

O Direito Processual Coletivo na Colômbia

Principais Aspectos

Georgios José Ilias Bernabé Alexandridis*

Palavras-Chave: Processo – Direito Processual Coletivo – Colômbia – Interesses Difusos – Interesses Coletivos – Interesses Individuais Homogêneos

Sumário. I. Introdução. 1. O caso da Colômbia. 1.1. A legitimação ativa. 1.2. A legitimação passiva. 1.3. Dos incentivos à propositura das demandas. 1.4. Procedimento. 1.5. Das medidas cautelares. 1.6. Do pacto de cumprimento. 1.7. Das provas. 1.8. Da sentença e seus efeitos. 1.9. Dos recursos. 1.10. Das custas. II – Conclusão. III – Bibliografia.

I – Introdução

O direito coletivo nas últimas décadas em todos os países vem ganhando maior relevo, quer seja pela massificação dos meios de produção e de consumo, quer sejam pela abrangência cada vez maior dos danos, que se individualmente considerados não teriam uma adequada tutela jurisdicional por se refletirem de forma coletiva na sociedade, necessitando assim de remédios adequados e eficazes para a solução de conflitos dessa natureza.

A busca pela tutela de interesses coletivos em sentido amplo origina-se pela necessidade de se criar mecanismos na sociedade que possibilitem o acesso ao judiciário de forma a garantir, de uma só vez, o interesse de um número indeterminável ou determinável de pessoas, desafogando o judiciário no julgamento de lides individuais com o mesmo objetivo, e ainda, tornando uniforme a decisão do judiciário, quer seja porque a matéria assim exige, no caso dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, quer seja pela homogeneidade dos direitos individuais que nos revelam a necessidade de intervenção coletiva¹.

* Advogado e professor. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SP. Articulista de sites e periódicos jurídicos.

¹ O termo “interesse” é empregado como sinônimo de “direito”, tanto no art. 5º, incisos LIX e LXX, *b*, da Constituição Federal, como no art. 81 da Lei 8.078/90, “visto que nada mais representam os ‘interesses’, ali dispostos, do que verdadeiros ‘direitos’, previstos no ordenamento jurídico pátrio”. (fls. 472, nota 47 do livro de José Antonio remédio).

Apesar da boa disciplina que temos a respeito, não podemos deixar de analisar também os regramentos alienígenas posteriores, pois além de sofrerem grande influência da nossa legislação, evidenciam um possível aprimoramento do nosso sistema.

Justamente a análise do direito comparado, conforme ensinamentos do professor Marcelo Gomes Sodré², visa permitir:

- a) uma história, uma filosofia, uma teoria geral para o direito processual coletivo;
- b) um direito processual coletivo internacional; e
- c) um aprimoramento do direito processual coletivo nacional.

O presente trabalho não tem a pretensão de preencher todos esses enfoques, mas podemos a partir das primeiras análises formuladas partir para essa construção, visando nesse primeiro estudo buscar elementos de aprimoramento do nosso direito processual coletivo.

Assim, passaremos agora à análise da legislação coletiva da Colômbia, sem perder de vista a nossa legislação, traçando diversos comparativos.

1. O caso da Colômbia

Visando regulamentar as ações que visam a proteção dos direitos e interesses coletivos, tal qual previsto no artigo 88 da Constituição Política da Colômbia, em 5 de agosto de 1998, foi promulgada a Lei 472/98 que regula o exercício das ações coletivas, promovendo a defesa desses interesses através de dois tipos de demandas, as *acciones populares* e as *acciones de grupo*.

As *acciones populares* são os meios processuais para a proteção dos direitos e interesses coletivos, tendo como objetivos evitar um dano iminente, cessão do perigo, ameaça, lesão ou o agravamento dos direitos e interesses coletivos, devendo sempre que possível buscar o *status quo* a lesão do direito.

Verificamos que o interesse coletivo empregado no texto legal refere-se ao seu sentido *latu sensu* indicando que as ações populares podem ser utilizadas para a tutela de todos interesses, quer sejam, difusos e coletivos em sentido estrito, sendo que a lei colombiana faz distinção unicamente quanto aos direitos individuais homogêneos, que serem tutelados pelas *acciones de grupo*.

Podemos fazer uma correlação da ação popular colombiana com a ação civil pública³ brasileira, contudo, esta⁴ para nós é apenas um dos instrumentos para

² GOMES SODRÉ, Marcelo, *As leis principiológicas de defesa do consumidor na América Latina: origens, importância e principais disposições*, pág. 423 e 424.

³ Lei 7.347/85 – Lei da ação civil pública.

⁴ Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, sua integração com a Lei 7.347/85, de forma a criar a base do direito processual coletivo, como um novo ramo do direito processual, a expressão nominativa da ação que defende os interesses difusos deixa de ser ação civil pública para se tornar ação coletiva, apesar de conterem equivalência de sentido, mas que se revela ser mais adequada do ponto de vista prático e doutrinário.

a tutela dos interesses e direitos coletivos, na medida em que é admitida toda e qualquer ação que seja adequada e eficaz para a tutela desses direitos⁵, na Colômbia o que se verifica é que esta adequada e eficaz tutela ocorrerá por meio da ação popular, que admite em seu bojo todos os meios eficazes, medidas prévias e cautelares, assim como qualquer pedido, visando a proteção dos direitos coletivos, o que nos permite afirmar que as *acciones populares* são o remédio próprio para a efetiva prevenção e reparação dos danos coletivos na Colômbia.

Diferentemente da escolha legislativa brasileira, que conceitua de forma ampla os interesses coletivos (conforme observamos dos incisos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor) o legislador colombiano optou por, em rol não taxativo, enumerar direitos e interesses coletivos, donde podemos extrair a proteção do meio ambiente, moralidade administrativa, proteção do patrimônio público e cultural, proteção dos direitos dos consumidores, dentre outros.

Na Colômbia não há distinção entre interesses difusos e interesses coletivos em sentido estrito, o que não compromete, pelo menos a princípio o sistema de tutela coletiva colombiano, já que se vale do fato do direito abranger um número indeterminado ou mesmo determinável de pessoas, sendo, pois, transindividual e, principalmente, de natureza indivisível, para se valer das *acciones populares*.

O enfoque dado à proteção dos interesses coletivos na Colômbia se aproxima em muito das *class action* americanas, principalmente no que cuida a legitimação ativa para a propositura da demanda, contudo, o interessante do estudo desse sistema reside no fato de que na Colômbia não vigora o sistema da *common law*, por prevalecer o sistema positivado, o que resulta em uma forma *sui generis*, com a inclusão de inúmeras questões interessantes que serão analisadas.

1.1. A legitimação ativa

A legitimação ativa para a propositura das *acciones populares* é a mais ampliada possível, possibilitando a promoção da ação popular para a tutela de interesses difusos e coletivos por qualquer pessoa natural ou jurídica, encontrando-se fundamento na *class action* americana, na qual o indivíduo também se encontra legitimado para a ação coletiva, devendo o juiz “avaliar se o indivíduo, isoladamente considerado, é portador de idoneidade para ser o representante de uma classe de pessoas ausentes diretamente interessadas no desfecho da demanda coletiva (*adequacy of representation*)”.⁶

As ligas e associações de consumidores, também estão legitimadas para a propositura da ação popular, tendo regramento próprio e específico na Lei 1.441/82, que será objeto de estudo em capítulo próprio no presente trabalho.

⁵ Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor;

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, 1ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. pág. 528.

Podemos verificar que o sistema de proteção dos direitos coletivos na Colômbia utilizou-se como fundamento também a legislação brasileira, possibilitando a tutela dos interesses coletivos através de outros legitimados como as associações, as entidades públicas e o Ministério Público.

Diante dessa amplitude da legitimação, como forma de controle a impedir o uso viciado da demanda coletiva e para que não haja um comprometimento de todo o sistema de proteção coletiva, sempre que a ação coletiva é proposta sem a intermediação de um legitimado judicial, a Defensoria Del Pueblo⁷ poderá intervir, devendo o juiz notificá-lo do ato de admissão da demanda, antes da citação do requerido na demanda, propiciando a possibilidade de emendar a inicial, assumindo a ação ao lado do autor, o mesmo ocorrendo com o Ministério Público, contudo, diferentemente do que ocorre no Brasil, a intervenção do Ministério Público na ação popular é definida por sua conveniência.

Ademais, para que seja aferida a legitimidade de alguns desses co-legitimados, verifica-se como requisito a pertinência temática na medida em que os legitimados devem ter funções correlatas aos interesses coletivos lesados, autorizando assim a sua defesa.

Como fonte de controle também existe a figura da assistência de qualquer pessoa natural ou jurídica, bem como os demais co-legitimados, e ainda qualquer autoridade que por razão de suas funções deva proteger e defender os direitos e interesses coletivos, para intervirem como assistentes nas ações, possibilitando assim um maior controle do devido processo legal e a adequada representação do autor da demanda.

Apesar de não haver qualquer limitação quantitativa para a assistência, objetivando evitar qualquer tumulto processual que inviabilize a tutela dos direitos e interesses coletivos através da ação popular, deve ser limitado o número de assistentes, de forma de que somente os interessados diretamente (caso de pessoas físicas e jurídicas) possam assistir o processo, os demais órgãos e instituições mencionadas, com exceção do Ministério Público, também devem demonstrar interesse jurídico na demanda, ou seja, a pertinência temática

⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO é uma instituição que tem o dever de defender os direitos dos cidadãos à educação, à saúde, à segurança, ao livre uso dos espaços públicos e procurar elevar a qualidade de vida da população e promover a defesa dos direitos humanos. O DEFENSOR DO POVO é designado por legislatura, se trata de uma instituição equivalente ao do *Ombudsman* estabelecida na Suécia em 1809 e tomada de modelo pela Argentina e de vários outros países. O defensor do povo não recebe ordens de nenhuma autoridade e desempenha suas funções com total autonomia. Atua de ofício ou a requerimento das partes e todas as instituições estão obrigadas a auxiliá-los nas investigações e inspeções facilitando o acesso às informações que solicite. Não é juiz, e assim, não dita sentenças nem impõe sanções, contudo, suas advertências e recomendações constituem a voz da opinião pública e tem uma influência decisiva na modificações das normas vigentes, também podem propor formas de acordo ou conciliação para encontrar uma solução. Recebida a denúncia no órgão através de um reclamante, lhe é entregue um recibo com número de protocolo de registro, uma vez aceita a denúncia, são iniciadas as ações necessárias, sendo que o resultado da reclamação, quais ações foram tomadas e seus resultados, são informados ao reclamante.

para defesa dos interesses em juízo, sendo a presença mais aceitável por tratar-se de instituições representantes de interesses e direitos coletivos.

Além dessas formas de controle externo, temos também que o próprio juiz deve velar pelo respeito ao devido processo legal, pelas garantias processuais e o equilíbrio entre as partes, assim, tem o juiz atribuição legal de verificar a adequada representatividade daquela pessoa física ou jurídica que ingressa com a ação, antes mesmo de sua admissão, podendo pedir que seja emendada a inicial nesse sentido, como também no curso do processo, pode aferir se o demandante popular está de maneira satisfatória defendendo os interesses coletivos, podendo utilizar-se de seus poderes instrutórios para garantir o equilíbrio das partes e por via reflexa o devido processo legal.

Devemos refletir um pouco mais sobre esse tema na medida em que qualquer pessoa física ou jurídica estão legitimados pelo sistema colombiano para a propositura das ações populares, e fazer um paralelo com o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos proposto pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que prevê a legitimação do indivíduo para a propositura de ação civil pública, especificando requisitos para que seja aferida a adequada representatividade deste legitimado ativo.⁸

Será que mesmo com um controle da adequada representatividade pelo juiz através desses requisitos, poderemos alargar ainda mais a legitimação ativa em nosso sistema, posto que na prática evidenciamos a concentração massiva da propositura das ações coletivas pelo Ministério Público, também abrimos a possibilidade de uma discussão muito grande através de toda a sorte de recursos para a confirmação dessa adequada representatividade, o que pode prejudicar, ou até mesmo inviabilizar, a proteção dos interesses coletivos em sentido amplo, já que apesar dos recursos não terem o efeito suspensivo como regra poderá haver no caso concreto a sua concessão.

⁸ **Art. 20. Requisitos da ação civil pública** - São requisitos da ação civil pública, a serem aferidos em decisão especificamente motivada do juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Par. 2º. Aplica-se ao Ministério Público, exclusivamente, o disposto na alínea “d” do § 1º deste artigo.

Par. 3º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no § 4º do artigo seguinte.

O alargamento da legitimidade ativa em nosso sistema pode ter o efeito reverso do previsto, pois ao invés de estimular a propositura das demandas coletivas, derrubando barreiras, poderá de certa forma banalizar o instituto fazendo-o perder sua força, levando a discussões marginais que retirarão o foco da proteção efetiva dos interesses coletivos em sentido amplo, podendo ainda levar ao uso político da demanda coletiva.

1.2. A legitimação passiva

A *acción popular* pode ser dirigida contra o particular, pessoa natural ou jurídica, bem como a autoridade pública cuja atuação ou omissão seja considerada uma ameaça, ou violação dos interesses e do direito coletivo, decorrência lógica de se ter no pólo passivo da demanda a pessoa ou o ente o qual esteja provocando a ameaça ou a lesão aos direitos e interesses coletivos.

Importante destacar que a legislação da ação coletiva colombiana possibilita o ingresso da demanda coletiva, mesmo que não sejam conhecidos os responsáveis pela violação ou ameaça do direito coletivo, cabendo nesta hipótese a determinação do sujeito passivo da ação coletiva pelo juiz da causa.

Contudo, temos como requisito da petição inicial da ação popular a indicação da pessoa que deve figurar no pólo passivo, como ocorre em nosso sistema, mas fato interessante é a possibilidade de que se no curso da demanda seja estabelecido que existem outros possíveis responsáveis pelo dano, o juiz de ofício, deverá ordenar a citação destes para que respondam aos termos da ação ingressada contra o demandado, evidenciando a celeridade, economia processual e objetividade da tutela do direito material sobre o processual, já que, com o processo em andamento, esse novo demandado oferecerá sua defesa, sem a necessidade de propositura de nova demanda.

Temos desta feita, três situações para a determinação do pólo passivo da ação coletiva na Colômbia: (I) refere-se quando se tem a exata medida de quem é o causador da lesão ou do dano de natureza coletiva; (II) caso este não seja conhecido, tal fato não impedirá o ingresso da demanda, nem tampouco a proteção do interesse coletivo, cabendo ao juiz determinar os responsáveis para responderem aos termos da demanda; (III) se no curso da demanda, restar estabelecido que existam outros possíveis responsáveis, caberá ao juiz de ofício ordenar a citação destes para que ingressem na demanda e promovam sua defesa.

Temos desta feita, com esse sistema de determinação da legitimidade passiva, obediência aos princípios de prevalência do direito substancial em relação ao processual, economia processual, celeridade e eficácia, que regem o direito processual coletivo colombiano, regras que encontram perfeita aplicação também em nosso sistema, com fundamento na principiologia própria do direito processual coletivo, na busca da máxima efetividade, máximo benefício e amplitude da ação

coletiva, sempre com a observância dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

1.3. Dos incentivos à propositura das demandas

Dando verdadeiro incentivo à propositura das ações populares, o legislador colombiano optou por fixar parâmetros de remuneração aos demandantes, visando à proteção dos direitos e interesses coletivos.

Assim, o demandante da ação popular terá direito a receber um incentivo a ser fixado pelo juiz entre dez e cento e cinquenta salários mínimos mensais, sendo que quando o demandante for uma entidade pública, o incentivo será destinado ao Fundo de Defesa de Interesses Coletivos, criado pela mesma lei.

Mas será que tal incentivo não acaba por comprometer o sistema de proteção dos direitos e interesses coletivos, na medida em que enseja a proliferação de inúmeras ações infundadas? A resposta nos parece negativa, à luz do que dispõe o artigo 38 que trata das custas, condenando o demandante no seu pagamento apenas nos casos de lide temerária ou de má-fé. Ademais, parece-nos que o incentivo só será pago com a procedência da ação, apesar de o comando legal do artigo 39 da Lei 472/98 ser omissivo nesse sentido.⁹

Em se tratando de ação popular fundada em violação à moralidade administrativa, o demandante terá direito a receber quinze por cento (15%) do valor que seja recuperado à entidade pública em razão da ação popular, nos termos do *caput* do artigo 40¹⁰, o que realmente revela uma boa forma de incentivo para a propositura de demandas, já que o incentivo será sobre os valores recuperados, visando justamente a efetividade da demanda coletiva.

Alfás, a moral administrativa é cuidada neste mesmo artigo, ao estabelecer que o representante legal do organismo e entidade contratante e contratada responderá com seus patrimônios pessoais, de forma solidária com aqueles que concorreram para o fato, até que se tenha recuperado o valor que foi pago em excesso, criando assim a responsabilidade solidária para os casos em que

⁹ Art. 39 - Incentivo. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Quando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

¹⁰ Art. 40 - Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.

haja de alguma forma desvio de dinheiro público através de contratos ou licitações, buscando a facilitação da execução do julgado.

O artigo 43 da Lei 472/98¹¹, também trata da moral administrativa, autorizando o juiz a decretar as medidas prévias ou cautelares que estime serem necessárias, comunicando a demanda à Procuradoria, para que seja parte da demanda se achar conveniente. A Ação popular não prejudica a aplicação de sanções disciplinares por parte da Procuradoria, nem pode interferir nas ações disciplinares ou penais para as quais o caso exija.

A possibilidade legal de incentivo para a propositura de ações coletivas deve ser melhor analisada, no Brasil, temos como incentivo a dispensa do adiantamento das custas iniciais, honorários periciais e a ausência de condenação em honorários de sucumbência, salvo comprovada má-fé, contudo, verificamos na prática que tal sistema ainda coíbe a propositura de ações por parte das associações, que no mais das vezes não vislumbram em uma ação coletiva que verse sobre interesses difusos retorno financeiro necessário para a sua própria manutenção e do patrocínio da causa.

Fato que acaba transformando as demandas coletivas propostas por essas entidades em ações que em sua maioria tenha o seu pedido limitado ao grupo de seus associados, mesmo em se tratando de interesses difusos ou mesmo individuais homogêneos, o que daria uma funcionabilidade muito maior para a demanda.

Outro fator que devemos levar em conta é a falta de cultura associativa em nosso país, o que enfraquece as associações que assim não tem o estímulo nem a estrutura indispensável para arcar com o ônus de uma ação judicial, que demandará tempo e dinheiro, apesar da isenção das custas previstas em lei.

O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos idealizado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, prevê a possibilidade do juiz, evidenciando que a atuação do legitimado (pessoa física, sindicato ou associação) tiver sido relevante para o êxito da demanda coletiva, fixar gratificação financeira pela atuação.

Evidenciamos uma omissão quanto à origem destes recursos que o juiz poderá se utilizar como incentivo e reconhecimento do trabalho do legitimado ativo. No caso de procedência da demanda, que evidencia a atuação positiva do legitimado na defesa dos interesses coletivos, já temos a condenação do demandado em honorários de sucumbência que são destinados para o advogado

¹¹ Art. 43 - Moral administrativa. En las acciones populares que versen sobre la moral administrativa y con miras a evitar la duplicidad de funciones para los efectos de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, el juez que conozca de estas acciones decretará las medidas previas o cautelares que estime procedentes y comunicará la demanda a la Procuraduría para que la misma se haga parte si lo considera conveniente.

Si de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan.

da parte, assim, utilizando o mesmo raciocínio esse reconhecimento do legitimado ativo deveria ser pago, quando fixado pelo juiz, também pela parte vencida.

Este raciocínio nos parece lógico na medida em que tais valores comporiam também parte da sucumbência da demanda, no entanto, sem o conteúdo expresso da lei, temos uma lacuna que possibilitará uma grande discussão jurídica a seu respeito.

Talvez seja um bom momento para levantar o questionamento sobre a participação maior dos valores que são destinados ao fundo de reparação dos interesses difusos e coletivos, que muitas vezes ficam parados sem destinação, e podem, servir para algum incentivo, para que novas ações que visem à proteção dos interesses coletivos em sentido amplo sejam propostas, como, por exemplo, ocorre no caso colombiano em que parte dos recursos que são recuperados nas ações quer versam sobre a moralidade administrativa, são repassados para a parte, revelando a utilização de forma indireta desses valores destinados ao fundo na própria proteção dos interesses coletivos em sentido amplo.

1.4. Procedimento

A tramitação das ações coletivas se desenvolve com atenção aos princípios constitucionais colombianos, com a observância em especial da prevalência do direito substancial sobre o direito processual, publicidade, economia, celeridade e eficácia, aplicando-se inclusive os princípios gerais do Código de Processo Civil Colombiano, no que não confrontar com o processo coletivo.

Assim, temos que no processo coletivo colombiano, deve prevalecer a substância sobre a forma, aplicando-se o que chamamos de instrumentalidade da formas, pela qual o meio não pode impedir a realização do fim que é a tutela dos direitos e interesses coletivos, isso se deve a sua elevada importância e abrangência no direito, tanto que faculta ao juiz, nos termos do § 3º do artigo 17 da Lei 472/98, a tomada de medidas cautelares necessárias para impedir prejuízos irreparáveis e irremediáveis, ou suspender os atos geradores da ameaça dos interesses e direitos coletivos, mesmo sem o requerimento da parte.

Temos que, para a sua maior eficiência e efetividade, a publicidade da demanda coletiva e seus efeitos e decisões deve ser a mais ampla possível, devendo ocorrer a notificação aos membros da comunidade através de um meio massivo de comunicação ou qualquer outro mecanismo eficaz. Justamente uma das maiores falhas do nosso sistema processual coletivo está na ausência de efetividade da publicidade das demandas coletivas, tanto com relação ao seu ingresso quanto à divulgação de sua sentença.

Tal fato é em muito prejudicial ao sistema coletivo, por enfraquecer a força das demandas coletivas, já que não chegando ao conhecimento da sociedade, os direitos individuais tutelados sob a forma coletiva não chegam a ser efetivos, já que não se tem conhecimento das demandas, liminares e sentenças proferidas em ações que busquem a tutela dos interesses individuais homogêneos, nem

mesmo dos interesses coletivos e difusos que de forma reflexa também podem evidenciar direitos individuais, podendo-os beneficiar.

Além desse prejuízo evidenciamos que nem mesmo os co-legitimados ativos têm ciência das demandas coletivas propostas, o que pode gerar um multiplicidade de ações desnecessárias, como também uma avalanche de ações individuais, possibilitando a existência de decisões conflitantes e o atolamento do judiciário.

Evidenciamos no processo coletivo colombiano uma preocupação muito grande com a celeridade processual, sendo esta alcançada através do trâmite preferencial das ações populares quanto todas as demais demandas que conheça o juiz competente, com exclusão do *Habeas Corpus* e a ação de tutela e a ação de cumprimento, nos termos do artigo 6º da Lei 472/98. Princípio este se coaduna com o princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva no processo brasileiro, evidenciada por Gregório Assagra de Almeida.¹²

A eficácia denota que poderão ser utilizadas pelo juiz competente para a proteção dos direitos e interesses coletivos todas as medidas capazes de prevenir ou reparar os danos coletivos causados, para que não seja criada uma situação de irreparabilidade e irremediabilidade dos danos através de medidas cautelares e meios para tornar efetiva a reparação dos danos.

Deflagra-se também o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, posto que promovida a ação é uma obrigação do juiz impulsionar o processo para a produção de uma decisão de mérito, sob pena de incorrer em falta disciplinar, apenada com a destituição do cargo, podendo para tanto, adotar as medidas necessárias para adequar a petição à ação que corresponda, nos termos do artigo 5º da Lei 472/98.¹³

A importância das ações coletivas é tamanha atualmente que previu-se inclusive facilidades para a promoção das ações populares, na medida em que o interessado poderá requerer o auxílio do Ministério Público para a elaboração da demanda ou da inicial, tanto nos eventos de urgência, quando a pessoa solicitante não souber escrever. Ora, temos assim, a maior abrangência possível e facilidade para o ingresso com a demanda para a tutela dos interesses e direitos coletivos na Colômbia, o que também pode revelar a deficiência da aferição da adequada representatividade do autor na demanda coletiva.

Apresentada a demanda através da petição inicial, o juiz competente se pronunciará sobre a sua admissão no prazo de três dias úteis seguintes ao seu

¹² Ob. Cit. Pág. 572/573

¹³ Art. 5º - Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes. Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito sob pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.

ingresso, podendo o juiz não admitir a demanda quando não seja cumprido um dos requisitos assinalados na Lei 472/98, indicando o que não foi cumprido, podendo o demandante em três dias adequá-la a cumprir os requisitos, sob pena de ser arquivada.

Admitida a demanda, o juiz ordenará a citação pessoal do demandado, informando a todos os membros da sociedade na extensão da demanda podendo utilizar-se para tanto de um meio massivo de comunicação ou qualquer outro mecanismo eficaz para cientificar eventuais beneficiários.

As entidades públicas serão notificadas do ato admissório da demanda através de seu representante legal, ou quem está autorizado a receber as notificações, de acordo com o disposto no Código Contencioso Administrativo. E no caso de ser o demandado particular, a notificação pessoal seguirá o disposto no Código de Procedimento Civil.

Em qualquer dos casos, se a pessoa a quem caiba receber a notificação, não estiver ou não puder receber a notificação, por qualquer motivo que seja, praticará o ato com a pessoa que ali se encontre, com cópia autêntica da demanda e do ato admissório, e o aviso de que enviará pelo mesmo caminho, ao notificado.

Caso a demanda não tenha sido proposta pelo Ministério Público, este será comunicado do ato admissório da demanda para que intervenha como parte pública em defesa dos direitos e interesses coletivos, nos processos em que considere conveniente. Também será comunicada à entidade administrativa encarregada de proteger o direito e o interesse coletivo afetado.

No ato admissório da demanda, o juiz ordenará o seu traslado para o demandado para a contestar no prazo de 10 dias, também caberá informá-lo que a decisão será proferida nos trinta dias seguintes ao vencimento do prazo para contestar, e que tem direito a solicitar a prática de provas com a contestação da demanda, sendo que em caso de vários demandados, poderão a seu critério designar um representante comum.

A preocupação com a celeridade da demanda, para propiciar uma maior efetividade é demonstrada nesse artigo, sem limitar a ampla defesa e o contraditório, já que possibilita a apresentação de defesa e a produção de provas.

Poderá ainda o demandado apresentar exceções de mérito e preliminares de falta de jurisdição (competência) e de coisa julgada, que serão resolvidas pelo juiz quando da prolação da sentença, sendo que caso sejam necessárias à produção de provas, estas serão produzidas no mesmo prazo assinalado para as provas solicitadas na inicial e na contestação, nos termos do artigo 23 da Lei 472/98.¹⁴

¹⁴ Art. 23 - Excepciones. En la contestación de la demanda sólo podrá proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia. En consecuencia, las pruebas pertinentes se practicarán en el mismo plazo señalado para las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación de la misma.

Cabe, ao nosso ver, uma crítica quanto às exceções levantadas na ação coletiva na Colômbia, posto que enseja um verdadeiro tumulto processual, na medida em que o juiz só poderá conhecê-las quando do julgamento da demanda, e após a produção de todas as provas requeridas para o julgamento de mérito, assim, poderemos ter o absurdo da produção de provas que nenhuma utilidade terão caso acolhida alguma preliminar suscitada, como, por exemplo, de coisa julgada.

Nos parece que a ausência do despacho saneador, como presente no nosso sistema, para a apreciação dessas preliminares, não imprime maior celeridade nem eficácia da ação coletiva, como aparenta no texto da lei colombiana, sendo indispensável para solução dessas questões preliminares.

1.5. Das medidas cautelares

Busca-se de sobremaneira com a demanda coletiva, a cessão da ameaça ou a reparação de danos causados aos direitos e interesses coletivos, tentando ao máximo restituir o *status quo*, ou mesmo evitar que cessem os danos, não causando maiores prejuízos.

Para tanto, poderá o juiz de ofício ou a requerimento da parte, decretar, em despacho motivado, as medidas prévias visando a prevenir o dano iminente, ou para cessar o dano que se tenha causado. Estabelece ainda o artigo 25 da Lei 472/98¹⁵, que poderá o juiz nestas medidas prévias decretar:

- a) ordenar a imediata cessação das atividades que possam originar o dano, ou que os tenham causado;
- b) ordenar que se executem os atos necessários, quando a conduta potencialmente prejudicial do dano seja uma consequência da omissão do demandado;

¹⁵ Art. 25 - Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

§ 1°. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

§ 2°. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término preteritorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

c) obrigar o demandado a prestar caução para garantir o cumprimento de qualquer das medidas prévias anteriores;

d) ordenar que o Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos estude a natureza dos danos e as medidas urgentes que devam ser tomadas para mitigá-los.

Temos que o papel do juiz na efetiva prevenção e reparação dos direitos e interesses coletivos é adequada na medida de sua relevância, mesmo sem que o demandante tenha feito qualquer pedido, poderá o juiz adotar as medidas que achar pertinentes para a preservação desses interesses, visto que as medidas elencadas nas alíneas do artigo 25 da Lei 472/98, não constituem rol taxativo, sendo que em suas hipóteses, facilmente pode-se abarcar qualquer medida que seja necessária especificamente para o caso concreto.

O demandado deverá ser notificado do ato que decreta as medidas prévias simultaneamente com a notificação da admissão da demanda, e poderá ser objeto de recurso de *reposición e apelación*, que serão conhecidos somente no efeito devolutivo e devem ser julgados em cinco dias.¹⁶

A lei ainda limita a matéria da oposição às medidas prévias, que podem ser fundamentadas para:

a) evitar maiores prejuízos ao direito e interesse coletivo que se pretende proteger;

b) evitar prejuízos certos e iminentes ao interesse público; e

c) evitar ao demandado prejuízos cuja gravidade é tamanha que haja praticamente impossível cumprir um sentença desfavorável.

Impõe ainda, o citado artigo, regra de distribuição de ônus da prova na medida em que determinada corresponde à parte que alegue estas causas a sua demonstração.

1.6. Do pacto de ‘cumplimiento’

Como visto, tão logo seja admitida a demanda o demandado será notificado para contestar aos termos da demanda, sendo que o juiz, nos três dias seguintes

¹⁶ Art. 26 - Oposición a las medidas cautelares. El auto que decreta las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.

do vencimento do prazo, citará as partes e o Ministério Público para uma audiência especial na qual o juiz ouvirá as diversas posições sobre a ação instaurada.¹⁷

Esta audiência tem como objetivo a realização de um pacto de *cumplimiento*, para que seja determinada a forma de proteção dos direitos e interesses coletivos, bem como o reestabelecimento das coisas ao seu estado anterior quando possível.

Cabe mais uma vez destacar a importância do papel do juiz a quem cabe a iniciativa deste pacto, podendo as partes fixar os seus termos que serão revisados pelo juiz, podendo este, em caso de observar algum vício de ilegalidade em algum dos termos do pacto, corrigi-los com o consentimento das partes.

É obrigatória a participação do Ministério Público e da entidade responsável de velar pelos direitos e interesses coletivos levantados na demanda nesta fase.

Uma vez celebrado o pacto, sua aprovação surtirá os efeitos da sentença, na qual é prolatada, cuja parte resolutive será publicada em jornal de grande circulação nacional para o conhecimento de todos, às custas das partes envolvidas.

No cumprimento do pacto, poderá o juiz designar pessoa natural ou jurídica para vigiar e assegurar a solução do conflito, conservando a sua competência para a execução do pacto.

O pacto de cumprimento é uma forma bastante interessante e eficaz na solução dos conflitos coletivos, assemelha-se ao Compromisso de Ajustamento de Conduta existente em nosso ordenamento, contudo, ao que foi verificado só

¹⁷ Art. 27 - Pacto de cumplimiento. El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria. La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:

- a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
- b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
- c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.

En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literalca).

La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto.

pode ser tomado de forma judicial, no início da ação popular, com a participação obrigatória do Ministério Público, que velará, juntamente com o crivo do juiz pela não-infração de direitos na formulação do acordo.

Mas, tratando-se de um acordo, poderíamos falar em disponibilidade do direito por parte do demandante, já que cuida a demanda de promover a defesa de interesses e direitos coletivos? Parece-nos que a disponibilidade não existe, já que os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, dada a sua natureza não podem ser disponibilizados em acordo pelo autor coletivo que não é titular do direito, mas sim da condução da demanda.

Por isso mesmo, que cabe ao juiz a iniciativa para estabelecer o pacto de cumprimento, na qual deverá ser determinado a forma de proteção dos direitos e interesses coletivos, e o restabelecimento das coisas em seu estado anterior ao dano quando possível, assim, não há qualquer disponibilidade quanto a estes direitos. Podem as partes sugerir modificações ao termo, mas que deverão ser aprovadas pelo juiz da causa, sob pena de não ser celebrado o pacto.

Cabe ressaltar que o próprio artigo disciplina sanções para o juiz que deixe de realizar esta audiência na qual pode ser tomado o pacto de ajustamento, bem como responsabilidades às autoridades públicas que não tenham a ela comparecido.

Caso não compareçam as partes, sem justificativa, restará prejudicada a audiência, como será considerada falida a tentativa de conciliação no caso de não ser proposto qualquer projeto para a tomada do termo, ou então quando as partes não aceitem as adequações formuladas pelo juiz, nestas condições caberá ao juiz ordenar a prática das provas.

1.7. Das provas

Como acima mencionado não havendo logrado êxito a audiência para estabelecer o pacto de cumprimento, o juiz determinará a realização das provas.

As provas¹⁸ solicitadas pelas partes que sejam pertinentes e eficazes para o processo serão determinadas pelo juiz que poderá, ainda, estabelecer outras

¹⁸ Art. 28 - Pruebas. Realizada la citación para establecer el proyecto de pacto de cumplimiento, sin lograr acuerdo, o citada ésta y no efectuada por ausencia de las partes, el juez decretará, previo análisis de conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, señalando día y hora para su práctica, dentro del término de veinte (20) días prorrogables por veinte (20) días más si la complejidad del proceso lo requiere.

El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadísticas provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad.

También podrá el juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Así mismo, podrá requerir de los particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos. En uno u otro caso las órdenes deberán cumplirse en el estricto término definido por el juez.

El juez practicará personalmente las pruebas; pero si ello fuere imposible, podrá comisionar en aras de la economía procesal. En los procesos a que se refiere esta ley, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas dentro o fuera del territorio nacional.

provas que entenda cabíveis para serem realizadas de ofício, assinalando dia e hora para a prática, dentro de um prazo de vinte dias que pode ser prorrogado por mais vinte dias caso a complexidade da demanda o exija.

O juiz poderá ordenar qualquer prática de prova que seja necessária, incluindo a apresentação de estatísticas provenientes de fontes de credibilidade. Também poderá ordenar às entidades públicas e seus empregados a fornecer documentos e informes que tenham valor probatório. Podendo requerer dos particulares certificados, informações, exames, para serem cumpridos nos prazos estipulados pelo juiz.

A prática das provas deve ser feita pessoalmente pelo juiz, caso seja impossível, poderá comissionar em prol da economia processual, podendo o juiz, ainda, determinar que sejam realizadas provas fora do território nacional, para a garantia dos direitos e interesses coletivos.

Pela regra de distribuição do ônus da prova instituído no artigo 30 da Lei 472/98¹⁹, a carga da prova corresponde ao demandante, cabendo-o fazer prova de suas alegações, contudo, caso haja insuficiência econômica ou técnica, impedindo o cumprimento desta carga, o juiz ordenará o necessário para suprir tal deficiência e obter os elementos probatórios indispensáveis para proferir a decisão de mérito, solicitando a entidade pública cujo objeto está referida a matéria e a carga dela.

Na eventualidade de não existir a possibilidade de realizar a prova respectiva, pela insuficiência econômica ou técnica, poderá o juiz ordenar a sua prática a cargo do Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos.

Essa participação mais intensa do fundo no curso das ações coletivas deve ser mais discutida em nosso sistema, posto que, ao isentar do pagamento das custas processuais para o autor coletivo pode prejudicar a colheita da prova, principalmente a pericial, já que o perito trabalhará sem qualquer remuneração e, tendo em vista que a realização da prova visa a promoção da defesa dos direitos difusos e coletivos sendo que, ao final, haverá no caso de procedência a devolução desses valores em razão da sucumbência, seria legítimo admitir a utilização do dinheiro do fundo com a finalidade de financiar a colheita de provas.

Na Colômbia, também podem ser requeridas, antes do ingresso com a ação popular, a produção antecipada de provas, para que seja evitada que as provas se desvirtuem ou se percam, ou ainda que sua prática seja impossível, visando

¹⁹ Art. 30 - Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

conservar as coisas e as circunstâncias que posteriormente devam ser provadas no processo. Assim como ocorre com a própria ação popular, a produção antecipada de provas terá trâmite preferencial.

Os peritos devem estar inscritos no *registro público de peritos para acciones populares y de grupo*, conforme dispõe o artigo 74 da Lei 472/98, sendo que uma vez inscrito, a ceitação do cargo de perito é obrigatória, salvo a existência de impedimento. Qualquer juiz que conhecer de uma ação popular ou de grupo, poderá solicitar a lista de peritos registrados e escolher o auxiliar da justiça no processo.

Eventual impedimento do perito deverá ser levantado pelas partes e pelo próprio perito nos três dias seguintes ao conhecimento da sua nomeação, podendo em caso de omissão quanto aos impedimentos, o perito ser sancionado com a retirada de seu nome do registro público de peritos para as ações populares e de grupo; com a decretação de sua inabilidade para contratar com o Estado durante cinco anos; e ordenar a investigação disciplinar e ou penal correspondente.

A testemunha poderá se valer de gráficos e representações a fim de ilustrar o seu testemunho, que serão juntados aos autos como parte do testemunho e não como documentos, podendo a testemunha reconhecer a validade e autenticidade de documentos durante o testemunho.

1.8. Da sentença e seus efeitos

Encerrado o prazo das alegações finais, o juiz terá o prazo de vinte dias para proferir a sentença, que poderá em sua parte dispositiva conter uma ordem de fazer ou não fazer, que deverá ser precisa para a proteção do direito e interesse coletivo lesado ou ameaçado, objetivando prevenir que se volte a incorrer na ação ou omissão que fundamentaram a ação.

A sentença de mérito pode também condenar o demandado no pagamento dos prejuízos quando se tenha causado dano aos direitos e interesses coletivos, a favor da entidade pública, não culpada, que seja por eles responsável.

Poderá ainda a sentença exigir a realização de condutas necessárias para restaurar as coisas ao estado anterior ao dano causado, quando for possível. Fixará ainda na sentença o montante a ser pago ao demandante como incentivo pela ação popular, como estudado.

A sentença que condenar o demandado no pagamento dos prejuízos será genérica e será liquidada em incidente, sendo que ao término desse incidente será este acrescentado à sentença com a determinação da condenação correspondente, incluindo o incentivo ao demandante popular. Paralelamente ao incidente de liquidação instaurado, será dado cumprimento às demais ordens e condenações do julgado.

Caso a ação popular vise à reparação de danos naturais, o juiz procurará assegurar a restauração da área afetada, destinando para tanto uma parte da indenização.

O juiz ao prolatar a sentença, fixará um prazo razoável, de acordo com os termos da sentença, dentro do qual deverá iniciar o cumprimento das providências culminando com a execução do julgado, no término do prazo, o juiz deverá tomar as medidas necessárias para a execução do julgado, conservando a sua competência, podendo para tanto, formar um comitê para a verificação do cumprimento da sentença, no qual participarão o juiz, as partes, entidades encarregadas da proteção dos direitos e interesses coletivos abrangidos no julgado, o Ministério Público e uma organização não governamental com atividade no objeto da sentença.

Os efeitos da sentença são *erga omnes*, já que a coisa julgada gerará efeitos entre as partes e o público em geral, conforme dicção do artigo 35 da Lei 472/98.²⁰

1.9. Dos Recursos

A lei que regula o procedimento das ações populares e de grupo prevê a existência de dois tipos de recursos no sistema colombiano:

- a) *recurso de reposición*;
- b) *recurso de apelación*.

O *recurso de reposición* equivale ao nosso agravo de instrumento, e objetiva a reforma das decisões proferidas durante o trâmite da ação popular, sendo que para sua interposição deverão ser observados os termos do Código de Processo Civil Colombiano.

Em face da sentença de mérito proferida na ação popular, caberá o *recurso de apelación*²¹, que deverá seguir a forma assinalada no Código de Processo Civil Colombiano, sendo possível a prática de provas em segunda instância, sendo julgado o recurso após a produção dessas provas.

A lei é omissa quanto aos efeitos dos recursos, contudo, pela sistemática até agora vista no processo coletivo, temos que os recursos são recebidos apenas no efeito devolutivo, até porque, mesmo com a determinação de aplicação

²⁰ Art. 35 - Efectos de la sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.

²¹ Art. 37 - Recurso de apelación. El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.

La práctica de pruebas durante la segunda instancia se sujetará, también, a la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil; en el auto que admite el recurso se fijará un plazo para la práctica de las pruebas que, en ningún caso, excederá de diez (10) días contados a partir de la notificación de dicho auto; el plazo para resolver el recurso se entenderá ampliado en el término señalado para la práctica de pruebas.

subsidiária do Código de Processo Civil, nos termos do artigo 44²² da Lei 472/98, não sendo aplicadas as normas que contrariem a natureza e a finalidade das ações coletivas.

Para que a sentença possa ser discutida haverá a necessidade da parte vencida prestar, nos termos do artigo 42²³ da citada lei, uma garantia bancária ou apólice de seguros, no montante a ser fixado pelo juiz, para assim poder interpor embargos.

Diante da omissão quanto aos efeitos dos recursos podemos evidenciar que existindo essa garantia, torna-se possível a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação, já que o trâmite também em sede recursal é preferencial, e a execução do julgado, estará garantida. Contudo, como estamos tratando de interesses e direitos coletivos, muitas vezes a conversão em indenização não se afigura a melhor solução para a proteção desses institutos, sendo que a prática de ações ou omissões se afigura muito mais adequado à prevenção ou reparação dos danos coletivos, assim, vislumbrando esse o sentido da lei, deverá o recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Em nosso sistema a regra é a interposição de qualquer recurso em processo coletivo somente no efeito devolutivo, mas, é garantida a atribuição do efeito suspensivo pelo juiz para que seja evitado dano irreparável à parte, o anteprojeto de código coletivo busca modificar esse requisito exigindo para a atribuição do efeito suspensivo a relevância na fundamentação do recurso e sendo evidenciada lesão grave ou de difícil reparação.

1.10. Das Custas²⁴

A fixação das custas será feita de acordo com as normas do código de processo civil colombiano, contudo, o demandante só poderá ser condenado a suportar os honorários, gastos e custas do demandado, quando a ação tiver sido proposta de forma temerária ou com má-fé, tal qual no nosso sistema.

²² Art. 44 - Aspectos no regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones.

²³ Art. 42 - Garantía. La parte vencida en el juicio deberá otorgar una garantía bancaria o póliza de seguros, por el monto que el juez determine, la que se hará efectiva en caso de incumplimiento a lo dispuesto por la sentencia. Si el demandado presta la garantía a satisfacción, no habrá lugar al embargo, o se levantará el que hubiese sido proferido.

²⁴ Art. 38 - Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.

A má-fé de qualquer das partes, autoriza a aplicação de multa por parte do juiz de vinte salários mínimos mensais, que serão destinados ao Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos, sem prejuízo de outras sanções, em nosso sistema, a litigância de má-fé está prevista no Código de Processo Civil ao estipular que o juiz poderá fixar multa de até 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa, no processo individual essa multa é revertida para a parte adversa, no processo coletivo apesar de não haver determinação legal, aplicamos subsidiariamente o código de rito do processo individual, sem prejuízo dos danos a serem apurados, conforme a redação dada ao artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública pelo artigo 115 do Código de Defesa do Consumidor, que veio a disciplinar a responsabilidade pelos danos decorrentes da má-fé processual no processo coletivo, bastando apenas a promoção da liquidação de seus valores.

II – Conclusão

Partindo da análise realizada do direito processual civil colombiano, podemos evidenciar a positivação do sistema da *class action* americana, com a existência de pontos interessantes que podem ser objeto de nossa reflexão, para utilização em nosso ordenamento.

O primeiro ponto a ser ressaltado é referente à legitimidade ativa de qualquer pessoa – cidadão – para o ingresso com a ação coletiva, que necessita de uma extrema e rigorosa vigilância para a observância da adequada representatividade, sob pena de comprometer todo o sistema, o Brasil, ao contrário da maioria dos países latinos americanos preferiu, não conceber a legitimidade ativa para o cidadão nas ações coletivas, com exceção da ação popular.

Entendo que seja essa uma visão adequada para a nossa sociedade, ainda incipiente no trato do sentimento coletivo, diante das desigualdades sociais gritantes que levam a uma falta de politização e de conscientização, que reflete em uma extrema do juiz em aferir a adequada representatividade de uma pessoa.

Contrariamente, poderia ser argumentado que tendo em vista que a sentença coletiva não faz coisa julgada material no caso de improcedência por falta de provas, possibilitaria a legitimidade de todo e qualquer cidadão para o processo coletivo, mas, de nada adiantaria tal legitimação, num país continental como o nosso, sem a existência de regras claras que possibilitem a aferição da adequada representatividade daquele cidadão, bem como de seu advogado, para a condução do processo em nome da coletividade.

Na legislação colombiana apesar do controle da adequada representatividade do cidadão autor estar nas mãos do juiz, não temos a presença de regras claras, objetivas ou mesmo de cunho subjetivo, para nortear a recusa ou a aceitação de determinada demanda coletiva.

Tal poder/dever do juiz no processo coletivo é tamanha que a própria lei cuidou de fixar a responsabilidade direta do magistrado para os casos em que haja desvio da lei.

Apesar dessa ampla liberdade para todo e qualquer cidadão ingressar com a demanda coletiva, sem qualquer requisito, os demais legitimados para a ação coletiva, por outro lado, tem inúmeros requisitos formais para a sua existência e controle, inclusive a pertinência temática para justificar a sua atuação.

Existe uma forte preocupação, que também é observada na Argentina, quanto ao poder exercido pelas associações de consumidores, justificando o seu rigoroso controle, como forma de evitar o uso indiscriminado desse poder.

Uma interessante criação da lei colombiana está vinculada à recompensa ao autor da demanda coletiva, como forma de incentivo a sua propositura e à proteção dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo, já que esse incentivo faz com que haja uma maior fiscalização entre os próprios membros da sociedade quanto a eventuais lesões aos direitos tutelados de forma coletiva, coibindo e propiciando medidas preventivas a fim de evitá-las.

O pagamento desse incentivo controlado pelo Fundo de Proteção dos Interesses Difusos e Coletivos, com ressarcimento pelo causador do dano, com fixação na sentença, pode ser estudado e implementado em nosso sistema, mesmo que não tenhamos a legitimação do cidadão, poderia ser criado um sistema de recompensa para as pessoas que contribuem com a formalização de reclamações fundadas perante os legitimados, propiciando o pagamento de uma recompensa, incentivando a fiscalização dos interesses coletivos por toda a sociedade, propiciando ainda, de forma reflexa, a divulgação, educação dos direitos coletivos para a sociedade, como o direito do consumidor.

Outro ponto interessante da legislação colombiana refere-se à real supremacia do direito substantivo em face do processual, na qual, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, possibilita o ingresso da demanda, mesmo que não sejam conhecidos os responsáveis pelo dano ou lesão, ou ainda, no curso da demanda, de outros possíveis responsáveis que promoverão as suas defesas no estado em que a demanda se encontrar, sem a necessidade de propositura de nova demanda.

A publicidade da demanda coletiva na Colômbia é muito mais efetiva do que em nosso ordenamento, prejudicando de sobremaneira todo o instituto do processo coletivo, para tanto e como um primeiro passo, divulgamos juntamente com o presente artigo o anteprojeto de lei de nossa autoria para minimizar esses efeitos, com a criação de um banco de cadastro de demandas coletivas, assim

como outras exigências por parte dos demandados com vistas a uma efetividade maior do processo coletivo.²⁵

Vemos, de tudo que foi analisado, que a maior influência para a formação do direito processual coletivo na Colômbia foi a da *class action* americana, com o acréscimo de inúmeras questões interessantes acima evidenciadas que podem ser objeto de estudo e implementação para o aprimoramento de nosso sistema.

²⁵ Anteprojeto de Lei – Determina a Criação e a Manutenção de Banco de Dados de Cadastro das Ações Coletivas Art. 1º – Os Tribunais de Justiça dos Estados ficarão responsáveis pela criação e manutenção de banco de dados de cadastro das ações coletivas propostas em sua jurisdição, devendo este cadastro conter:

I – as partes; II – objeto da lide; III – pedidos; IV – abrangência territorial dos pedidos; V – o despacho de concessão ou não da liminar; VI – a sentença ou acórdão.

§1º – A divulgação desses dados deverá ser feita de tal modo que permita a consulta pela Internet, ou diretamente nos Tribunais, possibilitando aos interessados a requisição de cópias das principais peças e atos processuais da demanda coletiva, de modo a não prejudicar o andamento da demanda.

§2º – A solicitação poderá ser feita presencialmente ou à distância pelo interessado, mediante a comprovação do pagamento das cópias e do serviço de postagem, quando necessário.

§3º – Tendo sido concedida a liminar, ou proferida a sentença, deverá ser informada a existência ou não de recurso interposto, ou o trânsito em julgado da decisão.

§4º – Ficará a cargo do juízo da causa o encaminhamento das cópias para a formação do cadastro.

§5º – As partes deverão fornecer cópias das principais peças processuais ao seu cargo, para autenticação e encaminhamento pelo juízo para o cadastro.

Art. 2º – Os requeridos nas demandas coletivas serão responsáveis pela divulgação da demanda coletiva proposta, que verse sobre interesses previstos nos incisos II e III, do artigo 82 da Lei 8.078/90, da seguinte forma:

I – juntamente com a contestação, quando do ingresso da ação individual que tenha coincidência de pedidos, mesmo que parciais, com os pedidos formulados na demanda coletiva proposta;

II – na primeira oportunidade de falar nos autos da ação individual quando da citação coletiva proposta no curso da ação individual que tenha coincidência de pedidos, mesmo que parciais;

III – através de envio de carta aos interessados, nos casos em que seja possível a sua identificação;

§1º – No curso da ação individual, não tendo o autor optado pela suspensão do processo de que trata o artigo 104 da Lei 8.078/90, não serão beneficiados pelos efeitos da coisa julgada;

§2º – No caso do inciso III, o consumidor só não será beneficiado pelos efeitos da ação coletiva, se fizer expressa menção nesse sentido, ou se ingressar com a demanda individual, após o cumprimento por parte do fornecedor dos incisos I e II deste artigo, não optar pela suspensão do processo nos termos do artigo 104 da Lei 8.078/90.

Art. 3º – Versando a demanda coletiva sobre interesses do inciso I do artigo 82 da Lei 8.078/90, ou não sendo possível a identificação de todos os interessados no caso dos incisos II e III do citado artigo, sem prejuízo do cumprimento do artigo 94 da Lei 8.078/90, ficará o requerido na demanda coletiva obrigado a realizar a comunicação do ingresso da demanda coletiva, utilizando-se das diversas mídias de comunicação, de acordo com a abrangência territorial dos interesses supostamente lesados.

Art. 4º – Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão solicitar, mediante projeto a ser apresentado ao Comitê Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos criado pela Lei 7.347/85, verba para a implementação ou o reembolso dos valores gastos com a implementação do banco de cadastro.

Art. 5º – Os Tribunais terão 120 (cento e vinte) dias a contar da promulgação da presente para o início da implementação do banco de dados dos cadastros de ações coletivas propostas em sua jurisdição.

Art. 6º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificação: A proteção coletiva dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em nosso ordenamento tem se mostrado bastante adequada, contudo, a efetividade das medidas não é plena em razão da ausência de um banco de dados de cadastro das ações coletivas, o que acaba resultando pelo desconhecimento das demandas propostas, não só uma liquidação e execução contida, mas também a repetição de demandas com o mesmo objeto, tanto coletivas quanto individuais, fazendo com que nossos tribunais tenham que decidir novamente, aumentando o serviço e dando margem a decisões conflitantes. O aperfeiçoamento de nosso direito também deve ser constante, visando sempre o real alcance da justiça para a sociedade, que é potencializada através das demandas coletivas.

III – Bibliografia

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro um novo ramo do direito processual*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003;
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Ed. RT, 2001;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001;
- FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Européia* – Biblioteca de Direito do Consumidor – 24, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, 5ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2001;
- GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos* – editora Porrúa México.
- GOMES SODRÉ, Marcelo. *As leis principiológicas de defesa do consumidor na América Latina: origens, importância e principais disposições* – dissertação de Mestrado PUC/SP.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, janeiro de 2005;
- JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila e ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *A proteção contratual do consumidor no Mercosul*, 1ª edição: Lex editora, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 15ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002;
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais Teoria Geral dos Recursos*, 5ª edição, São Paulo: Ed. RT, 2000;
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante: atualizado até 07.07.2003*, 7ª edição, São Paulo: Ed. RT, 2003;
- PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*, São Paulo: Ed. Lejus, 1998;

Revistas:

Revista de Direito do Consumidor, vários números

Legislação:

Constituição da República Federativa do Brasil

Constituição da Colômbia

Código de Defesa do Consumidor Brasileiro

Lei de Ação Civil Pública

Lei 472/98 da Colômbia

Sítios:

www. parlatino.gov.br

www. cartamaior.com.br – Código de Defesa do Consumidor eletrônico