a ideia que se divulga por aí de um suposto *demandismo* como se houvesse um gosto todo brasileiro de buscar excessivamente a Justiça, numa ridícula “litigiosidade desenfreada”. Que duvidoso gosto poderia ter o brasileiro comum de procurar uma Justiça nada funcional? Se esse gosto existe, não é da população em geral: é dos governantes e dos maus pagadores, que podem valer-se de um processo moroso, lento a perder de vista, geralmente na confortável posição de réus. Pois quem é que procura a Justiça brasileira hoje? Excetuados aqueles que dela se valem para postergar o cumprimento de suas obrigações, no mais ninguém quer recorrer à Justiça, a não ser em último caso, último mesmo. O lesado não a procura a não ser que não tenha outro caminho, porque ela é lenta, é onerosa, é ineficiente... Com toda a franqueza, uma Justiça assim só com muito boa vontade é que poderíamos chamar de Justiça... Uma Justiça que é assim lenta nega ser Justiça, por deixar de corresponder às necessidades reais.

Diante desse quadro que evidenciava tantas mudanças sociais, que conviviam com tantas imperfeições no sistema vigente, o então presidente do Senado encheu o peito e quis patrocinar uma nova codificação da lei processual civil. Invertendo a lógica — pois o Senado foi concebido normalmente como câmara revisora —, nomeou uma comissão para dar início na câmara alta ao processo legislativo de nova codificação, fazendo da Câmara dos Deputados a instância revisora.

Era o caso de trocar o código de 1973?

Este código ficou muito marcado por ter sido editado na época da Ditadura. Foi basicamente o fruto do trabalho do Ministro Alfredo Buzaid, muito contestado na época, desde os estudantes de Direito. Mas o Código de 1973 em si era tecnicamente muito bem feito, melhor do que o Código de 1939 e, sob esse aspecto, também melhor que o de 2015. Adequado a seu tempo, bem sistematizara o processo. Seu maior defeito é que veio sendo superado pelas demandas atuais da sociedade, a principal das quais a de que ele não oferecia resposta aos conflitos de massas, que aos poucos vieram a ganhar proporções inéditas ao pôr em choque grupos, classes ou categorias de pessoas. Embora na década de 1970 já se começasse na Europa a falar em defesa de interesses metaindividuais, quando o CPC de 1973 foi aqui promulgado, o processo coletivo ainda nem sequer principiara a ser discutido no Brasil. Assim, o CPC de 1973 foi um código naturalmente voltado para o processo clássico, ou seja, o processo individual. Não se pode reprová-lo por isso, porque em sua época a tutela coletiva não era uma realidade entre nós. Seu maior defeito veio com o tempo: foi superado pelas demandas atuais da sociedade, a principal das quais é que ele não oferece resposta adequada aos conflitos de massa, que vieram a ganhar proporções inéditas no mundo de hoje, de economia globalizada.

Sob esse quadro, adveio o Código de Processo Civil de 2015. Discutamos se ele correspondeu às expectativas.

O novo código trouxe algumas mudanças notáveis — umas altamente elogiáveis, outras questionáveis, outras claramente inconstitucionais. Vamos destacar algumas dessas mudanças que chamo de notáveis.

A primeira delas, a meu ver, é digna dos maiores elogios: ele permite a extinção do processo com a concessão da tutela antecipada em caso de urgência, se dela não for interposto recurso (arts. 303-304). Assim, se o juiz conceder uma tutela antecipada e as partes se conformarem com essa decisão provisória, o processo será extinto na situação em que está; para que isso não ocorra, é necessário que uma das partes interponha recurso. Muitos hoje objetam: mas todos irão recorrer... Não é verdade. Só esse dispositivo, a meu ver, vale a mudança toda, pois ele sozinho pode promover uma verdadeira revolução, por uma razão muito simples. Como é a situação atual? Um indivíduo, numa situação de força, se prevalece dela e, sendo acionado como réu, usa todo o sistema processual, abusando do devido processo da lei para manter aquela situação de lide não composta, e o fará enquanto todos os recursos o permitirem, o que pode levar muitos anos, até se esgotar a cadeia recursal ordinária e extraordinária. En-

quanto isso, a situação de fato decorrente dessa lide não composta ficará mantida como? Pela posição do mais forte: aquele que não indenizou o dano que causou, aquele que violou o direito autoral, aquele que cometeu o ato ilícito... todos esses poderão ficar numa posição confortável, valendo-se do formalismo exacerbado do processo, e exercitando ao extremo o direito de defesa até que todas as instâncias recursais sejam esgotadas. Já o art. 304 do novo Código de Processo Civil passa a alterar completamente esse enfoque, pois, se o juiz conceder uma tutela antecipada, aquela lide passará a ser mediada, ainda que provisoriamente, por uma autoridade imparcial, e aquela solução que o juiz der pode compor a lide de uma forma diferente do que apenas numa relação de força extraprocessual. Nesse caso, se eventualmente invertida a situação de fato, aquele inconformado que vá recorrer da decisão é que suportará o ônus da promoção da ação, o que é muito diferente da situação de fato não composta, anterior à prolação da decisão judicial. Assim, o ônus de promover a ação nem sempre caberá ao lesado. A mudança é revolucionária.

Vou lembrar uma experiência, que é bem conhecida de todos os membros do Ministério Público. No atendimento ao público, as soluções propostas pelos membros desta instituição no atendimento ao público, ainda que desprovidas de força jurisdicional, com grande frequência resultam em composição da lide entre os que os procuram, sendo muito raras as vezes em que as soluções encontradas não encerram o litígio entre aqueles que buscam sua orientação. E isso ocorre porque, quando uma autoridade independente e imparcial toma conhecimento de uma lesão de direito, e se empenha em intermediar uma solução para o conflito dentro dos critérios da lei, a chance de resolver no ato o litígio é grande; e essa chance agora será amplificada em muito com a chancela judicial, que tem a força coercitiva do Estado. Assim, dizer que *sempre* haverá recurso não é verdade: na maior parte das vezes não haverá recurso, e, mesmo, eu me perguntaria que proveito em interpor o recurso teria aquele que sabe que está errado e que já foi alijado da posição de força em que ele próprio se tinha investido, e que agora o juiz inverteu? Qual vantagem teria ele em interpor um recurso, que nem mesmo efeito procrastinatório terá, e ainda custear um logo e oneroso processo, sem ter razão e sem estar numa posição de força que lhe garantiria, pelo menos enquanto durasse, uma vantagem de fato que agora ele não mais tem?

Essa e outras das inovações em boa hora acolhidas pelo CPC de 2015, eu já vinha propondo há muitos anos. Em 1998, já na 3ª edição de meu livro *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, eu dizia: “Se a finalidade é harmonizar a jurisprudência e eliminar o sobrecarga de processos, o caminho seria outro. Devemos investir em soluções consensuais e extrajudiciais (acordos ou transações homologadas por órgãos públicos); criar procedimentos verdadeiramente mais céleres (soluções liminares obrigatórias nos processos); restringir os recursos, hoje praticamente ilimitados, e impor sanções aos recursos improvidos, de forma que as partes pensem duas vezes antes de recorrer, quando queiram apenas procrastinar a solução do processo. Boa solução seria simplificar seriamente o processo. Na maioria dos casos, proposta uma ação, a nosso ver o juiz deveria fazer audiência imediata e, na primeira audiência com as partes e procuradores, já obrigatoriamente daria solução liminar, baseada no direito ou na equidade. A

experiência no atendimento ao público e na composição de conflitos de interesses demonstra que a maior parte das controvérsias morreria ali, pois é muito expressivo o número de pessoas que, mediadas por autoridade imparcial, acedem a uma solução razoável. Caberia à parte que não se conformasse com a solução o ônus de assumir o prosseguimento da ação. A vantagem seria a de que, se a lide continuasse, ao menos já estaria mediada por uma decisão imparcial, garantida desde pronto a prevalência da vontade da lei.”²

Existe outra alteração notável trazida pela codificação de 2015: os julgamentos terão de ser feitos na ordem cronológica de conclusão dos autos (art. 12). É medida moralizadora. É certo que teoricamente os juízes terão como contornar essa exigência, porque a lei fala em julgamentos na ordem cronológica da “conclusão dos autos”, e não é difícil imaginar os expedientes que poderão ser feitos para postergar essa conclusão ou para renovar a conclusão. Por primeiro, o escrivão não tem toda essa autonomia para fazer conclusos os autos ao juiz quando este lhe tenha ordenado não o faça; ainda há os expedientes que os maus juízes usam para devolver os autos a cartório apenas para abrir novo volume, renumerar alguma página ou trocar a autuação e daí por diante... De qualquer forma, é uma medida moralizadora, e desvios maiores poderão ser controlados por via das Corregedorias ou do Conselho Nacional de Justiça.

Outra mudança notável é que o CPC de 2015 se preocupou com os precedentes. A preocupação foi tal, que nos arts. 926 e 927 disse que os tribunais e os juízes “observarão” os precedentes; no projeto tinha chegado a constar “seguirão”, mas na versão final ficou “observarão”. Se entendermos que *observar* é *levar em conta*, creio muito saudável que o juiz leve em conta os precedentes. Mas se estudarmos o CPC de 2015 em seu todo, veremos que sua pretensão é mais do que *levar em conta precedentes* — tanto que caberá reclamação contra a decisão que não siga o precedente (art. 988). O CPC de 2015 foi influenciado pelo sistema da *common law*, em especial pela situação que o direito anglo-saxônico chama de *stare decisis*. Assim, o novo estatuto quis valorizar os precedentes para tornar a jurisprudência algo previsível, estável, seguro. Esses três valores — previsibilidade, estabilidade e segurança — são realmente muito importantes, e, em alguns sistemas jurídicos, foram elevados à condição de garantia máxima na prestação jurisdicional. Nosso sistema, porém, tem nuances e peculiaridades; e, como não é exatamente esse o papel da nossa jurisprudência, o código de 2015 voluntariosamente quis mudar o sistema brasileiro. Uma mudança desse porte, sem dúvida notável, em tese é possível: a própria Constituição já confere ao Supremo Tribunal Federal poder normativo, mas hoje só o faz em algumas hipóteses. Tanto é assim que nas ações de controle concentrado de constitucionalidade — tanto nas ações declaratórias de inconstitucionalidade, como nas declaratórias de constitucionalidade — a Constituição de 1988, com suas emendas, garante à decisão do Supremo Tribunal Federal o efeito vinculante. A mesma Constituição de 88, com suas alterações, também permite claramente que o Supremo Tribunal Federal edite súmulas vinculantes. Não é o momen-

2. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*, de minha autoria, p. 28-29, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998. A mesma passagem também consta da entrevista que dei em 1996 ao jornal *Tribuna do Direito*, São Paulo, SP.

to adequado para discutir aqui se o poder constituinte derivado poderia atribuir poder normativo abstrato ao Poder Judiciário, como, p. ex., o fez nas súmulas vinculantes ou nas ações declaratórias de constitucionalidade. Contudo, tenhamos como assente que, havendo legítimo embasamento constitucional, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal podem ter força vinculante em abstrato e não apenas nos casos concretos. O Código de Processo Civil de 2015, porém, acreditou-se no mesmo nível da lei constitucional, porque ele próprio acrescentou a essas hipóteses constitucionais várias outras, em que decisões de diversos tribunais passariam a ter força vinculante abstrata... Afirmou o novo estatuto adjetivo civil que os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência, ou de resolução de demandas repetitivas, ou em recursos extraordinários ou em recursos especiais repetitivos também teriam força vinculante abstrata e genérica (art. 927, III). Mas não foi só isso: repicando a ousadia, foi mesmo além. Afirmou que também *todas* as súmulas do Supremo Tribunal Federal, que não apenas aquelas vinculantes, mas todas elas, passariam a valer como normas genéricas e abstratas, também com força vinculante *erga omnes*; e mais ainda: não só todas as súmulas e enunciados do Supremo, e sim também todos os enunciados e súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, IV). E não só isso. Também a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estejam vinculados (art. 927, V). E não só isso. Todas essas decisões passariam a gerar normatividade abstrata e genérica não só para todos os casos *atuais*, como também para os casos *futuros* (v.g., arts. 332, 985, I e II)...

Segundo o CPC de 2015, não se considera fundamentada a sentença que deixe de seguir o precedente sem demonstrar a “distinção do caso” ou a “superação do entendimento”. Assim, interpretada a regra do art. 489, § 1º, VI, *a contrario sensu*, o juiz não poderia deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, se não demonstrar a existência de *distinção no caso em julgamento* ou a superação do entendimento. Querendo espancar qualquer dúvida que porventura ainda houvesse, o novo Código instituiu reclamação contra a decisão que não adote a tese vinculante (arts. 985, § 1º, e 988, IV)...

Essa solução, a meu ver, merece críticas.

Primeiro, porque, afora os casos de autorização constitucional a respeito, no Brasil não há tradição de seguir precedentes, e nem há por quê nem como o fazer. Ademais, não raro são os juízes e não os tribunais que acertam. Deixemos por ora mais para diante o argumento constitucional que será esboçado em instantes, e, partindo de um argumento teleológico, lembremo-nos apenas, só para ter à mão um exemplo bem conhecido, a solução do desbloqueio das poupanças no Plano Collor, que os tribunais só encamparam muitos anos depois, quando milhares de sentenças individuais já tinham formado jurisprudência.

O novo código só admite apartar-se dos precedentes em duas situações: ou se mostra distinção do caso, ou se mostra a superação do entendimento. Ora, se é verdade que a superação do entendimento é algo mais claro (como, por exemplo, quando o STF, depois de quarenta anos, revogou sua Súm. 394, que dava foro por prer-

rogativa de função até a quem não tinha função...), já quanto a demonstrar a distinção do caso, isso pode ser algo bem problemático. Primeiro, porque, a rigor, como levar adequadamente em conta todas as peculiaridades de um caso concreto, se não o apreciando no mérito ao fim de regular instrução? Depois, valeria a pena perder a autonomia interpretativa dos magistrados de primeiro grau, quando muitas vezes são eles mais independentes e acertam mais que os tribunais, até porque estão mais longe dos interesses político-partidários dos governantes e, sobretudo, em contato imediato com o problema real das partes?

E agora o argumento basilar, deixado por fim: tornar obrigatória toda jurisprudência dos tribunais superiores é algo que, entre nós, excede a autorização constitucional para as decisões jurisprudenciais; dar-lhes força de lei a Constituição só o fez por absoluta exceção — apenas nas súmulas vinculantes e nas decisões em ações diretas declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e assim mesmo essa tarefa só cabe à Suprema Corte (arts. 102, § 2º, e 103-A, da Constituição, com as emendas respectivas).

O CPC de 2015 mostrou preocupação com a lide coletiva, isso é fato. Embora não tenha chegado ao ponto que nos parecia necessário de disciplinar o processo coletivo — pois não lhe deu um livro, um título ou um capítulo sequer sobre legitimação para agir, competência, intervenção de terceiros, coisa julgada, recursos, execução, nada disso — não se pode negar que ele se preocupou efetivamente com os conflitos coletivos. Primeiro, porque ele se remeteu expressamente ao sistema da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, como no art. 139, X; quis que os casos repetitivos fossem julgados por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e s.); alargou a atuação do Ministério Público nos litígios coletivos que envolvessem a posse de terra rural ou urbana (art. 178, III), o que não é de toda uma novidade, pois o CPC de 1973, em seu art. 83, III, já previa a participação do Ministério Público em conflitos coletivos possessórios; previu a suspensão dos processos individuais nos casos em que a repercussão geral tivesse sido reconhecida (art. 1.037, II); previu também a aplicação da tese jurídica fixada no IRDR a processos individuais e coletivos (art. 985); e, de acréscimo, tinha também previsto a hipótese de conversão da ação individual em coletiva, matéria que acabou vetada pelo Executivo (art. 333).

A propósito dessa frustrada conversão, lembremos que o art. 333 dispunha que, atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse pedido que: *a*) tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; *b*) tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser

necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Esse dispositivo, de sugestão de Kazuo Watanabe e sob inspiração do Direito norte-americano, na prática levaria a uma aglutinação de ações individuais que iriam ser transformadas numa ação coletiva. O dispositivo foi vetado, aceitando-se a sugestão da Ordem dos Advogados do Brasil, a meu ver correta, que se preocupou com a maneira pouco criteriosa com que se faria tal conversão, inclusive em detrimento do interesse das partes, quando o tema estaria a exigir disciplina própria para garantir plena eficácia do instituto. Muitas questões ficariam sem adequada resposta, como saber se terceiros seriam obrigados a ser autores; se não o fossem, teriam de ser réus? Se o pedido cumulado fosse de natureza estritamente individual, onde correria? Isso geraria complexidades e efeitos contrários à pretendida economia processual. Além disso, o novo Código já contemplava mecanismos para tratar demandas repetitivas, daí o veto.

O fato é que o CPC de 2015 teve mesmo preocupação com a lide coletiva. Mas, a partir dessa assertiva, tentou-se vender a ideia de que o CPC anterior, de 1973, seria individualista, e o CPC de 2015 seria voltado para o coletivo. Ora, a primeira afirmação é verdade: sem dúvida, o código de 1973 é individualista, e não poderia ser diferente, pois é um código da época: ao seu tempo, a tutela coletiva ainda não tinha nem nascido entre nós. Apesar de tecnicamente bem concebido, o Código Buzaid não previa a tutela coletiva, que ainda não tinha sido alçada no Direito brasileiro à condição de uma realidade forense, como é hoje de sobejo. Então, é certo dizer que o código de 1973 é individualista. Mas a segunda afirmação é incorreta: não é verdade que o Código de Processo Civil de 2015 seja voltado para o coletivo. Ele contemplou, sim, incidentes que tornariam as teses dos tribunais vinculantes para os juízes inferiores ou resolveriam lides repetitivas, mas omitiu totalmente a disciplina do processo coletivo. Assim, quem não é um código da época é o atual CPC de 2015, que omitiu a *disciplina* da tutela coletiva. Em suma, as maiores novidades que ele trouxe sobre a tutela coletiva foram a tentativa de vincular juízes inferiores às decisões dos tribunais, e o incidente de resolução de demandas repetitivas de seu art. 976, já que a outra grande novidade, que seria a conversão de ação individual em coletiva, foi vetada.

O incidente de resolução de demandas repetitivas — IRDR permite que o Judiciário decida a tese para todos os casos iguais. Vamos ressaltar a primeira e imediata consequência da *instauração* desse incidente: os processos individuais e coletivos que estejam em andamento e que abordem a questão coberta por aquela tese versada no incidente, serão obrigatoriamente *suspensos* (arts. 313, IV, 982, I, 982, § 3º); serão suspensos inclusive se já estiverem na fase de execução. À primeira vista, isto não parece claro, mas à luz do art. 921, I, perceberemos que ele se remete à suspensão do processo em razão do IRDR (art. 313, IV). Imaginemos a seguinte situação: o autor tem uma ação individual com sentença de procedência, já transitada em julgado, que ele está executando, e aí sobrevém uma ação que o tribunal entenda apta a instaurar o IRDR; nesse caso serão suspensas as ações individuais e coletivas, inclusive se já estiverem em execução... Que é que o indivíduo que está executando tem a ver com o incidente ins-

taurado? Assim, a ressalva do art. 921, I, de que a suspensão se dará “no que couber”, terá de ser considerada com muita prudência, para só alcançar a suspensão de execuções nas quais esteja sob questionamento na execução algum ponto ainda pendente, este sim possivelmente coberto pela eventual solução do IRDR.

Diz o art. 980 que o incidente será julgado no prazo de um ano (quero crer...), findos o qual cessa a suspensão, salvo decisão fundamentada do relator (art. 980, parágrafo único). Quero acreditar que as questões coletivas vão ser todas julgadas em um ano, aqui no Brasil... E depois basta ao relator dar uma “decisão fundamentada”, o que não lhe seria nada difícil, para superar sem qualquer limite esse prazo... Só para exemplo, vejamos as ações, até de inconstitucionalidade, que ficam lustros e lustros paradas nos tribunais, inclusive e principalmente no mais alto deles... Para citar um caso recente, lembremos que o Min. Gilmar Mendes, do STF, está com vista há mais de ano sem dar seu voto num caso embora já decidido pela maioria do STF, o qual diz respeito ao financiamento de campanhas eleitorais (ADIn n. 4.650)... Para citar agora um caso mais antigo, lembremos que o Min. Nelson Jobim também do STF ficou anos retendo a solução do julgamento que decidiu haver relação de consumo entre os bancos e os usuários de seus serviços (ADIn n. 2.591)...

Regras assim me preocupam demais, porque envolverão a suspensão arbitrária dos processos individuais, ou seja, suspensão do acesso à Justiça: essa é a verdade.

Sem dúvida, a suspensão dos processos individuais em razão do ajuizamento de lide coletiva não é totalmente uma novidade no Direito brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor já prevê a possibilidade da suspensão de ações individuais, mas há uma grande diferença. No sistema do CDC, seus arts. 94 e 104 dispõem que a suspensão se dá *a requerimento do autor da ação individual*. Assim, aquele que tem ação individual em andamento, deve ser intimado nos autos para tomar conhecimento da existência da ação coletiva cujo pedido englobe sua pretensão individual, e aí terá 30 dias para dizer se pede ou não a suspensão da sua ação individual. Se pedir a suspensão dentro do prazo, bastará que aguarde a solução do processo coletivo que, se procedente, o beneficiará sem que ele tenha de fazer quaisquer provas ou sem que tenha o ônus de promover seu processo individual de conhecimento; assim, ele passará diretamente à execução; e se o processo coletivo for julgado improcedente, ele ficará livre para prosseguir ou não com seu processo individual, agora com todos os ônus decorrentes de sua escolha. Ora, no sistema do CDC, a suspensão é criteriosa, pois depende de uma avaliação de conveniência do interessado, que pode estar com seu processo individual em fase em que não lhe pareça oportuna ou desejável a suspensão: pode já estar em fase processual mais avançada do que o processo coletivo, até em fase recursal em tribunais superiores, ou até mesmo em execução...

Já o sistema do CPC de 2015 é bem diverso. Ele se inspirou vagamente nas Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, em especial nesta última — a Lei dos Recursos Repetitivos —, as quais já permitiam o sobrestamento ou a suspensão dos *recursos*. Notem bem: essas leis permitiam o sobrestamento ou a suspensão *dos recur-*

sos. Suponhamos, por exemplo, existam muitos recursos especiais ou muitos recursos extraordinários versando a mesma tese de direito. Esses recursos estão em andamento no respectivo tribunal. Então, nos termos da Lei dos Recursos Repetitivos, o tribunal competente toma um caso paradigmático e suspende o andamento dos outros recursos que versem a mesma questão e julga só aquele caso, em decisão que aproveitará a todos os recursos que tenham a mesma tese. Esta solução nada tem de ilógico: todos os outros processos já chegaram à mesma fase recursal e aguardam apenas a solução da única questão de direito, pelo mesmo tribunal competente. Foram leis sensatas, trouxeram um bom modelo. Mas o que o Superior Tribunal de Justiça fez? Em alguns precedentes isolados, dos quais eu aqui cito o *leading case*, que foi o REsp n. 1.110.549-RS, julgado em 28-10-2009, sua 2ª Seção pretextou base nas Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008 e resolveu suspender sim, mas não os recursos como autorizavam as leis, e sim *todos os processos em andamento no Brasil que versavam aquela questão...* Eu gostaria de saber de onde o Relator tirou fundamento para isto, porque não conseguiu dizê-lo no acórdão... Certo esteve o voto vencido que apontou a impossibilidade e a inconstitucionalidade de fazer a suspensão de processos individuais, até porque presumivelmente estariam em fases diferentes, alguns no curso da instrução, outros em execução...

Ora, vamos até a Constituição? Esta diz que nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CR, art. 5º, XXXV). Seria mísera fraude à Lei Maior admitir que o acesso à jurisdição esteja garantido porque o indivíduo pode *ajuizar* sua ação individual, quando lhe é obstado o direito de vê-la *prosseguir*...

Agora, com o novo CPC de 2015, teremos o direito de propor a ação, mas não teremos o direito de vê-la prosseguir, porque se houver um IRDR, nossa ação poderá ser ajuizada mas não poderá andar até ser julgado o incidente dentro do suposto prazo de um ano, prorrogável *sine die* por decisão fundamentada do relator... Como fica o acesso à Justiça nesse ínterim, prazo esse que pode não ser tão curto assim?... Ora, o acesso à jurisdição se não for efetivo, não é garantia!

Voltemos à questão dos precedentes. O CPC de 1973, com as alterações que sofreu, em seu art. 285-A já permitia ao juiz o julgamento antecipado de plano com base em seus próprios precedentes (Lei n. 11.277/2006): “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. O CPC de 2015 tomou da ideia; todavia, sob seu comando, doravante o juiz terá de seguir não seus próprios precedentes, mas se subordinará aos dos tribunais. Isso quer dizer que ele não só se subordinará ao que decidirem os tribunais nos casos concretos, quando estes reformarem sua sentença, mas se subordinará sempre, inclusive nos processos que ainda sequer foram ajuizados, pois as decisões dos tribunais estabelecerão normas abstratas e genéricas para os juízes até mesmo para os casos futuros (art. 332), ou seja, a nova lei instituiu um verdadeiro papel legiferante dos tribunais (art. 985, II)!

Ora, é possível ao Poder Judiciário legislar em tese?

O poder legiferante dos tribunais, mesmo nas poucas hipóteses em que admitido pela própria Constituição, assim mesmo é anomalia em nosso sistema jurídico, pois contém em si mesmo a quebra do princípio da separação de poderes e impede o funcionamento adequado do sistema de freios e contrapesos; isso é ainda mais grave quando se considere que falta ao nosso Judiciário a legitimidade para fazer leis materiais.

Sim, trata-se de um problema de legitimidade política — essa é a questão. Dar o poder de legislar ao Judiciário significa investir os órgãos do Judiciário no poder de criar normas genéricas e abstratas, quando nossos juízes, todos eles, não têm legitimidade para legislar por falta de investidura democrática de seus membros, os quais não se submetem a qualquer forma de controle popular periódico, ao contrário dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, que elaboram diretamente as leis, mas se sujeitam ao controle eletivo do povo, característica própria de uma democracia. Mesmo os membros das mais altas Cortes, que têm um bafejo indireto de representatividade popular porque são indicados por meio de um processo político do qual participam representantes estes sim eleitos pela população, mesmo sobre esses magistrados a população não tem controle algum sobre sua atuação nem sobre o tempo de sua investidura. Por isso, o Judiciário brasileiro, que não se sujeita a controle popular algum na atuação de seus membros nem na duração de sua investidura, é o poder menos indicado, menos próprio, menos aceitável para fazer leis materiais. Ressalvadas as hipóteses em que o próprio poder constituinte já lhe outorgou o excepcional poder de fazer leis materiais dotadas de generalidade e abstração, no mais ele simplesmente não pode criar *norma agendi* com força de lei material, muito menos sob a autorização de mera lei infraconstitucional. Ora, num sistema constitucional rígido como nosso, é necessário assegurar a absoluta superioridade das normas constitucionais sobre a legislação infraconstitucional.

Aliás, também a esse propósito, eu já tinha dito já em 1998: “Antes de mais nada, faltam ao Poder Judiciário brasileiro, mercê dos critérios de investidura de seus integrantes, tradição e legitimidade democrática para dizer a lei de forma abstrata e genérica, atividade que equivaleria a legislar. No Brasil, os magistrados não têm investidura eletiva, e não seria democrático conferir ao Judiciário o poder de estabelecer normas jurídicas gerais e abstratas, tarefa do legislador eleito — ainda mais cerceando a independência dos juízes nas comarcas, que não raro é maior do que a dos juízes nos mais altos tribunais. Efeito vinculante genérico só deveria suportar, sim, a própria administração, para evitar que, como hoje, absurdamente o Estado-Administração só cumpra quando queira as decisões do Estado-Juiz (como nos precatórios judiciais).”³

O CPC de 2015, que tanto se esforçou por buscar a prevalência dos princípios da estabilidade, previsibilidade e segurança, já começa por dar o mau exemplo de quebra do princípio da segurança jurídica, ao concentrar os poderes de fazer a lei e julgar os conflitos decorrentes da aplicação da lei nas mãos do mesmo órgão ju-

3. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*, cit., p. 28, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

dicial, que, de resto, ainda é o mesmo que decide sobre a constitucionalidade da mesma lei.

Ora, a necessidade de prevenir o arbítrio é o fundamento último da divisão ou da separação funcional de poderes à guarda da Constituição. Daí porque — ao menos preponderantemente, como já advertia Manoel Gonçalves Ferreira Filho — quem faz a lei não é quem a executa nem julga se essa lei é ou não constitucional, e vice-versa — e temos aí a base das democracias ocidentais. Ainda que se substitua a dicção clássica que fala em *separação* de poderes quando o que há na realidade atual é a *combinação* de poderes, a maneira pela qual a Constituição faz a combinação deve ser estritamente observada: tomando por empréstimo as palavras de Canotilho, “do modo como estão combinados os poderes pode concluir-se em qual deles recaiu o benefício da divisão”.⁴ Desta forma, se sairmos de um sistema constitucional em que o Judiciário só pode legislar excepcionalmente e apenas pelo seu órgão máximo — é o que diz com todas as letras a Constituição de 1988 —, e, por via da lei ordinária, se inaugurarmos um novo sistema em que o Poder Judiciário poderá legislar por todos seus órgãos colegiados em todas as matérias sempre que o queira — é o que diz com todas as letras o CPC de 2015 —, estaremos violando o arcabouço constitucional.

É certo que o Direito estrangeiro serve de inspiração para muitas soluções no Direito local, mas não todas, nem de forma absoluta, pois temos balizas, ou seja, temos hoje entre nós um sistema constitucional que nega ao Poder Judiciário fazer leis em tese, *exceto e tão somente quando da edição de súmulas vinculantes ou quando dos julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal*. E nem mesmo são todos os órgãos do Poder Judiciário que podem fazê-lo: *só o Supremo Tribunal Federal*.

Mas o CPC de 2015 achou que podia ir além: deu poder legiferante abstrato e em tese ao Supremo Tribunal Federal, mesmo ultrapassando as duas hipóteses constitucionais já mencionadas, e assim lhe conferiu tal poder em todas suas súmulas — para o CPC de 2015, não haverá mais diferença entre suas súmulas vinculantes e não vinculantes —, e em todas suas decisões de plenário! E de cambulhada, ainda deu o mesmo poder legiferante também ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais de Justiça...

A lei ordinária pode fazer isso? Não.

A verdade é que, apesar da dita preocupação coletiva do CPC de 2015, houve na verdade *ausência de disciplina* do processo coletivo. O CPC de 2015 muito bordejou o processo coletivo — ele se remeteu ao sistema da tutela coletiva das leis especiais (art. 139, X), criou o IRDR (arts. 313, IV, 928, I, 921, I, 976), tentou criar o incidente de transformação da lide individual em coletiva (art. 333, vetado), previu a reclamação da parte ou do Ministério Público para garantir a observância de súmula ou de acórdão proferidos em IRDR e em incidentes de assunção de competência (art. 985,

4. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, parte III, cap. 2, p. 269, 5ª ed., Almedina, 1991.

§ 1º, e 988, IV) e se preocupou tanto com o processo coletivo... Então por que o CPC de 2015 não disciplinou adequadamente o processo coletivo?

A comissão que elaborou o anteprojeto de que resultou o CPC de 2015 instalou-se em 30 de novembro de 2009. Entre suas primeiras deliberações, ficou já assentado que a tutela coletiva seria excluída do anteprojeto por dois motivos: primeiro, porque não seriam incluídos no anteprojeto os procedimentos previstos em leis especiais. Essa decisão, que já atingia em cheio a disciplina do processo coletivo, foi reforçada por um segundo motivo, que deve ser considerado à luz daquele momento: o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que pretendia dar nova disciplina à tutela coletiva, estava então tramitando no Congresso (foi somente na sessão de 17 de março de 2010 que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara arquivou esse projeto, alguns meses antes de a comissão do Senado concluir o anteprojeto de CPC). Assim, em fins de 2009, os membros da comissão que elaborou o anteprojeto de CPC de 2015 devem ter pensado lá com seus botões: como já existe em andamento um projeto específico para disciplina do processo coletivo, e como nós não pretendemos cuidar de procedimentos previstos em leis especiais, nós não vamos disciplinar a tutela coletiva no anteprojeto de novo CPC. Destarte, o Projeto 166/2010, com suas alterações posteriores, mencionou apenas a transformação da ação individual em coletiva (depois vetada) e o incidente de resolução de demandas repetitivas, afora algumas referências esparsas ao processo coletivo...

Pois foi essa a razão ostensiva pela qual o CPC de 2015 não tem um livro, título ou capítulo sequer sobre o processo coletivo. E talvez pudesse haver mais uma, de puro conforto: a disciplina cabal do processo coletivo é desafio técnico mais complexo, que sabidamente iria enfrentar forte resistência dos congressistas e até do governo (tanto que o Projeto n. 5.139/2009 acabou logo depois arquivado em março de 2010, antes, portanto, de concluídos os trabalhos da comissão que elaborou o Projeto 166/2010). Então se invoca o argumento ostensivo, e não se disciplina o processo coletivo no novel sistema processual civil.

Passemos à crítica do argumento ostensivo. O que fez o CPC de 2015 em relação ao imprescindível processo coletivo? Não foi além da criação de alguns institutos e referências esparsas a ele. Como vimos, remeteu-se ao microsistema já existente da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (arts. 139, X, e 333, I, este vetado); depois, em vez de cuidar apenas da suspensão de recursos, que já tinha sido adequadamente disciplinada pela Lei n. 11.672/2008, criou agora a suspensão de todos os processos individuais e coletivos quando do julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036, § 1º); instituiu a suspensão dos processos individuais e coletivos quando instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 313, IV, 928, I, 921, I, 976); previu a cientificação do Ministério Público e da Defensoria Pública para que propusessem ação coletiva se entenderem que é o caso (139, X); previu a intimação do Ministério Público para intervir em causas que envolvessem litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana (art. 178, III), com audiência de mediação (art. 565); previu a defesa de direitos coletivos dos necessitados pela Defensoria Pública (art. 185)

— norma esta que ganha reforço com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu, corretamente, que a Defensoria Pública tem legitimidade para defender até mesmo os interesses difusos (ADIn n. 3.943-DF); impôs a suspensão de processos quando instaurado o IRDR (arts. 313, IV, 982, I, 982, § 3º), inclusive em fase de execução (art. 921, I); impôs a suspensão de processos pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça (arts. 1.035-7); impôs a aplicação de tese jurídica que viesse a ser fixada no IRDR (art. 985); previu a reclamação da parte ou do Ministério Público para garantir observância de súmula ou acórdão proferidos em IRDR (art. 985, § 1º) ou em incidentes de assunção de competência (art. 988, IV); previu a figura da assunção de competência (art. 947), que não supõe multiplicidade de processos com a mesma questão, mas sim questão de direito relevante e de grande alcance social, caso em que o órgão jurisdicional que assume a competência proferirá uma decisão que vinculará todos os juízes subordinados (de novo aqui se confere de maneira indevida ao Poder Judiciário a atividade legislativa; de outro lado se fere ainda o princípio do juiz natural, pois temos um caso em andamento que, segundo as regras de distribuição e competência, seria julgado por um juiz, mas outro órgão do Poder Judiciário assume a competência e avoca o caso, impedindo que o juiz natural aprecie o feito).

Examinando a posição do CPC de 2015 sobre a tutela coletiva, acredito-a contraditória. Se matérias que são objeto de leis especiais — e entre estas notoriamente a tutela coletiva — não iriam ser disciplinadas no CPC de 2015, então por que disciplinar parte da tutela coletiva, sem qualquer harmonia de sistema? E mais. Se o CPC não quis dar codificação ao processo coletivo talvez porque este fosse muito novo, de apenas três décadas entre nós, por que então já dar codificação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, este sim sem qualquer tradição legislativa ou jurisprudencial entre nós? Nem a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) chegara a tanto, porque ela nunca falou em suspensão dos processos individuais, e sim apenas em suspensão de recursos, o que é muito diferente. Nós não temos nenhuma experiência no Direito brasileiro de suspensão coativa de todos os processos individuais em andamento no País em prol de uma ação coletiva. A única autorização legislativa para suspensão de processos individuais em proveito de ação coletiva é do Código de Defesa do Consumidor (arts. 94 e 104), mas esta é uma suspensão voluntária, que depende de requerimento do autor da ação individual, ou seja, o interessado *opta* pela suspensão. Não há tradição alguma para a suspensão coativa de todos os processos individuais em andamento no País em razão do ajuizamento de uma ação coletiva. Mas no novo CPC de 2015, a *suspensão* deverá ser aplicável aos processos pendentes, e até aos processos futuros; e a *decisão* do incidente também será aplicável aos processos pendentes e até aos processos futuros!

Querem exemplo mais eloquente de papel legiferante dos tribunais? Sob o sistema do CPC de 2015, ao decidir a tese, o tribunal não estará apenas decidindo aquela lide concreta, nem estará decidindo apenas todos os casos pendentes — como se isso já fosse pouco —, mas ainda estará também decidindo a tese para processos futuros (art. 985, II)! Com que autoridade uma lei ordinária pode dar a um tribunal o

poder de legislar para casos futuros, sem qualquer embasamento constitucional para isso? Essa situação não se compara com o que ocorre com as súmulas vinculantes e as decisões de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, porque estas foram expressamente autorizadas pela Constituição. E só estas, pois a própria ação civil pública, apesar de prevista na própria Constituição, só pode permitir o advento de decisões que valham para casos atuais e pendentes, e, nem mesmo por meio dela, o Judiciário pode legislar em abstrato prospectivamente.

A exposição de motivos da comissão que encaminhou o anteprojeto de CPC ao Senado disse que, nesse passo, foram os autores do projeto buscar inspiração no Direito alemão, onde, em 2005, se instituiu uma inovadora ação de massa. Mas basta verificar: a ação invocada como paradigma era de *objeto limitado a controvérsias relativas aos ilícitos no campo financeiro (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz)*, e ainda assim apenas *como uma verdadeira e própria experiência a ser testada que, se bem sucedida, depois seria aproveitada e estendida a outras hipóteses* (Ralf-Thomas Wittmann, Il “contenzioso di massa” in Germania, in Alessandro Giorgetti e Valerio Vallefucio, Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo, Milão, Giuffrè, 2008, p. 176-9). Ou seja, na Alemanha, foi o contrário do que se fez no Brasil.

No Brasil, já se codificou uma ideia inexperimentada, como se fosse solução já experimentada, definitiva, pronta e acabada... E, sem ter-se limitado a um campo ou a uma área, já se codificou o instituto para todos os casos possíveis e imaginários! E mais, o instituto brasileiro supõe a suspensão coativa de processos individuais, subtraindo lesões ou ameaças de lesão a direitos do conhecimento do Poder Judiciário enquanto durar a suspensão dos processos individuais... Assim, a solução caseira desconsiderou nosso sistema jurídico, ao criar um inconstitucional papel legiferante dos tribunais. Esse papel legiferante do Poder Judiciário só é admissível quando provenha da própria Constituição, e mesmo assim é uma anomalia dentro do princípio da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, pois quando damos papel legiferante aos tribunais, além da falta de legitimidade para fazê-lo, deixamos sem controle, pois são eles que dizem o alcance das leis que eles próprios fazem...

Se a preocupação do CPC de 2015 eram os valores de estabilidade, segurança e previsibilidade das decisões judiciais, a solução nunca poderia ser a de buscar modelos estrangeiros que não se adaptam ao nosso sistema constitucional.

Soluções tais me preocupam bastante, pois essa suspensão de processos individuais, que é coativa, subtrai lesões ou ameaças de lesão a direitos do conhecimento do Poder Judiciário enquanto durar a suspensão, e o efeito geral vinculante das decisões dos tribunais para casos futuros usurpa competências constitucionais.

Diversamente do que decidiu o CPC de 2015 que resolveu codificar uma ideia sem qualquer tradição legislativa entre nós, creio que havia, sim, motivos mais do que suficientes para dar disciplina codificada ao processo coletivo, este sim já com tradição legislativa de várias e profícuas décadas de uso entre nós. O fato de que, até antes da conclusão do Projeto 166/2010 o processo coletivo ainda estivesse discipli-

nado por lei especial era compreensível porque, como vimos, quando o CPC de 1973 fora feito, o processo coletivo ainda não era realidade não só em nosso país, como nem mesmo na Europa continental. Mas em 2010, o processo coletivo já estava altamente presente em nosso dia a dia forense. O Projeto de CPC 166/2010, porém, foi feito a toque de caixa, e se o CPC de 1973 não tem culpa de ter omitido a tutela coletiva, a mesma desculpa não vale para o de 2015. Agora, não: não havia motivo válido para o novo código de processo civil deixar de abordar a única grande novidade que tivemos no processo civil nos últimos anos, que é o processo coletivo, por meio do qual se decidem questões fragmentárias de todo um grupo, classe ou categoria de lesados! Quando começou a tramitação do Projeto 166/2010 no Senado — que originou o CPC de 2015 —, o processo coletivo já era usado a cotio entre nós, e o próprio argumento de que o novo código não deveria dele cuidar porque o processo coletivo já era objeto de projeto próprio, mesmo esse argumento já não servia mais antes mesmo do fim dos trabalhos da comissão que elaborou o anteprojeto, pois a essa altura, há vários meses, o Projeto de Lei n. 5.139/2009 já tinha sido arquivado pelo Congresso, arquivamento a que se seguiu um recurso meramente formal, de maneira que não mais havia nem há hoje projeto algum de tutela coletiva em efetivo andamento no Congresso, que pudesse coonestar a omissão a respeito da disciplina da tutela coletiva no Projeto 166/2010.

E por que, exatamente, o processo coletivo deveria ter sido disciplinado no novo processo civil? Primeiro pelo lugar que assumiu no Direito brasileiro, se não a partir da Lei n. 7.347/1985, ao menos a partir da Constituição de 1988, daí sua importância, ao servir como meio fundamental de acesso à Justiça para grupos que não teriam como ver reparadas suas lesões por meio de ações individuais, que são custosas, de decisão contraditória, e frequentemente levam ao abandono do direito. Depois, porque ele tem peculiaridades que não podem ser resolvidas pelos mecanismos clássicos do processo individual, como a conflituosidade de grupos (não se trata apenas de conflito de autor contra réu, mas muitas vezes de conflitos entre grupos sociais que se contrapõem), como a legitimação para agir (pois quem invoca a prestação jurisdicção não é o titular do interesse a ser defendido), como a destinação do proveito obtido (que não se destina a integrar o patrimônio das partes formais do processo coletivo), como a coisa julgada (que pode ultrapassar as partes formais do processo). E, sobretudo, numa nova disciplina codificada, além de promover pela primeira vez a harmonia adequada e sistêmica entre os processos individuais e o processo coletivo — coisa que jamais se fez até hoje —, ainda se deveria buscar mais: muitas imperfeições atuais do processo coletivo poderiam e, sobretudo, deveriam ser corrigidas.

Com a experiência de várias décadas de processo coletivo entre nós, já tínhamos *know-how* ou experiência para corrigir várias imperfeições ou até mesmo graves erros que ainda existem no sistema, se tivesse havido vontade política para isso. Entretanto, nem mesmo essas correções o Código de 2015 quis fazer, limitando-se a elaborar apenas regras sobre o processo civil clássico, que sabidamente não se prestam à tutela coletiva, e criando alguns institutos costurados sem preocupação de compatibilidade com o sistema constitucional. Ou seja, fizeram em 2015 um Código de Processo Civil outra vez individualista, pois as meras referências ao processo coletivo e

os poucos e canhestros incidentes coletivos nele contidos não são adequados nem suficientes para a disciplina do principal instituto apto a regular o acesso à Justiça, que é o processo coletivo. Assim, o fato de ele conter algumas normas que se reportam ao processo coletivo ou de ter inserido novos institutos para resolver demandas repetitivas não significa que ele tenha dado disciplina satisfatória, ou sequer harmônica às lides coletivas. Ou seja, em matéria coletiva, continuamos sem regras processuais adequadas como sobre legitimação, competência, intervenção de terceiros, coisa julgada e execução, sobre o que o novo diploma processual civil nada fala. Mas seria porque ele deixou a matéria para a lei especial? Nem é verdade: de uma parte, a lei especial já existente, fragmentada e falha, estava a merecer mais do que atualização num novo diploma também especial, mas sim, e sobretudo, estava a merecer sistematização e plena harmonia com o processo individual; de outra parte, não é desculpa dizer que a atualização e a sistematização caberiam ao PL n. 5.139/2009 (projeto de nova lei de ação civil pública), pois este já tinha sido arquivado vários meses antes de a comissão que elaborou o PL n. 166/2010 (projeto de novo CPC) concluir o seu trabalho, e o recurso interposto contra seu arquivamento não foi apreciado pela mesa da Câmara dos Deputados nestes anos todos nem foi submetido a Plenário, e nada indica que o será...

A verdade é que a Constituição de 1988 quis o processo coletivo. Senão vejamos. Começamos pela rubrica do art. 5º: ao contrário das Constituições anteriores, que cuidavam de direitos e garantias *individuais*, o art. 5º está encimado pelo Cap. I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” do Tít. II, “Dos Direitos e garantias fundamentais”. Assim, nem todas as regras do art. 5º são apenas de proteção a direitos individuais. Algumas até o podem ser, como a proteção à vida, à liberdade ou à inviolabilidade do domicílio, mas mesmo essas também se prestam à proteção coletiva desses mesmos direitos, pois tanto se protege a vida, a liberdade ou a inviolabilidade de domicílio de uma única pessoa, como de todas que estejam na mesma situação, isolada ou simultaneamente consideradas. O mesmo seja dito do direito de acesso à Justiça: o inc. XXXV diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito: a Constituição não fala mais em lesão ou ameaça a “direito individual” e sim fala em lesão ou ameaça “a direito” — assim, esta é uma garantia não só de acesso individual como coletivo, haja vista a rubrica do capítulo. Mas não é só: há normas do art. 5º claramente voltadas apenas à tutela coletiva, como o inc. XXI, que cuida da legitimidade das entidades associativas, quando expressamente autorizadas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; como o inc. LXX, que institui o mandado de segurança coletivo, que também pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação, para defesa de seus membros ou associados; como o inc. LXXIII, que amplia o objeto da ação popular, fazendo-a alcançar também interesses transindividuais como o meio ambiente ou o patrimônio cultural. Saindo do art. 5º e indo agora para o art. 8º, seu inc. III confere ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais. Passando agora para o art. 129, III, confere-se legitimação ao Ministério Público para ajuizar, sem exclusividade, a ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos. Caminhando até o art. 232, vemos a

legitimação coletiva dos índios, suas comunidades e organizações para defender em juízo seus direitos e interesses.

Assim, ao proceder à revisão supostamente completa do processo civil brasileiro, é injustificável que o novo código de 2015 não tenha um livro, um título ou sequer um único capítulo sobre a tutela coletiva, com que tanto se preocupara o constituinte. O CPC de 2015 não só omitiu a disciplina global do processo coletivo, como ainda perdeu a oportunidade de corrigir os graves erros existentes. Perdeu, pois, a oportunidade de revogar a proibição de acesso coletivo à jurisdição, contida no art. 1º, parágrafo único, da LACP, introduzido pelo art. 6º da Med. Prov. n. 2.180-35/2001. Assim, absurdamente continua vedado o acesso coletivo à jurisdição em matérias que não interessam aos governantes, pois “não será cabível ação civil pública 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”. Ora, o acesso à jurisdição é garantia não só individual como coletiva; vedar o acesso coletivo, em muitos casos, é também vedar o acesso individual, que fica inviabilizado quando se trate de lesões fragmentárias e às vezes de pequena expressão individual, mas enorme expressão global. Assim, é mera ilusão dizer que continuam abertas as portas de acesso à tutela individual, se o acesso coletivo foi vedado, pois, sem este, de roldão se frustra o acesso individual. Quem entra em juízo para discutir pequenas lesões individuais? Ninguém: o custo do processo pode ser mais alto ou equivalente, ou apenas ligeiramente inferior ao da lesão... E mesmo quando a lesão individual seja significativa, as pessoas hesitam muito em procurar a Justiça, pois a descrença num sistema que não funciona leva frequentemente ao abandono do direito.

Eu exemplifico com o que aconteceu na década de 1990 aqui na Capital de São Paulo: quem comprou imóveis, pagou o imposto de transmissão de bens imóveis progressivo — ITBI. Na época, a Constituição permitia a progressividade do imposto, baseada em critérios sociais. Contudo, a Prefeitura de São Paulo tinha criado esse imposto, no qual a progressividade se baseava em critérios ideológicos do partido que governava, ou seja, levava em conta apenas o valor venal do imóvel: se mais caro, pagava-se mais. Entretanto, esse critério de fixação do ITBI paulistano o plenário do Supremo Tribunal Federal já tinha declarado inconstitucional, e ainda havia súmula do então 2º Tribunal de Alçada Civil no mesmo sentido. Quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentara essa questão, ele teve entendimento diverso da Municipalidade paulistana: para a maior Corte, critério social era outra coisa: um imóvel caro, mas usado por uma família, tinha valor social maior do que um imóvel barato, mantido fechado por especulação. O que aconteceu? Apesar da decisão do Supremo, foram pouquíssimos os que entraram com ações judiciais para deixar de pagar o tributo indevido, ou para reaver o que indevidamente pagaram! A grande maioria não entrou, não porque o valor do prejuízo fosse pequeno, mas porque o processo individual é oneroso e não funciona. E as ações coletivas em matéria tributária estão vedadas!

Vamos dar outro exemplo, aqui desta Associação Paulista do Ministério Público. Em 1990, eu era o Presidente da entidade. Veio um Presidente da República, que achou que a Constituição valia menos que sua medida provisória, e decretou o bloqueio de todos os ativos financeiros do País. A grande maioria da população suportou silente o abuso da medida, sem buscar acesso à Justiça. Eu próprio tive, como tantos, grandes dissabores com a retenção do meu dinheiro, a cuja disponibilidade a Constituição me garantia livre acesso, mas não busquei pessoalmente a Justiça para desbloquear meu dinheiro que eu não podia usar porque um Presidente, que merecidamente foi destituído, tinha bloqueado o acesso a ele. Apenas em favor da Associação é que eu entrei em juízo, pois ela tinha compromissos financeiros, tinha funcionários a pagar, tinha atividades importantes em andamento, e consegui o desbloqueio. Mas a grande maioria da população fez o que eu fiz, pessoalmente: suportou a ilegalidade sem reagir.

A verdade é que o acesso coletivo à jurisdição pode ser o único caminho para os lesados individuais que não queiram ou não possam ir à Justiça.

Ora, como o parágrafo único do art. 1º da LACP foi inserido por medida provisória anterior à EC n. 32/2001, a regra ali contida não perdeu eficácia mesmo não tendo sido convertida em lei, e, muito provavelmente, jamais será apreciada pelo Congresso Nacional, pois não há prazo para tanto e seu exame não convém ao governo... Causa, aliás, espécie que uma medida provisória dessa tenha sido editada sem os pressupostos constitucionais, e não tenha sido nem será submetida ao exame do Poder Legislativo, e venha sendo aceita pelos tribunais sem qualquer crítica, embora ela proíba a defesa coletiva nos casos que não interessem ao governo. Esse parágrafo único do art. 1º da LACP veda o acesso coletivo à jurisdição, que a Constituição garante... A Constituição, como vimos, tem vários dispositivos assegurando acesso coletivo, muitas vezes de forma expressa, como o mandado de segurança coletivo, a ação das associações civis, dos sindicatos, do Ministério Público, das comunidades indígenas... Mas nenhum destes legitimados poderá discutir tributos, questões previdenciárias ou fundos sociais por meio de ações coletivas, porque uma medida provisória proibiu-lhes o acesso à jurisdição...

Ora, a tutela coletiva é direito fundamental. Está inserida no art. 5º da Constituição entre os direitos individuais e coletivos. Está mais do que claro na Constituição de 1988 que a garantia de acesso à jurisdição deixou de ser apenas direito individual para ser, também, direito coletivo. Como já disse, esse dispositivo contempla tanto os direitos e garantias tipicamente individuais (como a inviolabilidade de domicílio) como também aqueles coletivos (como o direito de reunião e de associação, ou o mandado de segurança coletivo). Ora, o direito de acesso à jurisdição é tanto individual quanto coletivo. O direito de acesso individual é feito por meio das ações individuais, agora grandemente limitado pelo novo CPC de 2015, que impõe a suspensão dessas ações enquanto não se decidam os incidentes coletivos, a critério *fundamentado* do relator... E o direito de acesso coletivo é feito por meio de ações civis públicas, coletivas ou mandados de segurança coletivos, também comprometido na esfera infraconstitucional,

porque uma medida provisória simplesmente proibiu o uso desses mecanismos de defesa social nos casos que não interessem aos governantes...

Então esta é a situação: as ações individuais poderão ser suspensas e as ações coletivas não poderão ser propostas nos casos que não interessem ao governo.

É mera desculpa dizer que o parágrafo único do art. 1º da LACP não veda o acesso à jurisdição porque o acesso individual continua sempre garantido. Garantido com suspensão do processo individual? Garantido com a inviabilidade prática de exigir que todos os lesados busquem individualmente a jurisdição? Muitas vezes o acesso individual fica inviabilizado quando haja proibição do acesso coletivo, pois sem o acesso coletivo na grande maioria dos casos há o abandono do direito — como no caso dos paulistanos e o seu ITBI progressivo, ou como no caso dos brasileiros em geral quando do bloqueio inconstitucional dos ativos financeiros no Plano Collor, e tantos outros casos semelhantes (planos econômicos arbitrários, falsos empréstimos compulsórios, escândalos financeiros, impostos inconstitucionais, correções monetárias lesivas na poupança, no FGTS, nas tabelas do imposto de renda na fonte, e daí por diante...).

Ora, a tutela coletiva está hoje inserida nos direitos e garantias fundamentais; é instrumento de cidadania; é o único meio eficaz de acesso à Justiça nos conflitos de massa.

Não dá para imaginar que, em pleno Século XXI, se faça um novo Código de Processo Civil, e não haja um livro, um título, um capítulo sequer para disciplinar a mais importante realidade de hoje do processo civil, que é a tutela coletiva. Não recebeu disciplina alguma, sob o argumento de que essa tutela caberia a um projeto próprio de lei especial, que, todavia, fora arquivado pelo Congresso muito antes de a comissão que fez o anteprojeto do CPC terminar seus próprios trabalhos.

É preciso que os conflitos coletivos tenham solução adequada e efetiva; é necessário enfrentar *todas* as questões processuais a respeito de forma harmônica e integrada com o processo individual, inclusive para vencer a passividade dos tribunais, que aceitam sem discussão medidas provisórias que restringem a tutela coletiva em detrimento da defesa de direitos fundamentais. Grande parte das decisões dos tribunais em matéria coletiva, e muito da inspiração do novo CPC nessa matéria, não são para atender às necessidades da população de acesso à Justiça, e sim apenas para diminuir a carga de volume de serviços dos próprios tribunais.

Enfim, se o CPC de 2015 efetivamente tivesse querido preocupar-se com a tutela coletiva, estaria aí uma das mais importantes questões a tratar: o acesso coletivo à Justiça em questões tributárias, em questões previdenciárias e outras que, embora não interessem aos maus governantes, interessam e muito à justiça social no País. E nem se diga que o incidente de resolução de demandas repetitivas resolveria tais questões, pois teremos que muito discutir para ver se matérias excluídas pelo parágrafo único do art. 1º da LACP podem ser alcançadas por este incidente, haja vista o princípio de que lei geral não revoga lei especial. A melhor possibilidade de fazê-lo seria reco-

nhecer que esse parágrafo é inconstitucional, como o é — o que surpreendentemente os tribunais ainda não disseram.

O CPC de 2015 não só não corrigiu esse grave desvio que vem da legislação atual, como ainda mudou para pior o sistema vigente do CDC de suspensão de ações individuais. Nos arts. 94 e 104 do CDC, este acolheu o sistema chamado *opt-in*, segundo o qual aquele que tenha uma ação individual em andamento, ao ser cientificado nos autos de sua ação individual de que foi ajuizada a ação coletiva com objeto que englobe o seu pedido, terá trinta dias para requerer ao juiz a suspensão de seu processo individual. Ao pedir a suspensão de seu processo, ele aguardará o julgamento da ação coletiva, podendo beneficiar-se do eventual resultado de procedência, e então executar o julgado coletivo em seu processo individual sem necessidade de fazer prova, sem os ônus de obter pessoalmente uma prestação jurisdicional reconhecendo seu direito. Em caso de improcedência da ação coletiva, esta não impedirá por si própria que o indivíduo peça prestação jurisdicional diversa no seu processo individual, agora, porém, com todos os ônus da promoção do processo de conhecimento. Isso é que é o *opt-in*: querendo, o indivíduo optará por ficar dentro dos efeitos do julgado do processo coletivo. Ao conferir-lhe essa opção, o CDC respeita integralmente seus direitos constitucionais de acesso direto à jurisdição: se ele não optar pela sua inclusão no bojo processo coletivo, ficará desvinculado do que neste venha a ser decidido, pois ele prosseguirá com sua ação individual, na qual obterá procedência ou improcedência, independentemente do que vier a ser decidido no processo coletivo. Esse o sistema do CDC.

O CPC de 2015 mudou esse sistema a meu ver para pior. Ele substituiu o sistema do *opt-in* pelo por um *opt-out* que será praticamente inviável, ou seja, em vez de o indivíduo simplesmente poder optar livremente por não se incluir no resultado da lide coletiva (o que seria aceitável), o indivíduo terá de optar por ver-se excluído do processo coletivo se demonstrar a *distinção* do seu caso (art. 1.037, § 9º) — algo extremamente improvável de conseguir na nova sistemática processual, pois se seu caso realmente fosse distinto, ele não precisaria pedir sua exclusão porque obviamente ali não estaria incluído. Ainda que pudesse ser boa a intenção do legislador de 2015, presumivelmente por tentar valorizar a solução coletiva da lide, o novo sistema trará sérios óbices. O que acontecerá no mais das vezes é que, não obstante as particularidades de seu caso concreto, a tese jurídica não raro será a mesma do caso individual, e nesses casos será problemático que o indivíduo consiga fazer o *opt-out*, seja porque, apesar de cada caso individual ter suas particularidades que sempre o tornarão único para o lesado, os juízes o verão como um caso idêntico a qualquer outro por basear-se na mesma tese abstrata; e o indivíduo teria de improvavelmente convencer do contrário o juiz ou o relator do recurso, ora no tribunal local, ora no tribunal superior (art. 1.037, § 10), o que tornaria ainda mais complexa sua exclusão do feito coletivo.

Por outro lado, não existe autorização constitucional para dar à decisão no incidente de resolução de demandas repetitivas — IRDR o mesmo efeito de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação declaratória de constitucionalidade, ou de uma súmula vinculante (força de lei em tese), que inclusive poderá não só

beneficiar o lesado (como no sistema da LACP e do CDC), mas até mesmo doravante poderá *prejudicá-lo*, sem que ele tenha tido efetivo acesso à jurisdição e, mais grave ainda, sem que sequer ele possa vir a tê-lo futuramente! O sistema do CPC de 2015 visa a gerar uma decisão jurisprudencial que criará lei em tese para casos futuros! Isso significa que possíveis lesões de direito individual estarão sendo julgadas improcedentes pelo Judiciário antes mesmo de o indivíduo propor uma ação futura; há inconstitucionalidade da solução pretendida no CPC de 2015. E, como se isso não bastasse, ainda se muda para pior o sistema do CDC, segundo o qual o indivíduo só é alcançado pelo julgamento de *procedência* nas lides coletivas, que não faz coisa julgada em prejuízo de direitos individuais homogêneos (art. 104 do CDC) — e qualquer solução diferente seria novamente inconstitucional, pois uma pessoa não pode ser despojada de direitos individuais sem ser citada, sem ser ouvida, sem sequer ter tido oportunidade de defender-se dentro do devido processo legal. No novo sistema instaurado pelo CPC de 2015, porém, até mesmo *casos futuros* ficarão alijados da prestação jurisdicional, com base em decisões dos plenários de tribunais, com força vinculante, sem que se baseiem nas conhecidas hipóteses das exceções constitucionais. O indivíduo nunca vai ser ouvido, nunca vai poder apresentar sua questão, porque um tribunal do País formou antecipadamente a tese de que ele não tem razão. E não só a Corte Suprema.

Não existindo autorização constitucional para impedir o acesso à Justiça, é indevida a coativa suspensão de ações ou a vedação do processo em detrimento do direito de acesso do indivíduo à jurisdição, seja acesso atual, seja até mesmo acesso futuro!

Outro defeito que ficou sem correção no novo ordenamento codificado é a disciplina da coisa julgada coletiva. Este instituto está hoje muito mal disciplinado. A redação original do art. 16 da LACP inspirava-se no art. 18 da Lei da Ação Popular; segundo ela, a sentença de procedência faria coisa julgada *erga omnes*, enquanto a improcedência não impediria o ajuizamento de nova ação civil pública se fundada em novas provas. Em 1997, novamente legislando o Presidente da República por medida provisória, procurou restringir a coisa julgada “aos limites da competência territorial” do juiz prolator (Med. Prov. n. 1.570 — esta já convertida na Lei n. 9.494/1997). Vejam que coisa ridícula: confundiu-se a competência do juiz para julgar a ação, com a imutabilidade do comando estatal produzido pela coisa julgada, que é mera decorrência da soberania do Estado... Se fôssemos aplicar como está a absurda regra, no caso de um produto nocivo à saúde comercializado em todo o País, teríamos que propor uma ação civil pública em cada comarca do País, com todas as consequências daí decorrentes... Nessa matéria, o CDC melhor dispôs, ao criar uma solução que contorna o problema, ou seja, ele atribui competência do juiz das Capitais para conhecer e julgar danos de abrangência regional ou nacional (art. 93).

Ora, estamos diante de uma nova codificação do processo civil. Não teria sido o momento de dar sistematização adequada ao problema da coisa julgada nas ações de caráter coletivo? Mas nada se fez a respeito.

O novo CPC também não deu melhor disciplina à competência nas ações coletivas. Convivem no atual sistema as regras da LACP (competência do local do dano), com as do CDC (competência das Capitais para danos regionais ou nacionais), com as do Estatuto da Criança e do Adolescente (competência do local da ação ou omissão); persiste a omissão legislativa sobre o local da execução individual decorrente das condenações coletivas (felizmente resolvida pela jurisprudência em favor do domicílio do lesado, como já vínhamos preconizando). Sobre tudo isto, ficou-se sem uma sistematização moderna e mais adequada.

Em conclusão, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe alguns institutos notáveis, alguns dos quais vão realmente melhorar a distribuição da Justiça; contudo, no tocante ao processo coletivo, decepcionou. Não correspondeu às expectativas: de um lado, omitiu-se na disciplina do processo coletivo, e, de outro lado, nos poucos dispositivos que dedicou esparsamente a ele, foi insatisfatório e, em vários casos, instituiu dispositivos inconstitucionais. No tocante à tutela coletiva, o novo código já nasceu velho — e deverá ser refeito, pois um código de processo civil moderno não pode ignorar a disciplina da tutela coletiva.

O estatuto processual civil há de respeitar o caminho da ação individual — nem todos os que vão à Justiça o fazem por gratuito *demandismo*, como se quer fazer crer, e sim porque, em alguns casos, a busca da prestação jurisdicional é o único meio de que a pessoa dispõe para fazer valer seu direito; a ação individual não pode ser tratada como se fosse um mero empecilho para o bom funcionamento da Justiça. Além do mais, tenho muita confiança na independência e na coragem dos juízes individuais, pois, se é verdade que muitas vezes os tribunais corrigem os erros das instâncias inferiores e dão as luzes para os juízes bem decidirem, também muitas vezes acontece o contrário, ou seja, são juízes dos milhares de comarcas do interior do País que mostram caminhos que só muito mais tarde serão endossados pelos tribunais.

Um adequado estatuto processual civil também deve cuidar do caminho da tutela coletiva, facultando ao lesado aderir ao processo coletivo pelas vantagens que este poderá trazer, e não pelo tacho coercitivo do Estado, apenas em benefício da redução do número de processos nos tribunais.