

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/03/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/34832-a-notifica-o-adequada-no-processo-civil-coletivo-brasilero-como-instrumento-de-garantia-do-acesso-justi-a>

Autore: Tício Spínola Gomes

A notificação adequada no processo civil coletivo brasileiro como instrumento de garantia do acesso à justiça

A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

TÉCIO SPÍNOLA GOMES¹

RESUMO: Este trabalho pretende demonstrar a importância da notificação adequada como garantia do acesso à justiça na sistemática da tutela processual coletiva. Para isto, examina os sistemas de notificação da legislação brasileira e do direito norte-americano, cotejando-os com as propostas de código de processo coletivo apresentadas pela doutrina.

Palavras-Chave: Processo coletivo; acesso à justiça; notificação adequada.

¹ Bacharel em Direito pela UFBA. Mestrando em Direito Público pela UFBA. Professor temporário de direito civil da UFBA. Advogado. E-mail: teciogomes@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A falta de informações acerca do ajuizamento e do resultado de ações coletivas tem sido um grave problema no Brasil. Várias ações coletivas de extrema relevância social são propostas e encerradas sem o conhecimento da maioria absoluta dos interessados. Muitas vezes, mesmo as ações vitoriosas não conseguem obter um resultado prático significativo em razão do simples fato de que poucas são as pessoas que souberam de sua existência.

A obtenção de dados simples em relação às ações coletivas se afigura como uma tarefa impossível para qualquer cidadão brasileiro. Não existem mecanismos para obtenção de informações confiáveis sobre quais ações coletivas em tramitação no país são de interesse do indivíduo ou quais ações coletivas transitadas em julgado lhe podem gerar algum proveito.

A falta de informações sobre ações coletivas é generalizada. Não afeta somente o cidadão, mas também atinge diretamente o próprio Poder Judiciário e a administração pública em geral. Os gestores públicos constantemente ignoram decisões que poderiam facilitar sua administração. Os órgãos do Poder Judiciário, por vezes, deixam de aplicar normas vinculativas, por completo desconhecimento, mesmo quando emanadas do Supremo Tribunal Federal².

Atualmente, quando muito, a lei considera suficiente que algumas informações sobre ações coletivas sejam veiculadas através de edital publicado no Diário Oficial, por vezes também afixado nos murais do fórum. Tais medidas constituem meras formalidades e são flagrantemente inócuas para o fim a que se destinam. Quase ninguém tem o costume de ler o Diário Oficial e, muito menos, verificar os murais do fórum. O problema é tão grave que, mesmo estes editais, tão

² Exemplo verificado na prática forense acontece em relação a algumas cautelares deferidas pelo STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade, que ostentam natureza coletiva. Muitas vezes tais cautelares, que tem eficácia *erga omnes*, não são respeitadas em virtude de seu completo desconhecimento por parte dos envolvidos no processo. Exemplo concreto é o desrespeito cotidiano à cautelar deferida na ADIN 1931 sobre planos de saúde anteriores à Lei nº 9656/98. Apesar do desrespeito em tese ensejar reclamação constitucional, na prática, o manejo deste instrumento nem sempre é viável.

mal divulgados, muitas vezes sequer informam de que se trata a ação ou não o fazem de modo claro. Para realizar o fim ao qual se destinam, deveriam ser redigidos de forma simples e precisa, de modo que qualquer pessoa pudesse compreendê-los, prescindindo de conhecimentos técnico-jurídicos.

A questão da eficiência da comunicação das informações para os interessados se apresenta como um dos maiores desafios para a efetividade das ações coletivas. Entretanto, surpreendentemente, o problema é pouco abordado pela doutrina nacional. Muitas tintas são gastas no enfrentamento de questões como a legitimação adequada no processo coletivo, no entanto, o controle da notificação adequada, questão de igual importância, é relegado a segundo plano. De nada adiantaria um processo coletivo perfeitamente conduzido se os interessados não forem sequer informados de sua existência.

Este estudo pretende chamar a atenção para a questão da notificação adequada no processo civil coletivo brasileiro, problematizando algumas situações e constituindo uma provocação para que outros, mais doutos, examinem o assunto com a merecida atenção. O problema carece de um maior desenvolvimento teórico, para o qual não podemos prescindir da análise do direito positivo, do direito comparado e dos anteprojetos de código de processo coletivo que circulam em nosso país.

Só o amplo debate da questão poderá levar a uma formulação teórica sólida que sirva para conferir maior efetividade ao processo coletivo e embasar uma proposta legislativa. A discussão é extremamente importante, sobretudo devido ao papel de protagonista que o Brasil vem assumindo como modelo de processo civil coletivo para os países de direito escrito.

2. DEFINIÇÃO DE NOTIFICAÇÃO

Para os fins deste trabalho, entende-se por notificação a comunicação aos membros do grupo sobre a existência do processo coletivo ou sobre algum de seus atos. A notificação concede aos membros do grupo os poderes de fiscalização, participação e controle³, assim como possibilita o exercício da opção de sair (*opt out*) da incidência da decisão coletiva⁴.

É importante salientar que a notificação é instituto diferente da citação. A notificação não exige as formalidades inerentes ao ato citatório. Há uma grande liberdade quantos aos meios de notificação, podendo ser esta efetivada, por exemplo, através de cartas, emails, anúncios em revistas e jornais, sites da internet, outdoors ou avisos no contracheque. Para notificar, basta informar, por qualquer meio efetivo e adequado. Tudo dependerá da amplitude e das características inerentes ao grupo representado na ação coletiva⁵.

3. EXIGÊNCIA DA NOTIFICAÇÃO ADEQUADA

Conforme visto, há ampla liberdade de meios para realizar a notificação, porém se exige que esta seja adequada à finalidade a que se destina. Daí a necessidade de se trabalhar sempre com o conceito de notificação adequada e não simples notificação. A notificação insuficiente, para os fins do estudo de processo coletivo, pode ser considerada como ausência total de notificação⁶.

3 GIDI, Antonio. “Notas críticas al entrepojeto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”. In *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia um código modelo para iberoamérica*. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Cidade do México: Porruá, 2003. P. 418.

4 DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. Vol. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010. P. 115

5 GIDI, Antonio. *Op. Cit.* P. 417.

6 *Idem.* P. 418.

A notificação deve sempre ser suficiente para atingir o objetivo, ou seja, informar algo aos membros do grupo representado na ação coletiva. Desse modo, é necessário sempre fazer o exame de adequação da notificação em face do grupo que se pretende informar. Variados serão os fatores analisados. Por exemplo, se tratando de ação envolvendo somente o grupo de trabalhadores de uma empresa, a notificação por meio de aviso no contracheque será totalmente adequada e eficaz. Já uma ação de responsabilidade ambiental terá um sistema de notificação completamente diverso.

Até o conteúdo e a redação devem ser cotejados no exame de adequação da notificação. A comunicação direcionada aos investidores da Bolsa de Valores, por exemplo, deve ser completamente diversa daquela direcionada a uma comunidade rural, de baixa instrução. O exame do direito comparado oferece bons parâmetros iniciais de adequação na regra 23(c)(2)(b), das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, que obriga que a Corte dirija aos membros da classe a melhor notificação possível nas circunstâncias, devendo ser esta clara, concisa e afirmar em linguagem de fácil entendimento vários elementos da ação, como sua natureza, as especificações do grupo representado, os pedidos, o direito de inclusão ou exclusão da ação, dentre outras coisas.⁷ Esta regra se aplica às *class actions for damages* e também exige a notificação individual de todos os membros identificáveis. Será melhor analisada adiante.

4.

⁷ “(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).”

5. A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O conhecimento sobre os direitos que temos e como utilizá-los é ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada para que o acesso à justiça esteja ao alcance de todos, como leciona Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.⁸ É ponto de partida porque sem ele, uma série de direitos, notadamente no campo individual, não seriam reclamados. É ponto de chegada “*na medida em que, agora no campo coletivo, eventuais direitos reclamados e obtidos fossem realidade para poucos*”⁹. É nesta segunda perspectiva, do acesso à justiça enquanto ponto de partida que este trabalho se justifica.

A prática das ações coletivas evidencia que a falta de informações para os membros do grupo e para as entidades interessadas constitui um dos maiores entraves para a efetivação do acesso à justiça. Várias ações coletivas com enorme potencial benéfico são julgadas procedentes e poucas são as pessoas que efetivamente se beneficiam ou tem a oportunidade de influir no resultado. Os interessados não são cientificados sequer do ajuizamento das ações, quanto mais do resultado ou da forma que deveriam proceder para se beneficiarem da coisa julgada. Atualmente, não há meios para obter este tipo de informação. Um cidadão pode ser beneficiário de diversas ações coletivas e simplesmente não tem como saber. Quanto ao tema, é muito pertinente a crítica do professor carioca:

“Nenhuma valia terá o magnífico trabalho técnico dos juristas que sistematizaram os diversos efeitos da coisa julgada, em função dos interesses em jogo nas ações coletivas em geral, se eles não alcançam, em um grande número de casos, no mundo prático, os beneficiados, a quem se destinam”¹⁰

8 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 57.

9 Idem. P. 57.

10 Idem. P. 221.

A falta da notificação adequada não resulta em problemas apenas para os jurisdicionados. Por diversas vezes, a falta de notificação adequada também se revela como um problema estrutural para os órgãos envolvidos na prestação jurisdicional. Exemplo muito comum é a propositura desnecessária de ações coletivas cujo objeto já havia sido decidido em juízo. Há casos, inclusive, em que um membro do ministério público propôs ação coletiva que foi julgada extinta de plano, porque ação com o mesmo objeto já havia sido proposta e vencida meses antes por um colega.¹¹

A tutela processual coletiva perde parte significativa de sua utilidade sem um sistema eficiente de notificação para os interessados. Neste trabalho, serão elencadas diversas medidas que podem ser adotadas para a melhoria deste sistema, de forma a garantir o acesso a um resultado justo¹² para os jurisdicionados e garantir a eficiência do sistema jurisdicional, evitando, por exemplo, a tramitação de múltiplas ações coletivas com o mesmo objeto em órgãos jurisdicionais distintos. Como bem salienta Wilson Alves de Souza, o processo é público, portanto, o segredo, a falta de informação, principalmente em relação às partes interessadas, é incompatível com o verdadeiro acesso à justiça.¹³

6. A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO

É muito interessante a construção de alguns autores, dentre os quais Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., afirmando que é preciso adaptar o devido processo legal ao processo coletivo, sendo necessário pensar em um *devido processo legal*

11 Exemplo real, protagonizado pelo professor Sérgio Arenhart, noticiado por GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 63.

12 KALAJDZIC, Jasminka. Access to a Just Result: Revisiting Settlement Standards and Cy Pres Distributions. In: The Canadian Class Action Review. Vol. 6. No. 1. Toronto: Irwin Law, 2010. P. 222.

13 SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011. P. 283.

coletivo, formulando um regime diferenciado para este tipo de processo¹⁴. O processo coletivo exige um regramento próprio para diversos institutos, adaptando-os às suas peculiaridades, como competência, legitimidade, coisa julgada, etc.

A construção do princípio do devido processo legal coletivo é extremamente oportuna, pois aproveita toda a base construída para o princípio do devido processo legal e insere a ótica peculiar do processo coletivo. Esta norma serve para orientar a adaptação do regramento do processo individual aos litígios coletivos. Para Didier e Zaneti, com isto nasce o que se pode chamar de garantismo coletivo *“que paulatinamente deverá consolidar-se na doutrina e jurisprudência para assegurar mais eficácia e legitimidade social ao processo coletivo e as decisões judiciais nessa matéria”*.¹⁵

Do princípio do devido processo coletivo podem ser deduzidos diversos princípios autônomos do direito processual coletivo, não obstante extraídos todos da mencionada cláusula geral¹⁶. Apesar de não haver um rol consensual de princípios da tutela coletiva, variando conforme o autor, geralmente há concordância na existência de alguns princípios básicos como o da representação adequada e o da competência adequada. Neste contexto, é importante inquirir a existência de um princípio da notificação adequada.

Para a correta classificação da norma da notificação adequada, é necessário esclarecer que se utiliza a concepção de princípio de Robert Alexy, para quem princípios são *“normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por*

14 DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. Op. Cit. P. 112

15 Idem. P. 112. Ideia com a qual se concorda inteiramente, notadamente face aos progressos notáveis da doutrina e da jurisprudência brasileiras que se iniciaram em meados na década de 1990 e prosseguem até hoje.

16 Idem. P. 113.

*consequente, mandamentos de otimização*¹⁷. Considerando o delineamento da notificação adequada traçado nos itens anteriores, é possível verificar que a norma da notificação adequada não pode ser aplicada numa lógica binária de *satisfação/não satisfação* inerente às regras¹⁸. A ampla variedade de meios e condições pelos quais pode ser realizada a notificação adequada não lhe permite uma estruturação tão rígida. Deste modo, é possível dizer que existe um princípio da notificação adequada, sendo seu conteúdo normativo o comando para realizar a notificação para os membros da classe da melhor maneira possível dentre as possibilidades fáticas e jurídicas presentes.

Não se ignora que o princípio da notificação adequada aos membros do grupo pode ser extraído de outros princípios¹⁹ e também sua conexão com várias outras normas, como o contraditório. Entretanto, sustenta-se que a notificação adequada seja enunciada sempre como um princípio autônomo e basilar da tutela coletiva, de forma didática, para evidenciar sua importância no estudo de todas as instituições do processo civil coletivo: coisa julgada, conexão, litispendência, transação, execução, etc. Nenhuma destas questões prescinde do exame da notificação adequada para ser bem compreendida.

7. A NOTIFICAÇÃO NAS *CLASS ACTIONS FOR DAMAGES* NORTE-AMERICANAS

Antes de adentrar ao exame e à crítica do sistema de notificação das ações coletivas brasileiras, é preciso retroceder ao exame de uma importante fonte do

17 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 90.

18 ALEXY, Robert. Op. Cit. P. 91.

19 Como fazem DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. Op. Cit. P. 115, ao considera-lo um subprincípio do princípio da informação e publicidade adequadas, sendo este extraído diretamente do devido processo legal coletivo.

direito estrangeiro que inspirou o nosso sistema: a *class action for damages* norte-americana.²⁰ O regramento deste tipo de *class action* inspirou nitidamente as nossas ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos e seu peculiar sistema de notificação.

A *class action for damages* é disponível para as os grupos que deduzem pedidos condenatórios por danos materiais individualmente sofridos com tratamento coletivo, sendo estes pedidos fundados em responsabilidade civil. Originalmente, somente se admitia a ação oriunda de um fato único (*single-event mass-disaster*), porém a jurisprudência evoluiu para admitir ações deste tipo em que os fatos geradores da responsabilidade civil tenham atingido os indivíduos de modo impactante em eventos ocorridos em datas e lugares distintos (*mass torts*).²¹ Informadas por esta experiência, as ações coletivas brasileiras sobre direitos individuais homogêneos admitem as duas situações, uma vez que basta que os eventos tenham origem comum (art. 81, III da Lei nº 8078/90), não sendo requisitos a coincidência temporal ou de localização.

Nas *class actions for damages* exige-se a notificação de todos os membros identificáveis da classe para que exerçam o direito de sair da incidência da coisa julgada coletiva (*opt out*) por força da Regra 23(c)(2) das *Federal rules of civil procedure*. Por vezes, os custos deste tipo de notificação são extremamente altos, o que gera uma série de transtornos no manejo deste instrumento e dificulta o acesso à justiça. Márcio Mafra explica que este tipo de notificação é resquício da teoria do consentimento²², em que os membros da classe precisavam assentir com a propositura da ação.

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”. In Ação Civil Pública: lei 7347/85 – 15 anos. Edis Milaré (coord.). São Paulo:RT, 1991

21 LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. P. 159.

22 Idem. P. 160.

O professor Márcio Mafra sustenta, com razão, que principalmente nas ações em que o dano seja reduzido, é extremamente provável que no plano individual ninguém se disporá a persegui-lo em juízo. O interesse será satisfeito sempre com pedidos indenizatórios, tornando em qualquer caso essa notificação individualizada para os membros identificáveis de pouca valia teórica e prática.²³

8. SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Para analisar a notificação no processo coletivo brasileiro, é importante diferenciar as situações jurídicas tuteláveis por meio deste sistema. Elas estão classificadas no art. 81 da Lei nº 8078/90 e apesar de serem enunciadas como direitos, são melhor entendidas como situações jurídicas coletivas, uma vez que poderão ser ativas ou passivas, correspondendo, portanto, a direitos ou deveres.

As situações jurídicas tuteláveis pelo processo coletivo podem ser de três tipos: coletivas *stricto sensu*, difusas ou individuais homogêneas. Os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os direitos coletivos *stricto sensu* são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Já os direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

É fácil perceber que os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos, por ostentarem natureza indivisível, são essencialmente coletivos, uma vez que não poderiam ser tratados de qualquer outro modo senão como um todo. Exemplo de direito difuso é a proteção ao meio ambiente. Um exemplo de direito coletivo *stricto sensu* nítido é o direito dos acionistas de determinada empresa.

23 Idem. P. 160.

Os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos. Constituem uma ficção jurídica criada pelo legislador para dar um tratamento coletivo a direitos que são individuais. Fala-se em dar um tratamento molecularizado a “*demandas-átomo*”²⁴, propiciando a efetivação do acesso à justiça e evitando decisões contraditórias. Entretanto, não são quaisquer demandas individuais que podem ser agrupadas e receber um tratamento coletivo. É necessário verificar se a ação coletiva não se apresenta como técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.²⁵ Em verdade, o objetivo deste tipo de tutela é a fixação de uma tese jurídica geral para todos os casos individuais homogêneos. A ação forma coisa julgada *erga omnes* e qualquer interessado poderá proceder sua liquidação/execução individual. Somente em casos excepcionais, como enunciado no art. 100 da Lei nº 8078/90, se admite a liquidação e execução coletivas, através da técnica conhecida como *fluid recovery* ou *cy pres distribution*²⁶.

É importante esclarecer que estas categorias de direitos coletivos não são estanques. Não é possível afirmar abstratamente que um determinado fato sempre gerará direitos coletivos de determinada espécie. É possível que um mesmo fato possa criar direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Não há problema algum em cumular pedidos relativos a todas estas categorias numa mesma demanda. Cada uma será julgada em um capítulo da sentença distinto.²⁷

24 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. P.20 e WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentados Pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 787

25 Utilizando a fórmula proposta no art. 3, III do Código Modelo de Antonio Gidi.

26 Cf. NAGAREDA, Richard A. *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*. Eagan: Foundation Press, 2009. P. 498 e ss.

27 O autor discorda da concepção exposta em RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à Tutela Coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 144 de que “não é possível, sob o ponto de vista do procedimento [...] a cumulação de pedido difuso ou coletivo com individual homogêneo na mesma demanda”. Ora, os procedimentos não são incompatíveis. De acordo com a lei, basta a publicação de um edital para que o processo seja regular em relação ao pleito de direitos individuais homogêneos. A publicação do edital em nada afeta as demandas relativas aos direitos difusos e/ou coletivos *stricto sensu*.

9. O ATUAL SISTEMA BRASILEIRO DE NOTIFICAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

A legislação brasileira é extremamente pobre no que concerne às notificações nas ações coletivas. A regra geral é da não obrigatoriedade da realização de qualquer tipo de notificação aos interessados. É impressionante que a lei não cuide da informação ao público sobre a existência da ação coletiva, mesmo admitindo em variados casos a manifestação espontânea de órgãos e entidades, como, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 7º, §2º da Lei nº 9868/1999).

Mesmo na abordagem inicial da questão, fica patente a incongruência legislativa. Ao mesmo tempo em que a lei consagra a conveniência da manifestação de entidades distintas das que conduzem o processo, não cria nenhum mecanismo para informar ao público interessado da existência da ação. Há o direito de manifestação, porém, muitas vezes este fica prejudicado em virtude de não existir o direito à notificação. Por óbvio, ninguém pode intervir em um processo judicial cuja existência desconhece. A legislação brasileira parece ignorar esta simples premissa.

A única previsão expressa como requisito de validade geral do processo ocorre no art. 94 da Lei nº 8078/90. Este artigo obriga que, nas ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos, depois de proposta a ação, seja publicado edital no Diário Oficial. O artigo aduz que tal publicação ocorre “*sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor*”. Neste ponto é pertinente a advertência de Antonio Gidi, de que, em uma interpretação literal, se alguma entidade tiver o interesse de realizar uma divulgação ampla do processo, ela está autorizada para tanto; entretanto, se não

desejar fazê-lo, não há nenhuma consequência.²⁸ Para Gidi, esta “*segunda parte do art. 94 não é sequer uma norma jurídica no sentido tradicional, porque é despida de obrigatoriedade, de sanção ou de qualquer consequência jurídica*”.²⁹

O modelo de notificação brasileiro é claramente insuficiente. A notificação via Diário Oficial é tão restritiva que chega ao ponto de ser considerada por Gidi, com razão, como ausência completa de notificação. O professor ainda afirma que esta limitação debilita o poder político das ações coletivas e o poder de mobilização social dos membros do grupo. Sustenta, inclusive, a inconstitucionalidade de uma norma de notificação tão restritiva, face ao contraditório e ao devido processo legal.³⁰

Como visto, na absoluta maioria dos casos, a legislação brasileira não prevê a mínima obrigatoriedade de notificação acerca das ações coletivas. Na rara hipótese em que ela existe, o art. 94 da Lei nº 8078/1990, a previsão é meramente formal e a notificação pode ser considerada fictícia, uma vez que quase ninguém lerá o edital no Diário Oficial.

A prática de alguns magistrados de mandar afixar o edital nos murais do fórum também é de pouca valia. A maioria das pessoas não frequenta este ambiente e mesmo dentre os frequentadores poucos são os que param para ler este tipo de aviso. A lei não prevê qualquer parâmetro para o conteúdo do edital, como acontece na legislação norte-americana. Deste modo, muitos editais são elaborados com redação técnico-jurídica, o que dificulta em muito a compreensão de um cidadão leigo que eventualmente se depare com ele.

28 GIDI, Antonio. Notas críticas... Op. Cit. P. 416.

29 GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2007. P. 240.

30 Idem. P. 416.

10.A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA E A O TRANSPORTE DA COISA JULGADA *IN UTILIBUS*

Uma questão bastante pertinente no exame da notificação adequada no processo coletivo ocorre em relação ao chamado transporte da coisa julgada *in utilibus*, previsto no §§ 3º e 4º da Lei nº 8708/1990. Trata-se de um efeito secundário da sentença de procedência de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e da sentença penal condenatória.³¹

O transporte *in utilibus* permite que a coisa julgada produzida neste tipo de demanda possa ser aproveitada para as lides individuais derivadas da mesma causa de pedir. Isto será possível quando uma mesma situação de fato gere a tutela de direitos essencialmente coletivos e de direitos individuais.³² É um mecanismo extremamente engenhoso da legislação processual e de grande utilidade prática, pois reconhecida a existência do fato gerador de dano, os cidadão só precisa propor a liquidação em relação aos danos individuais sofridos. Há o transporte da coisa julgada coletiva.

Em relação ao aproveitamento da coisa julgada das ações sobre direitos coletivos, a questão da notificação adequada adquire extremo relevo em virtude do art. 104 da Lei nº 8078/1990. Este artigo dispõe que as ações sobre direitos coletivos “*não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias*”, contando da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. O artigo trata do direito do sujeito excluir-se da abrangência da ação coletiva, caso queira prosseguir com sua ação individual. É o chamado *right to opt out* no direito norte-americano.³³

31 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo - Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 4 ed. São Paulo: RT, 2009. P. 67-68.

32 RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. Op. Cit. P. 169.

33 NAGAREDA, Richard. Op. Cit. P. 79.

Para poder optar por prosseguir ou não no processo individual, o sujeito deve ter garantida a ciência *inequívoca da existência do processo coletivo*³⁴. O texto da lei se refere à ciência *nos autos* do ajuizamento da ação coletiva, portanto, a melhor interpretação parece ser a de que se trata de um ônus do réu a comunicação da existência de processo coletivo em curso. Ônus este, que, se não cumprido, permite que o autor individual se beneficie da ação coletiva mesmo no caso de sua ação individual ser julgada improcedente.³⁵

Outra ponderação acerca do princípio da notificação adequada e da abrangência da coisa julgada coletiva é em relação às causas individuais em que o autor não tenha a assistência de advogado. Tal situação ocorre, por exemplo, em causas de valor inferior a 20 salários mínimos na sistemática da Lei nº 9099/95. Nestas situações, em virtude da incapacidade técnica do autor, a notificação da existência de ação coletiva pendente deve ser feita de modo extremamente claro, de sorte que o autor possa compreender os riscos inerentes à opção de prosseguir ou suspender a ação individual. Com isto se consagra a aludida garantia da ciência inequívoca da existência de processo coletivo. O juiz tem o poder/dever de controlar o conteúdo da notificação feita pelo réu e invalidá-la caso perceba que a opção do autor foi expressa por erro, em virtude da não compreensão das consequências de sua atitude.

O aproveitamento da coisa julgada coletiva *in utilibus* para as demandas individuais também faz surgir questões acerca da necessidade de notificação adequada nas ações que versam exclusivamente sobre direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*). O cerne do problema é novamente a falta de informação para o exercício dos direitos. Mesmo existindo o direito de promover a

34 DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. Op. Cit. P. 182.

35 Idem. P.183

liquidação e execução dos danos individuais sofridos nestas situações, este poder não poderá ser exercido caso o indivíduo não tenha ciência da existência da ação ou de que ela foi provida.

Resta evidente que não se deve pensar apenas na melhoria do deficiente sistema de notificação das ações sobre direitos individuais homogêneos. É necessário criar um sistema de notificações adequado para toda a tutela coletiva, uma vez que é inerente à própria dinâmica das ações coletivas que elas interessem a toda a comunidade envolvida. A informação adequada é condição básica para o exercício dos direitos.

11. CRÍTICA AO MODELO DE NOTIFICAÇÃO INDIVIDUALIZADA PARA OS MEMBROS IDENTIFICÁVEIS DO GRUPO

Após verificar a insuficiência do modelo de notificação do processo coletivo brasileiro, deve-se verificar qual seria o modelo adequado. Para isto, vale a pena inquirir se seria recomendável a adoção do modelo de notificação norte-americano das *class actions for damages*, que além de ordenar que os membros da classe sejam notificados da melhor maneira possível, fixa a obrigatoriedade da notificação pessoal para todos os componentes do grupo que possam ser identificados por meio de razoável esforço.³⁶

A fórmula da “melhor notificação possível” precede à edição da citada regra 23 das *federal rules of civil procedure*. Richard Nagareda noticia a referência a esta fórmula em uma decisão da Suprema Corte americana do ano de 1950: *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314-15, em que a corte já discutia que tipo de notificação para os membros do grupo seria adequado ao devido processo legal.³⁷ A referência histórica evidencia o fato de podermos extrair a

³⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2010. P. 93-94.

³⁷ NAGAREDA, Richard. *Op. Cit.* P. 121.

necessidade de respeito ao princípio da notificação adequada da própria cláusula do devido processo legal.

A princípio, este modelo parece ser razoável, pois todos os membros identificáveis terão ciência inequívoca da ação, sendo a notificação feita normalmente por carta. Ao mesmo tempo, providências serão tomadas para garantir a melhor notificação possível para os membros não identificáveis, o que pode ser feito, por exemplo, através de anúncios em periódicos.

A regra da notificação individualizada dos sujeitos identificáveis algumas vezes gera grandes perplexidades na solução das *class actions*. Os tribunais norte-americanos apresentam diversos precedentes nos quais a delimitação da classe para fins de certificação e verificação da notificação adequada tornou-se uma das questões centrais da ação. Um bom exemplo é o caso *Amchem Products, Inc v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) que trata da responsabilidade de algumas companhias pelos danos à saúde causados pelo uso de amianto. É intuitiva a dificuldade de se delimitar contornos precisos para um grupo que pleiteia direitos desta natureza. O grupo podia chegar a centenas de milhares, quiçá milhões de pessoas, agrupadas pela homogeneidade das demandas.³⁸ A necessidade de definir com a máxima precisão os limites do grupo representado, no regramento das *class actions for damages*, muitas vezes constitui um fator que dificulta o manejo destas ações.

Outra grande fonte de dificuldades para obediência da regra de notificação das *class actions for damages* são os custos envolvidos na notificação. Os altos custos deste sistema normalmente são utilizados como argumento pelos defensores do sistema da notificação por edital. Gidi informa que normalmente este setor da doutrina cita o caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*³⁹ como argumento para evidenciar

38 Idem. Op. Cit. P. 95-96.

39 Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974).

que os custos de notificação envolvidos neste sistema são inviáveis. O professor, entretanto, explica que esta decisão da Suprema Corte de 1974 foi extremamente infeliz e é criticada por doutrinadores americanos e estrangeiros.⁴⁰

Para que se tenha ideia da dimensão da dificuldade e do custo envolvidos na notificação do caso *Eisen*, considerando o preço de apenas seis cents de dólar por carta na época, a notificação individualizada para os membros identificáveis custaria centenas de milhares de dólares.⁴¹ Neste caso, o juízo de primeiro grau, reconhecendo a grande possibilidade da causa ser provida, determinou que os réus suportassem noventa por cento dos custos de notificação. Entretanto, o segundo grau e a Suprema Corte americanas foram unânimes em reverter a decisão.

Stan Karas noticia outro caso curioso, ocorrido na Califórnia, que evidencia os limites do sistema de notificação norte-americano: *State v. Levi Strauss & Co., 715 P.2d 564, 570 (Cal. 1986)*. A ação foi movida pelo Estado da Califórnia contra a fábrica de calças Levi's, pleiteando que os consumidores californianos fossem indenizados pelo fato da Levi's ter cobrado de trinta a quarenta centavos a mais do que poderia no começo dos anos 1970. Após muito tempo, foi certificada uma classe de mais de sete milhões de afetados. Daí foi utilizada a *fluid recovery* em um acordo que resultou no pagamento de 12.5 milhões de dólares. Entretanto, apenas em razão dos custos de notificação para que as pessoas soubessem que podiam receber trinta centavos pelo par de jeans, foram gastos dois milhões de dólares deste fundo. Mesmo com tanto dinheiro de notificação gasto, somente uma parcela muito pequena dos afetados requereu a reparação, em virtude da bagatela que receberia.⁴²

40 GIDI, Antonio. Op. Cit. 416

41 NAGAREDA, Richard. Op. Cit. P. 273.

42 KARAS, Stan. The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: *Kraus v. Trinity Management Services*. California Law Review, v. 90. , 2002. P. 972-973.

Com estes precedentes, se percebe que o modelo de notificações americano também encontra sérias limitações, sendo a necessidade de definição rigorosa dos membros da classe e o custo envolvido na notificação os fatores mais negativos. Este modelo é desaconselhável em virtude de não ser eficiente para propiciar a economia de recursos pretendida com a adoção da tutela coletiva⁴³ e por não ser consentâneo com a maximização do acesso à justiça.

A questão da notificação adequada é complexa, sendo impossível transplantar um modelo estrangeiro por inteiro para a nossa legislação. É preciso pensar com afincos os diversos matizes que a questão envolve e desenvolver um sistema de notificação intermediário, que não gere os inconvenientes do sistema americano, nem seja insuficiente como o brasileiro.⁴⁴

12.A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA E OS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO

Atualmente existem quatro anteprojetos de código de processo civil coletivo⁴⁵, que alcançaram grande repercussão nacional e internacional. Existe o Código Modelo elaborado por Antonio Gidi (CM-GIDI), o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América feito pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual (CM-IIDP), o Código Brasileiro de Processos Coletivos criado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-IBDP) e o Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA (CBPC-UERJ/UNESA).

43 Sustentada por POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007. P. 615-621.

44 GIDI, Antonio. *Op. Cit.* P. 416.

45 Consultados em reprodução presente no anexo do livro DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Op. Cit.*

Cada um desses anteprojetos doutrinários tem diversas peculiaridades. Para os fins deste trabalho, o que interessa é a análise dos mecanismos de notificação trazidos por eles. Neste ponto, serão analisados os aspectos gerais das notificações dos três últimos anteprojetos referidos, dada a sua semelhança. Alguns mecanismos específicos trazidos pelos anteprojetos serão examinados adiante. Em razão de suas peculiaridades, será dedicado um ponto exclusivo ao exame do sistema de notificações do Código Modelo de Gidi.

Para começar, é importante salientar que o Código Modelo do IIDP, assim como os anteprojetos do IBDP e da UERJ/UNESA praticamente reproduzem a sistemática atual de notificações dos membros do grupo nas ações coletivas, já criticada por sua insuficiência. Todos os três anteprojetos restringem a ideia da notificação ao procedimento das ações sobre direitos individuais homogêneos e utilizam a mesma sistemática do edital publicado no órgão oficial de imprensa.

O Código Modelo para Ibero-américa regula a questão no art. 21, sendo esta quase a reprodução do art. 94 da Lei nº 8078/1990. O anteprojeto do IBDP, apesar do avanço em trazer expressos os princípios da “participação pelo processo e no processo” (art. 2º, c) e “ampla divulgação da demanda e dos atos processuais” (art. 2º, o), também restringe às notificações ao procedimento das ações sobre direitos individuais homogêneos em sistemática igual à já existente (art. 30). O anteprojeto da UERJ/UNESA regula a matéria da mesma forma, no art. 32 e traz como novidade apenas um rol exemplificativo de “meios de comunicação social” pelos quais podem ser divulgadas as ações no art. 32, §2º, entretanto, rigorosamente, a não realização da divulgação também não gera qualquer consequência.

Comentando o art. 21 do Código Modelo do IBDP, Teori Albino Zavascki relata que em virtude da natureza dos direitos individuais homogêneos, a participação das pessoas interessadas não é considerada essencial, nem obrigatória, mas sim facultativa. Por isso é que não são convocadas pessoalmente, mas sim através de

edital.⁴⁶ Entretanto, Zavascki cita e concorda com as críticas tecidas por Antonio Gidi contra o sistema da notificação por edital, que já foram analisadas em ponto supra. Para Gidi, “*uma notificação adequado é o mínimo que o processo coletivo adequado deve proporcionar ao grupo titular da pretensão coletiva*”.⁴⁷ Considera a notificação ao grupo uma questão constitucional de respeito ao devido processo legal, tão importante quanto à representação adequada⁴⁸.

Também comentando o art. 21 do Código Modelo para Ibero-américa, o professor colombiano Martín Bermúdez Muñoz, tece a mesma crítica da insuficiência da notificação no sistema adotado e afirma como correto o art. 5º do Código Modelo elaborado por Gidi,⁴⁹ que será analisado adiante. O professor Muñoz noticia que na Colômbia, a notificação sobre ações coletivas é ainda pior. Limita-se à inclusão de um aviso de baixo custo em um periódico, que também ninguém lê e muitas vezes este requisito não é sequer cumprido, por falta de meios de quem ajuizou a ação e em virtude do sistema colombiano dispor que este tipo de ação poder ser impulsionada de ofício, o que faz com que os juízes substituam a publicação por um aviso na própria secretaria da vara.⁵⁰

13. CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS.

46 ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao art. 21. *In Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo ibero-americano*. GIDI, Antoni.; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Salvador: JusPodivm, 2009. P. 312.

47 GIDI, Antonio. Op. Cit. P. 417. Tradução livre.

48 Idem. Op. Cit. P. 417.

49 MUÑOZ, Martín Bermúdez. Comentario al art. 21. *In Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo ibero-americano*. GIDI, Antoni.; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Salvador: JusPodivm, 2009. P. 315-316.

50 Idem. P. 317.

Uma das inovações mais importantes trazidas no bojo dos anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 28 do CBPC-UERJ e art. 46 do CBPC-IBDP) é o Cadastro Nacional de Processos Coletivos. A previsão também é encontrada no art. 53 do projeto da nova lei de Ação Civil Pública, PL 5139/2009.⁵¹

Este cadastro, que deverá ser mantido e operado pelo Conselho Nacional de Justiça, é importante, pois serve para que o Poder Judiciário, o Ministério Público e todos os demais interessados tenham uma fonte confiável para saber da existência de ações coletivas e do atual estado em que elas se encontram. O ideal é que tal cadastro seja mantido na internet e acessível por qualquer pessoa.

Sem nenhuma dúvida, independentemente de outras medidas que sejam eventualmente adotadas para concretizar o princípio da notificação adequada, o cadastro nacional de processos coletivos deverá figurar entre elas. Ele terá o papel de centralização das informações sobre as ações coletivas, o que tem uma utilidade evidente.

O cadastro nacional evitará a propositura de mais de uma ação coletiva versando sobre o mesmo tema e com mesma abrangência geográfica. Os indivíduos terão um meio adequado para buscar ações coletivas de seu interesse, o que tornará estas ações significativamente mais eficazes e poderá diminuir a propositura de ações individuais. Até o trabalho do judiciário será facilitado pelo cadastro, uma vez que qualquer magistrado, ao verificar na prática uma demanda repetitiva, poderá buscar no sistema se já existe uma ação coletiva proposta no mesmo sentido.

Outra contribuição do cadastro nacional será a facilitação da obtenção de maiores informações acerca de uma ação coletiva. O indivíduo que for notificado por qualquer outro meio sobre a existência de ação que possivelmente lhe interesse, saberá que poderá encontrar neste cadastro uma fonte fiel de esclarecimento.

51 GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. “O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações”. In: Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri (coords.). São Paulo: Saraiva, 2010. P. 391-392.

Uma vantagem adicional seria a possibilidade de que, criada esta base de dados, os indivíduos e organizações possam ser avisados de ações propostas em determinadas áreas de seu interesse pelo sistema informatizado. Este mecanismo atualmente é muito comum em *sites* da internet, inclusive governamentais, e funcionaria de forma simples. O cidadão precisaria apenas cadastrar um endereço de email e informar ao sistema sua localização e áreas de interesse, através da marcação de opções pré-definidas pelo administrador do cadastro.

O cadastro de ações coletivas certamente será um instrumento formidável de participação popular para o Brasil e colocará o país na vanguarda mundial das práticas de *e-government*⁵² no Judiciário.

14.O PROCESSO DIGITAL COMO CONCRETIZAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO ADEQUADA

Uma contribuição significativa do anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do IBDP é seu art. 10, epígrafado como “Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos”. Além da prioridade do processamento das demandas coletivas sobre as individuais, que é uma ideia muito razoável, o enunciado também contém a ordem de que sejam utilizados preferencialmente os meios eletrônicos para a prática de atos no processo coletivo.

Apesar da regra não obrigar a adoção exclusiva de meio eletrônicos para o processo coletivo, ela evidencia a conveniência manifesta da utilização do processo digital neste tipo de tutela, em contraposição aos autos físicos. Considerando que os direitos e deveres subjacentes à tutela coletiva são de titularidade de variados sujeitos, nada mais adequado que o processo inteiro desenvolva-se por meio digital, sendo as peças principais acessíveis por qualquer interessado através da internet. Apesar dos

52 Mais informações sobre *e-government* em DELOITTE RESEARCH. *At the Dawn of e-Government: The Citizen as Customer*. Disponível em < <http://www.egov.vic.gov.au/pdfs/e-government.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2011.

autos físicos serem documentos públicos, obviamente seu acesso é muito mais difícil que o dos autos em meio digital.

A utilização do meio digital para a prática de atos no processo coletivo sem dúvidas colabora para a concretização da notificação adequada e facilita o acesso à justiça. Faz parte da garantia do direito das pessoas de terem informações sobre a tramitação da ação coletiva. Qualquer pessoa poderá verificar o andamento dos processos de seu interesse e eventualmente contratar um advogado para esclarecer questões ou praticar atos necessários.

É importante esclarecer que atualmente nada impede que as ações coletivas tramitem por meio digital no Brasil. A Lei nº 11.419/2006 permite que qualquer processo judicial se desenvolva desta forma e confere o arcabouço legal necessário. A decisão política de utilização do processo digital neste tipo de tutela seria muito bem vinda e auxiliaria na concretização do devido processo legal coletivo. O art. 10 do CBPC-IBDP evidencia esta necessidade. A adoção do meio digital para a prática de atos processuais também é uma medida fundamental, que, assim como a criação do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, deverá acompanhar qualquer mudança que vise à melhoria do sistema de processo coletivo brasileiro.

15.O SISTEMA DE NOTIFICAÇÕES NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO DE ANTONIO GIDI

Após analisar os demais anteprojetos de código de processo coletivo, passemos ao exame da sistemática das notificações no anteprojeto de Antonio Gidi.⁵³ Este foi o primeiro anteprojeto apresentado no país e é o único que traz uma modificação substancial em relação à sistemática apresentada pela legislação atual.

⁵³ Consultado no anexo de DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr., Hermes. Op. Cit. P. 453-465 e na publicação da revista de processo GIDI, Antonio. “Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito”. Revista de Processo, v. 111. São Paulo: RT, 2003. p. 192-208.

Neste anteprojeto, a preocupação com o tema das notificações está patente desde a exposição de motivos:

“Uma das contribuições deste projeto é eliminar injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas. Tais diferenças existem no Brasil e nos Estados Unidos meramente por casualidades e equívocos históricos e esta é a oportunidade para corrigir tais deformações. Não há nada que justifique que a notificação nas ações coletivas indenizatórias americanas (*class actions for damages*) seja mais rigorosa do que nas demais ações coletivas...”⁵⁴

Em outro trabalho, em que criticava o sistema de notificações do Código Modelo para Ibero-américa, Antonio Gidi demonstrou a mesma preocupação, afirmando que aquele código deveria conter uma norma intermediária, que não fosse tão custosa e absurda como a norte-americana, nem tão insuficiente e fictícia com a brasileira. Sustentava que uma norma adequada poderia, por exemplo, informar ao grupo como um todo, através de notificação ao ministério público, aos entes públicos e privados importantes e notificar individualmente alguns membros do grupo, que seriam selecionados por amostragem.⁵⁵

O professor baiano desenvolveu toda a sistemática das notificações de seu anteprojeto no artigo 5º, que é epigrafado como “notificação adequada”. A localização deste dispositivo no corpo do texto já demonstra uma modificação significativa no tratamento das notificações, pois o artigo está inserido no Título II que regulamenta o procedimento coletivo como um todo. Daí já se percebe a primeira diferença substancial em relação ao atual ordenamento: o sistema das notificações é unificado para todas as ações coletivas. Há uma preocupação evidente com a informação adequada na tutela de todos os tipos de direitos coletivos e não há nenhuma diferenciação em relação aos direitos individuais homogêneos.

54 GIDI, Antonio. “Código de processo civil... Op. Cit. P. 192.

55 GIDI, Antonio. “Notas críticas... op. cit. P. 416.

O caput do artigo utiliza a fórmula originária da suprema corte americana⁵⁶, afirmando que, na fase inicial do processo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes *a melhor notificação possível* para o grupo e seus membros, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Entretanto, o anteprojeto não se limitou a enunciar esta regra, de interpretação tão aberta, e disciplinou as notificações de modo pormenorizado nos pontos subsequentes.

O art. 5.1 enuncia as características da notificação, afirmando que esta deve ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos e membros do grupo. O enunciado também define os entes de notificação compulsória em todos os casos: o Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis. Tal rol se demonstra adequado e extremamente representativo.

O art. 5.2 confere ao juiz a possibilidade de proceder a notificação adequada através de qualquer meio eficiente em relação às particularidades do grupo. Já o art. 5.3 traz a disciplina do custeio das notificações, tema muito controvertido na jurisprudência norte-americana como demonstrado com o caso *Eisen*. A regra geral do anteprojeto é que o representante do grupo suporte este ônus, porém, quando o juiz verificar que a notificação é difícil e custosa para o representante, mas não o é para a parte contrária ao grupo, o juiz poderá atribuir-lhe tal função. Após o exame da probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, o juiz pode até mesmo ordenar que as despesas com notificação sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu (art. 5.12).

Um bom exemplo da necessidade da inversão aconteceria numa ação em que um sindicato atuasse contra algumas empresas, na condição de representante de seus empregados. O sindicato teria dificuldade em realizara a notificação, porém o juiz poderia determinar que as empresas incluíssem um aviso nos contracheques, que

⁵⁶ Comentada em ponto infra.

costumeiramente já tem uma parte formatada para mensagens, implicando em um custo inexpressivo para as empresas réas. Este exemplo talvez se enquadre até melhor na previsão específica do art. 5.13, que explicita a possibilidade da notificação através de alguns meios de comunicação constante que o réu mantenha com os membros do grupo, após um juízo de probabilidade de sucesso da pretensão coletiva realizado pelo magistrado. Outro exemplo enquadrado nesta previsão é a notificação de usuários de serviços continuados, como telefonia, água e luz, através da fatura mensal.

Há uma preocupação evidente com o conteúdo substancial da notificação do art. 5.4 ao 5.6. O anteprojeto cria parâmetros normativos para a linguagem utilizada na notificação, define seus elementos essenciais e confere ao juiz o poder/dever de controle de seu conteúdo. O regramento é nitidamente inspirado na regra 23(c)(2)(b), das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, porém se afasta da descabida necessidade de notificação individual de todos os membros identificáveis. Para não restarem dúvidas de que o anteprojeto não consagra esta regra infeliz, o art. 5.7 explicita que em determinadas situações o juiz pode até reduzir ou dispensar a notificação individual da pequena amostra dos membros do grupo.

É estabelecida uma relação interessante entre a notificação e a representação adequadas no art. 5.8 do código modelo. O representante do grupo, mesmo tendo passado em um exame inicial de legitimidade, pode passar a ser considerado ilegítimo caso não mantenha os membros do grupo constantemente informados sobre os fatos relevantes da ação coletiva. Caso o magistrado entenda insatisfatória a informação periódica fornecida pelo representante, também poderá promover, de ofício, a notificação formal de qualquer evento do processo.

A sistemática apresentada pelo anteprojeto inclui a proteção do réu quanto às ações manifestamente incabíveis ou infundadas no art. 5.10. A notificação destas ações poderia causar prejuízos injustificáveis, portanto, o juiz não deve nem promover a notificação nestes casos. Em casos duvidosos, o juiz pode retardar a notificação mais ampla, notificando apenas os legitimados coletivos mais

significativos em um primeiro momento, até formar sua convicção sobre o cabimento e a boa-fé da ação coletiva (art. 5.11).

O anteprojeto ainda disciplina expressamente a possibilidade de criação e manutenção de um *site* na internet para facilitar a comunicação sobre a ação coletiva no art. 5.14. A sistemática da notificação adequada apresentada por Antonio Gidi em seu anteprojeto é extraordinária. Inova completamente em relação ao parco regramento atual e atende todos os anseios relacionados às ações coletivas. Sua adoção representaria um grande salto qualitativo para o processo coletivo brasileiro, garantido um efetivo acesso à justiça.

16. CONCLUSÃO

A notificação adequada se apresenta como um princípio basilar para o respeito ao devido processo legal coletivo. Sem a informação adequada sobre a existência das ações coletivas e seus desdobramentos é impossível que o sistema de tutela coletiva funcione de modo eficiente e produza os resultados desejáveis.

A sistemática das notificações no atual processo coletivo brasileiro é de uma insuficiência patente. Difere a notificação da tutela de direitos individuais homogêneos das demais, de forma injustificada. Quando muito, exige a notificação através de edital publicado no Diário Oficial, cujo alcance real é praticamente nulo. Apesar de a lei permitir uma divulgação mais ampla através dos instrumentos de comunicação social, não há qualquer consequência se isto não for realizado. Também não existem preocupações em relação à publicidade de demandas sobre direitos essencialmente coletivos, o que impede que indivíduos conheçam das ações de seu interesse e possam aproveitar a coisa julgada coletiva para eventualmente serem ressarcidos de danos individuais.

Em um estudo de direito comparado, é possível perceber que as notificações das *class actions for damages* norte-americanas não constituem um paradigma adequado ao processo coletivo brasileiro. Este regramento exige a

notificação individualizada de todos os membros do grupo identificáveis, o que torna o procedimento de certificação extremamente complexo, notadamente quando a ação envolve uma quantidade grande de indivíduos. Além disso, esta obrigatoriedade gera custos tão elevados que tornam as demandas por vezes inviáveis e em outras diminuem significativamente seu resultado útil.

Examinando as propostas doutrinárias para um código de processo coletivo, percebe-se que a maioria delas mantém a mesma insuficiência nas notificações apresentada pela legislação atual. No entanto, trazem algumas inovações interessantes, como o Cadastro Nacional de Ações Coletivas e a regra da preferência de utilização de meios eletrônicos no processo coletivo, que podem contribuir de forma decisiva para a melhoria do sistema.

Diante da insuficiência da notificação na legislação brasileira, pode-se considerar que estamos diante de uma lacuna jurídica, que, segundo Karl Engisch, é a incompletude da lei contrária ao plano.⁵⁷ A ausência da notificação adequada é completamente contrária às normas que orientam a tutela coletiva e o acesso à justiça. *De lege lata*, a melhor interpretação para a legislação atual seria que os magistrados efetivassem a notificação adequada em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.⁵⁸

O mais indicado para aperfeiçoar o sistema da tutela coletiva em relação à notificação adequada é a mudança legislativa, com a fixação de critérios normativos para sua realização. Dentre as propostas apresentadas, o regramento contido no artigo 5º do Código Modelo de Antonio Gidi é o mais completo e eficiente, tendo logrado êxito na tarefa que se propôs de criar um sistema de normas intermediário entre o insuficiente sistema brasileiro e o pesado sistema norte-americano. Esta proposta, aliada ao Cadastro Nacional de Ações Coletivas e a priorização do meio digital para

57 ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. P. 281.

58 GIDI, Antonio. Critica.. Op. Cit. P. 418.

este tipo de tutela, certamente contribuiria decisivamente para a evolução do tratamento processual das situações jurídicas coletivas.

17. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DELOITTE RESEARCH. *At the Dawn of e-Government: The Citizen as Customer*. Disponível em <<http://www.egov.vic.gov.au/pdfs/e-government.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2011.

DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. Vol. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE, 2009. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. “Notas críticas al entrepojeto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”. In *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia um código modelo para iberoamérica*. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Cidade do México: Porruá, 2003.

_____. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito”. *Revista de Processo*, v. 111. São Paulo: RT, 2003. p. 192-208.

_____; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*. Um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPodivm, 2009.

GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. “O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações”. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri (coords.). São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentados Pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”. In *Ação Civil Pública: lei 7347/85 – 15 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo:RT, 1991

_____. *Os Processo Coletivos nos Paises de Civil Law e Common Law*. São Paulo: RT, 2008.

KALAJDZIC, Jasminka. *Access to a Just Result: Revisiting Settlement Standards and Cy Pres Distributions*. In: *The Canadian Class Action Review*. Vol. 6. No. 1. Toronto: Irwin Law, 2010.

KARAS, Stan. The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: *Kraus v. Trinity Management Services*. *California Law Review*, v. 90. , 2002. p. 959-995

KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*. St. Paul: Thomson West, 2007.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

MUÑOZ, Martín Bermúdez. Comentario al art. 21. In *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo ibero-americano*. GIDI, Antoni;. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Salvador: JusPodivm, 2009.

NAGAREDA, Richard A. *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*. Eagan: Foundation Press, 2009.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à Tutela Coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Érica Barbosa e. *Cumprimento de Sentença em Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

VENTURI, Elton. “O problema conceitual da tutela coletiva: A proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei nº 51130-2009.” In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri (coords.). São Paulo: Saraiva, 2010. P. 171-205.

WATANABE, Kazuo *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentados Pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo - Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4 ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Comentários ao art. 21. In *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo ibero-americano*. GIDI, Antoni;. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Salvador: JusPodivm, 2009.