

O direito de exclusão no projeto de lei de ação civil pública

Christiane Mina Falsarella¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Propostas de alteração legislativas. 3 O direito de exclusão. 4 Críticas à previsão do direito de exclusão. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), constituiu um significativo avanço no campo da proteção dos direitos coletivos, ao prever a ação civil pública para a sua tutela, inaugurando um sistema que foi complementado pela sucessiva legislação editada sobre o assunto.

Em 1988, a Constituição Federal concedeu estatutura constitucional à matéria, ao prever em seu texto a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos mediante ação civil pública, a cargo do Ministério Público (art. 129, III, da CF).

Inúmeras leis posteriores disciplinaram a questão, complementando o sistema de proteção aos direitos coletivos, dentre as quais merece destaque a Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Esse diploma legal aperfeiçoou o procedimento instituído pela LACP, cujo sistema passou a integrar por disposição expressa (arts. 90 do CDC e 21 da LACP).²

¹ Procuradora do Estado de São Paulo.

² Todavia, segundo Hugo Nigro Mazzilli, “nem tudo foi progresso, em matéria de defesa de interesses transindividuais no país. Mais recentemente, sucessivas alterações legislativas limitaram o âmbito das liminares em matéria de ações civis públicas; outras mudanças na

Os benefícios proporcionados pelas ações coletivas em geral são inegáveis. Conforme salientou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin em recente palestra, as ações coletivas são um fator de eficiência na prestação jurisdicional. Por meio delas, é possível a agregação de litígios. Mais do que isso, o emprego de ações coletivas permite a associação de litígios inviáveis individualmente. E, como aspecto mais importante, tal modalidade de ação funciona como um mecanismo de *empowerment* dos sujeitos vulneráveis.³

Do mesmo modo, José Rogério Cruz e Tucci ressalta as vantagens das ações coletivas:

“Não há dúvida de que o ajuizamento de uma ação de espectro coletivo implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com aqueles que seriam despendidos em centenas de demandas individualmente aforadas para atingir idêntico escopo. Andrea Giusani informa que as estatísticas realizadas, em época relativamente recente, nas cortes norte-americanas, revelam que, apesar de os procedimentos relativos a ações de grupo serem, em média, quatro vezes mais lentos do que aqueles de causas individuais, o resultado global atingido com as primeiras, considerando-se o trinômio *custo-tempo-benefício*, é extremamente compensador.”⁴

Com isso, diante desse agrupamento de litígios inerente às ações coletivas, seria possível reduzir o número de processos em tramitação. O agrupamento privilegiaria ainda a segurança jurídica, uma vez que os diversos litígios seriam solucionados de maneira uniforme em um único processo, em especial nos casos de direitos individuais homogêneos.

legislação buscaram diminuir a eficácia da coisa julgada que se forma nestas ações (Lei n. 9494/97, originária da Med. Prov. n. 1.570/97, com as alterações das Med. Prov. ns. 1.798-2/99, 2.102-26/00 e 2.180-35/01); outras ainda, de maneira inconstitucional, chegaram a vedar o acesso coletivo à jurisdição em matérias em que o governo federal não tinha interesse em ver resolvidas, como questões tributárias ou atinentes ao FGTS (Med. Prov. ns. 1.984/25/00, 2.102-26/00 e 2.180-35/01)” (A defesa dos interesses difusos em juízo. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 127). Ressalte-se que a vedação à veiculação de pretensões tributárias por meio de ação civil pública, incluída entre o que o autor chama de restrições ao sistema de defesa coletiva, permanece no projeto de lei que pretende substituir a Lei n. 7.347/85.

3 Palestra acerca do futuro das ações coletivas, proferida em 3 de agosto de 2009, no seminário em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em São Paulo.

4 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 305-306.

Não obstante, na prática, o manejo das ações coletivas não acarretou a diminuição esperada do número de demandas. Essa situação se deve a basicamente dois fatores. O primeiro deles se refere à relação entre ações individuais e ações coletivas⁵. Pelo sistema atual, nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, a ação coletiva não induz litispendência quanto às ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada produzidos naquela não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A respeito do tema, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“O objetivo do artigo 104 é tornar possível o ajuizamento da ação individual mesmo que pendente ação coletiva para a tutela de direito difuso, coletivo e individual homogêneo e, ainda, o de deixar claro que a tutela coletiva não trará benefícios para aquele que não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias após obter ciência do ajuizamento da ação coletiva.”⁶

Assim, a existência de ação coletiva não impede o ajuizamento de ações individuais, nem o prosseguimento daquelas que porventura já estiverem em andamento.

O segundo fator se refere ao tempo de tramitação das ações coletivas. Verifica-se, no cotidiano forense, que as ações coletivas apresentam tramitação consideravelmente mais lenta, em comparação com as ações individualmente ajuizadas.

Desse modo, nota-se que os dois fatores estão diretamente relacionados, pois os indivíduos lesados, considerando a possibilidade de ajuizar ações individuais independentes, têm preferido valer-se de tal meio, diante da maior agilidade em sua tramitação.

5 Em palestra sobre o projeto de nova lei da ação civil pública, proferida no seminário mencionado na nota anterior, na mesma data, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki afirmou que não houve diminuição da litigiosidade em razão da independência da ação individual em relação à ação coletiva.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 749. (Curso de processo civil, v. 2).

2 Propostas de alteração legislativas

A despeito dos avanços obtidos com a Lei n. 7.347/85 e com a legislação subsequente, diversos estudiosos do processo coletivo passaram a sugerir a elaboração de uma nova lei acerca do tema, quer sistematizando as diversas leis esparsas, quer introduzindo modificações cuja necessidade foi sentida nesses vinte e cinco anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública⁷. Desses estudos surgiram dois anteprojetos: o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado no âmbito do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, e o anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá, sob a coordenação do professor Aluísio de Castro Mendes.⁸

Afirma a professora Ada Pellegrini Grinover, uma das idealizadoras das Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90, que, considerando o tempo de vigência dos referidos diplomas, bem como os numerosos estudos sobre a matéria, “tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma teoria geral dos processos coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual”⁹. E a elaboração de um código de processos coletivos desempenharia papel fundamental nesse aprimoramento do sistema de defesa dos direitos coletivos.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.139/2009, enviado pelo governo à Câmara Federal, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Na Exposição de Moti-

⁷ O Ministro Teori Albino Zavasck, no seminário já mencionado, questionou a real necessidade da aprovação de uma nova lei regulando a ação civil pública.

⁸ Para maiores esclarecimentos sobre os anteprojetos, consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.), *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, cit., p. 11.

vos n. 43 do Ministério da Justiça, de 8 de abril de 2009, ressaltou-se, dentre as inovações do anteprojeto de lei que regula a ação civil pública, o “tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, *visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos*” (item 7, “g”, destaque nosso).

Entre os mecanismos tendentes a evitar a proliferação de demandas, deve ser destacada a previsão do direito de exclusão. Tal inovação, que será melhor analisada adiante, foi enfatizada pelo Ministro Teori Albino Zavasck, na palestra referida, como um dos progressos do projeto de lei em questão.

De acordo com o novo mecanismo, o indivíduo que não pedir a sua exclusão do processo coletivo será afetado pela decisão nele proferida. Com isso, busca-se equacionar a questão da independência das ações individuais em relação à ação coletiva.

A propósito desse problema, já mencionado, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes fez um preciso diagnóstico que, apesar de extenso, merece ser transcrito:

“As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e

de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual.”¹⁰

Na sequência, o autor indica o mecanismo do direito de exclusão como um modo de enfrentar a questão.

Outra inovação afeta ao tema versado, e que envolve o segundo fator acima apontado, é a previsão de regime próprio e acelerado de tramitação para as ações coletivas, cuja necessidade foi destacada pelo Ministro Antônio Herman Benjamin, no evento já referido. O Projeto n. 5.139/2009 apresenta como um dos princípios do processo civil coletivo “a duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias” (art. 3º, II). E, nas disposições finais, estabelece que as ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais, permitindo ainda que a União, os Estados e o Distrito Federal criem juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância (arts. 63 e 64).

Portanto, o projeto oferece algumas alternativas para enfrentar os dois fatores apontados como responsáveis pela permanência da multiplicidade de demandas individuais.

3 O direito de exclusão

O direito de exclusão está previsto no artigo 13 do Projeto de Lei n. 5139/2009, que dispõe:

“Artigo 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, bem como a comunicação dos interessados,

10 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 435.

titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, 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 outros meios 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.”

Há previsão do direito de exclusão no direito norte-americano que, ao disciplinar as *class actions*, adotou o sistema do *opt out*, ou sistema da exclusão. Por tal sistema, que se contrapõe ao do *opt in*, o indivíduo precisa requerer sua exclusão para não ser atingido pelos efeitos da decisão do processo coletivo. Já no sistema do *opt in*, ou de inclusão, o indivíduo deve manifestar sua opção em ser abrangido pela decisão coletiva.¹¹

Rodolfo de Camargo Mancuso manifestou-se favoravelmente quanto a uma alteração no direito brasileiro nesse aspecto:

“Na pauta de uma possível – e a esta altura recomendável – releitura da experiência brasileira sobre a tutela dos interesses metaindividuais, será preciso ter presente a notável ampliação de objeto advinda ao seu principal instrumento – a ação civil pública – e as consequências daí decorrentes. Poder-se-á também cogitar de um sistema semelhante ao empregado nas *class actions*, que assegure ao integrante da *classe* ou *categoria* envolvida na ação o direito de opção inicial por ficar ou não vinculado ao que se irá afinal decidir (*opt in-opt out*). É claro que o êxito desse sistema pressupõe a existência de um sistema de publicidade e comunicação realmente eficaz.”¹²

11 Ver: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 187-188.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 280-281.

Se for realmente adotado o direito de exclusão, haverá uma mudança na postura exigida dos indivíduos frente à ação coletiva. Pelo sistema atual, somente será abrangido pela decisão da ação coletiva o indivíduo que requerer a suspensão de sua ação individual. Com o novo sistema, a situação se inverte, pois o indivíduo é abrangido pela ação coletiva, tendo a sua ação individual extinta, ainda que se mantenha inerte. Somente será excluído se assim o requerer expressamente, valendo-se de seu direito de exclusão. Portanto, a regra passaria a ser a inclusão dos indivíduos nos provimentos emanados de processos coletivos. A exclusão seria então a exceção, a depender de requerimento expresso.

O dispositivo, no entanto, não impediria o acesso individual ao Poder Judiciário. Não há ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que está inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ensina Uadi Lammêgo Bulos que “por seu intermédio, nenhuma das espécies normativas do artigo 59 da Carta de 1988 pode inviabilizar a tutela jurisdicional, preventiva ou repressiva, de direito individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo”.¹³

Uma vez aprovado o projeto de lei em comento, o acesso ao Judiciário continuará garantido, uma vez que o indivíduo que não quiser ser abrangido pelo processo coletivo terá a opção de ingressar com sua demanda individual, desde que requeira sua exclusão tempestivamente.

Ao analisar o princípio do acesso à justiça sob o enfoque do processo coletivo, aduz Rodolfo de Camargo Mancuso:

“O sistema processual coletivo é concebido, a princípio, de molde a desestimular o afluxo de demandas individuais à Justiça, até porque a tutela judicial objetivada é *molecular*, voltada a prevenir a atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações particulares. Tudo, naturalmente, sem perder de vista a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), que hoje merece uma releitura, não podendo ser visto como um *incentivo à litigância*, ao risco de que o número excessivo de ações individuais acabe por desfigurar o caráter verdadeiramente coletivo do conflito.”¹⁴

13 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 484.

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 266.

4 Críticas à previsão do direito de exclusão

A previsão do direito de exclusão, entretanto, não é unânime entre os doutrinadores. Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, é contrário à sua existência, defendendo a manutenção do sistema tal como se encontra.

O autor, não obstante considere legítima a preocupação em evitar a dispersão em milhares de ações individuais, acredita que a inovação cria um ônus inadmissível para os indivíduos. Afirma ser “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”. Segundo Mazzilli:

“A solução tem de ser a inversão da regra contida no Projeto, para manter o sistema atual dos artigos 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.”¹⁵

No tocante à garantia de acesso ao Judiciário, conquanto seja dificultada, não é afastada, pois o lesado conserva a possibilidade de ingressar com sua demanda individual. No que concerne à afirmação de que o processo coletivo naturalmente desestimulará o processo individual, vimos não ser o que tem ocorrido na prática, pois a disciplina da ação civil pública não impediu o surgimento de milhares de ações individuais versando sobre as mesmas matérias das ações coletivas.

Deve-se atentar, todavia, ao ponto em que o autor coloca a dificuldade prática que poderiam ter os jurisdicionados em requerer sua exclusão de processos coletivos instaurados em regiões distantes do país. Esse é um problema relevante do novo mecanismo, que não pode ser ignorado.

15 MAZZILLI, Hugo Nigro. Sugestões sobre o PL 5.139 de 2009 (nova LACP). Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.

A par dessa questão, outras devem surgir acerca de aspectos operacionais do direito de exclusão, se aprovado o dispositivo. O projeto de lei foi deveras conciso ao disciplinar o mecanismo, dispondo apenas que o direito de exclusão deve ser exercido até a publicação da sentença, por interessados previamente comunicados da existência da ação coletiva. Percebe-se, assim, a necessidade de uma disciplina mais detalhada do mecanismo da exclusão.

5 Conclusão

Diante do que foi exposto, conclui-se que o mecanismo do direito de exclusão, previsto no projeto de lei que disciplina a ação civil pública, pode vir a obter êxito em seu intuito de aprimorar o processo coletivo. O direito de exclusão, se devidamente disciplinado, pode auxiliar a tarefa de diminuir a proliferação de demandas individuais em litígios de cunho coletivo, ou que podem ser abordados coletivamente. Assim, em decorrência do agrupamento dos litígios, haveria a redução do número de processos em tramitação, com a consequente uniformidade na decisão desses litígios. Portanto, a ação coletiva passaria a ter papel preponderante, prestigiando a segurança jurídica e a eficiência na prestação jurisdicional.

O mecanismo, no entanto, não basta por si só, devendo ser conjugado com outras providências, como a efetiva agilização no processamento e julgamento dos processos coletivos, de modo a tornar a ação coletiva um instrumento viável na defesa tempestiva dos interesses coletivos. Além disso, o próprio mecanismo precisa ser aprimorado, a fim de evitar que sua utilização, ao invés de propiciar o avanço esperado, seja fonte de maiores complicações no manejo das ações coletivas.

6 Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

