São Paulo, 5 de junho de 2009.

Senhor Deputado:

Diante da tramitação do Projeto de nova Lei de Ação Civil Pública (Projeto de Lei 5.139/2009, da Câmara dos Deputados, que institui o Novo Regime da Ação Civil Pública), trazendo tão grandes mudanças no sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), instrumento essencial de tutela coletiva, tomo a liberdade de encaminhar a essa Egrégia Relatoria algumas sugestões para acompanhamento legislativo.

Índice das sugestões:

1. Art. 1º, § 1º 2
2. Art. 2º, III 2
3. Art. 3º, XI 2
4. Art. 6º, § 3º 3
5. Art. 10, § 4º 3
6. Art. 11, § 2º 3
7. Art. 13 4
8. Art. 14 5
9. Art. 16 6
10. Art. 19, caput 6
11. Art. 19, §§ 3º e 4º 7
12. Art. 20, III 7
13. Art. 20, IV 8
14. Art. 20, VI 8
15. Art. 21, parágrafo único 9
16. Art. 27, § 5º 9
17. Art. 30 10
18. Art. 32 10
19. Art. 33 11
20. Art. 34, caput 11
21. Art. 34, §§ 1º, 2º, 3º e 4º 11
22. Art. 37 12
23. Art. 38, caput 13
24. Art. 39, parágrafo único 13
25. Art. 44 13
26. Art. 45 14
27. Art. 45 parágrafo único 15
28. Art. 46 15
29. Art. 49 16
30. Art. 50, § 3º 16
31. Art. 51 17
32. Art. 54, § 2º 17
33. Art. 60 18
34. Art. 66 18
35. Inclusão de artigo 19

1. Art. 1º, § 1º

Sugestão de supressão do dispositivo

→ Excluir o § 1º do art. 1º do Projeto, pois a proibição de uso de ação civil pública em matérias como questões tributárias, previdenciárias etc., consiste em denegação de acesso coletivo à jurisdição, em afronta ao art. 5º, XXXV, da CF.

2. Art. 2º, III

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ Alterar a redação do inc. III do art. 2º do Projeto, para mencionar a divisibilidade dos interesses individuais homogêneos, que é sua característica diferenciadora, bem como destacar que não é qualquer dificuldade na formação do litisconsórcio que justifica sua tutela coletiva, mas sim somente aquela dificuldade excepcional e relevante.

→ Nova redação proposta para o inc. III do art. 2º do Projeto:

> Art. 2º (…)
>
> III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou relevante e excepcional dificuldade na formação do litisconsórcio.

3. Art. 3º, XI

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ Alterar a redação do inc. XI do art. 3º do Projeto, para melhor clareza, explicitando a que exatamente, se refere o princípio da preferência da execução coletiva: preferência em relação às outras execuções em geral, ou preferência da execução coletiva em relação às execuções individuais fundadas na decisão do processo coletivo? O Projeto não é claro a respeito, ensejando futuras hesitações na doutrina e na jurisprudência.

4. Art. 6º, § 3º

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ Parece-nos necessário melhorar a redação do § 3º do art. 6º do Projeto, para esclarecer que é possível o litisconsórcio de Ministérios Públicos entre si, ou entre Defensorias Públicas entre si, ou entre uns e outros. Do jeito que está, dá a entender que se admite apenas o litisconsórcio entre ramos do Ministério Público com os ramos da Defensoria Pública.

→ Redação sugerida:

> Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:
>
> (…)
>
> § 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público entre si ou entre os ramos da Defensoria Pública entre si.

5. Art. 10, § 4º

Sugestão de inclusão de um § 4º ao art. 10

→ Os §§ 2º e 3º do art. 10 do Projeto passam a exigir, como pressuposto processual para o ajuizamento da ação coletiva, que o autor comprove a consulta ao cadastro nacional de processos coletivos (art. 53). Entretanto, é mister assegurar que, em caso de tutela de urgência, ou em caso de falha da rede mundial de computadores, a falta dessa comprovação não pode ser óbice ao acesso coletivo à jurisdição.

→ Redação sugerida:

> § 4º. A falta de comprovação da consulta a que se referem os parágrafos anteriores, em caso de tutela de urgência ou em caso de impossibilidade justificada, não será óbice ao acesso coletivo à jurisdição, devendo essa comprovação ser requisitada pelo juízo posteriormente ao ajuizamento da ação.

6. Art. 11, § 2º

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ Com efeito, a atual Lei n. 7.347/85 já prevê a criminalização da conduta de quem descumpre requisição do Ministério Público para instruir as ações civis pública; é preciso alargar o objeto do dispositivo, para incluir também o descumprimento de decisões judiciais.

→ Redação sugerida:

> § 2º. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário.

7. Art. 13

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

- Existem problemas graves no art. 13 do Projeto:

a) De um lado, a Defensoria Pública nem sempre oficia numa ação civil pública ou coletiva; assim, ela só deve ser intimada da propositura da ação civil pública quando for o caso, e não sempre, como dá a entender o art. 13 do Projeto. Aliás, no art. 8º do Projeto, a Comissão elaboradora do Anteprojeto já teve o cuidado de ressalvar que a intimação da Defensoria se dará "quando for o caso", pois não é sempre que a Defensoria Pública atua numa ação civil pública ou coletiva. Urge repetir a ressalva no texto do art. 13;

b) Por outro lado, o art. 13, justamente preocupado em centralizar as ações coletivas e em evitar a dispersão de milhares de ações individuais que podem ser evitadas, porque alcançadas pela decisão do processo coletivo, - referido art. 13 do Projeto, porém, escolheu uma solução que cria um inadmissível ônus para cada brasileiro ao ter de fazer o chamado "*opt-out*", ou seja, para exercer seu direito de exclusão do processo coletivo. Com efeito, é absolutamente inviável que cada brasileiro, das mais longínquas regiões do País, tenha de sair correndo para comparecer em outra Comarca (o foro do processo coletivo), para pedir sua exclusão daquele processo.

Afinal, imagine um indivíduo que more em Rancharia, no Rio Grande do Sul. Ele teria de contratar um advogado para comparecer em Manaus, no Amazonas, para optar por sua exclusão no processo coletivo ali movido, sob pena de ver-se proibido de ter acesso individual à jurisdição, o que lhe é garantia constitucional!!! Esse sistema de *opt-out* acabará por inviabilizar quaisquer ações individuais que eles queiram propor, o que será um inadmissível atentado à garantia constitucional de aceso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição). A regra é saudável de querer um só processo coletivo, para evitar um "demandismo" gratuito, mas isso ter de ser feito como um desestímulo ao processo individual em face das vantagens do processo coletivo, e nunca à custa de um inadmissível ônus para os indivíduos le-

sados, que irá vedar-lhe na prática o acesso individual à jurisdição (art. 13 – ônus do lesado de não se submeter ao processo coletivo; art. 34 – proibição de ações individuais; art. 37, § 3º – suspensão das ações individuais, salvo se "demonstrar a existência de graves prejuízos"…).

A solução tem de ser a inversão da regra contida no Projeto, para manter o sistema atual dos art. 94 e 104 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): em vez de ser um ônus do lesado o de pedir sua exclusão do processo coletivo, deve ser um direito seu suspender o processo individual. Com isso, não se estimulará o processo individual ("demandismo"), mas sim o sistema mais eficiente (o processo coletivo) naturalmente desestimulará o processo individual, por opção do próprio lesado, e não por indevido óbice da lei infraconstitucional, o que inviabilizaria uma das mais importantes garantias constitucional de acesso à jurisdição.

→ Redação sugerida:

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, quando for o caso, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de suspender seus processos individuais, caso os tenham intentado, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no **caput**, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

8. Art. 14

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 14 do Projeto deixa a critério do juiz a fixação do prazo para a resposta nas ações coletivas. Por sua vez, seu parágrafo único manda aplicar à Fazenda os prazos do Cód. de Processo Civil, o que significa que podem ser contados em quádruplo (art. 188 do CPC). Ora, o prazo final para a Fazenda contestar poderia ser de 8 meses, o que seria excessivo. Assim, concedendo-se um prazo já em quádruplo para a resposta, em todas as ações civis públicas ou coletivas, assegura-se maior amplitude de defesa, considerando-se a complexidade dessas ações.

→ Redação sugerida:

Art. 14. Em qualquer caso, o prazo para a resposta nas ações coletivas será de 60 dias.

9. Art. 16

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O atual art. 16 do Projeto só menciona a possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir "a requerimento do autor". Certo que o Ministério Público é, muitas vezes, autor, e nessa qualidade poderá fazer o requerimento. Entretanto, mesmo quando intervenha no processo como interveniente (o chamado "fiscal da lei"), deve ser-lhe lícito fazer idêntico requerimento, para oportuna apreciação do juiz, pois que, mesmo como órgão interveniente, o Ministério Público não perde sua condição de colegitimado ativo nato, tanto que pode aditar o pedido ou mesmo prosseguir na ação, se for objeto de desistência indevida da parte. Assim, nada mais natural que possa beneficiar-se da regra, já que poderia aditar o pedido.

→ Redação sugerida:

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

10. Art. 19, caput

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 19 do Projeto fala em "poderes para transigir" na ação civil pública. Ora, é sabido que os interesses que estão em jogo na ação civil pública não são dos colegitimados ativos, ou seja, os colegitimados ativos comparecem em nome próprio, mas para a defesa de direitos alheios (do grupo lesado). Assim, normalmente estão em jogo interesses que não podem ser objeto de disponibilidade na ação civil pública, como o próprio Projeto já o percebe nos §§ 1º e 3º do mesmo artigo. Assim, mais adequado corrigir-se a redação do *caput*.

→ Redação sugerida:

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, com poderes para se ajustarem a solução consensual da lide, respeitada, se for o caso, a indisponibilidade dos direitos em disputa.

11. Art. 19, §§ 3º e 4º

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ Os §§ 3º e 4º do art. 19 do Projeto dão ao acordo surgido em juízo sempre a natureza de transação. Contudo, essa natureza de transação nem sempre está presente, como o próprio Projeto já o percebe (§§ 1º e 3º), tanto que, nesse caso, o Projeto já ressalva que, em matéria de interesses indisponíveis, a pretensa transação só pode ter como objeto o modo de cumprimento da obrigação.

Entretanto, se entendermos o ajuste celebrado entre as partes não como uma verdadeira e própria transação, mas como garantia mínima em favor da coletividade, não apenas o modo de cumprimento da obrigação, mas até mesmo o próprio mérito do ajuste pode ser objeto de acordo entre os interessados, o que evitará o processo judicial, com toda a sua demora e seus percalços. Aí não teremos vera e própria transação própria do direito privado ou do processo civil em matéria disponível (que constituiria um limite máximo de garantia), e sim uma garantia mínima em favor do grupo lesado.

Sugere-se, pois, alterar a redação, pois o dispositivo dá ideia de que se trata de transação, quando as partes públicas não têm disponibilidade sobre o direito material.

→ Redação sugerida:

> § 3º. Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão ajustar-se sobre o modo de cumprimento da obrigação, ou sobre garantias mínimas em favor da coletividade lesada.
>
> § 4º. Obtido o ajuste, será ele homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial.

12. Art. 20, III

Sugestão de supressão do dispositivo

→ O inc. III do art. 20 do Projeto prevê que o juiz poderá separar os pedidos formulados em ação civil pública ou coletiva, em processos coletivos distintos: *a)* de um lado, o processo para defesa de interesses difusos e coletivos; *b)* de outro lado, o processo para defesa de interesses individuais homogêneos. A ideia é bem intencionada, visando a facilitar a tutela coletiva; contudo, na prática, isso gerará com frequência duas ações civis públicas ou coletivas com objetos conexos ou continentes, com a mesma causa de pedir (mesmos fundamentos de fato e de direito), mas duplicidade de provas (audiências, precatórias, perícias etc.), duas sentenças, vários recursos, vários acórdãos, com duplicidade inútil de esforços processuais etc. Mais do que possibilidades de julgamentos contraditórios, haverá ainda grande acúmulo de processos coletivos conflitantes, com descrédito da Justiça: afinal, como

fazer se no processo coletivo o Poder Judiciário reconheceu a existência do fato que causou dano a interesses difusos (por exemplo, um dano ecológico), mas no outro processo coletivo o mesmo Poder Judiciário negou a existência do mesmo fato (o mesmo dano ecológico), para fins de indenização aos interesses individuais homogêneos?

13. Art. 20, IV

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O inc. IV do art. 20 do Projeto tem um mérito: estabelece que, no saneamento, o juiz decidirá sobre a responsabilidade pela produção da prova. Contudo, falta uma regra tão clara como a do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que admite expressamente a inversão do ônus da prova. É importante fazer referência expressa não só ao ônus processual de "produzir" a prova, como também ao encargo econômico de seu "custeio". Essa referência expressa ao "custeio" econômico da prova é necessária, para evitar inúteis discussões e hesitações na jurisprudência (p. ex., Res p. 846.529-MS, 1ª T. STJ, v.u., j. 29-04-07, DJU, 07-05-07, p. 288).

→ Redação sugerida:

> IV – distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração, caso em que poderá atribuir o ônus da prova ou o seu custeio ao requerido;

14. Art. 20, VI

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O inc. VI do art. 20 do Projeto permite que o juiz, "a todo momento", possa rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova. Entretanto, esse "a todo momento" não pode ser ilimitado, ou seja, não se justifica ocorra até mesmo depois da sentença, ou até mesmo depois do acórdão proferido em recurso ordinário ou especial, porque isso significaria reverter o processo à discussão dos encargos probatórios, o que só seria impróprio quando esta já estivesse há muito vencida, num tumulto processual inimaginável. Outrossim, desde que se respeite o limite temporal preclusivo *pro judicato* para a redistribuição do ônus probatório, incabível exigir que essa redistribuição dependa apenas de "fatos novos", como quer o Projeto, podendo dispensar essa exigência, diante da nova regra que melhor assegura o equilíbrio do contraditório e a ampla defesa.

→ Redação sugerida:

VI - poderá, até antes da sentença, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, observado o contraditório e a ampla defesa;

15. Art. 21, parágrafo único

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O parágrafo único do art. 21 do Projeto tem o mérito de prever a solução do importante problema do custeio das perícias nas ações civis públicas ou coletivas. Entretanto, de maneira menos feliz, atribui o pagamento das despesas com perícias ao Poder Judiciário, que não tem significativas receitas próprias e, portanto, depende de verbas Poder Executivo para seu custeio, e frequentemente não tem condições de fazer frente nem mesmo às suas despesas administrativas comuns, tanto assim que normalmente o Judiciário se vale de pedido de suplementação de verbas, não raro sequer atendidas. Assim, o gargalo das perícias nas ações civis públicas continuará existindo, e, agora, agravado pela solução teórica encontrada no Projeto.

Melhor fora que se atribuísse o pagamento do custeio diretamente à Fazenda, com decisão mandamental do juiz, sob cominação eficaz. Ou, então, melhor ainda, melhor utilizar os recursos do Fundo de Direitos Difusos para custear as perícias, como já destacado em vários estudos doutrinários, pois esse é um investimento no próprio benefício da tutela transindividual;

→ Redação sugerida:

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder requisitar funcionário público capacitado para a tarefa, ou requisitar a remuneração do trabalho do perito ao fundo de reparação de direitos difusos.

16. Art. 27, § 5º

Sugestão de supressão do dispositivo

→ O projeto dispõe, nesse dispositivo, que "O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo". Ora, não o fazendo no prazo de um ano, haverá decadência do direito? Qual a consequência? O projeto é omisso a respeito.

Assim, melhor suprimir a regra, de maneira que a possibilidade de ação individual de liquidação ficará assegurada enquanto não se operar regularmente a prescrição ou a decadência.

17. Art. 30

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 30 do Projeto tem o mérito de ter previsto a desconsideração da personalidade jurídica no tocante à defesa dos interesses transindividuais. Contudo, o Projeto valeu-se da chamada *teoria maior da desconsideração*, ou seja, além da insolvência, previu o desvio de finalidade e a confusão patrimonial como fundamentos para a desconsideração. A nosso ver, melhor teria sido usar a chamada *teoria menor da desconsideração*, como já o faz a lei ambiental (art. 4º Lei n. 9.605/98), segundo a qual a personalidade pode ser desconsiderada quando a mera existência a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento.

→ Redação sugerida:

Art. 30. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à defesa dos interesses de que cuida esta lei.

18. Art. 32

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ A disciplina da coisa julgada, no Projeto, tem o grande mérito de corrigir o erro contido no art. 16 da atual Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.494/97, oriunda da Med. Prov. n. 1.570/97, que absurdamente condicionou a imutabilidade do *decisum* aos limites da competência territorial do juiz prolator. O Projeto, seguindo a posição da doutrina e da melhor jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (como já destacado na Exposição de Motivos), corrigiu esse lapso da lei vigente, devolvendo à coisa julgada sua abrangência natural, própria das ações coletivas.

Entretanto, ainda cabem alguns aprimoramentos. O atual art. 33 do Projeto deveria ser convertido em parágrafo do art. 32, pois ele nada mais é do que uma ressalva ao art. 32. Da mesma forma, o atual *caput* do art. 34 do Projeto deveria ser outro parágrafo do art. 32, e não artigo à parte, porque se dispõe a regular um aspecto do *caput* do art. 32.

→ Redação sugerida:

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

§ 1º. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

19. Art. 33

Sugestão de supressão do dispositivo

→ A supressão do art. 33 é necessária, porque, como se demonstrou a sugestão anterior, seu texto deve converter-se em parágrafo do art. 32.

20. Art. 34, caput

Sugestão de supressão do dispositivo

→ A supressão do art. 34 é necessária, porque, como se demonstrou em sugestão anterior, seu texto deve converter-se em parágrafo do art. 32.

21. Art. 34, §§ 1º, 2º, 3º e 4º

Sugestão de supressão dos dispositivos

→ O atual § 1º do art. 34 dispõe: "Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados". Por sua vez, o § 2º do mesmo artigo dispõe: "Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no *caput* e no § 6º do art. 37."

Ora, os §§ 1º e 2º impõem verdadeiro óbice ao acesso individual à jurisdição, o que viola o art. 5º, XXXV, da Constituição. Além disso, não se pode dar à ação civil pública ou coletiva o mesmo efeito de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, ou de uma decisão de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Isso não seria possível porque, para estas decisões do Supremo Tribunal Federal, existe autorização constitucional para que tenham efeito *erga omnes*, enquanto para as ações civis públicas ou coletivas, o efeito *erga omnes* decorre apenas de lei infraconstitucional, e não poderia esta negar pura e simplesmente o acesso individual à jurisdição.

Por sua vez, assim dispõe o § 3º do art. 34: "Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º." E, por fim, assim dispõe o § 4º do mesmo dispositivo: "A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação."

Ora, esses §§ 3º e 4º passam a ser desnecessários, e até mesmo incongruentes, se acolhida a nossa sugestão de alteração do art. 13 ao Projeto, de que acima já cuidamos.

22. Art. 37

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 37 do Projeto propõe que "O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição". Ora, como já foi anotado nas sugestões ao art. 13 do Projeto, é saudável a intenção do Projeto, de centralizar nas ações coletivas todo o processamento da defesa dos direitos de todo o grupo, em detrimento das ações individuais; entretanto, não se pode fazer isso ao arrepio da Constituição, à custa do sacrifício do direito de acesso individual à jurisdição.

Por outro lado, somente as decisões do Supremo Tribunal Federal podem ter eficácia *erga omnes* prejudicial a indivíduos que não foram parte nas ações declaratórias de constitucionalidade, ou de inconstitucionalidade, pois para tanto há previsão constitucional; mas as decisões das ações civis públicas não têm o mesmo poder que as súmulas vinculantes e as decisões do STF proferidas nas ações próprias, que a Constituição lhe cometeu. Assim, perdem o sentido as restrições contidas no § 2º do art. 37 do Projeto. E indevidas as restrições contidas nos §§ 3º e s. do mesmo dispositivo, por força das alterações propostas ao art. 13 do Projeto, já citadas. Assim, os §§ 4º e s. devem ser suprimidos. De qualquer forma, ficará aqui o estímulo para a suspensão das ações individuais (art. 37, § 3º, *in fine*).

→ Redação sugerida:

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente.

§ 1º Durante o eventual período de suspensão das ações individuais, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente.

§ 3º A ação individual terá prosseguimento se o autor não pedir sua suspensão dentro de 30 dias a partir do momento em que for intimado na existência da demanda coletiva, na forma do parágrafo anterior; mas, no caso de não-suspensão, o autor não se beneficiará do eventual julgado coletivo de procedência.

23. Art. 38, caput

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O *caput* art. 38 do Projeto dispõe sobre o cabimento da ação revisional de julgado coletivo, que poderá ser ajuizada dentro de um ano, "contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado".

Entretanto, quer-nos parecer que o prazo para a revisão tem de ser considerado em face da decadência ou da prescrição, conforme o caso, e não em face da descoberta da prova. Afinal, se ainda não houve decadência nem prescrição, por que impedir a revisão, mormente se a ciência mostrar novos caminhos para a defesa do meio ambiente, que não foram utilizados no processo anterior, porque até então não eram conhecidos?

→ Redação sugerida:

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, observado o prazo de prescrição ou decadência quando for o caso, ante a descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

24. Art. 39, parágrafo único

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O parágrafo único do art. 39 do Projeto dispõe que, na ação rescisória de julgado coletivo, na ausência de resposta, deverá o Ministério Público, "quando legitimado", ocupar o polo passivo. Sugere-se a supressão da restrição, porque, na falta de contestação à ação rescisória, em defesa do grupo lesado, o Ministério Público, como colegitimado nato, deverá ter o poder-dever de apresentar a resposta.

→ Redação sugerida:

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

25. Art. 44

Sugestão de inclusão de um parágrafo 1º no dispositivo

→ O art. 44 do Projeto cuida da destinação dos valores arrecadados no processo coletivo. Será de bom alvitre dispor sobre a situação dos titulares de direitos individuais homogêneos, ainda não conhecidos. Dessa forma, seria incluído um § 1º para disciplinar essa hipótese e o atual parágrafo único do art. 44 do Projeto passaria a ser seu § 2º. Outrossim, propõe-se que, à índole do que já o faz o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Redação da Lei n. 9.008/95), haverá um prazo de decadência para o lesado individual habilitar-se para a execução fundada no título coletivo.

→ Redação sugerida:

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 1º - No caso de direitos individuais homogêneos, cujos titulares ainda não sejam nominalmente conhecidos, o depósito será feito em conta judicial vinculada àquele processo, observados os requisitos pertinentes do *caput* deste dispositivo; vencido, porém, o prazo decadencial de dois anos para que os lesados individuais requeiram o levantamento da parte que lhes caiba, o dinheiro reverterá para o fundo de que cuida o art. 66 desta lei.

§ 2º (o antigo Parágrafo único). Será determinada ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

26. Art. 45

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 45 do Projeto tem o mérito de estabelecer que a execução coletiva pelo saldo só ocorrerá depois de corrido o prazo de prescrição (a atual LACP é omissa a respeito). Contudo, melhor é a solução trazida pelo art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.913/89, que dispõe que decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Redação da Lei n. 9.008/95).

Assim, a lei deveria estabelecer um prazo de decadência para execução das pretensões por liquidações individuais (ver sugestão ao artigo anterior).

Por sua vez, o atual parágrafo único do art. 46 do Projeto deve ser transformado em artigo próprio, como vem sugerido no item seguinte deste estudo.

→ Redação sugerida:

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, ou o prazo de decadência do direito, quando for o caso, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. Os valores apurados serão depositados no fundo de que cuida o art. 66 desta lei.

27. Art. 45 parágrafo único

Sugestão de transformação de parágrafo em artigo

→ O atual parágrafo único do art. 45 do Projeto deveria ser transformado em artigo próprio, à vista das alterações que ao *caput* foram dadas na sugestão anterior.

→ Redação sugerida:

Art. 45-A. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

28. Art. 46

Sugestão de inclusão de § 3º ao dispositivo

→ Os arts. 46 e 66 têm o mérito de rever o sistema do Fundo de Direitos Difusos, que, sob o sistema da Lei em vigor 7.347/85, não produziu os frutos esperados. Assim, como ressaltado na Exposição de Motivos, o Projeto procura assegurar uma participação mais efetiva da sociedade na gestão do produto das indenizações. Contudo, não obstante seu nítido mérito, faltou ainda identificar o verdadeiro motivo do insucesso do Fundo de Direitos Difusos, que não consiste em sua existência em si, mas sim na sua atual gestão, extremamente complexa, com a predominância nas decisões do Poder Executivo e a grande multiplicidade de membros, inviabilizando muitas vezes seu funcionamento adequado. Assim, é necessário prever que, não aplicado o dinheiro na forma do art. 46 do Projeto, no prazo de 1 ano, esse dinheiro reverterá para o Fundo de que cuida o art. 66, mas em conta vinculada à utilização na comunidade afetada.

→ Redação sugerida:

§ 3º. Se, no prazo de um ano, o valor arrecadado não tiver sido utilizado na forma prevista neste artigo, deverá reverter para o Fundo de que cuida o art. 66, para ser utilizado na comunidade afetada.

29. Art. 49

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 49 do Projeto confere ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de transação. Contudo, essa natureza de transação, sumamente controvertida em doutrina, é contestada pelo próprio parágrafo único do mesmo dispositivo, que adianta que, em se tratando de bens indisponíveis, o compromisso só poderá versar quanto ao prazo e modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Ora, nas ações civis públicas, os direitos que estão em jogo não são dos colegitimados ativos, e sim são dos lesados transindividualmente considerados. Assim, sempre os interesses serão indisponíveis por parte dos colegitimados ativos. Ainda que estes os possam defender em juízo, deles não poderão dispor, o que desfigura a suposta natureza de vera e própria transação, instituto mais próximo do direito privado e contratual do que da tutela coletiva. Além disso, parcela respeitável da doutrina especializada considera o compromisso de ajustamento de conduta como uma garantia mínima, não limitação máxima em favor da coletividade.

→ Redação sugerida:

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta <u>terá natureza de título executivo extrajudicial</u>, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. <u>Quando o compromisso de ajustamento versar sobre bem indisponível</u>, poderão ser estipuladas regras quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

30. Art. 50, § 3º

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O § 3º do art. 50 do Projeto dispõe que qualquer colegitimado poderá promover "a execução" do compromisso de ajustamento de conduta. Será, porém, de boa cautela esclarecer que se trata de promover a "execução coletiva".

→ Redação sugerida:

§ 3º Qualquer um dos colegitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução coletiva do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

31. Art. 51

Sugestão de alteração de redação de dispositivo e inclusão de artigo

→ O art. 51 do Projeto dispõe sobre a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público. Embora o inquérito civil seja costumeiramente usado para embasar a propositura de ações civis públicas, ele também se presta a colher elementos de convicção do Ministério Público para o desempenho de outras atribuições a seu cargo, como a preparação de audiências públicas ou a tomada de compromissos de ajustamento de conduta. Assim, a proposta visa a esclarecer que o inquérito civil se presta à coleta de elementos de convicção do Ministério Público para o desempenho de atribuições de seu cargo.

Além disso, para assegurar uniformidade da legislação federal, a sugestão é a de que se admita recurso contra a instauração do inquérito civil.

Outrossim, é imperioso estabelecer sanção para o desatendimento das requisições, como já o faz o art. 10 da atual Lei n. 7.347/85 (LACP), o que, se não tiver sido feito no art. 11, § 2º, deverá sê-lo aqui.

→ Redação sugerida:

Art. 51. Para colher elementos de convicção para o desempenho de atribuição de seu cargo, o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração, admitindo-se recurso, no prazo de 5 dias, pelo legítimo interessado, contra sua instauração, dirigido ao colegiado competente.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 51-A. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário.

32. Art. 54, § 2º

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 53, § 2º, "in fine", estabelece que, para a publicidade das ações civis públicas, o cadastro nacional do Conselho Nacional de Justiça deverá disponibilizar "os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores" (Internet).

Entretanto, por evidente omissão, o § 2º do art. 54, ao cuidar da publicidade dos inquéritos civis e dos compromissos de ajustamento de conduta, esquece-se de fazer idêntica exigência.

→ Redação sugerida:

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado, através da rede mundial de computadores. (Internet)

33. Art. 60

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ Os arts. 57 a 60 do Projeto tiveram o mérito de prever a criação do programa para prevenção e reparação de danos. Porque de iniciativa do causador do dano, trata-se de uma verdadeira ação civil pública às avessas (uma ação coletiva passiva), como o Projeto já o fizera na ação revisional (art. 38, § 1º) e na ação rescisória (art. 39). Entretanto, faltou esclarecer que o programa proposto pelo autor do dano, ainda que homologado em juízo, não pode ser mais do que garantia mínima em favor do grupo lesado, pois direitos da coletividade podem estar sendo feridos e a proposta do causador do dano pode ser parcial e não cobrir toda a reparação necessária.

→ Redação sugerida:

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após manifestação do Ministério Público, tendo valor de garantia mínima em favor do grupo lesado.

34. Art. 66

Sugestão de alteração de redação de dispositivo

→ O art. 66 do Projeto cuida do fundo de reparação de direitos lesados. Embora o art. 46 do Projeto destine prioritariamente o valor das condenações à reparação *in loco*, e não para o fundo, é certo que o valor das condenações pode acabar sendo destinado ao fundo, como

o próprio parágrafo único do art. 66 o reconhece. Assim, propõe-se a adequação do *caput* à hipótese.

Outrossim, o grande problema atual do fundo é que é muito complexa e inviável sua gestão. Assim, propõe-se sua simplificação, com a inclusão de um § 1º.

→ Redação sugerida:

Art. 66. As condenações judiciais, se for o caso, bem como as multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

§ 1º - A composição máxima de membros de cada conselho não poderá exceder a 5 integrantes, sendo um de indicação de cada Poder, e dois representantes de entidades civis, que deverão ter, ao menos, reuniões deliberativas semanais.

§ 2º. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no *caput*.

35. Inclusão de artigo

Sugestão de inclusão de um novo artigo ao Projeto

→ A partir da Lei n. 7.347/85 (LACP) e da Constituição (art. 129, III), o Ministério Público passou a poder instaurar inquéritos civis, para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ocorre, entretanto, que muitos desses inquéritos civis são instaurados pelos membros do Ministério Público, a partir de denúncias que lhes chegam de terceiros. Ora, para coibir denúncias irresponsáveis, que possam provocar a indevida instauração de inquéritos civis, corretamente a Lei n. 10.028, de 18 de outubro de 2000 alterou o art. 339 do Cód. Penal para prever que, entre outras hipóteses, constitui crime de denunciação caluniosa dar causa à instauração de inquérito civil contra pessoa sabidamente inocente.

Falta, porém, criminalizar também a conduta de quem presta falso testemunho ou faz falsa perícia no inquérito civil, assim como já é crime prestar falso testemunho em inquérito policial, em processo judicial ou administrativo.

Para impor maior controle sobre as acusações, muitas vezes gravíssimas, que são apuradas nos inquéritos civis, e depois não raro se verifica serem infundadas, é indispensável que também se puna criminalmente todo aquele que, na qualidade de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em inquérito civil, produza depoimento falso, negue ou cale a

verdade, porque, ao cometer falso testemunho no inquérito civil, contribui indevidamente para fomentar investigações descabidas contra pessoas inocentes.

Assim, a sugestão é de incluir um novo artigo, dando nova redação ao art. 342 do Cód. Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

→ Redação sugerida:

Art. 71. Dê-se ao art. 342 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) a seguinte redação: "Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, inquérito civil ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa."

**

Enfim, trata-se de diversas sugestões, pondo-me à disposição para novas colaborações.

Um abraço,

Hugo Nigro Mazzilli

À Sua Excelência, o Senhor
Doutor Antonio Carlos Biscaia,
DD. Deputado Federal,
Relator do PL n. 5.139/09 – Câmara dos Deputados
dep.antoniocarlosbiscaia@camara.gov.br