

O “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO” DE ANTONIO GIDI

Eurico Ferraresi

Doutor pela Universidade de São Paulo.

Membro do Ministério Público de São Paulo, por dois anos responsável pela Promotoria Regional do Meio Ambiente do Vale do Ribeira.

Membro dos Grupos de Trabalho que elaboraram o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

O conhecido filósofo Manuel Garcia Morente principia suas lições afirmando que a filosofia precisa ser vivida, antes de ser entendida. Esclarece que a palavra “vivência” foi inserida no vocabulário espanhol por conta dos colaboradores da *Revista do Occidente*, como tradução do termo alemão “*Erlebnis*”. E dá o seguinte exemplo, citando Bergson: “Uma pessoa pode estudar minuciosamente o mapa de Paris; estudá-lo muito bem; observar, um por um, os diferentes nomes das ruas; estudar suas direções; depois, pode estudar os monumentos que há em cada rua; pode estudar os planos desses monumentos; pode revisar as séries das fotografias do Museu do Louvre, uma por uma”.¹ Todavia – prossegue o autor – por mais pormenorizada que seja a visão do estudioso de Paris, vinte minutos de passeio a pé por suas ruas constitui uma “vivência”, e conclui: “Entre vinte minutos e passeio a pé por uma rua de Paris e a mais vasta e minuciosa coleção de fotografias, há um abismo.”²

No direito, o fenômeno não é diferente. Somente a vivência diária no foro permite ao advogado, ao juiz e ao promotor conhecer o sistema jurídico de seu país. Se isso é uma verdade incontestável, nos processos coletivos a importância da “vivência” multiplica-se, sobretudo porque sobressaem nesses casos a dimensão social e política da controvérsia.³

Nesse sentido, exige-se de quem quer que se disponha a elaborar uma proposta de alteração legislativa uma importante dose de “vivência”. Os membros do Ministério Público, sem dúvida alguma, têm muito a dizer, principalmente pela experiência no exercício das ações coletivas, de uma forma pioneira e audaz. Os advogados, da mesma forma, têm grande parti-

1 MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de Filosofia – Lições Preliminares*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1980, p. 23.

2 MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de Filosofia – Lições Preliminares*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1980, p. 24.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado sociale, politico giuridico della tutela degli interessi diffusi”. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 54, n° 1, pp. 17-24, genn./mag. 1999.

cipação na construção dos processos coletivos, uma vez que – também corajosamente – não permitiram que no seio de processos coletivos fossem cometidos excessos e abusos. A magistratura também se aperfeiçoou, na medida em que os juízes assimilaram essa nova dimensão. Todas essas experiências são válidas e devem ser consideradas e respeitadas. Insistimos: são “vivências”. Conforme exposto no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, contribuíram na sua formação todos os setores da sociedade: Ministério Público, Advocacia, Magistratura, entidades da sociedade civil etc.

Ocorre que a Editora Forense publicou, no final do primeiro semestre de 2008, o livro de Antonio Gidi, denominado *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo – A codificação das ações coletivas no Brasil*.⁴ Em apertada síntese, relata o autor que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – atualmente no Ministério da Justiça –, o Anteprojeto elaborado pelas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA) – sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes – e o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, seriam, todos eles, derivações de seu estudo, que denomina “Anteprojeto Original”, publicado na *Revista de Processo* no ano de 2003.⁵

É imperativo, nesse momento, tecer algumas observações a propósito do “Código de Processo Civil coletivo” publicado na *Repro* 111, de autoria de Antonio Gidi.⁶

Conforme se demonstrará a seguir, o “Código de Processo Civil coletivo” não serve de paradigma para o direito brasileiro – dentre inúmeros outros aspectos – por total descompasso com a nossa realidade (falta de “vivência”). A maior confirmação desse descompasso recaiu na falta de repercussão de mencionado estudo na doutrina nacional, conforme o próprio autor atesta em mais de uma oportunidade.⁷

4 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

5 GIDI, Antonio. “Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, nº 111, p. 194, jul./set. 2003

6 GIDI, Antonio. “Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, nº 111, p. 194, jul./set. 2003

7 A seguir, observações feitas por Antonio Gidi na obra *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008: a) “Entre os inúmeros trabalhos que discutem mais extensivamente a codificação do processo civil coletivo no Brasil”, e cita o autor praticamente toda a doutrina nacional a respeito, “nenhum desses livros, com exceção do *Curso* de

Deve-se observar, ademais, que o “Código de Processo Civil coletivo” parte de uma visão monotemática do processo coletivo. Segue, exclusivamente, um único paradigma: o sistema das ações coletivas norte-americanas. Isso ficou demonstrado no livro *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*, uma vez que todas as observações feitas a respeito do processo coletivo brasileiro tomam como ponto de partida o modelo norte-americano;⁸ em toda a obra não há citação de jurisprudência brasileira.

Didier e Zaneti, discute o Anteprojeto Original” (p. 4); b) “A publicação teve repercussão rarefeita no Brasil (...)” (p. 17); c) “Mas não merece ser ignorado. Trata-se de trabalho sério, escrito cuidadosamente ao longo de uma década de pesquisa de direito comparado. Ignorá-lo pode até ser um mero descuido acadêmico mas (*sic*), escondê-lo deliberadamente, desonestidade intelectual” (p. 38); d) “Infelizmente, o Anteprojeto Original não foi objeto de nenhum debate e seu espaço foi ocupado pelos anteprojetos derivados que vieram depois” (p. 431). Torna-se difícil entender como o trabalho foi “escondido deliberadamente” do meio acadêmico brasileiro, segundo sustenta seu autor. Não se pode negar a difusão e a penetração da *Revista de Processo* no território nacional. Se juristas do porte de Pedro Lenza, Nelson Nery Junior, Paulo Lucon, Carlos Alberto de Salles, Gregório Assagra de Almeida, Elton Venturi, Rodolfo de Camargo Mancuso, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Aluisio Castro Mendes, deixaram de fazer referência ao trabalho de Antonio Gidi (conforme nota 6 da obra *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo...*), o fato se deve à sua feição “americanizada”, em descompasso com a realidade nacional, e não porque houve um complô contra mencionado estudo.

-
- 8 A visão centrada exclusivamente no direito norte-americano está clara na obra GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Veja-se: a) “Devemos buscar inspiração nós mesmos diretamente na fonte, sem o intermédio da doutrina italiana” (p. 37); b) “Trata-se de norma influenciada indiretamente pelo direito processual civil norte-americano, que possui um sistema muito mais flexível do que o brasileiro, permitindo que o processo se adapte às modificações da situação de fato e às expectativas das partes, que se alteram no decorrer do processo” (p. 46) (ao comentar o objeto do processo coletivo); c) “A norma do Anteprojeto Original (*sic*), que autoriza o juiz a desmembrar o processo e a separar os pedidos ou as causas de pedir, tem origem no processo civil individual norte-americano” (p. 57) (ao comentar o desmembramento do processo coletivo); d) “A norma do Anteprojeto Original (*sic*) sobre a notificação coletiva adequada (*adequate notice*) ao grupo e seus membros tem origem na tradição das *class actions* norte-americanas” (p. 61) (ao comentar a notificação coletiva); e) “O excesso de familiaridade com o direito norte-americano pode ter nos traído (...)” (p. 107); f) “(...) os critérios que construímos com a experiência das *class actions* norte-americanas (...)” (p. 107); g) “(...) décadas de experiência prática com processos coletivos nos Estados Unidos para servir de guia para a atuação das partes e do

A referência jurisprudencial feita é toda baseada em decisões de tribunais americanos. Basta verificar que o trabalho critica ferrenhamente o disposto no art. 28 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos se valendo de decisões norte-americanas.⁹ Não foram sequer mencionados os inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto.¹⁰

Claro que as *class actions* norte-americanas ocupam lugar de destaque na seara processual coletiva. Todavia, existem vários outros paradigmas a serem observados e estudados. Sem prejuízo da hegemonia dos

juiz brasileiros” (p. 110); h) “O estudo das *class actions* norte-americanas demonstra (...) (p. 116); i) “No direito norte-americano (...) (p. 116); j) “O estudo do direito processual civil norte-americano demonstra (...) (p. 125); k) “Uma prova de que a sentença genérica (ilíquida) não é exigência da natureza da demanda coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos é a realidade norte-americana” (p. 158). Curiosamente, em obra escrita há mais de dez anos, o próprio autor reconhecia a existência de um “abismo que separa os sistemas jurídicos de *common law* e da *civil law*” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 227).

-
- 9 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 191.
- 10 Veja-se, a propósito: 1ª S. – REsp. nº 522827-MT – DECISÃO: 10.08.2005 – DJ: 19.09.2005 (unânime) – Min. João Otávio de Noronha; 1ª T. – AgRg no REsp. nº 637744-RS – DECISÃO: 09.05.2006 – DJ: 25.05.2006 (unânime) – Min. Francisco Falcão; 1ª T. – REsp. nº 729399-SP – DECISÃO: 21.03.2006 – DJ: 03.04.2006 (unânime) – Min. Luiz Fux; 1ª T. – REsp. nº 521807-SC – DECISÃO: 06.12.2005 – DJ: 01.02.2006 (unânime) – Min. Denise Arruda; 1ª T. – REsp. nº 712824-RS – DECISÃO: 01.09.2005 – DJ: 10.10.2005 (unânime) – Min. José Delgado; 1ª T. – REsp. nº 761340-SC – DECISÃO: 23.08.2005 – DJ: 05.09.2005 (unânime) – Min. Teori Albino Zavascki; 2ª T. – REsp. nº 648551-SP – DECISÃO: 07.02.2006 – DJ: 20.03.2006 (unânime) – Min. João Otávio de Noronha; 2ª T. – REsp. nº 799712-PA – DECISÃO: 07.02.2006 – DJ: 20.02.2006 (unânime) – Min. Castro Meira; 2ª T. – REsp. nº 475100-SP – DECISÃO: 23.08.2005 – DJ: 10.10.2005 (unânime) – Min. Francisco Peçanha Martins; 2ª T. – REsp. nº 71965-SP – DECISÃO: 17.06.2004 – DJ: 16.08.2004 (unânime) – Min. Castro Meira; 5ª T. – REsp. nº 770741-PA – DECISÃO: 20.04.2006 – DJ: 15.05.2006 (unânime) – Min. Gilson Dipp; 5ª T. – REsp. nº 502744-SC – DECISÃO: 12.04.2005 – DJ: 25.04.2005 (unânime) – Min. José Arnaldo da Fonseca; 5ª T. – REsp. nº 369822-PR – DECISÃO: 25.03.2003 – DJ: 22.04.2003 (unânime) – Min. Gilson Dipp; 6ª T. – AgRg no REsp. nº 448647-PR – DECISÃO: 03.03.2005 – DJ: 18.04.2005 (unânime) – Min. Paulo Medina; 6ª T. – REsp. nº 424233-PR – DECISÃO: 05.02.2004 – DJ: 12.12.2005 (unânime) – Min. Hamilton Carvalhido; 6ª T. – REsp. nº 146483-PR – DECISÃO: 05.02.2004 – DJ: 15.03.2004 (unânime) – Min. Hamilton Carvalhido.

Estados Unidos no cenário mundial, o fato é que existe vida fora dele. E vida jurídica. E vida processual coletiva.

A reconhecida professora Linda S. Mullenix afirmou categoricamente que os mecanismos e técnicas para solucionar os conflitos de massa deverão ser buscados não apenas internamente, mas, sobretudo, nos ordenamentos estrangeiros, principalmente naqueles oriundos do sistema de *civil Law*: “*Moreover, in reflecting on the future of complex litigation, it is impossible to ignore the impact of technology and globalization. Technology effectively has enabled international transactions that transcend national borders, and will affect the way in which lawyers conduct their professional activities. Globalization means that business, social, and legal transactions also will transcend national borders*”.¹¹

Com efeito, ao lado das tradicionais ações coletivas norte-americanas, o direito estrangeiro oferece vários mecanismos para estudo. Basta ver: a) a ação popular portuguesa, veiculada no âmbito do contencioso administrativo e judicial; b) o recurso coletivo quebequense; c) a ação popular e a ação de grupo na Colômbia; d) o modelo processual coletivo chileno; e) o modelo do amparo ibero-americano; f) as técnicas dos procedimentos-modelo, existentes em Portugal, Espanha, Alemanha, Costa Rica; g) a técnica da ação civil francesa; h) a técnica da ação civil venezuelana; i) a técnica peruana da acumulação subjetiva de pretensões; j) a técnica processual argentina, dentre inúmeros outros mecanismos. Todos eles foram considerados quando da elaboração do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, e não somente o sistema norte-americano.

A visão monotemática fica clara na obra *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo – A codificação das ações coletivas no Brasil*,¹² bem como na proposta de codificação.¹³

E, por falar em “proposta de codificação”, não restou demonstrada a idéia do autor nesse sentido. Ao que consta, parece que a finalidade do “Anteprojeto Original” consistiu na elaboração de regras transnacionais de processo coletivo, sobretudo para a ibero-américa, nos mesmos moldes

11 MULLENIX, Linda S. “Lessons from abroad: complexity and convergence (Spring 2000)”. *Villanova Law Review*, v. 46, nº 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=233659>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

12 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

13 GIDI, Antonio. “Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, nº 111, p. 194, jul./set. 2003.

das Regras Transnacionais de Processo Civil do *American Law Institute*.¹⁴ Com efeito, afixou o autor:¹⁵ “Escrito sem maiores pretensões ou vaidades, o Anteprojeto Original visava apenas oferecer uma proposta para ser objeto de amplo debate doutrinário” (p. 38); acrescentou, ainda: “(...) ele foi concebido como modelo transnacional, destinado a todo e qualquer sistema jurídico derivado da tradição continental européia” (p. 184); por final, consta a assertiva: “Como o Anteprojeto Original foi inicialmente publicado como um modelo transnacional, para ser adaptado a qualquer país, omitimos o inquérito civil, tradição peculiar do direito brasileiro” (p. 431).

A proposta de “Código”, publicada na *Repro* 111, está divorciada da realidade brasileira pelos seguintes aspectos:

Não leva em conta a técnica processual brasileira de defesa do patrimônio público. Conforme já nos manifestamos em mais de uma oportunidade, a ação de improbidade administrativa apresenta contornos peculiares, os quais a distanciam das ações coletivas. Nesse sentido, qualquer pretensão de estudo ou proposta legislativa no ordenamento brasileiro deve, obrigatoriamente, passar pelos modelos processuais vocacionados à tutela do patrimônio público, nem que seja para excluí-los do rol de ações coletivas. Observa-se que o “Código”, publicado na *Repro* 111, em momento algum se refere a instrumentos para a proteção do patrimônio público ou da moralidade administrativa – aliás, também não aborda o mandado de segurança coletivo, o termo de ajustamento de conduta etc. Mas, ao explicar as idéias de seu estudo, o autor se refere à ação de improbidade administrativa como uma espécie de ação coletiva, o que é um evidente equívoco, na medida em que não há fungibilidade entre os instrumentos.¹⁶ Nesse sentido, se de fato o “Código de Processo Civil Coletivo”, publicado na *Repro* 111, teve a intenção de servir ao direito nacional, fica patente sua inaplicabilidade, na medida em que não percebeu que no Brasil a maior parte das ações apontadas como coletivas versam sobre a defesa da moralidade administrativa.

14 FOUCHARD, Philippe. *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l’American Law Institute*. Paris: LGDJ, Panthéon Assas, 2001.

15 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

16 “Por questões históricas, o sistema processual coletivo brasileiro é desnecessariamente complexo, contendo um microsistema geral formado por duas leis (LACP e CDC) e várias leis substantivas esparsas prevendo normas processuais coletivas, como o Estatuto do Idoso, da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa etc. (p. 23).

Com efeito, dados estatísticos comprovam que, somente no Estado de São Paulo, existem 11.000 inquéritos civis instaurados para apurar irregularidades da Administração Pública. Acrescente-se que já foram propostas 9.402 ações no mesmo sentido. São 17.917 ações civis públicas em andamento relacionadas à defesa da probidade administrativa.¹⁷ Na área do consumidor, são 1.702 procedimentos instaurados e 1.527 ações em andamento. Dá para se perceber que essa realidade não pode ser desconsiderada. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, por sua vez, dedicou o Capítulo V às ações populares, mantendo incólumes os diplomas da Lei da Ação Popular e da Lei de Improbidade Administrativa. Em função da natureza repressiva da ação de improbidade administrativa, o Anteprojeto esclareceu que o pedido e a causa de pedir serão interpretados restritivamente.

Dentre inúmeros dispositivos descontextualizados da realidade brasileira previstos no “Código de Processo Civil coletivo” publicado na *Repro*, cabe destacar o controle que o juiz exercerá sobre o advogado da ação coletiva. Dispõe o artigo 3.1: “Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores: 3.1.1. a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2. o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; 3.1.3. a conduta e a participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4. a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5. o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo”.

O curioso é que o autor critica, de uma maneira “cruamente franca e intelectualmente honesta” (*sic*), os requisitos mencionados pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos para a análise da representatividade adequada do demandante, ao passo que, no seu estudo, o controle será exercido até mesmo sobre o advogado do grupo. Afirma o autor: “Poucos indivíduos leigos (*i.e.*, que não sejam membros do MP ou da Defensoria Pública, ativos participantes em associações ou funcionários de órgãos públicos especializados) satisfariam o requisito exigido no Anteprojeto USP: Mahatma Gandhi, Jacques Cousteau e Ralph Nader”.¹⁸ Contudo, poderíamos dizer que, a se adotar o critério defendido no “Códi-

17 Dados da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo para o ano de 2007, publicado no *Diário Oficial do Estado de São Paulo* no dia 30 de maio de 2008 (Aviso 8/08 CGMP).

18 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 99.

go” publicado na *Repro* 111, poucos advogados satisfariam os requisitos exigidos no “Anteprojeto Original”: Dinamarco e Rossi Advocacia, Piniheiro Neto Advogados e Milaré Advogados.¹⁹

Existem inúmeros outros aspectos a serem enfrentados. Contudo, a base de que parte o estudo não é técnica. Ao se afirmar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos se limita a “consolidar o direito já existente e a consertar erros legislativos e jurisprudenciais isolados” sem sequer mencioná-los, não permite que o diálogo avance, sobretudo no momento em que atribui aos membros do Poder Judiciário a pecha de “reacionários”,²⁰ “corruptos”²¹ e “ultra-reacionários”.²²

Por derradeiro, no que toca à cronologia do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, limitamo-nos a nos reportar ao direito de resposta de Ada Pellegrini Grinover, publicado na página eletrônica da *Revista Forense*²³ e do Instituto Brasileiro de Direito Processual,²⁴ que recoloca as coisas no devido lugar.

-
- 19 Mais uma vez, o estudo evidencia a idéia fixa pelo sistema norte-americano. Basta ver as seguintes passagens da obra GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008: a) “Todavia, a norma é tão fundamental para o funcionamento dos processos coletivos, que não há como, legitimamente, se opor a ela. Em todo caso, é importante perceber que o controle é realizado de uma forma meramente processual que não atinge diretamente o advogado. O juiz não poderá punir, multar ou de outra forma sancionar o advogado: poderá simplesmente considerá-lo inadequado para prosseguir na tutela dos direitos do grupo e substituí-lo” (p. 96) (trata-se, grosso modo, da hipótese conhecida do direito processual penal onde o réu é julgado indefeso; dizer que não se trata de uma reprimenda é no mínimo interessante...); b) “O requisito tem evidente razão de ser e sua lógica é irresponsável. Dinheiro é essencial para qualquer empreitada judicial, particularmente uma demanda coletiva envolvendo questões complexas de fato e de direito contra um réu poderoso e bem financiado que tem muito a perder” (p. 100). Mais uma vez, o estudo foca a atenção nas causas milionárias norte-americanas, expostas ao mundo por meio de filmes estrelados por John Travolta (“A Qualquer Preço”) e Julia Roberts (“Erin Brockovich, uma Mulher de Talento”). A realidade brasileira é abissalmente diversa.
- 20 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.
- 21 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177.
- 22 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 192.
- 23 Disponível em: www.forense.com.br, acesso em 3 de junho de 2008.
- 24 Disponível em: www.direitoprocessual.org.br, acesso em 3 de junho de 2008.