

O novo Código de Processo Civil e o processo coletivo¹

Hugo Nigro Mazzilli

Professor Emérito da Escola Superior do
Ministério Público de São Paulo

Excelentíssimo Doutor Álvaro Luiz Valery Mirra, digníssimo Presidente desta Mesa, em cuja pessoa eu homenageio o Diretor da Escola Paulista da Magistratura e o Coordenador deste Curso, bem como os nobres magistrados que aqui estão presentes e os que nos assistem pela internet; quero também fazer a minha homenagem ao Professor Ricardo de Barros Leonel, meu colega de Ministério Público, ilustre doutrinador e cultor do Direito. Fico extremamente honrado de estar aqui na Escola Paulista da Magistratura, e quero estender minha homenagem ao novo papel que a Magistratura está desempenhando na reconstrução ética de nosso país.

O que me cabe abordar hoje é o novo Código de Processo Civil e o processo coletivo.

Eu trouxe aqui uma apresentação digitalizada sobre o assunto, que está disponível para os senhores, tanto por meio da Escola Paulista da Magistratura, a quem eu já entreguei esse material, como também na minha página da internet.² E, para os senhores que queiram uma complementação de seus estudos, disporão da exibição de uma palestra que eu divulguei no *site* do Youtube,³ cujo texto foi publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 958, p. 331.

Valeria a pena, a meu ver, fazer uma rápida introdução sobre o surgimento da tutela coletiva no Direito brasileiro.

O processo civil clássico ou tradicional está baseado na solução de conflitos entre indivíduos, ou entre o Estado e o indivíduo. Exemplos de conflito entre o Estado e o indivíduo temos nos mandados de segurança, nas ações fiscais, nas desapropriações etc. São ações nas quais o Estado, de um lado, contende com o indivíduo, de outro lado. E o mais que se encontrava no processo civil tradicional eram aqueles clássicos conflitos de Caio contra Tício, ou, no máximo, de alguns Caios contra alguns Tícios em litisconsórcio.

Na década de 1970, principalmente na Europa, começou a surgir uma crítica ao uso do processo civil clássico para a solução de conflitos de grupos, clas-

1. Palestra proferida em 18-10-16, na Escola Paulista da Magistratura (<https://youtu.be/MSwgpe1CFvM>), disponível em www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt_epm.pdf.

2. http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/proc_col_EPM.pdf.

3. www.youtube.com/watch?v=7u8G8UfKQMI

ses ou categorias de pessoas. Não que estes conflitos tivessem surgido apenas há pouco mais que 40 anos; é lógico que eles sempre existiram. Desde que o homem vive em sociedade, existem grupos identificáveis de interesses potencialmente divergentes, como os trabalhadores e os patrões, os alunos e os dirigentes de estabelecimentos de ensino, os consumidores e os fabricantes de produtos e daí por diante. Grupos de interesses sempre houve. Mas o que se começou, então, a discutir na Europa foi o fato de que o processo civil clássico, que se baseia na solução de conflitos entre indivíduos, não era apto para dar solução rápida, eficiente e coerente para conflitos de massa. Quem começou a capitanear essa luta foi Mauro Cappelletti, seguido por outros juristas. No Brasil eles foram ouvidos, e, em razão das peculiaridades dos interesses coletivos, começou-se a cogitar da necessidade de uma tutela processual diferenciada para eles. Por que isso? Porque, enquanto no processo civil clássico temos a *representação processual* do autor e do réu, no processo coletivo já surgiu o primeiro problema: como representar processualmente grupos indeterminados de pessoas situados no polo ativo ou no polo passivo da relação processual? Além disso, havia também o problema da *coisa julgada*. A imutabilidade do *decisum*, sob o ponto de vista tradicional, limita-se às partes do processo. Ora, de que adiantaria obtivéssemos uma coisa julgada que se limitasse a se tornar imutável entre as partes, se, no processo coletivo, estamos lidando com interesses de pessoas que sequer estão representadas nos autos? E ainda havia diversos outros problemas, como, por exemplo, na *execução*: como dividir o produto de uma indenização entre lesados indetermináveis?

Todas essas dificuldades mostravam que o processo civil clássico não dava solução para os conflitos de massa.

Cappelletti apontou para essas dificuldades não só na Europa como até mesmo aqui no Brasil, pois chegou a ser convidado no começo dos anos 80 para falar a esse respeito no Rio Grande do Sul. Suas palavras aqui tiveram eco, e alguns projetos foram apresentados ao Congresso Nacional, para tentar dar vazão a essa necessidade de criar mecanismos processuais adequados para resolver conflitos de massa.

Em razão disso, um dos projetos acabou se transformando na conhecida Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, que cuida da tutela coletiva de direitos e interesses transindividuais. Antes disso, já tínhamos tido uma ou outra experiência isolada de defesa de interesses de grupos, como a Lei n. 6.938/81, ou a própria ação popular, que já se prestavam à defesa do meio ambiente ou de alguns interesses culturais. Entretanto, o grande desenvolvimento da tutela coletiva entre nós começou mesmo a partir de 1985.

E, por incrível que pareça, apenas 3 anos depois do surgimento dessa lei, diversas de suas ideias já inspiraram na Constituição Federal de 1988 diversas normas de tutela coletiva. A seguir, várias leis ordinárias advieram, como a Lei n. 7.853/89 (de proteção à pessoa com deficiência), a Lei n. 7.913/89 (de defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários), a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei n. 8.429/92

(Lei de Improbidade Administrativa) etc. Todas essas leis acabaram por trazer importantes acréscimos para a defesa de interesses de grupo no Direito brasileiro.

Inicialmente, o objeto da tutela coletiva era um tanto acanhado: abrangia a defesa do meio ambiente, sim, mas apenas interesses difusos relacionados ao meio ambiente; abrangia a defesa do consumidor, mas só os interesses de objeto indivisível de consumidores; abrangia ainda a defesa do patrimônio cultural da população em geral. Por meio dessa primeira lei — a Lei n. 7.347/85 —, não era, pois, possível, exercer a defesa de interesses individuais homogêneos. E, no momento de sua sanção, o objeto dessa lei não passou disso, pois o Presidente da República da época vetou a norma de extensão que permitiria a defesa de “outros interesses difusos” além daqueles expressamente previstos no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Assim, quaisquer outros interesses que houvesse, e efetivamente os há, ficaram originariamente fora da sua tutela.

Não obstante essa limitação que ocorrera em 1985, gradativamente o objeto da ação civil pública acabou sendo ampliado. Por primeiro, pela própria Constituição, cujo art. 129, inc. III, já prevê o uso de ação civil pública, sem exclusividade do Ministério Público, para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social, e de “outros interesses difusos e coletivos”. A seguir, veio a legislação infraconstitucional, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Cidade, a lei de defesa da ordem econômica, a lei que prevê a defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos e outras leis que ampliaram expressamente o objeto da ação civil pública e da ação coletiva, inclusive para restaurar a norma residual que fora vetada em 1985 pelo chefe do Executivo.

Se tudo isso foi crescimento, nem tudo, porém, foi sucesso. Nesses anos todos de vigência da Lei da Ação Civil Pública, também tivemos percalços. Vamos mencionar alguns deles.

O primeiro deles já foi em 1985, quando da própria sanção da lei pioneira, quando houve um esforço de alguns grupos em favor do veto total, o qual não veio, mas sobrou um veto parcial, já mencionado, à norma residual ou de extensão, que teria permitido, desde o início da vigência da lei, a defesa de quaisquer interesses difusos, mesmo que não enumerados taxativamente na própria lei. O Presidente da República foi alertado pelos seus assessores de que uma ação civil pública assim abrangente poderia causar embaraços ao próprio governo, como em matérias de fundos sociais, matérias fiscais ou tributárias...

Ainda alguns anos depois, por meio de medidas provisórias, vários presidentes da República se valeram deste mecanismo excepcional de legislar para impor limites à coisa julgada no processo coletivo, ou seja, a decisão que julgasse uma ação civil pública só seria imutável dentro dos limites da competência territorial do juiz prolator.⁴ Isso é um grande absurdo, dentro da teoria do processo coletivo, que foi con-

4. A Med. Prov. 1.570/97 alterou o art. 16 da LACP, tendo sido convertida na Lei n. 9.494/97.

cebido justamente para permitir uma decisão com efeitos *erga omnes*, independentemente dos limites da comarca do juiz prolator.

Em seguida, tivemos medidas provisórias que restringiram o objeto da ação civil pública.⁵ Era como se o governante dissesse: *os senhores querem usar a ação civil pública? Muito bem... Mas não, se ela envolver fundo de garantia por tempo de serviço, fundos sociais, questões previdenciárias e questões tributárias...* Ou seja, o governo começou a limitar o objeto.

Veio outra medida provisória, a de n. 2.088-35, de dezembro de 2000, e esta foi escandalosa. Um dispositivo dessa medida vigeu apenas um mês. Os senhores poderiam dizer: *mas qual o interesse de falar sobre um dispositivo tão efêmero, que, aliás, já foi revogado?* O interesse é mostrar aos senhores uma tendência. Essa regra só não foi efetivamente implantada porque a comunidade jurídica reagiu. O escândalo foi o seguinte: o Presidente da República fez uma medida provisória tentando estabelecer a possibilidade de reconvenção do réu de ação civil pública contra o membro do Ministério Público que ousasse propor uma ação de improbidade contra uma autoridade... Essa possibilidade de reconvenção era um absurdo processual, porque os senhores sabem muito bem que a reconvenção só pode ser entre as mesmas partes do processo principal, mas o membro do Ministério Público que propôs a ação civil pública de improbidade *não é parte na ação!* Seria como admitir uma reconvenção contra o advogado da parte... Era, pois, algo ridículo, que durou apenas um mês. A Conamp — Associação Nacional do Ministério Público — convidou uma equipe de juristas para preparar uma ação direta de inconstitucionalidade, e eu tive a honra de fazer parte dessa comissão, mas nós não chegamos nem a ajuizar a ação. O escândalo foi tão grande que o governo, já em janeiro de 2001, revogou esse dispositivo... Mas esse dispositivo já confirma aquela tendência de limitar a ação civil pública, ou, pelo menos, de intimidar os seus autores. Aliás, notem que agora, no Congresso Nacional, os parlamentares estão querendo alterar a Lei de Improbidade Administrativa para responsabilizar os membros do Ministério Público e Magistrados que ousem processar as nossas impolutas autoridades...

Mais vedações vieram, até que, em 2009 a comunidade jurídica acreditou ser hora de sistematizar o processo coletivo. Foi feito um anteprojeto de tutela coletiva, que, depois de tumultuada tramitação no Congresso, foi arquivado ainda na fase de Comissão de Constituição e Justiça, pelos próprios Deputados. É um arquivamento que dizem não ser definitivo, porque contra ele foi interposto recurso. Sim, houve interposição de um recurso que vai ser julgado nas calendas gregas... Os senhores sabem muito bem que as calendas são romanas, pois os gregos não tinham calendas. Então esse recurso vai ser julgado nas calendas que não existem.

Em seguida, sobreveio o Código de Processo Civil de 2015, que não disciplinou o processo coletivo. Ele tem dispositivos de natureza coletiva, reporta-

5. Med. Prov. 1.984/00 e seguintes, que introduziram um parágrafo único no art. 1º da LACP, hoje com a redação que lhe deu a Med. Prov. n. 2.180-35/01.

se ao processo coletivo, mas não tem um livro, um título ou sequer um capítulo disciplinando o processo coletivo.

Assim, nesse crescimento da tutela coletiva entre nós, nem tudo foi sucesso: houve percalços, houve dificuldades, e o próprio Código de Processo Civil em vigor perdeu a oportunidade para sistematizar o processo coletivo e harmonizá-lo com processo individual, tendo ficando apenas com alguns pontos de contato entre o processo coletivo e o processo individual clássico.

A troca do Código de Processo Civil de 1973 pelo de 2015 é compreensível?

O Código de 73 era um bom Código, porque bem sistematizou o processo em sua época. Comparado ao de 1939, o Código de 73 era tecnicamente muito superior, no que diz respeito, por exemplo, à teoria da ação, às nulidades, à execução... Entretanto, esse Código de 73 ficou muito marcado, em primeiro lugar, simplesmente por ter sido feito na época da Ditadura, pecha ou nódoa que sempre lhe era irrogada. Só que a Ditadura acabou, o mundo mudou, vieram os movimentos sociais mais poderosos, a internet trouxe a difusão de conhecimentos, muitas alterações tópicas vieram a ser-lhe impostas. E, apesar de ter qualidades, esse Código não era perfeito, porque a grande verdade é que a distribuição de Justiça em nosso País não é satisfatória. A meu ver, sua principal falha é a falta de efetivo acesso a ela. Talvez nós pudéssemos supor que essa falta de efetivo acesso à Justiça fosse um problema *da lei*. Então, por que não culpar o Código de Processo Civil de 1973 pelo mau funcionamento da Justiça no Brasil? E até haveria razões para culpar a lei, sim. Em primeiro lugar, nós temos uma inflação legislativa enorme, que leva, também, ao descumprimento da lei até por um problema cultural do nosso povo, a começar pelo mau exemplo dos governantes, e terminando pelo comportamento do próprio povo. Vamos enfrentar a questão com franqueza: grande parte da população se satisfaz em *ser esperta*, em *passar alguém para trás, como numa fila, e levar vantagem em alguma coisa*. Eu me lembro de que, há alguns anos, havia uma propaganda de uma marca de cigarro, como se fumar fosse uma coisa inteligente, na qual, além de mostrar que a pessoa era inteligente por fumar, ainda seria mais inteligente ainda por comprar cigarros de determinada marca, o que significaria *levar vantagem* sobre os outros... Essa teoria de *levar vantagem* explorava o inconsciente coletivo, ou seja, era bom ser esperto e levar vantagem sobre os outros neste País... Numa situação como esta, é lógico que as leis não resolvem por si mesmas: estamos diante de um problema cultural.

Em síntese, o Código de Processo Civil de 1973 não era um mau código. A seu tempo, bem sistematizou o processo. Seu maior defeito, a meu ver, é o de que ele estava superado pelas demandas atuais da sociedade, dentre as quais a principal era a de que o Código de 73 não tem absolutamente nada para resolver conflitos de massa.

Então era hora de trocar o Código?

Talvez fosse.

Mas, na verdade, o novo Código de Processo Civil de 2015, introduzido pela Lei n. 13.105/15, trouxe importantes modificações, algumas das quais muito boas, outras nem tanto, mas, na parte que nos diz respeito agora em nossa exposição, que é a questão da tutela coletiva, ele trouxe algumas mudanças notáveis.

A primeira delas, para a qual eu chamaria a atenção, é a de que os juízes e tribunais *observarão os precedentes* — regra esta inserida nos arts. 926 e 927 do estatuto. A redação originária era a de que os juízes e tribunais deveriam *seguir* os precedentes, ou seja, a ideia era a de que seguissem servilmente os precedentes. Trocou-se a redação de *seguir* por *observar*. Ora, se tomarmos o sentido gramatical da palavra, até creio saudável que o juiz observe os precedentes, que demonstram uma tendência dos tribunais, uma experiência de gerações, um amadurecimento de conceitos... Observar os precedentes, nesse sentido, seria excelente. Mas não é isso o que o Código quer: ele quer mais do que isso. Buscando tornar a jurisprudência algo previsível, estável e seguro, valores esses muito marcantes no sistema da *common law* que se baseia muito na teoria do *stare decisis*, ou seja, a prevalência do precedente, o Código de 2015 resolveu introduzir um reforço à jurisprudência dos tribunais, que poderão criar hipóteses que devem ser observadas obrigatoriamente pelos juízes inferiores.

Isso é novidade no Direito brasileiro?

Não totalmente. Nós já temos, na Constituição de 1988, hipóteses de julgamentos do Supremo Tribunal Federal que criam regras gerais obrigatórias, seja na redação original da Lei Maior (no tocante à decisão das ações diretas de inconstitucionalidade), seja na redação trazida em suas emendas (no tocante à decisão das ações declaratórias de constitucionalidade e às súmulas vinculantes). Assim, nós já temos no Direito brasileiro hipóteses de decisões judiciais que são vinculantes e impõem normas abstratas *erga omnes* para os jurisdicionados da nossa maior Corte: são, pois, as súmulas vinculantes e as decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, quando partam exclusivamente do Supremo Tribunal Federal. Isso está previsto na Constituição.

É preciso prever algo assim na Constituição? Sim, porque não é tarefa do Poder Judiciário fazer leis; simplesmente por isso. Numa democracia, fazer a lei supõe a vontade *do povo*. Ora, tanto o Poder Judiciário como o Ministério Público são executores da lei, não criadores dela. O Judiciário é o executor contencioso da lei, mas não faz a lei. Esta é feita por uma atividade de colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, com um controle de constitucionalidade a ser feito pelo Judiciário. Por uma exceção constitucional, absolutamente taxativa, a própria Lei Maior autoriza o Poder Judiciário a fazer normas abstratas e genéricas quando edite suas súmulas vinculantes, e quando declare a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. Mas para que o Poder Judiciário pudesse fazer comandos abstratos, foi preciso advir uma autorização constitucional expressa.

O Código de Processo Civil de 2015, ousadamente, acredita-se estar no mesmo nível da Constituição, porque ele aumentou esse rol de hipóteses em

que o Poder Judiciário pode expedir normatividade abstrata... Agora, para saber quando o Poder Judiciário pode emitir normas abstratas, não basta ler a Constituição. Para saber o que é atividade legislativa no Brasil, não basta ler a Constituição: agora precisamos ler a Constituição e o Código de Processo Civil, pois este acrescentou às súmulas vinculantes — que estão na Constituição Federal — e às decisões de controle concentrado de constitucionalidade — que estão na Constituição Federal —, ele acrescentou também os acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, os acórdãos em recursos extraordinários e em recursos especiais repetitivos, acrescentou quaisquer outras súmulas do STF e do STJ, pois ele revogou a distinção constitucional entre súmulas vinculantes e não vinculantes (agora não existem mais súmulas não vinculantes), acrescentou ainda as orientações de plenário das Cortes — nem são mais do STF ou do STJ, mas serão do respectivo tribunal ao qual está subordinado o juiz, e por fim acrescentou até mesmo as decisões em incidentes de assunção de competência... Todas essas decisões passam a ser vinculantes...

Então o Código de Processo Civil de 2015, agora, incrivelmente decidiu ter o mesmo nível hierárquico que a Constituição...

Entre suas mudanças notáveis, o Código diz que o juiz só pode deixar de seguir o precedente se for demonstrada a distinção do caso ou a superação do entendimento, regra que decorre do art. 489, § 1º, VI, do novo Código, interpretado *a contrario sensu*, ou seja, o juiz não pode deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, salvo se demonstrar que o caso é distinto ou que o entendimento foi superado.

Eu gostaria de criticar também sob o aspecto prático esta solução encontrada pelo Código de 2015, porque, no Brasil, não tem sido boa, a meu ver, a experiência de sempre seguir servilmente o entendimento das mais altas Cortes. Às vezes são as mais altas Cortes que, depois de muitos anos, é que acabam seguido o bom exemplo das Cortes inferiores... Vou dar dois exemplos bem marcantes a respeito. Os senhores são muito moços, não viveram a experiência do chamado *Plano Collor*. Um dia, um Presidente da República acordou achando que ele também tinha o direito de desprezar a Constituição, e bloqueou, do dia para a noite, todos os ativos financeiros em todo o País, por medida provisória! Quando de imediato se bateu diretamente às portas dos mais altos tribunais, eles em nada impediram esse absurdo. Em Brasília chegou a ser ajuizada uma ação civil pública a respeito, que foi trancada. Quem resolveu o problema? Não foram as mais altas Cortes; foram, sim, os juízes singulares, em todo o País. Foram estes que foram decidindo, estes é que fizeram os precedentes e a jurisprudência. E, anos depois, quando o caso chegou de novo ao Supremo Tribunal Federal, Collor não era mais Presidente, a questão já estava resolvida, a poeira já tinha baixado, e o Supremo Tribunal Federal heroicamente decidiu que era inconstitucional o bloqueio dos ativos financeiros. Quem fez a jurisprudência? Foi o Supremo Tribunal Federal? Foi o Superior Tribunal de Justiça? Não. Foram os juízes do Brasil todo. Outro exemplo marcante, a mostrar como é mau deixar apenas para as próprias Cortes rever suas súmulas. Lembremo-nos da súmula 394 do STF. Nos primeiros dias de abril de 1964, nem bem

tinha sido instalado o golpe militar que se autoproclamou como Revolução, o Supremo Tribunal Federal, num caso relatado pelo Min. Nunes Leal, entendeu que o foro por prerrogativa de função persistiria mesmo que não houvesse mais função, ou seja, se uma autoridade detentora de foro por prerrogativa de função cometesse um crime enquanto detivesse esse foro, este foro continuaria a existir mesmo que cessassem as funções que garantiam à autoridade esse foro... Criaram, pois, um foro por prerrogativa de função *sem função*... Esse absurdo, plenamente antirrepublicano, durou a bagatela de mais de 30 anos para ser revogado... Foi revogado, sim, porque o entendimento do próprio STF foi superado... pela própria Corte... apenas 35 anos depois... porque nesse ínterim não houve questionamento algum dos juízes inferiores, que deixaram a própria Excelsa Corte superar sozinha seu próprio entendimento equivocado de décadas...

Ora, esse novo sistema do CPC de 2015, de proibir o juiz de fazer jurisprudência contrária à dos tribunais, e torná-los vinculados abstratamente a todas as orientações das Cortes superiores, a meu ver, além de ter sérios vícios de constitucionalidade, a meu ver nem mesmo sob o aspecto prático é a melhor solução, até porque, não raro, são os juízes que mais acertam, e não os tribunais mais altos. E, quando se deixa aos tribunais mais altos reverem as próprias posições, isso pode levar décadas para uma mudança, e o cidadão não dispõe de mecanismos fáceis para obter a superação do entendimento. Além do mais, os juízes que têm contato direto com os casos concretos, levam em conta muito sabiamente, com muita pertinência, suas peculiaridades, graças a seu contato com as partes. Perde-se, com o sistema de precedentes obrigatórios dos tribunais, a autonomia interpretativa dos magistrados, que é maior, no mais das vezes, que a dos mais altos tribunais, que são de composição política, não raro com inserções de caráter até mesmo político-partidário. De fato, em vez de serem como os tribunais de Justiça estadual, compostos majoritariamente de juízes de carreira, os tribunais mais altos são preenchidos por critérios políticos e às vezes político-partidários.

O mais grave é que, dar ao Poder Judiciário o direito de expedir normas abstratas, é algo que excede, como vimos, a autorização constitucional para a emissão de decisões vinculantes desse Poder.

Nem mesmo há semelhanças entre essas situações criadas pelo Código de 2015, com as hipóteses antes existentes dos recursos com repercussão geral.⁶ As decisões em recursos com repercussão geral só se aplicavam aos demais recursos com a mesma tese. Agora, não. Se o STF, se o STJ, se uma Corte qualquer editar um entendimento abstrato e genérico, vai não só resolver os recursos pendentes, mas vai resolver quaisquer casos, não só aqueles em curso, mas até mesmo os casos futuros que ainda não foram sequer ajuizados ou que ainda sequer ocorreram! Fazer isso é papel da lei, não da jurisprudência! Fazer isso é matéria de lei material, não de decisão judicial. Fazer lei de efeitos gerais e abstratos, só é possível por meio de atividade de colaboração entre o Legislativo e o Executivo. Mesmo as medidas provisórias, que são apreciadas pelo Poder Legislativo, são exceções, pois conferem ao Executivo uma normatividade abstrata inicial, quando o normal é conferi-la originariamente ao Legislativo.

6. EC n. 45/2004 e Lei n. 11.418/2006.

Mesmo as súmulas vinculantes do STF já são exceção, que precisaram de autorização constitucional para existir, e ainda são sujeitas a um quórum qualificado... Agora não mais...

O CPC de 2015 acabou, pois, criando algumas alterações, digamos, notáveis...

Preocupou-se ele com a lide coletiva? Sim, sem dúvida: ele prevê a cientificação do Ministério Público e da Defensoria para a propositura do processo coletivo (art. 139, X), criou o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e s.), previu a intervenção do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana (art. 178, III), impôs a suspensão dos processos nos casos de repercussão geral (art. 1.037, III), mandou aplicar a tese jurídica a processos individuais ou coletivos (art. 985), sem falar na norma, já vetada, que tentou permitir a conversão da ação individual em coletiva (art. 333). Mas essa foi uma preocupação esparsa, pois não houve qualquer intento de sistematizar ou disciplinar o processo coletivo. E como ele mostrou preocupação com a lide coletiva, tenta-se vender a ideia de que o Código de Processo Civil de 1973 era individualista, e o Código de 2015 seria voltado para o coletivo. Ora, a primeira parte desta afirmação é correta: o Código de 73 era voltado para a lide individual, e, aliás, era muito natural que assim fosse, pois na década de 70, o processo coletivo ainda não era uma realidade em nosso país. Mas que o Código de 2015 seja voltado para a lide coletiva, não é possível aceitar. Ele criou, sim, incidentes que têm natureza coletiva, criou mecanismos para tornar as teses dos tribunais vinculantes para juízes inferiores etc., mas ele não disciplinou o processo coletivo. Esta foi, a meu ver, a principal falha do Código de 2015.

Das duas maiores novidades a respeito, uma é o incidente de resolução de demandas repetitivas; a outra seria a possibilidade de transformação da ação individual em coletiva, mas esta última novidade acabou vetada pelo Presidente da República. Ora, dizer que o Código de 2015 é voltado para a lide coletiva, a meu ver, não corresponde à verdade. Se ele fosse efetivamente voltado para tanto, a primeira coisa que ele teria seria um livro, um título ou pelo menos um capítulo para o processo coletivo.

Por outro lado, ele prevê a suspensão de processos individuais e coletivos (arts. 313, IV, 982, I, 982, § 3º), inclusive em execução (art. 921, I). É isto novidade? Do modo como foi instituído no CPC de 2015, é novidade. Já tínhamos a possibilidade de suspensão de processos individuais em razão do advento de lide coletiva, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (arts. 94 e 104), mas a grande diferença é que, neste último, a suspensão do processo individual se dava a requerimento do autor, enquanto no CPC de 2015 é coativa e de ofício. Os senhores talvez pudessem invocar uma segunda hipótese na legislação pretérita, por meio do qual a Lei dos Recursos Repetitivos já permitia a suspensão de recursos (Lei 11.672/2008); entretanto, esta lei só permitia a suspensão de *recursos*, estando todos com o mesmo andamento, na mesma fase processual. A meu ver, até é razoável que, se eu tenho vários recursos na mesma fase e com o mesmo objeto, haja suspensão de todos os casos para julgar um só,

e se estenda a solução para todos os casos idênticos, pois isso é questão de racionalidade. O que se faz no Código de 2015, porém, é mais do que isso: ele manda suspender todos os processos, inclusive aqueles em fases diferentes. Ora, a Constituição diz que nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Se ela confere o ajuizamento de uma ação, assim assegurando a inafastabilidade do controle judicial, mas se a lei infraconstitucional suspende irremediavelmente o andamento dessa ação, ela relativiza a garantia. Que garantia de acesso é esta, segundo a qual eu posso propor a ação, mas não posso dar andamento a ela? Os senhores poderiam dizer: *mas medidas importantes poderão ser tomadas nesse ínterim, e, além do mais, essa suspensão dura apenas um ano*. Ora... dura um ano enquanto o relator, por despacho fundamentado, não prorrogar *sine die* esse prazo... E os senhores acreditam que essas ações coletivas vão ser julgadas em um ano, em todo o País?... Todas as ações coletivas? Pois nenhuma!

A suspensão de processos individuais, de um lado, e os precedentes obrigatórios de outro... isso me preocupa muito, senhores, pois acresce a isso que qualquer tribunal poderá cercear a independência dos juízes, que não mais estarão adstritos à lei e às suas consciências, mas sim à hierarquia preventiva dos tribunais...

Infelizmente teremos de aguardar o Supremo Tribunal Federal, nesta ou em futura composição, enfrentar esses problemas e dar-lhes solução adequada.

A favor do sistema de precedentes, tal como instituído no CPC de 2015, existem bons argumentos práticos: *ah, mas isso resolve o problema das decisões conflitantes, da segurança da prestação jurisdicional, do volume de serviços...* Quando me posiciono contra isso, não é porque eu seja um teórico, é sim porque sou constitucionalista: vamos resolver isso pelo Código de Processo Civil ou pela Constituição? Esse é o problema.

E outra coisa: eu não me convenci de que essa novidade seja para melhorar a prestação da Justiça no Brasil. Eu me convenci de que essa novidade é para desafogar os tribunais: não passa de incentivo à jurisprudência defensiva, e os senhores bem sabem o que é isso.

Apesar da dita preocupação coletiva do CPC de 2015, houve ausência de disciplina do processo coletivo. Por quê?

O Projeto 166 de 2010, do Senado, do qual se originou o atual CPC, já tinha excluído a tutela coletiva de seu objeto. Nas primeiras reuniões da comissão que elaborou o anteprojeto, já ficou decidido não incluir no projeto de Código de Processo Civil nada que fosse objeto de lei especial; assim não se disciplinou o processo coletivo no CPC de 2015. Entretanto, parece-me que essa decisão, com todo o respeito, foi equivocada. Em primeiro lugar, porque não se quis dar codificação ao processo coletivo, que já estava experimentado em nosso país há mais de 30 anos, daí resultando uma boa tradição legislativa e jurisprudencial de várias décadas; entretanto, ao mesmo tempo, deu-se codificação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, este sim sem qualquer tradição legislativa ou jurisprudencial entre nós, e ainda se criou, ou, pelo me-

nos, se tentou criar, uma transformação de ação individual em ação coletiva, também sem nunca ter havido uma experiência sequer a esse respeito entre nós. Então, aquilo sobre o qual havia uma experiência saudável, que era o processo coletivo, isso se deixa de lado, deixa-se para lei especial; mas por que não se deixou para lei especial também o incidente de resolução de demandas repetitivas, que não tinha nenhuma tradição em nosso país, ou a transformação de ação individual em coletiva, que também estava carente da mesma tradição?

Ao contrário: o CPC de 2015 impôs a solução do indevido papel legiferante dos tribunais, sem autorização constitucional para isso... aí não teve pejo em fazer isso, diretamente, sem que houvesse base constitucional nem experiência legislativa anterior a respeito.

Ora, no Direito alemão, o CPC de 2015 foi buscar inspiração para suspender as ações individuais. Pois no Direito alemão, em 2005 foi de fato instituída uma inovadora ação de massa, mas de objeto limitado a controvérsias relativas aos ilícitos no campo financeiro (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*); lá, eles não criaram uma suspensão de processos individuais para todas as ações no país, e, muito menos, codificaram de imediato essa experiência. Não: lá fizeram uma lei especial, versando apenas ilícitos no campo financeiro, como uma experiência a ser testada que, se fosse bem sucedida, poderia depois ser aproveitada e estendida a outras hipóteses.⁷

Aqui, não se fez experiência alguma; não se pegou um campo do Direito financeiro, ou da área ambiental, ou da área de consumo, para fazer uma experiência. Não. Já de imediato se codificou uma coisa que nunca existiu em nosso país, que é a suspensão coativa de ações individuais.

A meu ver, essa suspensão coativa de processos individuais subtrai lesões ou ameaças de lesão a direitos do conhecimento do Poder Judiciário, enquanto durar a suspensão. E essa suspensão não é limitada a um ano — o que já seria muito, pois durante um ano já se ficaria sem acesso à prestação jurisdicional — mas será por mais de um ano: basta que o relator do caso, em decisão fundamentada, estenda esse prazo!

Ora, eu acredito que havia bons motivos para o Código de 2015 disciplinar o processo coletivo. O primeiro motivo é que, enquanto o Código anterior não disciplinava o processo coletivo com toda a razão, porque em 1973 o processo coletivo não era uma realidade entre nós, já em 2015, quando foi sancionado o Código de Processo Civil atual, o processo coletivo já era uma realidade importante e hoje presente no foro de Norte a Sul do País. Quando o Projeto 166 de 2010 do Senado foi iniciado, o processo coletivo já era, pois, uma realidade, e tinha características próprias, merecendo solução atual para o problema da legitimação ativa, da competência, da coisa julgada — e tudo isso ficou sem disciplina e solução atual. Os problemas que ainda existem no

7. 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.

processo coletivo ficaram todos sem solução. O grande argumento era o de estava em tramitação no Congresso, naquele momento, o Projeto 5.139, de 2009, que já cuidava da tutela coletiva. Na verdade, porém, nada teria impedido e tudo teria recomendado que o novo Código de Processo Civil, a meu ver, disciplinasse de maneira harmônica o entrosamento ou a interação entre o processo individual e o processo coletivo, que é o grande problema de hoje, que ficou sem solução. E mais: aquele Projeto 5.139, de 2009, foi arquivado pelo Congresso muito antes de a Comissão, que elaborou o anteprojeto de Código de Processo Civil, terminar seu próprio trabalho...

Ora, a Constituição de 1988 queria, sim, um processo coletivo. Ela mostrou claramente que estava preocupada com o processo coletivo. Eu elencarei alguns exemplos para mostrar aos senhores como o processo coletivo era objetivado pelo constituinte de 1988. O art. 5º, inc. XXI, diz que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. O que é isto? É defesa coletiva. O art. 5º, inc. XXV, diz que a lei não excluirá do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Os senhores irão falar: *mas onde está o processo coletivo?* Está no título do Capítulo: agora o art. 5º da Constituição não cuida mais apenas dos direitos e garantias individuais, como o art. 153 da Constituição anterior fazia. Hoje ele cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos; assim, toda garantia fundamental, que não seja exclusivamente individual, será também coletiva.⁸ Vou dar um exemplo aos senhores. Alguém acredita que o direito de acesso à Justiça é apenas direito individual? Ele é individual sim, mas também é coletivo. Existem inúmeras normas na Constituição que garantem o acesso coletivo: o acesso coletivo também é garantido, ou seja, não permite a exclusão do conhecimento do Poder Judiciário. Vejam o inc. LXX do mesmo art. 5º: mandado de segurança coletivo. Vejam o inc. LXXIII: o objeto da ação popular foi ampliado para incluir o meio ambiente, que é interesse coletivo. O sindicato, em conformidade com o art. 8º, inciso III, pode defender interesses coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais. O Ministério Público, sem exclusividade, segundo o art. 129, inc. III, e § 1º, pode entrar com ação civil pública para a defesa do meio ambiente, patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos. Os índios, segundo o art. 232, individualmente ou pelas suas comunidades podem defender interesses de grupo... Como dizer que a Constituição só garante acesso individual à jurisdição? Ela previu e quis a tutela coletiva. Quem não quis a tutela coletiva nele disciplinada foi o Código de Processo Civil de 2015.

Ora, a tutela coletiva é direito fundamental, e estão incluídos entre os direitos fundamentais aqueles que dizem respeito ao acesso à jurisdição. Então, a meu ver, o Código de 2015 perdeu uma grande oportunidade de disciplinar a tutela coletiva. Ele teria sido um grande código se tivesse feito isso; seria um código com vistas para o futuro. Como ele foi feito, porém, já nasceu velho, porque não disciplinou a grande novidade que o Direito processual civil brasileiro tinha introduzido nas últimas 3

8. Cap. I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” do Tít. II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição de 1988.

ou 4 décadas — que foi o processo coletivo. Os senhores vão dizer: *bom, mas ele tem incidentes coletivos*. Sim, é verdade, tem; alguns deles com graves vícios de constitucionalidade, a meu ver.

Enfim, o atual Código de Processo Civil cometeu, a meu ver, uma omissão indesculpável. Perdeu, ainda, a chance de corrigir erros graves que já existiam na atual tutela coletiva. O primeiro destes consiste na atual proibição de acesso coletivo à jurisdição em matérias que não interessam ao governo. Se formos examinar o objeto da ação civil, veremos que pode ser usada para defender o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural, a ordem urbanística, a ordem econômica, os valores raciais, étnicos e religiosos, o patrimônio público e social; mas não poderemos usar a ação civil pública para questionar atos do governo em matéria concernente a fundos sociais, fundo de garantia por tempo de serviço, contribuições previdenciárias, questões tributárias... Ou seja, o problema é tributário? Então não cabe ação civil pública. O problema são as contribuições previdenciárias? Então não cabe ação civil pública...

Era hora de corrigir isso. Era mais do que hora de revogar esse parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, introduzido por medida provisória, e que está em vigor até hoje, vedando acesso coletivo à Justiça nessas matérias, porque não convém ao governo que possamos discutir numa só ação civil pública se aquele imposto é devido ou não, e daí por diante.

Então, a meu ver, uma grande oportunidade foi perdida.

Outro ponto: o Código de 2015 mudou para pior o sistema do Código de Defesa do Consumidor de suspensão das ações individuais. O Código de Defesa do Consumidor previa que, ao ser ajuizada uma ação de caráter coletivo, editais seriam expedidos, para que os indivíduos que tivessem uma ação individual cujo objeto pudesse ser abarcado pela ação coletiva, pudessem optar por suspender o seu processo individual (arts. 94 e 104). Então, ao optar pela suspensão do seu processo individual, o indivíduo estaria voluntariamente se submetendo à decisão do processo coletivo apenas em seu benefício. O Código de 2015 fez o contrário: em vez de o indivíduo optar por *entrar*, o indivíduo terá agora de optar por *sair* do alcance do processo coletivo. O pior é que não se trata de uma opção pura e simples, porque o indivíduo, para optar, agora terá de mostrar a distinção de seu caso. Ora, se o caso dele for efetivamente distinto, a meu ver, ele não precisará fazer opção alguma: o caso dele nem estará coberto ou alcançado pela eventual decisão da ação coletiva. Por que ele precisaria ir ao processo coletivo para dizer que o caso dele é distinto, se o caso dele efetivamente já é distinto? Não precisa. Mas, ainda que ele quisesse dizer isso, vejam a dificuldade: o jurisdicionado do Rio Grande do Sul teria que ir muitas vezes a um tribunal em Brasília ou a outro lugar, para se excluir do processo coletivo e tentar convencer que o caso dele não está incluído no processo coletivo. Ora, a meu ver não existe autorização constitucional para dar todo esse efeito a essa suspensão, e muito menos para obrigar a esse sistema de *opt-out*, ou seja, de exclusão, que será extremamente improvável de ser praticado.

O Código, ainda, não deu melhor disciplina à coisa julgada coletiva, que ainda está mal disciplinada, até porque o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, alterado por medida provisória já transformada em lei, contém o absurdo de querer limitar a imutabilidade da decisão do juiz aos limites territoriais de sua comarca... como se a imutabilidade do *decisum* só fosse possível de ser afirmada na sua comarca... Eu vou usar um exemplo muito feliz do Prof. Nelson Nery: é a mesma coisa que num divórcio. Eu preciso saber qual é o juiz competente para essa ação — pode ser o do Rio de Janeiro, pode ser o do Rio Grande do Sul, mas aquele juiz competente que decreta o divórcio expedirá uma sentença que, depois de transitar em julgado, será imutável em todo o País, e não somente nos limites da competência territorial do juiz prolator... Esse erro brutal, que existe na Lei da Ação Civil Pública até hoje continua sem correção.

A competência no processo coletivo continua, também, sem melhor disciplina, ou seja, ainda convivemos com regras díspares: em algumas ações a competência é firmada pelo local do dano, em outras pelo local da ação, em outras pelo foro da execução... Faltou regra sobre isso — o novo Código também se omitiu.

Enfim, meus amigos, eu queria dizer que, na verdade, a meu ver, respeitados, evidentemente, os entendimentos contrários, o Código de Processo Civil de 2015 não corresponde às expectativas no tocante à tutela coletiva. Contém dispositivos de tutela coletiva, inova em algumas coisas, mas nem tudo que ele inovou é bom, e muito do que ele inovou é inconstitucional.

Esta apresentação que lhes exhibi, reitero aos senhores, está à disposição dos senhores tanto aqui na Escola Paulista da Magistratura, quanto no meu *site*.⁹ O teor básico desta minha exposição também está divulgado no Youtube¹⁰ e em artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 958, p. 331.

Agradeço sumamente a oportunidade de estar aqui com os senhores e agora devolvo a palavra à presidência da Mesa, para o prosseguimento dos trabalhos.

Obrigado.

9. http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/proc_col_EPM.pdf.

10. www.youtube.com/watch?v=7u8G8UfKQMI.