



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES

DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO COLETIVO:
UMA PROPOSTA DE “CERTIFICAÇÃO” À BRASILEIRA

Salvador
2019

JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES

**DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO COLETIVO:
UMA PROPOSTA DE “CERTIFICAÇÃO” À BRASILEIRA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior.

Salvador
2019

T231a TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães,
Da decisão de saneamento e organização do processo coletivo:
uma proposta de “certificação” à brasileira / João Paulo Lordelo
Guimarães Tavares. -- Salvador, 2019.
265 f.

Orientador: Fredie Souza Didier Junior.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade
de Direito, 2019.

1. Direito Processual. 2. Processos coletivos. I. Título.

CDD: 340
CDU: 341.46

JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES

**DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO COLETIVO:
UMA PROPOSTA DE “CERTIFICAÇÃO” À BRASILEIRA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Fredie Souza Didier Junior – Orientador _____
Livre-docente pela Universidade de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Edilton Meireles de Oliveira Santos _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

Antonio Gidi _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

Hermes Zaneti Jr. _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Universidade Federal do Espírito Santo

Ricardo de Barros Leonel _____
Livre-docente pela Universidade de São Paulo.
Universidade de São Paulo

Para meus pais, Paulo e Noeme, por absolutamente tudo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais e irmãos, pelo incentivo constante para que eu me torne, cada dia mais, uma pessoa melhor.

A Rosa Teixeira, pela paciência e companheirismo indispensável à manutenção da minha sanidade nos últimos anos.

Ao Ministério Público Federal, instituição que tanto me encanta, pelo apoio do então Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e do seu Conselho Superior, que, sensíveis à necessidade de capacitação dos seus membros, consentiram com o meu afastamento para pudesse cursar as disciplinas curriculares necessárias na Universidade de Sevilha, Espanha.

Ao meu orientador, o professor, gincanista e tropicalista Fredie Souza Didier Junior, mestre maior, referência de humildade e sabedoria, por toda a atenção e todos os ensinamentos ao longo dos anos que tenho dedicado à minha formação acadêmica.

Aos diletos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, por todas as valiosas lições transmitidas ao longo dos anos de graduação, mestrado e doutorado.

Aos queridos colegas do Ministério Público Federal, especialmente os amigos Aldo de Campos Costa, Rafael Klautau Borba Costa e Leonardo Sampaio de Almeida, que compartilharam comigo a árdua tarefa de auxiliar a Procuradora-Geral da República, Dr^a Raquel Elias Ferreira Dodge, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Humberto Jacques de Medeiros – a quem agradeço imensamente a confiança –, em um (intenso) período eleitoral repleto de desafios, entre eles a produção da presente tese de doutorado.

Aos amigos e professores Marcos Youji Minami, Antonio do Passo Cabral e Antonio Gidi, pelas valiosas contribuições para o desenvolvimento do presente trabalho.

A Angelina, Alice, Ângelo, Miguel e Maria, pelo carinho nos momentos de descontração necessários.

Só a Antropofagia nos une.
Socialmente. Economicamente.
Filosoficamente.

Oswald de Andrade

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da decisão de saneamento e organização do processo coletivo**: uma proposta de “certificação” à brasileira. 2019. 265 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

A pesquisa visa a propor o reconhecimento, no Brasil, da relevância da decisão de saneamento e organização dos processos coletivos, a partir de parâmetros extraídos da experiência das ações coletivas norte-americanas (*class actions*). Para tanto, inicialmente foram estabelecidas algumas premissas para a adequada compreensão do fenômeno da tutela coletiva, tais como o conceito de processo coletivo – a abranger não apenas as ações coletivas, mas também o julgamento de casos repetitivos –, as diferenças entre as noções de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo, bem como a importância da categorização dos conflitos coletivos em diferentes tipos sociologicamente orientados. Em seguida, foi explorada a disciplina da fase denominada *class certification*, própria do sistema das ações coletivas norte-americanas, de modo a revelar a sua centralidade no âmbito do devido processo legal coletivo. Ao final, conclui-se pela possibilidade de reconhecimento de uma fase processual semelhante, no Brasil, a partir do microssistema processual coletivo e da disciplina do saneamento e da organização processual no Código de Processo Civil, destacando-se ainda o papel complementar dos regimentos internos dos tribunais. Além disso, são propostos temas relevantes que devem ser analisados por ocasião da decisão de saneamento e organização processual, tais como a identificação do grupo e das questões comuns, a notificação adequada, a análise da competência e da representatividade adequadas, a participação e a organização da atividade probatória nos processos coletivos.

Palavras-chave: Processos coletivos. Saneamento e organização do processo. Devido processo legal coletivo.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **The admission of the class certification in Brazil**. 2019. 265 pp. Doctoral thesis – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The aim of the research is to propose the recognition, in Brazil, of a decision similar to the class certification of the American class actions system, based on the parameters of the Federal Rule 23. For this, initially some premises were established for the adequate understanding of the collective litigation phenomenon, such as the concept of a collective process - to encompass not only collective actions, but also the test cases -, the differences between the notions of group, group member and representative of the group, as well as the importance of the categorization of collective conflicts in different sociologically oriented types. Next, the discipline of the class certification, which is part of the system of US class actions, was explored in order to reveal its centrality in the scope of due process of law. In the end, it is possible to demonstrate the importance of recognizing a similar procedural phase in Brazil, based on the collective micro-system and the discipline of the procedural organization in the Code of Civil Procedure, highlighting also the complementary role of the internal regiments of the courts. In addition, relevant topics that should be analyzed in the certification decision were proposed, such as identification of the group and common issues, group notification, analysis of competence and adequate representativeness, participation, as well as organization of evidentiary activity in collective processes.

Keywords: Class actions. Due process of law. Test case management.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIA	Ação de improbidade administrativa
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
Inc.	Inciso
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
REER	Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Acordo e Compromisso
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 PROCESSOS COLETIVOS: CONCEITOS FUNDAMENTAIS	18
1.1 CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO	18
1.2 GRUPO E MEMBROS DO GRUPO	22
1.2.1 Os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo	22
1.2.2 Premissas filosóficas e sociológicas para a compreensão das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros	24
1.2.2.1 <i>As divergências entre o individualismo e o coletivismo ontológicos</i> ...	25
1.2.2.2 <i>O “problema” da conflituosidade interna aos grupos e a opção pela concepção não-agregativa</i>	29
1.2.2.3 <i>As críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas no Brasil</i>	33
1.3 AS TIPOLOGIAS DE LITÍGIOS COLETIVOS NO BRASIL E SUAS REPERCUSSÕES PRÁTICAS	38
1.3.1 A opção brasileira pela tripartição conceitual dos direitos coletivos em sentido amplo	38
1.3.2 Os problemas advindos da opção conceitual dos direitos coletivos .	42
1.3.3 O dogma da indivisibilidade e a importância da construção de conceitos sociologicamente orientados de litígios coletivos: as contribuições de Edilson Vitorelli	46
1.3.3.1 <i>Litígios transindividuais de difusão global</i>	49
1.3.3.2 <i>Litígios transindividuais de difusão local</i>	51
1.3.3.3 <i>Litígios transindividuais de difusão irradiada</i>	53
1.4 INSTRUMENTOS PARA A TUTELA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO	56
1.4.1 Os escopos da tutela coletiva	56
1.4.1.1 <i>O acesso à justiça</i>	58
1.4.1.2 <i>Economia processual</i>	61
1.4.1.3 <i>Justiça e equilíbrio entre os litigantes</i>	63
1.4.1.4 <i>Previsibilidade</i>	64
1.4.1.5 <i>Dissuasão</i>	65
1.4.1.6 <i>Reparação</i>	66
1.4.2 Ações coletivas	67
1.4.2.1 <i>Conceito e espécies de ações coletivas</i>	68

1.4.2.2	<i>A incompletude do sistema das ações coletivas.....</i>	72
1.4.3	Julgamento de casos repetitivos	79
1.4.3.1	<i>Conceito e distinções necessárias.....</i>	79
1.4.3.2	<i>O julgamento de casos repetitivos como processo coletivo não-objetivo</i>	84
1.4.3.3	<i>A representação indireta no julgamento de casos repetitivos.....</i>	90
1.4.3.4	<i>A dupla função do julgamento de casos repetitivos no Brasil.....</i>	92
1.4.3.5	<i>O julgamento de casos repetitivos como incidente multipolarizado: o problema da participação e da representação de interesses concorrentes....</i>	94
2	A IMPORTÂNCIA DA “CERTIFICAÇÃO” COLETIVA NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	97
2.1	A CLASS ACTION COMO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS	97
2.1.1	Evolução histórica: aspectos gerais.....	97
2.1.2	O marco das <i>Federal Rules of Civil Procedure</i> (1938).....	100
2.1.3	A reforma de 1966 e a nova redação da <i>Rule 23</i>.....	102
2.2	OS FUNDAMENTOS DA CLASS CERTIFICATION NO DIREITO NORTE-AMERICANO	106
2.2.1	<i>Os dois sentidos da class certification: a definição do grupo e a verificação dos requisitos de admissibilidade da class action</i>	106
2.2.2	Relevância da decisão da <i>class certification</i>	109
2.2.3	O momento da decisão	113
2.2.4	Considerações sobre o mérito da demanda na <i>class certification</i>	114
2.2.5	Revogação e modificação da decisão de <i>class certification</i>	117
2.2.6	“Certificação” parcial (issue class action)	122
2.3	OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ANALISADOS NA CLASS CERTIFICATION.....	125
2.3.1	Questão comum (commonality)	125
2.3.2	Tipicidade (typicality) e representação adequada (adequacy of representation).....	131
2.3.3	Numerosidade (numerosity)	135
2.4	A RECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO DE “CERTIFICAÇÃO” ..	138
2.5	A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA DO GRUPO (NOTICE)	139
2.5.1	Conceito e conteúdo	139
2.5.2	Momento e espécies de notificação	141
2.6	OS OLHOS SOBRE O GRUPO: PREMISSA FUNDAMENTAL EXTRAÍDA DA CLASS CERTIFICATION E SUA APLICAÇÃO AO BRASIL.....	144

3 DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS: EM DEFESA DE UMA “CERTIFICAÇÃO” À BRASILEIRA	148
3.1 A <i>CLASS CERTIFICATION</i> COMO UMA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO	148
3.2 A FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	150
3.3 SANEAMENTO PROCESSUAL E A ORGANIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS: IMPORTÂNCIA E O PAPEL DO REGIMENTO INTERNO DOS TRIBUNAIS COMO FONTES SUPLEMENTARES	155
3.4 PRECLUSÃO DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS	159
3.5 CONTEÚDO “MÍNIMO” DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS	162
3.6 CONTEÚDO DA DECISÃO: A IDENTIFICAÇÃO DO GRUPO E DAS QUESTÕES COMUNS NOS PROCESSOS COLETIVOS	163
3.6.1 A definição do grupo e das questões comuns nas ações coletivas .	164
3.6.2 A identificação do grupo e das questões comuns no julgamento de casos repetitivos	165
3.6.3 A relevância das circunstâncias fáticas no julgamento de caso repetitivos	167
3.7 CONTEÚDO DA DECISÃO: A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA DO GRUPO E DOS SEUS MEMBROS	168
3.7.1 A objeção da coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	168
3.7.2 A diversas funções do dever de notificação do grupo	170
3.7.3 A insuficiente regulamentação do dever de notificação no Brasil	172
3.7.4 Parâmetros para uma adequada notificação por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo	173
3.8 CONTEÚDO DA DECISÃO: A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA	178
3.8.1 A disciplina da competência territorial absoluta nas ações coletivas	178
3.8.2 O desmembramento das pretensões de subgrupos e a convivência de ações coletivas em foros distintos: a tutela do princípio da competência adequada no Conflito de Competência nº 1.444.922/MG	182
3.9 CONTEÚDO DA DECISÃO: A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS	186
3.9.1 O controle da legitimação adequada nas ações coletivas brasileiras: o estado da arte	187
3.9.2 Proposta de roteiro de controle da legitimação adequada nas ações coletivas brasileiras	190
3.9.3 A escolha da causa-piloto nos incidentes de julgamento por amostragem	193
3.9.3.1 Primeiro vetor: a amplitude do contraditório no processo originário .	195

3.9.3.2 Segundo vetor: pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário	197
3.10 CONTEÚDO DA DECISÃO: A PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS	199
3.10.1 Aspectos gerais: as formas de intervenção e a legitimidade ad actum	199
3.10.2 A participação nas ações coletivas	200
3.10.2.1 A intervenção de colegitimados coletivos	200
3.10.2.2 A participação direta do grupo nas ações coletivas.....	204
3.10.2.3 A intervenção móvel da pessoa jurídica interessada na ação popular e na ação de improbidade administrativa	205
3.10.2.4 A intervenção dos membros do grupo “como litisconsortes” nas ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos	208
3.10.2.5 A intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica	212
3.10.2.6 A participação de experts durante audiências públicas	215
3.10.2.7 A intervenção dos amici curiae	223
3.10.3 A participação no julgamento de casos repetitivos	228
3.10.3.1 Déficit participativo no julgamento dos casos repetitivos	228
3.10.3.2 Formas interventivas comuns às ações coletivas.....	230
3.10.3.3 A intervenção dos membros de grupo partes dos processos sobrestados.....	231
3.10.3.4 A intervenção de interessados na formação do precedente judicial	235
3.10.3.5 O controle da legitimidade ad actum pelo relator no julgamento de casos repetitivos.....	237
3.11 CONTEÚDO DA DECISÃO: A ATIVIDADE PROBATÓRIA NOS PROCESSOS COLETIVOS.....	239
3.11.1 Aspectos gerais: a produção da prova e a tipologia de conflitos coletivos	239
3.11.2 A modificação do ônus da prova	241
3.11.3 A cooperação jurídica nacional: atos concertados em matéria probatória	245
4 CONCLUSÃO	250
REFERÊNCIAS	253

INTRODUÇÃO

É sabido que as sociedades contemporâneas são marcadas por relações jurídicas complexas e volumosas, a resultar em um forte incremento da quantidade de litígios. O acesso acelerado a novas tecnologias – e, conseqüentemente, a novos produtos e serviços de consumo –, somado à ampliação dos meios de comunicação social e da educação jurídica são fatores que contribuem para o cenário ora vivenciado.

Nesse contexto, o legislador brasileiro, embora já houvesse editado a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) duas décadas antes, ocupou-se de desenvolver um microssistema processual coletivo a partir da década de 1980, por meio da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.437/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Sob forte influência da leitura que os processualistas italianos – Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Proto Pisani, Nicolo Trocker e outros – fizeram, na década de 1970, a respeito do fenômeno das *class actions* norte-americanas, nasciam as ações coletivas brasileiras, voltadas sobretudo à solução de problemas relacionados ao acesso à justiça e à economia processual.

A referência – indireta – do novo microssistema era a *Federal Rule 23* norte-americana, que, àquela época, já havia amadurecido bastante, especialmente a partir dos precedentes judiciais relativos às práticas anticoncorrenciais e às lesões em massa (*mass harm* ou *scattered damages*), além das pesquisas acadêmicas e de campo. Esse modelo, bastante centrado nos requisitos processuais verificados por ocasião de uma fase preliminar denominada *class certification*, acabou por influenciar sistemas jurídicos de todos continentes, que optaram pelo reconhecimento, em maior ou menor grau, das ações de classe.

O modelo, contudo, não se revelou suficiente à solução dos problemas relativos à litigiosidade de massa.

Percebendo os limites inerentes às ações coletivas, diversos países optaram por estabelecer, adicionalmente, outros incidentes de coletivização, voltados ao julgamento, por amostragem, de demandas ou questões repetitivas. É o que se verifica no chamado *aggregate procedure* (também conhecido genericamente como *group litigation*), previsto, entre outros, na legislação de países como a Inglaterra e

País de Gales (*consolidation, joinder, test cases* e *Group Litigation Order*), Estados Unidos (*joinder* e *consolidation*), Canadá (*joinder or consolidation of multiple claims*), Austrália (*consolidation, joinder* e *test cases*), Irlanda (*consolidation, joinder* e *test cases*), Alemanha (*Musterverfahren*), Áustria (*Testprozss*), Portugal, Japão e Suíça, observadas as particularidades de cada um deles.

O mesmo caminho foi adotado no Brasil, cujo Código de Processo Civil (CPC) de 1973, após a reforma promovida pela Lei nº 11.672/2008, passou a disciplinar os recursos especiais repetitivos. A potencialização do microssistema de julgamento de casos repetitivos viria por meio do CPC de 2015, ao estabelecer uma densa disciplina para os recursos extraordinário e especial repetitivos (REER), além de criar um instituto inteiramente novo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Nesse contexto, o objeto do presente trabalho recai sobre o reconhecimento da relevância da decisão de saneamento e organização dos processos coletivos, compreendidos como um gênero que congrega as ações coletivas e os incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas (IRDR e REER).

O estudo das *class actions* norte-americanas revela empiricamente a indispensável utilidade de uma fase de “certificação” coletiva (*class certification*), destinada à produção de uma decisão relativa à análise da presença dos seus requisitos, bem como à organização do processo em seus variados aspectos, a partir, sobretudo, da adequada definição do grupo envolvido (*class definition*) e da notificação dos seus membros (*notice*).

No Brasil, a ausência de uma análise adequada e concentrada da presença dos requisitos próprios à admissibilidade dos processos coletivos, bem como de uma adequada organização processual, tem sido objeto de críticas por parte da doutrina especializada, ensejando questionamentos a respeito da excessiva relitigação das mesmas questões fáticas e jurídicas repetitivas, bem como da participação deficiente dos grupos envolvidos nos conflitos concretos.

Diante de tal cenário, surge a questão: a partir da legislação vigente, é possível falar em uma decisão de “certificação” dos processos coletivos brasileiros, nos moldes da *class certification* prevista na *Federal Rule 23*? E mais: qual seria o momento e o conteúdo dessa decisão? Quais são as suas repercussões práticas?

A busca por respostas a essas questões à estruturação da pesquisa em três capítulos.

O primeiro capítulo tem por objetivo estabelecer as premissas teóricas para a compreensão do processo coletivo, a começar pelo seu conceito. Partindo-se da compreensão de que uma relação jurídica é coletiva se o seu objeto for uma situação jurídica ativa ou passiva dessa natureza, pretende-se demonstrar, com base no direito comparado, que a tutela coletiva envolve não apenas as ações de classe, mas também os incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas, podendo ser deles extraído o direito coletivo à certificação da questão de direito, por meio da fixação de uma tese jurídica comum.

Esse reconhecimento permite a ambos os institutos o compartilhamento de um repertório teórico-conceitual comum, que também será registrado no capítulo inicial, a exemplo da identificação das coletividades como sujeitos de direito e a importância da definição do grupo envolvido nos conflitos coletivos. Ao final, defende-se a necessidade de adoção de conceitos sociologicamente orientados de litígios coletivos, de modo a sanear adequadamente os processos coletivos em seus variados aspectos (competência, legitimidade, participação, autocomposição, execução etc.).

O segundo capítulo é destinado a identificar, na exitosa experiência das *class actions* norte-americanas, os possíveis critérios para o desenvolvimento de uma “certificação” coletiva à brasileira, inspirando-se não apenas nos requisitos da *Federal Rule 23* (após a reforma promovida em 1966), mas também em precedentes judiciais.

Confere-se especial destaque à paradigmática decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, ocasião em que vencedora a tese de que a fase de *class certification* coletiva demandaria uma análise rigorosa, que pode vir a incluir o próprio mérito da demanda, de forma a se compreenderem as questões comuns e o contorno da classe substituída. Expõe-se, nesse capítulo, a relevância da fase preliminar de “certificação” coletiva não apenas para a proteção da coletividade, mas também da parte adversa, partindo-se da compreensão e da definição da questão comum que uniformiza o grupo, bem como da escolha de seu representante adequado. Demonstram-se, ademais, algumas repercussões práticas relevantes.

Por fim, bem firmadas as premissas teóricas e os critérios fundamentais utilizados na decisão que deriva da fase da *class certification*, o terceiro e último capítulo é destinado a identificar uma “certificação” coletiva à brasileira a partir da disciplina do saneamento processual e da decisão de organização do julgamento de casos repetitivos.

Para tanto, buscar-se-á não apenas indicar o momento adequado para a sua realização, mas também o seu conteúdo, a incluir, entre outros elementos, a análise dos requisitos processuais próprios das ações coletivas ou do julgamento de casos repetitivos (o que inclui a seleção da causa-piloto); a definição da questão jurídica objeto da controvérsia, bem como das circunstâncias fáticas, com descrição genérica dos grupos envolvidos; a suspensão dos processos pendentes; a notificação adequada do grupo; o desmembramento de eventuais pretensões cumuladas; a prática de atos cooperação jurídica nacional e internacional; a fixação das diretrizes para a participação, inclusive mediante a designação de audiências públicas e a comunicação a outros legitimados coletivos e *amici curiae*; a homologação de eventuais acordos parciais; a organização da atividade probatória e a deliberação concernente à inversão do ônus da prova.

Confere-se especial relevo, no âmbito do julgamento de casos repetitivos, aos critérios para a escolha da causa-piloto, em razão do seu caráter representativo, destacando-se o papel dos regimentos internos dos tribunais.

Todos esses elementos, expostos no capítulo final, servem à comprovação da elevada utilidade – e da centralidade – de uma “certificação” à brasileira para o desenvolvimento do devido processo legal coletivo.

1 PROCESSOS COLETIVOS: CONCEITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO

O estudo das relações existentes entre as ações coletivas e o complexo sistema brasileiro de julgamento de casos repetitivos passa por uma questão de natureza prévia: o conceito de processo coletivo.

O processo, assim como outros institutos jurídicos, pode ser compreendido em mais de uma perspectiva, destacando-se ao menos três¹: tipo complexo de formação sucessiva (ato jurídico complexo ou simplesmente procedimento²), relação jurídica³ e técnica de criação de normas jurídicas⁴.

Nessa linha, também o processo coletivo, como um excerto do gênero processo jurisdicional, pode ser concebido como um “procedimento (ato complexo)

¹ A concepção tripartite do processo é defendida por Fredie Didier Jr., cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 68-75).

² Quanto a esse enfoque, nas lições de Elio Fazzalari, o processo poderia ser compreendido como “procedimento em contraditório” (FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In: FAZZALARI, Elio. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 13, 1996, p. 1.069). No particular, entendemos que tal ideia, embora bastante difundida, anuncia um conceito diverso: o de processo *válido*. É dizer: a presença ou não do contraditório (em maior ou menor grau) pode, à luz do direito posto, afetar o plano de validade da relação processual, não se tratando de um elemento conceitual. Firmada tal premissa, as fronteiras entre processo e procedimento resultam fragilizadas. Para uma melhor compreensão do tema, cf. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no plano do direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

³ Registra Calmon de Passos que “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73). Como já havíamos referido em artigo dedicado aos negócios processuais, “concebendo-se o processo não apenas como uma, mas sim um conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os mais diversos sujeitos processuais (dentre eles as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares), torna-se mais fácil importar todo o instrumental da teoria do fato jurídico – excerto da teoria geral do direito –, criando-se uma verdadeira teoria dos fatos jurídicos processuais” (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 284, p. 371-396, 2018).

⁴ Cuida-se de enfoque extraído da teoria da norma jurídica. Nesse sentido, “o poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido *processualmente*. Assim, fala-se em *processo legislativo* (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), *processo administrativo* (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e *processo jurisdicional* (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o *processo negocial*, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 30). Conferir, ainda, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p.4.

destinado à produção norma jurídica em razão do exercício da jurisdição”⁵. A sua marca distintiva repousa no objeto litigioso, que envolve uma situação jurídica coletiva.

De acordo com a doutrina tradicional, processo coletivo é aquele conduzido por um sujeito processual especial em defesa de um direito coletivamente considerado, cuja imutabilidade do comando da sentença alcançará uma comunidade ou coletividade. A relação processual coletiva seria marcada, portanto, por três elementos: a afirmação de uma situação jurídica coletiva, a legitimidade extraordinária e a extensão dos efeitos da coisa julgada sobre sujeitos que não participaram do processo⁶.

Como explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., não parece correto inserir, em tal conceito, as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada, situações que, em realidade, também podem se fazer presentes em processos individuais:

Assim, o processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.

Essa distinção se distingue da proposta por Antonio Gidi, “segundo pensamento, a ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada) [...]”⁷.

De fato, é possível encontrar legitimidade extraordinária também em processos individuais, a exemplo das ações de alimentos promovidas pelo Ministério Público no interesse de pessoa incapaz, algo bastante comum.

Além disso, o fato de a imutabilidade do comando da sentença atingir uma coletividade consiste em uma mera decorrência do objeto litigioso, na medida em

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 30-33. Conferir ainda: DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 182.

⁶ Nesse sentido: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 183.

que o titular da situação jurídica coletiva (ativa ou passiva) é um ente coletivo.

Em verdade, o regime da coisa julgada (limites objetivos, subjetivos e modo de produção) pode ser disciplinado pelo legislador da forma que compreender mais conveniente, independentemente do objeto litigioso.

Há ainda um relevante motivo para não se considerar a coisa julgada como um elemento essencial à caracterização do processo coletivo: a existência de técnicas processuais coletivas (e, portanto, de processos coletivos) cujo propósito não é a produção da coisa julgada, a exemplo do incidente de julgamento de casos repetitivos⁸ e os atos concertados (art. 69, § 2º, do CPC).

Em razão disso, é possível conceituar o processo coletivo de forma mais ampla, tendo por particularidade o fato de nele ser postulado um direito coletivo em sentido amplo (situação jurídica coletiva ativa) ou a existência de uma situação jurídica coletiva passiva⁹.

Na doutrina estrangeira, nota-se que o conceito de processo coletivo é igual concebido de forma ampla, sem que se considerem os aspectos processuais ora afastados (legitimação e coisa julgada).

Nessa linha, o *Access to Justice Act 1999*, do Parlamento do Reino Unido, define as *Multi-Party Action* (MPA) como gênero, que compreende tanto as ações representativas – ação “única” com o objetivo de solucionar de questões comuns de fato ou de direito – quanto o julgamento coletivo de demandas individuais que apresentem questões comuns (*aggregate proceedings*)¹⁰. É o que explica Joanne

⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 182.

⁹ Não se desconhecem as opiniões doutrinárias que rejeitam a existência de ações coletivas passivas. Segundo Edilson Vitorelli, conquanto disseminado, o reconhecimento do processo coletivo passivo no Brasil “é equivocado e expressa uma compreensão errônea do conceito de ação coletiva passiva, tal como praticada nos Estados Unidos” (VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?* *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, 2018, p. 297-335). O presente trabalho, contudo, orienta-se pelo reconhecimento da possibilidade de se atribuir a um sujeito coletivo um dever jurídico ou um estado de sujeição, o que pode ser concretizado por meio das ações coletivas passivas. Cuida-se, contudo, de tema cuja explicação transborda os limites do objeto proposto. Para uma maior compreensão do assunto, cf. PEIXOTO, Ravi. *Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 256, 2016, p. 229-254.

¹⁰ Como definido no *Access to Justice Act 1999 (The Funding Code)*, “‘Multi-Party Action’ or ‘MPA’ means any action or actions in which a number of clients have causes of action which involve

Blennerhasset:

MPAs are one form of collective procedure that may lead to a remedy or broaden access to a remedy for mass harm. They are court-based mechanisms and can take many guises. One of these is the 'collective action' or 'representative action', which is often used for civil litigation seeking to secure collective redress.

[...]

There are other forms of group litigation procedures that need to be distinguished from collective actions as the claimants' cases remain separate and distinct but are grouped together for collective management, such as the English and Welsh tool of the Group Litigation Order (GLO).¹¹

Para a citada autora, o processo coletivo deve ser concebido em um sentido bastante amplo, de modo a abranger formas diversas de reparação coletiva (*collective redress*)¹².

Embora, como visto, o conceito de processo coletivo seja algo bastante simples, não o é a sua disciplina jurídica. A normatização das interações entre o grupo titular do direito coletivo, os membros do grupo, o legitimado coletivo, as partes adversas, terceiros intervenientes e o órgão julgador compõem o devido processo legal coletivo, repleto de questionamentos sem expressa resposta legal¹³. Somam-se a isso as variadas espécies de técnicas processuais coletivas utilizadas para a solução de litígios que podem ostentar os mais diversos tons de complexidade.

Todas essas interações possuem íntima conexão com o objeto do presente trabalho, cuja compreensão demanda uma prévia exposição das premissas fundamentais dos processos coletivos.

common issues of fact or law arising out of the same cause or event". Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2000/70248906.htm>. Acesso em: 23 dez. 2018.

¹¹ "as ações multipartes são formas de procedimento coletivo quem podem conduzir a um remédio ou ampliar o acesso a um remédio para danos em massa. Cuida-se de mecanismos judiciais que podem assumir diferentes formas. Uma delas é a 'ação coletiva' ou 'ação representativa', frequentemente utilizada em litígios civis em que se busca assegurar a reparação coletiva. [...]. Existem outras formas de procedimentos de litígios de grupo que precisam ser distinguidos das ações coletivas, situações em que os casos dos demandantes permanecem separados e distintos, mas são agrupados para gerenciamento coletivo, como o instituto inglês e galês do *Group Litigation Order* (GLO)" (tradução nossa), (BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 13).

¹² A autora ressalta que o processo coletivo consiste em um fenômeno ainda incipiente na maioria das jurisdições, atraindo atenções em um número pequeno de países no último quarto do século XX (BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 14).

¹³ A respeito do devido processo legal coletivo, cf. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

1.2 GRUPO E MEMBROS DO GRUPO

1.2.1 Os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo

Para além do conceito de processo coletivo, a compreensão da tutela jurisdicional coletiva demanda o conhecimento de outros três conceitos fundamentais¹⁴.

Entende-se por *grupo* o sujeito de direito titular da situação jurídica coletiva objeto do processo coletivo. É, portanto, o “sujeito de um dos polos da relação processual afirmada (litigiosa) no processo coletivo”¹⁵, cujas fronteiras serão definidas a partir do caso concreto. A expressão possui diversos sinônimos: classe, categoria, coletividade, comunidade etc. Ela, porém, não confunde com a ideia de *sociedade* (ou “todas as pessoas”), que possui um caráter mais abrangente e totalizante¹⁶.

O reconhecimento das coletividades como sujeitos de direitos, embora controvertido no campo da filosofia moral e jurídica¹⁷, encontra expressa previsão na legislação brasileira. Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 12.529/2011, ao regular a proteção ao abuso da concorrência, informa que “[a] coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”, ou então ao art. 37 do Estatuto do Índio (Lei nº

¹⁴ Embora fundamentais tais conceitos, são poucos os escritos, na doutrina nacional, a seu respeito, destacando-se as contribuições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 36-37).

¹⁵ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 36.

¹⁶ Na doutrina brasileira, como ressalta Edilson Vitorelli, nunca antes se havia dedicado a “uma investigação mais profunda acerca de quem são os titulares dos direitos transindividuais”, razão pela qual “os estudiosos os atribuíam, de modo recorrente, à ‘sociedade’, a ‘grupos’ ou à ‘coletividade’”. Disso derivou uma concepção organicista de sociedade, em que “os indivíduos reunidos formam uma entidade nova superior, subsistente por si mesma [...] ignorando as divergências existentes, no seio do próprio grupo, acerca da definição da pretensão coletiva.” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25).

¹⁷ JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 6. Segundo o autor, “this problem cannot be treated as falling within the exclusive domain of legal-drafting authorities, but has to me addressed by legal theory as well. In pursuing this task, legal theory has to rely on the methodological assistance of social sciences, such as sociology and anthropology, particularly when dealing with problems of defining group membership in a non-coercive way, avoiding the imposition of elitist or static reading of a group's values, etc.”

6.001/1973), que dispõe que “[o]s grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo”.

O *membro do grupo*, por seu turno, consiste em um dos sujeitos de direito que compõem o grupo. Todo grupo é, por definição, um conjunto de outros sujeitos de direito, os quais podem ser um indivíduo (ex.: um consumidor de um determinado produto ou serviço; um dos muitos empregados de uma determinada empresa) ou até mesmo outro grupo. É o caso, como exemplificam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., do grupo formado por todas as comunidades indígenas brasileiras (grupos de grupos)¹⁸. É importante notar que os indivíduos que compõem os grupos não são titulares de pretensões coletivas, mas sim das coletividades. Nesse sentido, é possível conceber “um grupo a partir das ações coletivas e individuais tramitando quando do julgamento dos casos repetitivos, que serão afetados pela tese jurídica fixada no incidente”¹⁹. Cuida-se do grupo titular da pretensão coletiva de certificação da questão comum.

Essa particular distinção – entre grupo e membro do grupo – é de extrema relevância para a compreensão do regime da coisa julgada coletiva, que atinge o grupo e, como regra, não prejudica “interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.” (art. 103, § 1º, do CDC).

Por fim, há o *condutor do processo coletivo*, o legitimado coletivo. A legislação brasileira optou por atribuir a terceiros (Ministério Público, Defensoria Pública, associações etc.) essa tarefa, colocando-a nas mãos de alguém que não é titular da situação jurídica coletiva (não é grupo).

Apenas excepcionalmente, foi atribuída ao próprio grupo a possibilidade de conduzir o processo coletivo, como é o caso das comunidades indígenas, por força do disposto no art. 232 da CRFB/1988 (“Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”). Essa regra encontra previsão também no art. 37 da Lei nº 6.001/1973 (“Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal

¹⁸ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 36.

¹⁹ *Ibid.* p. 36.

ou do órgão de proteção ao índio”).

Também em caráter excepcional, o membro do grupo pode vir a ser o condutor do processo coletivo. É o que ocorre por meio da ação popular, ação coletiva prevista no art. 5º, LXXIII, da CRFB, que atribui a sua legitimidade a qualquer cidadão – ou seja, a quem esteja em pleno gozo dos direitos políticos –, com o objetivo de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

1.2.2 Premissas filosóficas e sociológicas para a compreensão das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros

Em “Além do Bem e do Mal”, afirma Friedrich Nietzsche, num misto de humor e pessimismo, que “[a] loucura é muito rara em indivíduos”; por outro lado, “nos grupos, nos partidos, nos povos, nas épocas – essa a regra”²⁰.

Tal afirmação intui, no campo da filosofia moral e da psicologia, o descolamento entre o que é observado nas esferas do comportamento individual e coletivo.

Não por acaso, no início da teorização a respeito das ações coletivas, a doutrina enfrentou diversos problemas conceituais a respeito da natureza dos direitos envolvidos e dos respectivos sujeitos, levando alguns autores a chamá-los de “personagens absolutamente misteriosos”²¹.

É certo que a disciplina legal será capaz de atribuir diretamente direitos aos sujeitos que escolher. Nada obstante, as razões pelas quais a técnica legislativa optará por essa ou aquela via dependem da pré-compreensão que cada sociedade possui a respeito da sua própria organização – dos direitos que a compõem –, o que ganha uma dimensão ainda mais expressiva em Estados pluriétnicos e multiculturais, como o Brasil.

²⁰ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução: Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, 2001, p. 91.

²¹ VILLONE, Massimo. La Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976, p. 73.

Não por acaso, a ideia de reconhecimento de agrupamentos humanos como sujeitos distintos daqueles que os compõem é algo que tem atraído mais atenção de filósofos políticos, em comparação aos estudiosos do direito²².

O tema não é pacífico no campo teórico, sendo particularmente questionado por autores comprometidos com a filosofia liberal, que privilegia o indivíduo como sujeito de direito por excelência²³.

Fazendo-se um paralelo – ainda que remoto –, situação que apresenta alguma similitude diz respeito ao reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos²⁴. Cuida-se, aqui também, de algo que não se origina do Direito, mas sim de possíveis justificações oriundas da filosofia moral, da história e da sociologia. Somente após um mínimo consentimento em diferentes campos é que opera a autoridade legislativa, formalizando as escolhas políticas.

No campo da filosofia jurídica, duas são as principais correntes teóricas a abordar o tema: o individualismo e o coletivismo ontológicos²⁵.

1.2.2.1 As divergências entre o individualismo e o coletivismo ontológicos

Segundo a linha individualista, também denominada *agregativa*, em termos

²² Merecem destaque, entre outros: JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 1; NEWMAN, Dwight G. Theorizing Collective Indigenous Rights. *American Indian Law Review*, v. 31, 2007; NEWMAN, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004; CORLETT, J. Angelo. The Problem of Collective Moral Rights. *Canadian Journal of Law And Jurisprudence*, v. 7, n. 2, 1994; NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991. CLINTON, Robert. The Rights of Indigenous People as Collective Groups Rights. *Arizona Law Review*, v. 32, n. 4, 1990.

²³ Para ser mais preciso, no campo da filosofia moral, apenas os indivíduos costumam ser considerados sujeitos de “direitos morais”, independentemente do reconhecimento legal. Explica Dwight G. Newman: “a moral right is an entitlement or justified claim whose justification does not depend on whether any legal or political system is willing to recognize the right” (NEWMAN, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004, p. 128).

²⁴ A respeito do tema, conferir: GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, 2006, p. 37-65; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito Animal e Pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 14, 2013, p. 161-262; SILVA, Tagore Trajano de Almeida; VIDA, Samuel Santana; SANTANA, Luciano Rocha; GORDILHO, Heron José de Santana. Habeas corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, 2005, p. 261-280.

²⁵ JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 48.

fenomenológicos, todos os grupos são reduzíveis aos seus membros individuais. Consequentemente, as coletividades devem ser compreendidas como meras ficções resultantes da soma dos seus integrantes, que devem ser reconhecidos como os verdadeiros sujeitos de direito²⁶.

É esse o entendimento de Thomas Franc, para quem os indivíduos seriam os titulares dos direitos coletivos, sendo as coletividades meras “construções histórico-sociais não inerentes”²⁷. Também nessa linha, Joseph Raz define o direito coletivo como o direito de membros de um determinado grupo a um bem comum incapaz de ser exigido singularmente²⁸.

Embora, com algumas exceções, não negue a importância de entidades coletivas, esse ponto de vista entende que o seu valor não deve ser outro, mas apenas as suas contribuições para a melhoria da vida *dos seus membros*.

Por outro lado, a corrente coletivista ontológica compreende a existência das coletividades de forma independente dos seus membros individuais. Nas palavras de Miodrag A. Jovanović, seria algo como compreender “a existência da madeira

²⁶ SHEEHY, Paul. Blaming Them. *Journal of Social Philosophy*, v. 38, n. 3, p. 428–441, 2007. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9833.2007.00389.x>. Acesso em: 15 nov. 2018. É vasta a lista de autores que defendem que as coletividades não devem ser reconhecidas como sujeitos de direitos: KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989; NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991; HARTNEY, Michael. Some Confusions Concerning Collective Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, 1991.

²⁷ “Non-inherent historico-social constructs” (FRANK, Thomas M. *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*. Oxford: Oxford Press, 1999, p. 252). Tal premissa é também compartilhada, dentre muitos outros, por Jan Narveson (Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991, p. 329).

²⁸ Segundo Raz, um direito coletivo existe sempre que reunidas três condições: a) algum aspecto do interesse dos seres humanos justifique que alguém seja vinculado a um dever específico; b) os interesses em questão sejam os interesses dos indivíduos enquanto membros de um grupo, recaindo sobre um bem comum (interesse público ou coletivo); c) o interesse de um único membro do grupo sobre esse bem não é suficiente para justificar a sua exigibilidade em relação a terceiros. Ainda que bem definida a indivisibilidade do direito coletivo, Raz o reconhece como o resultado da soma de interesses de indivíduos, cuja pretensão não pode ser exercida individualmente (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford Press, 1988, p. 203). Em uma linha similar, Denise Réaume e Jeremy Waldron defendem que a marca do direito coletivo recai sobre a impossibilidade da apreensão individual (“holding constraint”) de determinados bens de interesse geral (RÉAUME, Denise. Individuals, Groups and Rights to Public Goods. *University of Toronto Law Journal*, v. 38, 1988). No Brasil, dissertando sobre os chamados interesses difusos, afirma Calmon de Passos que “a peculiaridade [...] decorre da própria natureza das coisas, de ser impossível apropriação ou satisfação meramente individual, impondo-se de modo irremediável, a satisfação de todos sem apropriação por ninguém.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena “pensar” de novo? In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Obras de J. J. Calmon de Passos: ensaios e artigos*, v. II. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 60-61).

como algo diferente da existência de cada uma das árvores que a compõem”²⁹. Consequentemente, são reconhecidos a tais entidades interesses próprios e diversos (ao menos potencialmente) dos interesses de cada um dos seus membros. O interesse coletivo, nessa linha, é diverso do interesse dos membros que compõem a coletividade.

Compreendem-se, assim, os direitos coletivos sob um aspecto *não agregativo* e *não reducionista*: direitos que pertencem a uma coletividade, de modo a proteger os seus próprios interesses³⁰.

Embora o interesse da coletividade não seja reduzível aos interesses dos seus membros, são relacionados, na medida em que a existência do grupo depende da sua habilidade de prover um interesse coletivo que maximize a felicidade dos seus diversos integrantes ao mesmo tempo³¹.

Ressalta Jovanović que o ponto de vista coletivista fornece uma base mais coerente ao reconhecimento de certas formas de direitos coletivos – em especial àqueles relacionados aos grupos que não são organizados a partir de valores liberais, tais como a autonomia individual e a tolerância –, como no caso de alguns povos indígenas e outras comunidades tradicionais³².

Seguindo tal caminho, o autor busca desconstruir as duas principais críticas ao coletivismo.

²⁹ JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 34. Em comparação diversa, afirma Newman que, ainda que um bem coletivo como o “ar despoluído” seja benéfico às pessoas em geral, nem todos possuem interesse numa política pública destinada à promoção da despoluição do ar (NEWMAN, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004, p. 132).

³⁰ GALENKAMP, Marlies. *Collective Rights: Much Ado about Nothing*. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 297, 1991. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nethqur24&div=37&id=&page=>. Acesso em: 15 nov. 2018. Para a autora, essa perspectiva pressupõe a existência *de facto*, ou seja, extralegal, de coletividades, o que pode encontrar obstáculos no âmbito da teoria geral do direito, razão pela qual defende o seu reconhecimento de forma restrita às comunidades tradicionais. A diferenciação entre os interesses individuais e o interesse coletivo é explicada por Newman, para quem o interesse coletivo “é algo que aprimora o bem-estar coletivo [...], que faz a comunidade prosperar.” (NEWMAN, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004, p. 140).

³¹ “The are not unrelated to members' individual interests, for the collectivity's moral existence depends on its ability to provide a collective interest that improve the lives of its individual members. At the same time, the collective interest is not simply reducible to, or even an aggregative function of, its members' individual interests. It is, rather, a set of factors facilitating the fulfillment of the individual interests of diverse members at the same time.” (NEWMAN, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004, p. 141).

³² JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 46.

A primeira delas, sugerida por autores como Susanne Boshhammer, afirma que o coletivismo ontológico peca ao estabelecer uma falsa distinção entre a existência dos entes coletivos e os seus membros. Para dita autora, não seria possível, por exemplo, separar a “morte de uma coletividade” da soma da morte de cada membro individual³³.

Para rebater tal linha argumentativa, valendo-se dos exatos termos utilizados por Boshhammer, explica Jovanović que, no campo do Direito Internacional, o crime de genocídio não se confunde com a morte dos indivíduos. O seu radical *genos*, de origem grega, significa “raça, nação ou tribo”, enquanto o verbo *caedere*, de origem latina, possui o significado de “matar”. Tal compreensão foi positivada nas legislações domésticas, a exemplo da Lei nº 2.889/1956, que disciplina o crime de genocídio no Brasil.

Assim, tal delito consistiria em uma ação dirigida contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como entidade, e não contra os seus membros. Justamente por isso, a criminalizada intenção de destruir, total ou parcialmente, o grupo pode ser atingida a partir da morte de um único membro.

O raciocínio exposto revela que a existência física dos membros de um grupo não se confunde com a existência do grupo em si, o que fica mais evidente se considerados os traços culturais que definem a coletividade³⁴.

A segunda crítica ao coletivismo rejeita a ideia de que o interesse de uma determinada entidade coletiva possa ser concebido como algo distinto dos interesses de seus membros.

É plenamente possível, todavia, conceber situações concretas em que o interesse coletivo colide com o interesse da maioria dos membros do grupo. É possível, ainda, imaginar situações em que a conflituosidade interna ao grupo possui elevada intensidade, de modo que a soma dos interesses de cada membro pouco elucidaria a respeito da melhor forma para o exercício do direito coletivo.

Como será mais bem explicado nos tópicos seguintes, por vezes, diante de um litígio coletivo concreto, indivíduos que compõem a mesma coletividade possuem

³³ BOSHAMMER, Susanne. *Gruppen, Recht, Gerechtigkeit: Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*. Berlim: Walter de Gruyter, 2003, p. 124.

³⁴ JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 49-50.

interesses heterogêneos e excludentes, por ostentarem perspectivas distintas a respeito do problema. É o caso dos chamados litígios coletivos de difusão irradiada, conceito desenvolvido por Edilson Vitorelli, espécie marcada pela elevada conflituosidade³⁵.

1.2.2.2 O “problema” da conflituosidade interna aos grupos e a opção pela concepção não-agregativa

Diante da possibilidade de tamanha conflituosidade interna ao grupo, como conceber o interesse coletivo como a mera soma dos interesses individuais dos membros da coletividade?

Em situações assim, uma eventual decisão a respeito de um litígio que envolva o grupo certamente não será capaz de abranger, na mesma medida, os interesses de todos os seus integrantes. Daí concluir Edilson Vitorelli que a “percepção de que um direito, que seria ‘de todos’, quando lesado e tutelado, satisfaz de modo diferente cada um desses ‘todos’ demonstra que a relação dessas pessoas com o direito que titularizam não pode ser idêntica”³⁶.

Diferentemente do que compreendiam autores da sociologia clássica – tais como Marx³⁷ e Durkheim³⁸ –, a sociologia contemporânea concebe o conflito social como “uma forma de socialização”³⁹. Partindo das construções teóricas de Georg

³⁵ “É certo que, na realidade empírica, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição pode acarretar elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e a seus habitantes, com o comprometimento de outros valores sociais, tais como a saúde, a educação e a segurança pública. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos aos próprios integrantes da comunidade que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66).

³⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

³⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

³⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁹ COSER, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956, p. 31.

Simmel⁴⁰, entende Lewis Coser que nenhum grupo pode ser inteiramente harmonioso, pois então careceria de processo e estrutura. A formação de grupos é um resultado tanto da associação quanto da dissociação, de modo que tanto o conflito quanto a cooperação servem a uma função social. Assim, a existência de conflitos em alguma medida é um elemento essencial na formação de grupos.

O conflito também exerce um papel importante ao estabelecer limites entre os grupos, fortalecendo a sua consciência e a consciência da separação dos outros grupos. Os antagonismos recíprocos entre eles preservam as divisões sociais e os sistemas de estratificação. Desse modo, as “repulsões” conflitivas tanto estabelecem uma identidade mais ou menos precisa a respeito os vários grupos dentro de um mesmo sistema, como também ajudam a manter a sociedade como um todo: o “sistema social geral”⁴¹.

Há, pois, conflitos entre grupos, bem como conflitos internos em cada um deles, notadamente nos casos em que as pretensões coletivas derivam de situações de fato contingentes⁴².

Um bom exemplo da função social do conflito a que aludem Simmel e Coser pode ser observado a partir da interação entre diferentes agentes que pertencem a um mesmo grupo econômico. No Brasil, por vezes, a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), associação que congrega instituições financeiras bancárias⁴³, exerce a função de legitimado coletivo – como lhe faculta o art. 5º, V, da Lei nº 7.347/1985 –, muito embora os seus integrantes interajam socialmente em regime de concorrência, com interesses contrapostos.

É o que explica Simmel, descrevendo as funções da “discórdia” ou “oposição” no seio de grupos sociais:

Esta imprecisão é aumentada pelo duplo significado correspondente da

⁴⁰ SIMMEL, Georg, O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁴¹ Imagine-se o conflito existente entre as castas indianas, o que ajuda a estabelecer a distinção entre os vários grupos, assegurando a estabilidade da estrutura social geral. O conflito desempenha relevante papel ao separar o grupo dos “outsiders”, diferenciando nações, grupos étnicos e partidos políticos, por exemplo.

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

⁴³ O estatuto social da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) pode ser consultado em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf.

“discórdia” ou “oposição”. Uma vez que a discórdia desdobra seu caráter negativo e destrutivo entre os indivíduos em particular, ingenuamente se conclui que ela deve ter o mesmo efeito sobre o grupo total. Na realidade, porém, algo que é negativo e prejudicial entre os indivíduos, se for considerado isoladamente e com objetivo particular, não tem necessariamente o mesmo efeito na relação total desses indivíduos. Pois, um quadro muito diferente emerge quando se vê o conflito em conjunto com outras interações não afetadas por ele. Os elementos negativos e dualistas desempenham um papel inteiramente positivo nesse quadro mais abrangente, apesar da destruição que pode desenvolver sobre as relações particulares. Tudo isso é muito óbvio na competição de indivíduos no interior de uma unidade econômica⁴⁴.

As premissas expostas demonstram que o reconhecimento das coletividades como entidades diversas dos seus integrantes encontra amparo também na sociologia jurídica. E mais: os interesses coletivos podem ser compreendidos como algo substancialmente diverso da mera soma dos interesses individuais⁴⁵.

Justamente por isso, conclui Miodrag A. Jovanović que o individualismo ontológico consiste numa corrente filosófica que deve ser lida como o produto de um determinado momento histórico, e, como tal, não pode ser tornado absoluto⁴⁶.

É preciso deixar claro, porém, que tal orientação não pode ser *totalmente* desprezada, ao menos não em relação algumas importantes influências sobre determinados tipos de conflitos coletivos.

Como visto, individualismo e coletivismo são pontos de partida filosóficos que se complementam, na tarefa de justificação da necessidade de reconhecer as coletividades como sujeitos de direito. Isso porque nem sempre as coletividades serão perenes e marcadas por um sólido vínculo comunitarista, com existência anterior à legislação.

Além disso, ao menos no âmbito do direito processual, é irrelevante saber se os sujeitos coletivos existem *em razão* dos indivíduos ou não. O que importa, isso sim, é considerar o seu interesse como algo diverso dos interesses de seus membros, tal como concebe a corrente coletivista. É necessário o reconhecimento

⁴⁴ SIMMEL, Georg, O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁴⁵ “I was demonstrated the collective entities could be said do exist independently of their individual members. [...] Furthermore, it was shown that one might legitimately endorse the concept of collective interests as something substantially different from the aggregate sum of individual interests” (JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56).

⁴⁶ JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56.

de que o direito do ente não se confunde com o direito dos indivíduos que o compõem. Esse – o aspecto não agregativo – é o proveito a ser extraído desse ponto de vista filosófico, fazendo-se um paralelo com o reconhecimento das pessoas jurídicas, cujos atributos (existência jurídica, patrimônio, interesse etc.) diferem das pessoas que a administram⁴⁷.

Em realidade, as coletividades conquistaram o *status* de sujeitos de direito por diferentes razões, que oscilam entre fatores antropológicos e ficcionais. Ao fundamentar as razões pelas quais os sujeitos coletivos devem ser reconhecidos, Miodrag A. Jovanović concentra suas atenções nos agrupamentos sociais cuja existência é marcada por uma sólida identidade cultural, como os povos indígenas. Tais grupos já possuem amplo reconhecimento pela antropologia e pela sociologia, com modos de vida muitas vezes distintos da perspectiva individualista e dos demais integrantes do Estado onde residem. A título de exemplo, o direito de propriedade, no seio de algumas comunidades, não é exercido de forma individual.

Se acaso apenas tais coletividades fossem consideradas, teria razão Galenkamp, ao restringir os direitos coletivos às comunidades tradicionais⁴⁸. Nem todos agrupamentos sociais, porém, possuem tais características⁴⁹.

A bem da verdade, muitos grupos são particularmente heterogêneos, alguns deles notadamente efêmeros, adquirindo unidade a partir de “situações de fato, contingentes por vezes até ocasionais”⁵⁰: os litígios coletivos.

É preciso, portanto, acrescentar à corrente não agregativa o reconhecimento de múltiplas formas de coletividades contingentes, surgidas a partir de interesses

⁴⁷ Ressalta Narveson que, fora do direito, apenas indivíduos pensam, decidem e agem. Quando determinados grupos recebem o mesmo tratamento jurídico ofertado às pessoas, eles também “pensam, decidem e agem” (NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991, p. 332).

⁴⁸ GALENKAMP, Marlies. Collective Rights: Much Ado about Nothing. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 297, 1991. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nethqur24&div=37&id=&page=>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁴⁹ “All individuals are members of all various groups, and virtually all individuals attach normative significance to some of the groups of which they are members” (NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991, p. 329-330). No mesmo sentido, afirma Newman: “Many such collectivities stand between individuals and the larger community, in forms as diverse as families, certain religious groups, and trade unions or corporations” (NEWMAN, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004, p. 129).

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

que não podem ser reduzidos aos seus membros individuais. Imagine-se, por exemplo, uma comunidade formada por moradores de um determinado bairro em uma metrópole como Salvador, no Estado da Bahia, todos eles sujeitos à mesma omissão estatal em relação a um determinado problema urbanístico, cuja solução há de ser uniforme. Imagine-se, igualmente, a população de uma pequena cidade litorânea, titular do direito ao meio-ambiente equilibrado, sujeita aos danos causados pelo derramamento de óleo em sua costa.

Temos aqui grupos geograficamente definidos, embora heterogêneos em relação aos seus integrantes. É possível cogitar, ainda, a existência de grupos sociais sem ambiente territorial definido, como grupos religiosos, consumidores de produtos ou serviços transnacionais ou mesmo trabalhadores de uma determinada sociedade empregadora com sede em mais de um Estado.

Também esses grupos devem ser reconhecidos como sujeitos de direito diversos dos seus membros, seja por razões de ordem econômica que justifiquem a adoção de técnicas coletivas de tutela de direitos individuais, seja porque algumas pretensões que o Direito tutela não ser exercidas individualmente (*holding constraint*), em razão da indivisibilidade da prestação, o que pode resultar em credores indetermináveis. Nesse último caso, se acaso não fossem concebidas as coletividades como sujeitos dotados de capacidade jurídica, diversos direitos formalmente assegurados simplesmente não encontrariam meios para a sua fruição. Afinal, a concepção de um determinado direito sem o correspondente sujeito é a negação ao próprio direito.

1.2.2.3 As críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas no Brasil

Merecem destaque as críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos coletivos desenvolvidas no Brasil. De um lado, autores como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., adeptos da vertente coletivista, entendem que “os direitos transindividuais (essencial ou acidentalmente) não possuem *titulares* determinados, antes pertencem a uma comunidade ou

coletividade”⁵¹. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart compreendem que tais direitos não se confundem com o somatório dos direitos individuais dos indivíduos que integram a coletividade⁵².

De outro lado, parte minoritária da doutrina, a exemplo de Marcelo Abelha Rodrigues, aderindo à concepção individualista, compreende que tais direitos pertencem a cada um dos indivíduos que compõem o grupo⁵³.

A questão que se põe reside em saber quais são as consequências da adoção de um ou outro caminho. Quanto a isso, afirma Edilson Vitorelli que, “quando analisadas com rigor, ambas as vertentes, apesar de parecerem superficialmente opostas, se fundem em uma série de aporias, obscuridades ou incompletudes”⁵⁴.

De fato, desde o início da teorização a respeito do processo coletivo até pouco tempo atrás, a doutrina brasileira não parecia dedicar atenções ao papel dos “grupos” em seus variados aspectos. Tampouco a doutrina estrangeira parece se preocupar com o tema, limitando-se os americanos à precisa definição do grupo, a partir da questão comum que o identifica⁵⁵.

Justamente por isso, nenhuma das correntes explica, de maneira precisa, as consequências extraídas do fato de os direitos pertencerem ao grupo ou aos indivíduos.

As críticas de Edilson Vitorelli são pertinentes e impõem três importantes esclarecimentos.

De início, é importante registrar a errônea das definições doutrinárias que atribuem os direitos coletivos à sociedade como um todo⁵⁶. Nem mesmo os direitos

⁵¹ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 86.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 742.

⁵³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

⁵⁴ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

⁵⁵ Como será explicado nos capítulos seguintes, nos Estados Unidos, a Regra 23 – Rule 23(a)(2) – prevê, como requisito para a admissibilidade das ações coletivas (*class actions*), a existência de questão comum de fato ou de direito: “there are questions of law or fact common to the class.”

⁵⁶ Nessa linha, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 213631/MG, relator ministro Ilmar Galvão, DJ 7.4.2000, registrou: “Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao

difusos ostentam necessariamente tal característica, não sendo correta a confusão comumente feita entre uma coletividade formada por “pessoas indeterminadas” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) e a sociedade como um todo. Basta imaginar um caso de propaganda enganosa relativa a um bem de consumo de elevado valor, como um veículo importado. A coletividade lesada, formada por pretensos compradores do bem, embora composta por pessoas indetermináveis, não se confunde com toda a sociedade, consideradas as diferentes capacidades aquisitivas das classes sociais em uma dada localidade.

O segundo esclarecimento diz respeito à utilidade das correntes adotadas. Como anteriormente explicado, há razões suficientes ao reconhecimento das coletividades como sujeitos de direito. Acolhendo-as, entendeu por bem o legislador brasileiro, ao regular a proteção ao abuso da concorrência, dispor, no art. 1º da Lei nº 12.529/2011, que “[a] coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Que fique bem claro, portanto: os direitos coletivos são titularizados por grupos sociais.

A utilidade de tal entendimento é bastante clara: sendo o direito titularizado pelo grupo, impõe-se uma adequada delimitação das suas características, bem como de quem falará por ele. Além disso, não poderá um integrante singular, por si só, renunciar ou definir a forma de fruição do direito pela coletividade. Os grupos, porém, assim como as pessoas jurídicas, são sujeitos incorpóreos, e, por isso mesmo, dependem da técnica jurídica para que se possa definir a sua vontade. Tal metodologia, como se verá nos tópicos seguintes, compõe o devido processo legal coletivo e depende das características de cada grupo, em especial a litigiosidade interna. Embora, adotada a compreensão coletivista, o grupo não se confunda com seus integrantes, é necessário o reconhecimento da relevância da participação de seus integrantes na formação da vontade geral.

Por fim, um terceiro esclarecimento diz respeito à forma de identificação dos variados grupos. Afinal, é possível defini-los de forma abstrata, ou apenas a partir de um litígio coletivo? Quanto a tal ponto, defende Edilson Vitorelli que “a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se

revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido.”

está tratando de sua violação, ou seja, no contexto do litígio coletivo”⁵⁷. A afirmação é revolucionária, propondo-se uma densa transformação do estudo do processo coletivo, num movimento que o desloca dos direitos aos litígios transindividuais. A linha do presente trabalho, embora tome a riqueza das diferentes formas de litígios coletivos como valioso referencial teórico, propõe uma postura intermediária, a partir das interações entre as concepções coletivistas e individualistas dos direitos coletivos.

Não nos parece correta a premissa de que a titularidade dos direitos coletivos *somente pode* ser definida a partir da sua violação. Se assim fosse, todo e qualquer responsável por causar lesão a uma coletividade poderia arguir, em sua defesa, a boa-fé decorrente do desconhecimento da existência do direito coletivo. Ora, também os direitos coletivos possuem uma dimensão abstrata, como disciplinado no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que integra o núcleo do microsistema processual coletivo e não pode ser desconsiderado.

Atribuições de direitos podem ser visualizadas independentemente da existência de litígio. Apenas a título de exemplo, ao grupo formado pela comunidade tradicional quilombola Jatimane, no sul da Bahia, é assegurado o direito a “seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”, como previsto no Decreto nº 6.064/2017, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. A aludida comunidade teve seu direito à autoidentificação assegurado pela Fundação Palmares, autarquia federal, conforme certidão expedida no âmbito do Processo nº 01420.000353/2005-44⁵⁸.

A bem da verdade, as atribuições de direito podem ser concebidas sob as perspectivas abstrata e concreta, com ou sem conflitos. Se a Lei nº 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelece, em seu art. 39, § 3º, II, o direito de participação das comunidades indígenas nos Comitês de Bacia Hidrográfica, há aqui a atribuição, abstrata, de um direito a coletividades. Se, no âmbito, da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, é reconhecida a

⁵⁷ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

⁵⁸ Referidos dados estão disponíveis em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/09/C%C3%B3pia-de-Lista-das-CRQs-Certificadas-Portaria-n%C2%B0-84-08-06-2015.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

representatividade da comunidade indígena Tuxá, tal direito é concretizado independentemente da existência de conflito⁵⁹.

De igual modo, o reconhecimento do direito à demarcação territorial de determinada comunidade indígena, como disciplinado no art. 19 do Estatuto do Índio, prescinde da existência de prévio conflito.

O que se observa é que, não raramente, a legislação atribui, de forma abstrata, um determinado direito coletivo a determinadas coletividades, as quais podem ser facilmente identificadas no mundo dos fatos. Muitas vezes, tais direitos são concretizados a partir de instrumentos contratuais ou atos administrativos, sendo claramente identificado o grupo envolvido, sem a necessidade de prévio conflito. Tais situações são mais facilmente identificadas no campo das comunidades tradicionais, na medida em que tanto a legislação quanto os grupos sociais costumam ser facilmente compreendidos. Sobreleva aqui a dimensão coletivista da atribuição originária de direitos.

Por outro lado, muitas pretensões coletivas surgem a partir de conflitos envolvendo grupos sem uma prévia organização social, acentuando a conflituosidade interna, notadamente nos casos em que os direitos envolvidos também podem ser exercidos não apenas de forma coletiva, mas também de modo individual. Em tais situações contingentes, de fato, especialmente nos chamados litígios complexos, a plena definição dos grupos envolvidos dependerá sobremaneira da prévia análise da forma de interação entre seus membros e do grau de exposição à lesão sofrida.

Em muitos casos, diante da ausência de unidade do grupo em relação a um dado direito, mesmo os seus próprios integrantes possuem dificuldades em concebê-lo.

Como exemplo, no ano de 2017, a Defensoria Pública da União ajuizou a Ação Civil Pública nº 5009686-46.2017.4.03.6100, perante a 14ª Vara Federal Cível em São Paulo, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), postulando o restabelecimento integral do serviço de entrega domiciliar de encomendas na cidade de São Paulo e em municípios da Região Metropolitana.

⁵⁹ O Comitê da Bahia Hidrográfica do Rio São Francisco conta, atualmente, com representantes das comunidades indígenas Tuxá, Pankará e Xukuru Kariri. Cf. <http://cbhsaofrancisco.org.br/2017/o-cbhsf/composicao/membros>. Acesso em: 18 nov. 2018.

O caso é emblemático, por revelar o aparente desconhecimento da existência de mais de um grupo interessado, mesmo em litígios de menor complexidade. Segundo informações extraídas do sítio virtual da Defensoria Pública da União, “desde 2012 os Correios estabeleceram, para algumas faixas de CEP, a chamada ‘entrega interna’”, modalidade em que “a encomenda fica retida na sede da ECT mais próxima da residência do consumidor, o qual fica responsável por retirá-la”. Tal postura teria sido adotada em razão da “ocorrência, nessas áreas, de assaltos aos carteiros, o que comprometeria a segurança física dos funcionários e a integridade dos objetos postais”⁶⁰.

No litígio em comento, a Defensoria Pública identificou um grupo cujos direitos teriam sido violados: os usuários do serviço de entrega domiciliar de encomendas, em especial nos bairros mais pobres, marcados pela vulnerabilidade social dos moradores.

Em uma primeira análise, o caso parece se resumir a uma mera subsunção dos fatos – serviço defeituoso – à lei – direito do consumidor adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, conforme art. 6º, X, do CDC. Ficou esquecido, contudo, um grupo formado por pessoas igualmente vulneráveis e necessitadas: os carteiros. Tais trabalhadores possuem inegável interesse na solução do caso, sendo-lhes constitucionalmente assegurado o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, da CRFB/1988).

O exemplo em questão servirá de ilustração a diversos tópicos, sobretudo para fins de compreensão da importância da definição dos grupos nos processos coletivos.

1.3 AS TIPOLOGIAS DE LITÍGIOS COLETIVOS NO BRASIL E SUAS REPERCUSSÕES PRÁTICAS

1.3.1 A opção brasileira pela tripartição conceitual dos direitos coletivos em

⁶⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Ação da DPU obriga Correios a regularizarem entrega domiciliar em São Paulo*, Brasília, 17 out. 2017. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/noticias-sao-paulo/64-noticias-sp-geral/39888-acao-da-dpu-obriga-correios-a-regularizarem-entrega-em-bairros-de-sao-paulo>. Acesso em: 18 nov. 2018.

sentido amplo

Diversamente do caminho adotado no sistema jurídico norte-americano – que optou por definir os pressupostos e os tipos de ações coletivas com base em espécies de conflitos –, a legislação brasileira preferiu estabelecer *conceitos* de direitos coletivos.

O parágrafo único do art. 81 do CDC⁶¹, ao inaugurar três categorias de direitos metaindividuais, optou por diferenciá-los a partir de três variáveis: a possibilidade de identificação dos integrantes do grupo, a divisibilidade do seu objeto e a origem do interesse.

Assim, de um lado, os interesses ou direitos difusos seriam titularizados por grupos formados por pessoas indetermináveis; de outro, os integrantes dos grupos titulares de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos podem ser identificados.

Quanto ao objeto, os interesses ou direitos difusos e os coletivos em sentido estrito são marcados pela indivisibilidade, enquanto nos individuais homogêneos, a prestação devida pela parte adversa pode ser fracionada para cada credor.

Por fim, nos direitos difusos, o grupo titular é formado por “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; nos coletivos em sentido estrito, por “pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Nos individuais homogêneos, por uma “origem comum”.

A classificação legal, capaz de causar confusões por ser excessivamente fracionada, foi construída com olhos nos conflitos coletivos de uma outra época, carecendo de uma orientação sociológica que só veio a ser percebida mais recentemente.

⁶¹ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, 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; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

De início, é importante notar que um mesmo conflito pode resultar em diferentes pretensões coletivas. Como exemplo, a mera inserção de uma cláusula abusiva em um determinado contrato relativo a uma política pública assistencial pode gerar a coexistência de todas as categorias citadas em uma única demanda. Uma eventual pretensão voltada à anulação dessa cláusula ostentaria natureza coletiva em sentido estrito, em benefício dos indivíduos que já possuem contratos celebrados com a parte adversa (relação jurídica base).

Por seu turno, a pretensão indenizatória, em razão dos danos causados aos contratantes, ostentaria natureza individual homogênea, em razão da sua divisibilidade, podendo variar de acordo com circunstâncias particulares (tempo de contratação, valor do objeto contratado etc.).

Por fim, a pretensão indivisível voltada ao impedimento da celebração de novos contratos com a mesma cláusula objetiva a proteção dos futuros contratantes, fatalmente indetermináveis, a evidenciar sua natureza difusa. Essa última pretensão, em realidade, serve à tutela de membros em potencial (*future class members*) do grupo formado pelas pessoas que celebraram o contrato⁶².

Tendo em vista o interesse maior em resolver o conflito coletivo em questão como um todo, o que justifica, *hoje*, a tripartição dos direitos ou interesses coletivos em *três* espécies?

Não se está aqui a defender a extinção dos conceitos de direitos coletivos, na medida em que a previsão formal dessa categoria jurídica é relevante para o fim de reconhecer os direitos de grupos como direitos subjetivos, ou seja, como posições jurídicas de vantagem ou situações jurídicas passivas capazes de ensejar a tutela

⁶² Segundo Calmon de Passos as diferenças estruturais entre os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito podem ser assim sintetizadas: "Interesses difusos são aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas ligadas ao grupo, que se unem apenas por circunstâncias de fato, como as de habitarem uma mesma região, bairro etc., consumirem certos produtos, participarem de determinados empreendimentos. Situam-se nesta espécie de interesses muito amplos, que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos e assim por diante. Já nos ditos interesses coletivos há um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo, como os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou de classe" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, 1993, p. 164-168).

judicial⁶³.

A relevância histórica da previsão legal é inquestionável, em especial para o fim de afastar a afirmação de que tais direitos consistiriam em meros interesses, insuscetíveis de tutela jurisdicional, sobretudo em razão de uma suposta ausência de titularidade⁶⁴. Em outras palavras, a existência de três categorias (e não apenas uma ou duas) serviu para que a tutela jurisdicional coletiva pudesse abranger quaisquer pretensões afirmadas como coletivas, mesmo aquelas que, em uma primeira análise, possam parecer a mera reunião de demandas individuais.

Merecem atenção, por outro lado, as críticas postas por Antonio Gidi, para quem “[e]ssa classificação é fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas”⁶⁵.

De fato, ao se debruçar sobre a tutela dos direitos coletivos, a doutrina italiana optou por estabelecer um caminho diverso dos americanos, franceses e alemães, preferindo uma abordagem mais centrada no *direito substantivo* e menos nos *meios processuais* para a sua defesa. A riqueza conceitual italiana, vocacionada à descoberta dos “personagens absolutamente misteriosos”⁶⁶ por detrás dos direitos de grupo, serviu de inspiração aos juristas brasileiros, refletida nas definições posteriormente trazidas no CDC⁶⁷.

Cabe registrar que, no direito norte-americano, uma das principais razões que motivaram a reforma da redação originária (de 1938) da *Rule 23* foi o elevado grau de complexidade e abstração dos conceitos de *true*, *hybrid* e *spurious class actions*, resultando em prejuízos ao seu desenvolvimento prático e teórico por algumas décadas⁶⁸. Tal tipologia foi originariamente proposta por James William Moore ao

⁶³ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 68-69.

⁶⁴ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 69.

⁶⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 201.

⁶⁶ VILLONE, Massimo. La Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976, p. 73.

⁶⁷ GIDI, Antonio. *op.cit.*, p. 201-203.

⁶⁸ *Id.* *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

Comitê Consultivo para as Normas de Processo Civil Federal⁶⁹.

No Brasil, a opção seguida pela comissão responsável pela redação do CDC foi tomada de forma consciente, sendo certos os riscos de se incluírem conceitos ostensivamente acadêmicos em textos legais. Repita-se: cuidou-se de uma estratégia bastante útil, na medida em que “[a] ausência de uma definição clara dos direitos de grupo em uma lei escrita poderia gerar perplexidade e inconsistência nos tribunais”⁷⁰.

As ponderações existentes à época foram registradas por Kazuo Watanabe, que integrou a referida comissão⁷¹.

1.3.2 Os problemas advindos da opção conceitual dos direitos coletivos

Nos dias atuais, embora seja inegável a abertura da tipologia legal, capaz de abranger diversas situações que se apresentam no dia a dia, não raramente a classificação legal é utilizada de forma a restringir a tutela de direitos coletivos, por meio de uma argumentação excessivamente formal. São múltiplos os exemplos: a ideia de limitar o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (o que acabou sendo positivado no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009⁷²), a discussão a respeito da legitimidade do

⁶⁹ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 11-12.

⁷⁰ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 204.

⁷¹ “À inexistência de consenso doutrinário sobre os conceitos de ‘interesses ou direitos difusos’ e de ‘interesses ou direitos coletivos’, o legislador preferiu adotar os conceitos que lhe pareceram mais adequados no plano da defesa do consumidor. Foi, além disso, criado o conceito de ‘interesses ou direitos individuais homogêneos’ para os fins de tutela coletiva deles em juízo, por meio de *class action* que, embora inspirada no modelo norte americano, obteve contornos próprios e bem adaptados às peculiaridades e condições geográficas, culturais, sociais e econômicas brasileiras [...]” (GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 811).

⁷² Lei nº 12.016/2009: “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza

Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos⁷³, a aplicação analógica do instituto da remessa necessária prevista no art. 19 Lei da Ação Popular – LAP (Lei nº 4.717/1965⁷⁴) apenas às demandas envolvendo direitos difusos ou coletivos em sentido estrito⁷⁵, entre outros.

Demais disso, sem que houvesse nenhuma razão relevante para tanto, o CDC, ao disciplinar o modo de produção da coisa julgada *no âmbito das ações coletivas*, previu, para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, o regime *secundum eventum probationis*, estabilizando a decisão final “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas”⁷⁶. Tal previsão não foi repetida para os direitos individuais homogêneos.

indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

⁷³ Em sistemática de recursos repetitivos, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “[a] fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, tratando-se de direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei específica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei nº 8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1682836/SP, Primeira Seção, relator ministro Og Fernandes, DJe 30.4.2018). Por outro lado, o enunciado nº 621 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que tem prevalecido, revela que essa legitimidade ocorre mesmo se ausente a indisponibilidade do direito, sendo suficiente a existência de interesse social: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.”

⁷⁴ Lei nº 4.717/1965: “Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.”

⁷⁵ “1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é aplicável o reexame necessário nas hipóteses de ação civil pública, independentemente da presença de pessoa de direito público no polo passivo, porém não se aplica aos litígios que versem exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos.

1.1. Por conseguinte, levando-se em consideração que a hipótese dos autos cuida de direitos difusos de consumidores, torna-se imperioso o reconhecimento da possibilidade de aplicação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/1965, devendo os autos retornarem à origem para que se analisem as questões que foram julgadas improcedentes pelo Magistrado de primeiro grau e não foram objeto de recurso voluntário pelas partes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, AgInt no REsp nº 1690987/MG, relator ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 30.8.2018).

⁷⁶ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.”

Consolidada a tutela processual dos direitos coletivos no Brasil, o que se nota, nos dias atuais, é que a experiência brasileira, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, “comprovou que os conceitos abstratos de direitos difusos, coletivo e individual homogêneo são de escassa utilidade, sendo em verdade extremamente perigosos”⁷⁷.

No dia a dia da prática jurídica, é comum gastar-se muito tempo com o objetivo de “encaixar” uma determinada situação fática em uma das categorias legais, sem que haja propriamente alguma utilidade em tal atividade. Melhor seria, tal como realizado pela Rule 23, a mera previsão legal dos requisitos para o ajuizamento da ação coletiva, enfatizando-se a necessidade de existência de uma questão comum de fato ou de direito.

Antecipando as críticas ora expostas, Barbosa Moreira sugeriu a divisão dos tipos de direitos coletivos em dois: os transindividuais – compreendidos “naturalmente coletivos” – e os individuais homogêneos – compreendidos como “acidentalmente coletivos”⁷⁸. No primeiro caso, haveria uma verdadeira “defesa de direitos coletivos”, pertencentes a uma coletividade, enquanto, no segundo, uma técnica de “defesa coletiva de direitos” individuais, cujos titulares seriam os membros do grupo⁷⁹. Essa solução, contudo, não afastaria os riscos de posituação de conceitos doutrinários, sendo, ademais, bastante questionável a concepção dos direitos individuais homogêneos como “direitos individuais coletivamente tratados”.

Para parte da doutrina, a exemplo de Teori Zavascki⁸⁰, Sérgio Cruz Arenhart⁸¹, José Maria Tesheiner⁸² e Sofia Temer⁸³, os direitos individuais homogêneos seriam uma mera ficção, uma forma processual distinta de tratar os direitos individuais. É preciso ter em mente, contudo, que a atribuição de direitos a determinados sujeitos,

⁷⁷ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 210.

⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193. Aderindo a tal concepção: GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 117

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 78, 1995, p. 32-49.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 32-49.

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-141.

⁸² TESHEINER, José Maria. *Processos coletivos: ações transindividuais e homogeneizantes*. Porto Alegre: edição do autor, 2015, p. 26.

⁸³ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 48-49.

quaisquer que sejam (pessoas naturais, jurídicas, entes despersonalizados, coletividades etc.), é *sempre* um exercício linguístico-numênico, ou seja, não fenomenológico. Em termos mais simples, se a atribuição de direitos a uma coletividade é uma “ficção jurídica”, também o é a atribuição de direitos a uma pessoa física ou jurídica, com idêntica natureza.

Demais disso, como ressaltam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas, “tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano”⁸⁴, caso em que os valores serão revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 100, do CDC⁸⁵).

Com frequência, os direitos individuais frutos de lesões homogêneas não suscitam uma busca pela tutela jurisdicional, por serem, numa perspectiva meramente individual, economicamente inexpressivos. Dificilmente alguém se habilitaria processualmente para a cobrança de pequenas quantias resultantes de microlesões em massa, bastante comuns no mercado de consumo. A proteção da coletividade transcende tais interesses, possuindo uma função pedagógica vocacionada ao estabelecimento de reparações coletivas e à prevenção de futuras lesões.

Assim, não parece adequada a afirmação de que tais direitos seriam *ontologicamente* individuais, mas sim “direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral”⁸⁶.

O quadro exposto releva as dificuldades que decorrem da adoção legal de conceitos abstratos de direitos coletivos (em sentido amplo). O que se pretende demonstrar, nas próximas linhas, é que eventuais diferenças procedimentais, nos processos coletivos, devem partir não de conceitos previamente estabelecidos, mas sim das pretensões concretamente deduzidas⁸⁷ e, sobretudo, do tipo de conflito em

⁸⁴ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 83.

⁸⁵ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

⁸⁶ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. *op. cit.*, p. 83.

⁸⁷ Nessa linha, embora proponha a diferenciação entre “defesa de direitos coletivos” e “defesa coletiva de direitos”, Teori Zavascki reconhece que as diferenças entre as ações coletivas são

questão. Afinal, se os processos coletivos servem à satisfação de direitos que envolvem grupos de pessoas, nada mais justo que pensar o devido processo legal coletivo a partir da natureza do grupo envolvido e das pretensões formuladas por (ou contra) eles.

1.3.3 O dogma da indivisibilidade e a importância da construção de conceitos sociologicamente orientados de litígios coletivos: as contribuições de Edilson Vitorelli

Em trabalho inovador, buscando uma definição mais adequada a respeito da titularidade dos direitos transindividuais, Edilson Vitorelli defende a necessidade de superar um antigo obstáculo da década de 1980: o dogma da indivisibilidade⁸⁸.

O estudo do processo coletivo, desde a sua origem, sempre foi marcado pela ideia de que os direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) seriam marcados pela indivisibilidade, o que significa que “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”⁸⁹. Essa noção ainda prevalece nos dias atuais, especialmente porque acabou sendo positivada a expressão “de natureza indivisível” no art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC⁹⁰.

A crítica a essa característica – repita-se, legalmente positivada – parte não apenas de um rearranjo teórico, mas também empírico. De início, registra Vitorelli que a afirmação da indivisibilidade dos direitos transindividuais “atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade”, na medida em que, como

legítimas “em face das peculiaridades de cada tipo de pretensão”, sendo possível a cumulação de pretensões “transindividuais” e “individuais” em um mesmo procedimento, porquanto adequado ao processamento de ambas (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 75-76).

⁸⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, v. 78, p. 32-49.

⁹⁰ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, 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; [...]”

não se sabe a quem é o bem, “passa a ser essencial que se sustente que todas as lesões que lhe são causadas interessam a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas pessoas na mesma medida” além de repará-las também na mesma medida⁹¹. Assim, conclui, com os olhos na realidade empírica:

Sem essa abstrata igualdade, o conceito inicial desmorona, já que, para definir formas distintas pelas quais pessoas diferentes sofrem lesões ambientais, seria preciso especificar quem são todos, ou dar mais precisão aos contornos do grupo, sociedade ou qualquer outra abstração que se pretenda utilizar para descrever a titularidade dos direitos transindividuais.

Todavia, a realidade desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos ou toda a sociedade experimente, na mesma intensidade, e com o mesmo interesse, lesões a direitos transindividuais. Por exemplo, não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC. Também parece pouco razoável pretender que a redução da vazão do Rio Doce, no município de Aimorés/MG, decorrente da construção de uma usina hidrelétrica, interesse igualmente aos habitantes da referida localidade e aos municípios de Passo Fundo/RS.

[...]

Essa proposição, ainda que interessante, pouco se coaduna com a realidade, na qual se observa que um grande número de lesões ambientais só tem relevância do ponto de vista local, não interessando a indivíduos ou sociedades geograficamente distanciadas. Por essa razão, não parece se confirmar empiricamente a afirmação de que, em relação aos direitos difusos, “instaura-se uma união tão firme que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão a um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.⁹²

Tal visão, inegavelmente inovadora, provoca uma inevitável perplexidade: a constatação de que a lei e a realidade se encontram em profundo contraste. Tal assimetria não se confunde com a mera ausência de *eficácia social* da norma extraída do texto, decorrendo da normatização de um conceito que não encontra respaldo no mundo empírico.

A verdade é que o legislador, ao positivizar a categoria dos direitos coletivos em sentido amplo, partiu do pressuposto de que, no mundo dos fatos, cada direito seria titularizado por uma única coletividade homogênea.

Não por acaso, como já referido, mesmo nos dias atuais, é comum a afirmação, no âmbito dos tribunais superiores, de que os direitos difusos pertenceriam à sociedade como um todo, desconsiderando-se a existência de

⁹¹ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

⁹² VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62-63.

múltiplos grupos com interesses distintos, muitas vezes dotados de elevada conflituosidade interna. Imagine-se, no âmbito dos conflitos ambientais, os diferentes interesses que podem existir sobre as variadas formas de solução da questão, a depender de fatores como a proximidade em relação ao dano, a atividade econômica desenvolvida etc. Notadamente nos casos mais complexos, é difícil imaginar uma decisão judicial que atenda, na mesma medida, aos interesses de toda a sociedade.

Some-se a tais observações a percepção de que, apesar da opção tripartite nos desenhos dos conceitos de direitos coletivos, a legislação, ressalvadas algumas peculiaridades, estabeleceu o mesmo processo para todos eles. Não há uma preocupação em estabelecer procedimentos adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos – cujo objeto, como visto, atrai interesses múltiplos a ponto de promover uma forte desconfiança em relação ao caráter indivisível dos direitos transindividuais.

Nesse sentido um acidente ambiental no meio do Oceano Atlântico e o rompimento da barragem da em Mariana, Minas Gerais, geram ações coletivas que seguirão o mesmo procedimento, a despeito das profundas diferenças existentes entre os dois casos⁹³.

Se o tipo de direito não permite uma grande diferenciação procedimental, a proposta de Edilson Vitorelli foi a de construir o devido processo legal coletivo a partir do tipo de *conflito*, buscando-se um processo adequado às peculiaridades do caso *concreto*. Parte-se da premissa de que a titularidade de um direito coletivo deve ser buscada em concreto, diante de uma lesão ou ameaça provocada por algum agente. Como registra o autor, é irrelevante saber a quem pertence o meio ambiente de uma ilha deserta no meio do Oceano Pacífico, pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado⁹⁴.

Os tipos de conflito são desenvolvidos a partir de duas principais variáveis: a conflituosidade e a complexidade. Nessa linha, quanto menos uniforme for a posição dos membros do grupo diante do litígio – o que pode ocorrer em razão da existência

⁹³ Nesse sentido: VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58-65; DIDIER JR. Fredie; ZANETTI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 90.

⁹⁴ VITORELLI, Edilson. *op. cit.*, p. 86.

de subgrupos ou pela divergência dentro do grupo –, mais conflituoso ele será. Outrossim, tão mais complexo será o conflito quanto maior for a gama de possibilidades pelas quais ele pode ser resolvido juridicamente.

Daí decorrem as três espécies: os litígios de *difusão global, local e irradiada*.

1.3.3.1 Litígios transindividuais de difusão global

A primeira categoria de litígios transindividuais diz respeito às hipóteses em que a lesão não atinge diretamente os interesses de nenhuma pessoa.

Imagine-se, como exemplo, um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano. Essa situação foi objeto de inquérito civil no Ministério Público Federal (MPF) em São José dos Campos/SP. Em fevereiro do ano de 2012, o procedimento foi instaurado para apurar as causas do vazamento de óleo cru no campo de Carioca Nordeste, na bacia de Santos, a cerca de 250 km do município de Ilhabela no litoral norte de São Paulo. Além das causas do vazamento, o inquérito buscava conhecer melhor a extensão dos danos ambientais, acompanhar as ações de controle ambiental, fiscalização e o exercício, pelos diversos órgãos, das competências previstas pelos planos de emergência previstos em lei, além de preparar as medidas judiciais ou extrajudiciais cabíveis para responsabilizar a Petrobras na esfera cível⁹⁵.

Em situações dessa natureza, por não haver um grupo particularmente prejudicado pelo dano causado, a titularidade do direito – ou melhor, da pretensão – deve ser imputada à *sociedade entendida como estrutura*. Essa específica forma de compreender a sociedade como um ente supracoletivo surge a partir da sociológica clássica de Durkheim⁹⁶ e Marx⁹⁷, privilegiando-se a ordem social, o controle das normas e a sua estrutura.

É também uma concepção próxima do contratualismo republicanista de

⁹⁵ CF. http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/sala-de-imprensa/noticias_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal. Acesso em: 4 mar. 2019.

⁹⁶ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

Rousseau, para quem, na formação do Estado, haveria uma vontade geral⁹⁸ (um todo orgânico) diversa da mera agregação das vontades particulares⁹⁹. Essa mesma vontade seria refletida no ordenamento jurídico vigente. Cuida-se de uma orientação teórica que inspirou o fortalecimento do Estado-nação ainda no século XIX.

Nos litígios de *difusão global*, nenhuma opinião interessa de modo especial, na medida em que nenhuma pessoa é lesada de forma particular. Essa baixa subjetivação faz com que a defesa da coletividade equivalha, em termos práticos, à aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto¹⁰⁰. Tal situação conduziu Remo Caponi a refletir sobre a possibilidade de considerar a solução de conflitos dessa natureza como a mera atuação do direito objetivo¹⁰¹, concluindo, contudo, que a tutela recairia sobre direitos subjetivos insuscetíveis de apreensão individual, isto é, direitos subjetivos coletivos, os quais só podem ser titularizados por uma coletividade mais ou menos determinada¹⁰².

Em conclusão, percebe-se que, nos litígios de *difusão global*, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo (dada a ausência de uma pessoa ou grupo particularmente atingido pela lesão), sendo normalmente baixa também a sua complexidade, embora sujeita a variações¹⁰³.

Essas características afetam o respectivo processo.

No que diz respeito aos legitimados coletivos, tendem a ser os órgãos públicos “cuja atuação se relacione à proteção do bem jurídico lesado (Ministério Público, Defensoria Pública, PROCON etc.), embora se possa conceber a condução do

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract*. Domínio público, p. 7. Disponível em: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2019.

⁹⁹ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Constitucionalismo e Poder Doméstico: uma viagem pelas linhas constituintes ocultas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 24.

¹⁰⁰ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

¹⁰¹ CAPONI, Remo. Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXIII, n. 5, set./out., Milão, 2008, p. 1216.

¹⁰² “Oppure si può teorizzare (ed è questa la soluzione preferibile) che, accanto a diritti soggettivi a beni suscettibili di appartenenza individuale, a diritti che quindi spettano a singoli individui, esistono non solo interessi, ma anche diritti soggettivi a beni non suscettibili di appartenenza individuale, cioè diritti soggettivi collettivi (32), di cui non possono affermarsi titolari i singoli, bensì può essere titolare solo una collettività più o meno determinata di soggetti” (CAPONI, Remo. Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXIII, n. 5, set./out., Milão, 2008, p. 1217).

¹⁰³ VITORELLI, Edilson. *op. cit.*, p. 86.

processo por associações com alta representatividade”¹⁰⁴.

A intervenção de membros do grupo afetado tende a ser reduzida, sendo possível, contudo, a intervenção de entidade especializada (*amicus curiae*) nos casos com maior complexidade.

A competência territorial para processamento da ação coletiva é de fácil identificação, recaindo sobre o juízo do foro do local da lesão ou ameaça de lesão.

Por fim, a probabilidade de autocomposição tende a ser alta, na medida em que o objeto é mais facilmente identificado, sendo baixa a conflituosidade interna à coletividade titular do direito.

1.3.3.2 *Litígios transindividuais de difusão local*

Os litígios coletivos de *difusão global* estão presentes nos casos em que as lesões atingem, de modo específico e grave, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial¹⁰⁵.

Em outras palavras, aqui o grupo lesado apresenta características mais homogêneas, a exemplo de comunidades tradicionais, grupos de pessoas vulneráveis, minorias e trabalhadores.

Imagine-se, a título exemplificativo, a ocorrência de um dano ambiental em região situada no território de uma comunidade indígena. Por mais que se admita que outras pessoas tenham também relação com o meio ambiente lesado no âmbito de uma comunidade tradicional, “é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local”¹⁰⁶.

Em situações assim, o dano particularmente sofrido por determinado grupo é tão mais intenso em relação às demais pessoas que a melhor solução será a atribuição da titularidade do direito a esse grupo lesado. É o que ocorre, por

¹⁰⁴ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 92.

¹⁰⁵ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 81.

exemplo, também, nos direitos relativos à igualdade de gênero: por mais que também os homens se interessem em conviver numa sociedade com menos desigualdade, “o interesse feminino nos conflitos transindividuais a ela relacionados é tão mais pronunciado que torna o masculino irrelevante”¹⁰⁷.

Nesse tipo de conflito, a litigiosidade tende a ser média. Isso porque, muito embora a coletividade seja facilmente identificada pelo grau de coesão, não se pode presumir que as opiniões internas sejam as mesmas. Não raramente, no seio de uma comunidade indígena ou de um grupo de trabalhadores, existem dissidências internas, compondo maiorias e minorias. Nos casos em que demasiadamente elevada, essa dissidência pode motivar, inclusive, a subdivisão do grupo em subgrupos. De qualquer sorte, as chances de autocomposição são elevadas, diante da delimitação do grupo titular do direito.

Quanto à legitimidade coletiva, diante da fácil identificação do grupo, o legitimado tenderá a ser um ente da própria sociedade civil, a exemplo de associações e sindicatos¹⁰⁸. Em casos excepcionais, será reconhecida legitimidade ao próprio grupo, como ocorre com as comunidades indígenas, por força do art. 232 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que dispõe: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Em atenção à vulnerabilidade do grupo, a legitimidade coletiva pode ser bem desempenhada por um órgão público, a exemplo do Ministério Público do Trabalho (em defesa dos trabalhadores), bem como a FUNAI ou o Ministério Público Federal (em defesa das comunidades tradicionais).

Na hipótese de não ser o autor da demanda, o Ministério Público deve concentrar esforços na sua função de fiscal da ordem jurídica, garantindo a adequação da tutela judicial, bem como a participação das pessoas diretamente afetadas, por meio de audiências públicas ou da intervenção de *amicus curiae*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83. Na mesma passagem, o autor registra: “Se o que se busca é decidir como será tutelado o direito à igualdade de gênero, não cabe ao grupo majoritário impor ao grupo minoritário sua visão sobre o litígio ou sobre o melhor caminho para a obtenção da tutela do direito. Do contrário, o grupo minoritário seria vítima de autoritarismo, paternalismo, ou talvez de um autoritarismo adocicado, por parte da maioria.”

¹⁰⁸ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 93.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 94.

1.3.3.3 Litígios transindividuais de difusão irradiada

A última categoria de conflitos ocorre quando a lesão afeta diretamente os interesses de “diversas pessoas ou seguimentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas da mesma forma e com a mesma intensidade pelo resultado do litígio”¹¹⁰.

Cuida-se dos chamados *megaconflitos*, cuja complexidade envolve pretensões diversas que afetam um elevado número de pessoas, das presentes e não raramente futuras gerações, cumuladas em litígios concernentes a variados grupos¹¹¹. Em muitos casos, tais conflitos assumem até mesmo uma natureza transnacional, ultrapassando os limites territoriais brasileiros, a atrair a disciplina do Direito Internacional do Meio Ambiente¹¹².

Nesses eventos, não há apenas um grupo, mas grupos de interesses, muitos deles com alta conflituosidade interna, com visões divergentes (às vezes antagônicas) a respeito do resultado desejável para a solução do litígio. Cuida-se de conflitos multipolares e bastante dinâmicos, em que o grupo titular do direito não se opõe a apenas o réu, mas a outros grupos e a si próprio.

Servem de exemplo os conflitos fundiários e ambientais de grande proporção, ou mesmo casos como a transposição das águas do Rio São Francisco, a construção de uma usina hidrelétrica, a discussão a respeito da aplicação de uma política pública nacional etc. Além da alta conflituosidade, também é elevada a complexidade do conflito, havendo múltiplos resultados possíveis, aos quais

¹¹⁰ VITORELLI, Edison. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 97.

¹¹¹ Como registram Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr., “[a] complexidade dos litígios coletivos ou de massa resulta de sua própria natureza. Pretensões que envolvem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos afetam milhares de pessoas, das presentes e futuras gerações, e não raro se apresentam cumuladas em litígios que ao mesmo tempo tratam de lesões jurídicas a um ou mais grupos, com um ou mais direitos ou tutelas aplicáveis e um sem-número de interesses juridicamente tutelados” (CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483).

¹¹² Cf. ZANETI Jr., Hermes; BORGES, Orlindo Francisco; CARDOSO, Juliana Provedel. Ações coletivas transnacionais para tutela de direitos ambientais: caso Chevron (STJ, HSE 8.542). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, 2016, p. 187-213).

concorrem interesses variados.

Os conflitos de difusão irradiada diferenciam-se dos conflitos de difusão global porque, ao contrário destes, permitem a identificação de grupos de pessoas que sofrerão as consequências das lesões em grau mais intenso que outras. Tampouco se confundem com os litígios de difusão local, porquanto ausente uma mesma identidade, perspectiva e coesão do grupo a respeito do conflito.

Aqui, mais do que nos outros tipos, é possível notar a inadequação do dogma da indivisibilidade da tutela coletiva, na medida em que as lesões ou ameaças de lesão são diversas, bem como as visões a respeito do melhor resultado.

Na prática, porém, o que se observa é que os processos coletivos em geral (inclusive os que envolvem tal categoria de conflitos) não raramente são conduzidos como se individuais fossem, colocando em dúvida a legítima representação de interesses concorrentes¹¹³. O resultado não poderia ser outro: a pretensão deduzida no processo não representa a tutela (ou as múltiplas tutelas) desejadas pelos variados interessados.

Os litígios coletivos de *difusão irradiada* são marcados por elevadas conflituosidade e complexidade¹¹⁴, o que dificulta a escolha do legitimado adequado

¹¹³ “É curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, o processo coletivo brasileiro – ‘abstrai’ as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por ‘pessoalizar’ os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de cerca forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 426).

¹¹⁴ A complexidade dos conflitos coletivos pode ser observada em dois âmbitos: interno e externo. Internamente, não é raro o dissenso entre os variados grupos envolvidos, ou mesmo entre membros de um mesmo grupo. Externamente, a complexidade da matéria de direito ou situações jurídicas envolvidas pode ser marcante. Referindo-se a essa característica dos megaconflitos, registram Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr.: “A complexidade que nos referiremos aqui, complexidade em sentido amplo, revela a necessidade da presença nos processos coletivos altamente complexos de soluções diferenciadas, capazes de auxiliar na resolução. Isso ocorre porque há necessidade de algum grau de descentralização das decisões diante da presença de vários grupos de interesses, menor ou maior coesão entre os membros dos grupos atingidos, menor ou maior complexidade dos fatos e dos direitos tutelados e de sua interpretação jurídica para os casos trazidos ao juiz, e a menor ou maior efetivação das medidas necessárias à adequada reparação. Nos processos individuais não repetitivos, sem dúvida podem existir casos complexos, mas são os processos coletivos – e em particular aquelas que envolvem grandes desastres ambientais, lesões praticadas por inteiros setores da economia e políticas públicas – que apresentam os elementos mais característicos dessa noção ampla de complexidade” (CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483).

à condução do processo. Como ressaltam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a tendência natural é a atuação de um ente público com pertinência subjetiva mais ampla, a exemplo do Ministério Público¹¹⁵.

Mas é preciso atentar à adequação da postura pelo membro do órgão. Como enfatiza Sérgio Cruz Arenhart, existe uma falsa percepção de que esses agentes públicos, “pela simples razão de estarem vinculados a uma instituição pública, acabam por adquirir uma imaginada ‘onisciência’, de modo a conseguir representar [...] todo o anseio da sociedade”¹¹⁶. Daí a necessidade de serem realizadas audiências públicas prévias à judicialização da questão, para que o legitimado coletivo tenha uma ampla compreensão das múltiplas pretensões existentes e até mesmo suscite a participação de outros legitimados, a exemplo de associações e as Defensorias Públicas.

Também o julgador deve atentar à participação no processo, por meio de outro legitimado (como assistente litisconsorcial) ou pela intervenção de *amicus curiae*, de modo que as variadas perspectivas a respeito do conflito sejam conhecidas. Há, contudo, um dilema a respeito do exercício do contraditório: como garantir que todos os grupos se apresentam “pessoalmente” no processo?

Essa participação, além de ser algo de difícil operacionalização, pode comprometer a efetividade da tutela coletiva, afetando a duração razoável do processo. O caminho mais adequado parece ser a racionalização da garantia de participação, por meio da atuação de colegitimados adequados em número que não comprometa gravemente a efetividade processual. Por seu turno, a participação *direta* dos grupos e pessoas envolvidas pode ocorrer por meio da figura do *amicus curiae* e pela celebração de audiências públicas durante a fase judicial, o que também deve ocorrer de forma racional, por meio de lideranças escolhidas no seio da comunidade, evitando-se a repetição de vozes num mesmo sentido e em número demasiadamente elevado de pessoas.

¹¹⁵ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 95.

¹¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (coords.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 427. Acrescenta o autor, na mesma passagem: “Prevalece, em suma, a vontade do autor coletivo, tanto na determinação da lide, como na condução do processo. E essa vontade, obviamente, pode ser bastante diversa daquela que de fato é manifestada pela sociedade ou pelo grupo em favor de quem se atua.”

Por fim, a autocomposição aqui consiste em um grande desafio, diante da dificuldade de se contemplarem os diversos interesses, com a efetiva participação dos respectivos representantes. O caminho natural é a admissão de autocomposições parciais, celebradas com alguns subgrupos¹¹⁷. Também têm funcionado como ferramentas relevantes as entidades de infraestrutura específica, terceiros responsáveis pela implementação, total ou parcial, da decisão judicial ou da autocomposição, embora tenham natureza privada ou mista. Cuida-se de prática utilizada nos Estados Unidos há pelo menos duas décadas, por meio das chamadas *claim resolution facilities*¹¹⁸.

Um claro exemplo de conflito de difusão irradiada (ou megaconflito) consiste no caso Rio Doce, dotado de elevada conflituosidade interna e complexidade fática e jurídica decorrente do desastre do rompimento da barragem de Fundão, administrada pela Samarco, na cidade de Mariana/MG. O desastre, ocorrido em novembro de 2015, resultou na lesão a direitos individuais e coletivos, tendo sido rapidamente ajuizadas ações individuais, coletivas e incidentes para a resolução de demandas repetitivas, sendo identificados variados grupos de interesses contrapostos¹¹⁹.

1.4 INSTRUMENTOS PARA A TUTELA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.4.1 Os escopos da tutela coletiva

¹¹⁷ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 96.

¹¹⁸ Um exemplo consiste na Fundação Renova, entidade constituída a partir do termo de ajustamento de conduta (TAC) firmado entre as empresas Samarco, Vale do Rio Doce e BHP Billiton com a União, os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo e suas autarquias. De igual modo é o Termo de Acordo e Compromisso (TAC) firmado em 2002 entre a Companhia Energética do Meio Ambiente, o MPF, o Estado de Minas Gerais e a Fundação Estadual do Meio Ambiente, com a intervenção de outras entidades, para mitigar os impactos socioambientais decorrentes da implementação da Usina Hidrelétrica de Irapé (CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483).

¹¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, 2019, p. 445-483.

Não são poucos os estudos desenvolvidos acerca dos escopos e da efetividade dos processos coletivos no mundo, embora ainda carecedores de dados estatísticos confiáveis.

De forma exemplificativa, no cenário europeu, é possível citar o estudo promovido por Harry Kenneth Woolf, à época na função de *Master of the Rolls*¹²⁰, em 1996, na Inglaterra¹²¹; o relatório do *Irish Law Reform Commission on Multy-Party Litigation*, de 2005; o relatório do *Civil Justice Council* do Reino Unido, de 2008; o *Global Comparative Study* de Rachael Mulheron, da *Queen Mary University of London*, de 2012; e as análises promovidas pela Comissão Europeia, tendo por objeto, em especial, as *class actions* americanas e os meios alternativos de solução de conflito (*alternative dispute resolution – ADR*)¹²².

A partir dos citados estudos, Joanne Blennerhassett elenca ao menos seis grandes objetivos não excludentes atribuídos aos processos coletivos¹²³:

- a) acesso à justiça (*access do justice*);
- b) economia processual (*judicial and procedural economy*);
- c) justiça (*fairness*);
- d) previsibilidade (*predictability*);

¹²⁰ Como conceituado no sítio virtual do Governo Britânico, “[t]he Master of the Rolls is the Head of Civil Justice and the second most senior judge (after the Lord Chief Justice) in England and Wales. The position dates back to at least the 13th century. The Master of the Rolls is President of the Court of Appeal’s Civil Division, which hears appeals on the full range of civil, family and tribunal cases” (Cf. <https://www.gov.uk/government/news/master-of-the-rolls-sir-terence-etherton>. Acesso em: 11 dez. 2018).

¹²¹ WOOLF, Lord. Access to justice: Final Report (1996). Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/content.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

¹²² Quanto a tais estudos, Joanne Blennerhassett destaca a apreensão da Comissão Europeia a respeito de possíveis desvantagens advindas do sistema das *class actions* americanas, em especial a litigância excessiva e os severos custos para os litigantes e para a atividade econômica (BLANNERHASSETT, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 64-65).

¹²³ A autora alerta que a explicação sobre tais escopos costuma partir da análise de textos legislativos e opiniões doutrinárias, não sendo comum a realização de pesquisas empíricas a respeito do impacto dos processos coletivos no sistema de justiça, o que certamente seria bastante enriquecedor para uma compreensão mais ampla do tema. A falta de estatísticas confiáveis é apontada como um elemento comum nos estudos comparativos realizados em diversos países, o que prejudica a análise sobre a efetividade dos processos coletivos. Conclui: “[a]s a result, the analysis undertaken is against the MPA objectives that are those *calimed* as being *intended* for class actions, but the analysis is restricted to a *theoretical* evaluation of whether the particular architecture of different techniques, rules and safeguards is *likely* to have achieved satisfaction of the criteria.” (BLANNERHASSETT, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 68-69).

- e) dissuasão (*deterrence*); e
- f) reparação (*compensation*).

1.4.1.1 O acesso à justiça

Quanto ao primeiro escopo, conforme ressalta Wilson Alves de Souza, o conceito de *acesso à justiça* não pode ser examinado sob o enfoque meramente literal. Em outras palavras, como refere Kazuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, “e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”¹²⁴.

Nessa linha, Wilson Alves de Souza compreende que o acesso à justiça significa também o direito ao devido processo, compreendendo o direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz. Assim, “se é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída”, ofertando-se às partes envolvidas garantias como o contraditório, ampla defesa, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, eficácia das decisões etc¹²⁵.

Dissertando, de forma específica, sobre o que significa o acesso à justiça no contexto dos processos coletivos, Frank Iacobucci caminha no mesmo sentido, elencando os seus dois principais componentes: a) a tarefa de prover aos lesados a oportunidade de exercer sua pretensão em juízo; e b) a possibilidade de obtenção de um resultado restaurativo apropriado¹²⁶.

De fato, o movimento de acesso à justiça consiste numa argumentação, de natureza predominantemente sociológica, que fundamenta a existência de processos coletivos, reconhecendo a necessidade de desenvolvimento de instrumentos adequados à resolução de conflitos de dimensão coletiva. A origem do problema do acesso à justiça repousa na necessidade de integração das liberdades

¹²⁴ WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

¹²⁵ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 26.

¹²⁶ IACOBUCCI, Frank. What is access to justice in the context of class actions? *Supreme Court Law Review*, v. 53, Canadá, 2011, p.17-30.

clássicas com os direitos sociais, de modo que o direito de acesso à jurisdição não se torne indiferente aos obstáculos sociais que inviabilizam o seu exercício efetivo¹²⁷.

Em obra paradigmática sobre o tema, buscando soluções práticas para os problemas relativos ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentam três posições básicas, denominadas ondas renovatórias, que atingiram, pelo menos, os países do mundo ocidental. Tendo início em 1965, tais ondas emergiram em uma sequência mais ou menos cronológica. São eles: a assistência judiciária aos pobres, a representação jurídica para os interesses coletivos – especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor – e a terceira onda, mais recente, denominada de “enfoque de acesso à justiça”, que inclui os posicionamentos anteriores, representando uma tentativa de atacar as barreiras de acesso de modo mais articulado e compreensivo¹²⁸.

No que diz respeito à segunda onda, registram Cappelletti e Garth que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos”¹²⁹, por não permitir uma tutela jurisdicional adequada dos direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um seguimento do público.

De fato, do surgimento de novos direitos – “naturalmente” coletivos – e da massificação de direitos individuais da ordem do dia, surgiu uma nova demanda reformista, objetivando imprimir maiores celeridade, economia processual e efetividade à tutela jurisdicional.

Nessa linha, as interações entre a dimensão coletiva dos conflitos e o acesso à justiça podem ser analisadas sob diferentes enfoques, cada um deles relativo a uma situação de carência de tutela adequada¹³⁰.

No primeiro enfoque, os conflitos coletivos podem ser relacionados com o surgimento de pretensões atribuídas a uma massa indeterminada de indivíduos que

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 314.

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, p. 31.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 50.

¹³⁰ O tema foi explorado, de forma mais intensa, em dissertação de nossa autoria: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional: fundamentos e amplitude da legitimação da Defensoria Pública na tutela dos direitos metaindividuais*. 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

não possuem representação formal ou mesmo a grupos específicos, que objetivam uma pretensão indivisível. A título exemplificativo, é possível citar o direito ao meio-ambiente equilibrado, ao patrimônio cultural, à saúde no trabalho etc. Inexistindo, nos moldes tradicionais, uma titularidade específica para tais bens, os meios processuais comuns – e, em especial, o requisito processual da legitimidade como originariamente concebida – conduzem à ausência de tutela adequada¹³¹. As preocupações aqui recaem, em especial, sobre os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, marcados pela indivisibilidade (art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC).

Num segundo enfoque, é possível imaginar casos em que o direito veiculado é o tradicional direito individual, mas cuja tutela não é exercida pelos mais diversos motivos, tais como a falta de consciência da população sobre a existência e do direito e seu mecanismo de tutela (hipossuficiência cultural), a inviabilidade econômica ou pouca recompensa na tutela do direito – seja em razão dos custos psicológicos¹³², seja em razão dos custos financeiros –, a ausência de recursos para custear a assistência jurídica (hipossuficiência econômica), bem como a configuração do processo, que exige demasiado do autor – a exemplo da produção de provas difíceis, sob o ponto de vista técnico (hipossuficiência técnica) etc.¹³³

Aqui, as preocupações repousam sobre direitos de natureza individual, mas que recebem tratamento coletivo, para que se possa ampliar o acesso à justiça¹³⁴. Trata-se dos direitos individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos¹³⁵, caracterizados pela divisibilidade e a existência de titulares determináveis (art. 81,

¹³¹ Como revela Christopher Hodges, em algumas circunstâncias, os reclames sociais não podem ser processados sem os meios de tutela coletiva. Nesses casos, a ausência de tais mecanismos representaria a própria denegação do acesso à justiça, o que poderia vir a minar a confiança da sociedade na observância do Estado de Direito e no Poder Judiciário (HODGES, Christopher. *Multi-Party Actions: A European Approach*. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, 2011, p. 321-354).

¹³² “There can be psychological barriers to accessing justice; for example, if victims are uneducated about the justice system they may be unaware that they can seek legal redress for the harm they have experienced. Similarly, a lack of information may prevent them from identifying who is responsible in order to take legal action against the wrongdoer” (BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 72).

¹³³ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 18-19.

¹³⁴ “In this way, such actions can result in liability for claims they would never, otherwise, have been pursued by individuals” (BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 70).

¹³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193.

parágrafo único, III, do CDC).

Com bastante frequência, o acesso à justiça é apontado como o fundamento principal das ações coletivas, em razão, sobretudo, do segundo enfoque acima citado, notadamente diante dos casos de lesões em massa (*mass harm* ou *scattered damages*) que gerem recompensas insuficientes ao ajuizamento de ações individuais (*small claims*)¹³⁶. Partindo-se do conceito amplo de acesso à justiça já exposto, é possível reconhecer nele também o fundamento dos incidentes destinados ao julgamento de casos repetitivos, por se tratar de procedimentos capazes de imprimir maior racionalidade à tutela jurídica.

1.4.1.2 Economia processual

O segundo escopo dos processos coletivos diz respeito à *economia processual* (*judicial and procedural economy*). De fato, tanto nas ações coletivas quanto nos incidentes de julgamento de casos repetitivo, há espaço para a solução conjunta de pretensões múltiplas, evitando-se a inconveniente repetição de atos processuais voltados ao mesmo fim. É dizer: gasta-se menos para que a obtenção de um resultado melhor (porquanto isonômico). Consequentemente, a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988) também é homenageada.

Nesse sentido, no julgamento do caso *General Telephone Co of Southwest v. Falcon*, a Suprema Corte dos Estados Unidos registrou que o sistema das *class actions* pode promover “a eficiência e economia do litígio, o que consiste no principal propósito no procedimento”¹³⁷. Tal escopo serviu de fundamento, naquele país, para as críticas ao conjunto de casos relativos aos danos causados pelo uso do amianto (*US asbestos litigation*), que resultaram em um número expressivo de julgamentos repetitivos. Naquela oportunidade, questionou-se: por que um dado réu – ou conjunto de réus – deveria ficar sujeito a inúmeras tentativas de convencer diversos jurados de que um idêntico conjunto de fatos não resulta em responsabilidade

¹³⁶ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 71.

¹³⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 457 US 147, 159, 202 S Ct 2364, 1982.

civil?¹³⁸

É importante ressaltar que a economia judicial não milita exclusivamente em favor dos autores dos processos coletivos. Também os acionados podem se beneficiar, na medida em que a resolução, de uma só vez, das questões comuns é capaz de reduzir fortemente os gastos com o reiterado exercício do direito de defesa. Não apenas as ações coletivas, mas também os incidentes de julgamento de casos repetitivos previnem que se aguarde o processamento, absolutamente em separado, de demandas individuais, o que pode resultar em gastos excessivos com serviços advocatícios e custeio da produção de provas, além do risco de se obterem decisões inconsistentes, em foros distintos.

Essa constatação foi internalizada pelo Conselho de Justiça Civil do Reino Unido, por meio dos enunciados de nº 5 e 6 do Relatório nº 30 (*Improving Access to Justice through Collective Actions*):

KEY FINDING 5 -

Effective collective actions promote competition and market efficiency, consistent with the Government's economic principles and objectives, benefiting individual citizens, businesses and society as a whole. Equally they are effective mechanisms through which individual rights can be upheld.

KEY FINDING 6 -

Collective claims can benefit defendants in resolving disputes more economically and efficiently, with greater conclusive certainty than can arise through unitary claims.¹³⁹

Também a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao apreciar o caso *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, registrou que “as justificativas que conduziram ao desenvolvimento das *class action* incluem a proteção dos réus contra obrigações inconsistentes” bem como “a proteção dos interesses dos ausentes”, além da “provisão de meios convenientes e econômicos para a resolução de processos semelhantes e a facilitação da divisão dos custos processuais entre numerosos litigantes com reivindicações semelhantes” (tradução nossa).¹⁴⁰

¹³⁸ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 77.

¹³⁹ REINO UNIDO. Conselho de Justiça Civil. Relatório nº 30. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/CJC+papers/CJC+Improving+Access+to+Justice+through+Collective+Actions.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

¹⁴⁰ No original: “The justifications that led to the development of the class action include the protection of the defendant from inconsistent obligations, the protection of the interests of absentees, the provision of a convenient and economical means for disposing of similar lawsuits, and the

1.4.1.3 Justiça e equilíbrio entre os litigantes

O terceiro escopo dos processos coletivos é apontado pela doutrina estrangeira como a *justiça e o equilíbrio* entre litigantes (*fairness*). A ideia central aqui reside na importância que os sistemas jurídicos devem reconhecer no esforço empreendido pelo sistema de justiça, de modo a entregar aos jurisdicionados recompensas similares. Em síntese, os jurisdicionados devem ser tratados de maneira equitativa no trato das suas reivindicações jurídicas¹⁴¹.

No âmbito dos incidentes voltados ao julgamento de casos repetitivos, tal objetivo se realiza a partir do tratamento isonômico que se observa tanto na *gestão* desses casos quanto na formação de *precedentes* a partir do julgamento do incidente. Como será oportunamente explicado, em países como o Brasil, o julgamento de casos repetitivos possui natureza *dúplice*¹⁴²: serve, a um só tempo, como forma de gestão processual – colaborando com a redução do acervo processual, mediante técnica de decisão por amostragem – e como método de formação de precedentes obrigatórios (art. 927, III, do CPC), orientando a aplicação do direito para casos futuros¹⁴³. Sob ambos aspectos, a unidade do direito e o tratamento isonômico entre os litigantes são valores alcançados.

No campo das ações coletivas, a verificação dos seus requisitos é

facilitation of the spreading of litigation costs among numerous litigants with similar claims” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. United States Parole Comm'n v. Geraghty, 445 U.S. 388, 1980).

¹⁴¹ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 80-81.

¹⁴² Essa natureza *dúplice*, a ser desenvolvida nos tópicos seguintes, é fruto de construção realizada por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 590).

¹⁴³ Luiz Guilherme Marinoni ressalta a necessidade de se pensar o princípio da igualdade também em uma dimensão da citada norma perante a “interpretação judicial da lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 149-151). Na mesma linha, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira registram a necessidade de uma redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal de isonomia frente ao Direito, e não apenas frente à lei. De fato, o reconhecimento de que a norma jurídica é o resultado da atividade interpretativa conduz inexoravelmente à preocupação a respeito da aplicação do princípio da igualdade como norma que vincula também a atividade jurisdicional, promovendo a igualdade perante as decisões judiciais (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol II. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 468).

particularmente voltada à proteção dos membros ausentes das coletividades.

1.4.1.4 Previsibilidade

Também a *previsibilidade (predictability)* consiste em um claro escopo dos processos coletivos¹⁴⁴. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte já registrou, oportunamente, que as ações coletivas “protegem os réus de obrigações inconsistentes que podem ser criadas por meio de resultados diversos, obtidos em diferentes cortes”¹⁴⁵.

O mesmo resultado é também atingido por meio de incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas, na medida em que implicam a unificação da interpretação a respeito de determinada questão jurídica, assegurando o princípio equitativo de que demandantes e posições similares devem receber o mesmo tratamento. Nessa perspectiva, a doutrina estrangeira reconhece que o Poder Judiciário assume uma função similar à atividade estatal *regulatória*, conferindo certa estabilidade às relações jurídicas, especialmente as de ordem comercial¹⁴⁶.

Existe uma relação direta entre previsibilidade e segurança jurídica – apontada por Neil MacCormick como valor proeminente do Estado de Direito¹⁴⁷ –, cujo enfoque maior diz respeito à necessidade de se conferir estabilidade às situações consolidadas no passado¹⁴⁸. As decisões proferidas em processos coletivos, ainda que possam não ser consideradas precedentes formalmente vinculantes em um determinado sistema jurídico, possuem, no mínimo, uma carga persuasiva qualificada, em razão sobretudo da extensão subjetiva dos seus efeitos. É importante perceber que não apenas em relação ao *passado* é necessário garantir estabilidade. Esse valor também está relacionado com a previsibilidade das

¹⁴⁴ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 85.

¹⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388, 1980.

¹⁴⁶ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 85.

¹⁴⁷ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 18.

¹⁴⁸ A respeito do tema, conferir: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

consequências jurídicas de determinada conduta presente ou futura¹⁴⁹.

1.4.1.5 Dissuasão

Um quinto escopo diretamente ligado a esse último é a *dissuasão* (*deterrence*)¹⁵⁰. Na doutrina e nos tribunais estrangeiros, é comum a concepção dos processos coletivos como técnicas voltadas à inibição do comportamento causador de danos, especialmente nas situações em que ausente interesse das vítimas no ajuizamento de ações individuais, em razão de variados fatores – baixo proveito econômico, altos custos financeiros e psicológicos, desconhecimento a respeito do direito etc.

Como registra Christopher Hodges, são três os principais argumentos que sustentam o papel da dissuasão no âmbito da responsabilidade civil: a crença de que a reivindicação de direitos e a previsão legal abstrata possuem um efeito natural sobre o comportamento humano; o entendimento de que a aplicação do direito pelos tribunais aumenta os efeitos da norma abstrata sobre o comportamento humano em geral; e o argumento econômico, no sentido de que qualquer agente racional que busca a maximização do seu interesse tende a ajustar o seu futuro comportamento

¹⁴⁹ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta a circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124). No mesmo sentido: “Sucedem que não é apenas em relação ao *passado* que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muitas vezes, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol II. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 469).

¹⁵⁰ Como ressalta Antonio Gidi, “[a] função *deterrence* da responsabilidade civil, extremamente evoluída e bem explorada pelo direito privado americano, é um aspecto negligenciado tanto em nossa cultura, como em nossa doutrina jurídica e nossa política legislativa [...]. No Brasil, os elementos inibitório e dissuasor do direito são identificados apenas no direito penal, ainda que, como sabemos, sejam bem poucos efetivos na prática, em face da certeza da impunidade. É ilustrativo que as expressões ‘deterrência’ e ‘deterrence’ não sejam sequer utilizadas no discurso jurídico brasileiro” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37).

de acordo com os riscos da responsabilidade no pagamento de indenizações¹⁵¹.

Tal escopo consiste no estímulo ao cumprimento *voluntário* do direito, obtido por meio da aplicação concentrada de sanções, abrangendo-se, de uma só vez, uma série de lesões causadas a diversas vítimas. Não por acaso, a doutrina estrangeira reconhece na decisão que admite uma ação coletiva um fator de elevada pressão para a celebração de acordos, o que tem conduzido o desenvolvimento de estudos relativos ao abuso de direito por parte dos autores coletivos¹⁵².

Como registrado pela Suprema Corte do Canadá no julgamento do caso *Hollick v. City of Toronto*, “as ações coletivas promovem eficiência e justiça, ao assegurar que atuais e potenciais causadores de danos modifiquem o seu comportamento”¹⁵³. A mesma observação foi destacada pela Comissão de Reforma Legislativa de Ontário, em relatório produzido em 1982, propondo a adoção da legislação voltada à disciplina das ações coletivas¹⁵⁴.

Também na doutrina norte-americana, o papel da dissuasão, no âmbito das ações coletivas, é amplamente reconhecido, com sua função de transformar ações individuais nada preocupantes em ações de responsabilização em massa (*mass tort litigation*)¹⁵⁵. São incontáveis as produções acadêmicas que têm como objeto a eficiência do sistema de responsabilidade civil por meio da via dos processos coletivos, concebidos como instrumentos centrais do processo regulatório da sociedade (*regulatory process*)¹⁵⁶.

1.4.1.6 Reparação

¹⁵¹ HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 51-52.

¹⁵² BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 86.

¹⁵³ No original: “[...] class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers modify their behaviour to take full account of the harm they are causing, or might cause, to the public” (CANADÁ. Suprema Corte. *Hollick v. City of Toronto*. SCC 68, 2001).

¹⁵⁴ CANADÁ. Ontario Law Reform Commission, Report on Class Actions, v. I, 1982. Disponível em: https://archive.org/stream/reportonclassact01onta/reportonclassact01onta_djvu.txt. Acesso em: 28 dez. 2018.

¹⁵⁵ Por todos, conferir: GALLIGAN JR., Thomas C. Deterrence: The Legitimate Function of the Public Tort. *Washington and Lee Law Review*, v. 58, 2001. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1450&context=wlulr>. Acesso em: 28 dez. 2018.

¹⁵⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

Por fim, a *reparação (compensation)* é também citada como um relevante fim buscado pelos processos coletivos, a partir de procedimentos que permitam a mais ampla e efetiva recomposição de danos.

Cuida-se de claro desdobramento do acesso à justiça, apresentando certa sobreposição com o escopo de *dissuasão*, anteriormente abordado. Apesar disso, autores como Christopher Hodges destacam tal elemento, concebendo-o como o ingrediente central do sistema de responsabilidade civil. Assevera Hodges que o objetivo primário não apenas da responsabilidade civil, mas também dos instrumentos coletivos, tanto na América quanto na Europa, reside na entrega de compensação¹⁵⁷.

Em síntese, os processos coletivos constituem importante ferramenta para a satisfação de pretensões compensatórias, em razão de danos sofridos por vítimas sob circunstâncias fáticas ou jurídicas comuns.

A definição da adequada reparação dessas pessoas dependerá de circunstâncias fáticas e jurídicas próprias, levando-se em consideração aspectos como: a) a constatação de particular vulnerabilidade das vítimas; b) a natureza jurídica do causador do dano (indivíduo, corporação, Poder Público etc.); e c) a natureza e a extensão do dano causado (danos físicos, econômicos, psicológicos, estéticos etc.)¹⁵⁸.

Como se nota, as razões que conduziram ao desenvolvimento dos processos coletivos em variados sistemas jurídicos, sob tradições jurídicas distintas, são múltiplas, ainda que descartadas algumas sobreposições conceituais. A partir desse ponto, expostas a premissas teóricas que permitem a construção do *conceito* de processo coletivo, bem como o seu *porquê* (escopos), ditas premissas servirão à tarefa de identificação dos instrumentos para a tutela das situações jurídicas coletivas estabelecidos pela legislação brasileira.

1.4.2 Ações coletivas

¹⁵⁷ HODGES, Christopher. *Multi-Party Actions*. Oxford: Oxford Press, 2001, p. 102.

¹⁵⁸ IACOBUCCI, Frank. What is access to justice in the context of class actions? *Supreme Court Law Review*, v. 53, Canadá, 2011, p. 22.

1.4.2.1 Conceito e espécies de ações coletivas

Entende-se por ação coletiva a demanda que dá origem a um processo coletivo, em que se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa (ação coletiva ativa) ou passiva (ação coletiva passiva) exigida para a tutela de um grupo de pessoas¹⁵⁹.

O regime das ações coletivas difere bastante no direito comparado, em variados aspectos (legitimidade¹⁶⁰, coisa julgada, hipóteses de cabimento etc.), servindo comumente à defesa de coletividades compostas por consumidores, trabalhadores, comunidades tradicionais, entre outros. De acordo com estudo desenvolvido em março de 2009 por Deborah Hensler, Christopher Hodges e Magdalena Tulibacka, naquela época, ao menos 18 (dezoito) países adotam alguma forma de ação coletiva, tomando o modelo precursor norte-americano como referência¹⁶¹.

Nos últimos anos, o instrumento se expandiu bastante, sendo contemplado em diversos países, a exemplo dos Estados Unidos, Brasil, Canadá, Suécia, Polônia, Lituânia, Alemanha, Itália, França, Finlândia, Inglaterra, Bulgária, Bélgica, Colômbia, Taiwan, Austrália, Indonésia, Israel, Portugal, Noruega, entre outros¹⁶². O seu nome

¹⁵⁹ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 86. Definindo o conceito de ação coletiva sob o aspecto ativo, afirma Rachael Mulheron: “A class action is a legal procedure which enables the claims (or part of the claims) of a number of persons against the same defendant to be determined in one suit. In a class action, one or more persons (‘representative plaintiff’) may sue on his or her own behalf and on behalf of a number of other persons (‘the class’) who have claim to a remedy for the same or similar alleged wrong to that alleged by the representative plaintiff (‘common issues’). Only the representative plaintiff is party to the action. The class members are not usually identified as individual parties but are merely described” (MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2004, p. 3).

¹⁶⁰ A título de exemplo, no direito norte-americano, a *Federal Rule 23* confere legitimidade para ajuizamento das *class actions* a um ou mais membros da classe (“[o]ne or more members of a class”), ou seja, às pessoas lesadas (cf. https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23). Diversamente, nas *Verbandsklagen* da Alemanha e Áustria, a legislação reconhece a legitimidade ativa às associações, a exemplo da previsão contida na Lei de Injunções, a *Unterlassungsklagengesetz* ou *UKlaG* (cf. <http://www.gesetze-im-internet.de/uklag/>). No Brasil, o rol de legitimados, embora amplo (art. 82, do CDC, e art. 5º, da LACP), contempla majoritariamente instituições ou órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, Administração Pública direta ou indireta), com exceção das associações e, na ação popular – cujo objeto é mais restrito –, dos cidadãos em geral (art. 1º da LAP).

¹⁶¹ HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena. The Globalization of Class Actions: An Overview. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 622, 2009, p. 7-29.

¹⁶² Para um estudo comparativo, cita-se, por todos, HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress: New Technologies*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2018.

apresenta variações no exterior, destacando-se: ações de classe (*class actions*), ações de grupo (*action de groupe* ou *group actions*), ações coletivas (*collective actions*), ações representativas (*representative actions*) etc.

O aspecto comum recai sobre o caráter “representativo” da ação. É importante ressaltar, desde logo, que a palavra “representação”, amplamente utilizada no direito estrangeiro, não se refere ao seu sentido técnico-jurídico adotado pelo direito processual civil brasileiro (a defesa, em juízo, em nome alheio, de direito alheio). Em realidade, trata-se de referência aos legitimados pelo direito posto para a propositura de uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito (legitimação extraordinária¹⁶³).

As variadas espécies de ação coletiva permitem que um largo grupo de pessoas que compartilham um interesse comum tenham o seu direito postulado em juízo em uma única demanda, por intermédio de um ou mais legitimados, em

¹⁶³ O debate a respeito da natureza jurídica da legitimação coletiva é um dos mais célebres no campo dos processos coletivos. Três correntes doutrinárias se estabeleceram: a) legitimação ordinária; b) legitimação autônoma para a condução do processo; c) legitimação extraordinária. Como registram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a primeira corrente, da legitimação ordinária, foi desenvolvida em um momento em que não havia se consagrado o extenso rol de legitimados coletivos, servindo de fundamento para a ampliação do acesso à tutela jurisdicional coletiva, em especial as associações (nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, n. 57, p. 98). A segunda corrente, da legitimação autônoma, possui inspiração em categoria desenvolvida pela doutrina alemã, sob o argumento de que o legitimado coletivo não atuaria em juízo na defesa do próprio interesse, nem de interesse alheio (pois não seria possível identificar o seu titular). Cuida-se de corrente inicialmente defendida por Nelson Nery Jr., que posteriormente revisou seu entendimento original (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885). Para Didier Jr. e Zaneti Jr., a corrente é equivocada, sobretudo porque “toda legitimação *ad causam* é um poder *para a condução do processo*”, ressaltando, ademais, que a categoria criada pelo direito alemão e citada como uma espécie de *tertium genus* é, na realidade, uma espécie de legitimação extraordinária (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 197-202). Tal ponto foi percebido por Márcio Fávio Mafra Leal, a nomenclatura diversa se deve ao fato de que, na doutrina alemão, “a substituição processual (*Prozessstandschaft*), em tese, ocorre por autorização do substituto ou em decorrência de um direito específico violado que permite a substituição. No caso da ação coletiva, a substituição se dá sem que se leve em conta o interesse concreto do grupo de indivíduos substituído e, por isso mesmo, tratar-se-ia de uma substituição processual distinta” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 126). À luz da Teoria Geral do Processo brasileira, parece mais adequado compreender a legitimação ao processo coletivo como *extraordinária*: “autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o *legitimado* e o *titular* da situação jurídica discutida”. É a posição majoritária (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 199). Apenas excepcionalmente, a legislação admite a legitimação *ordinária* nas ações coletivas, como é o caso do art. 37 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que dispõe: “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.”

benefício daquele grupo ou coletividade.

A depender das regras estabelecidas por uma particular jurisdição, será possível que os membros do grupo optem por se retirar do processo coletivo, perseguindo seus interesses por meio de ações individuais (*right to opt-out*). Em determinados países, por outro lado, isso não será possível, tornando-se compulsória a abrangência de todos os membros da classe pela ação coletiva única¹⁶⁴.

No Brasil, as ações coletivas se organizam a partir de um microssistema processual coletivo, cujo núcleo é formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). A existência de tal microssistema é amplamente reconhecida não apenas pela doutrina¹⁶⁵, mas também pela jurisprudência¹⁶⁶.

O aludido núcleo é somado a outros diplomas normativos, que dão ensejo a outras ações coletivas, para além do rito comum da ação civil pública, a saber: ação popular (Lei nº 4.717/1965 e art. 5º, LXXIII, da CRFB/1988), mandado de segurança coletivo (Lei nº 12.016/2009 e art. 5º, LXX, da CRFB/1988), mandado de injunção coletivo (Lei nº 13.300/2016) e ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992)¹⁶⁷.

¹⁶⁴ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 17.

¹⁶⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema de tutela coletiva. In: GOMES JR., Luiz Manoel (coord), *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006. Como ressaltam Fredie Didier Jr. e Hermes Zani Jr., “os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigiam completude como requisito mínimo, aderindo a uma intertextualidade intrassistemática” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 60).

¹⁶⁶ “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp nº 1085218/RS, relator ministro Luiz Fux, DJe 6.11.2009).

¹⁶⁷ O enquadramento da ação de improbidade administrativa no microssistema da tutela coletiva é tema que suscitou polêmica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no que concerne à aplicação da regra do reexame necessário prevista no art. 19 da LAP. Em 2014, ao julgar o REsp nº 1.220.667/MG, sob a relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho (DJe 10.12.2014), a Primeira Turma do STJ entendeu que a Ação de Improbidade Administrativa (AIA) contemplaria um “rito próprio e tem objeto específico”, o que afastaria a “analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa”. Opostos embargos de divergência pelo Ministério Público, a Primeira Seção, sob a relatoria do ministro Herman Benjamin (DJe 30.6.2017), decidiu em sentido contrário, por compreender a AIA como espécie de ação coletiva sujeita às regras do seu microssistema processual. Esse entendimento, que tem

Também no âmbito do processo eleitoral, é possível identificar uma série de ações coletivas, a exemplo da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 3º da Lei Complementar nº 64/1990), ação de investigação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990) e representações por propaganda irregular (art. 40-B, da Lei nº 9.504/1997), muito embora a aplicação do microsistema processual coletivo seja reduzida, por força do que dispõe o art. 105-A, da Lei nº 9.504/1997 (“Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985”)¹⁶⁸.

De uma forma geral, existe uma preocupação comum nos países que incorporaram, em seus sistemas processuais, as ações coletivas: o desenvolvimento de um devido processo legal coletivo, com clara inspiração nos requisitos e na experiência das *class actions* do direito norte-americano.

Essa preocupação voltada à construção de um regime diferenciado para o processo coletivo decorre da necessidade de proteção dos membros ausentes. Em outras palavras, sendo as ações coletivas conduzidas por legitimados coletivos – que não se confundem com o grupo titular do direito coletivo, nem com os membros desse grupo, ausentes no processo –, diversos institutos processuais devem ser acomodados a essa peculiaridade (competência, intervenção de terceiros, legitimidade, execução, autocomposição, coisa julgada etc.).

É preciso atentar, porém, a um aspecto importante das ações coletivas, reconhecido não apenas no Brasil, mas também no direito comparado: a sua

prevalido na Corte, comporta críticas, diante do inegável caráter sancionador da referida ação. Enquanto as ações coletivas – ação civil pública, ação popular, mandado de injunção coletivo, mandado de segurança coletivo e *habeas corpus* coletivo – objetivam tutelar, de forma direta, um direito coletivo em sentido amplo, a ação de improbidade tem por missão a aplicação de sanções taxativas à parte ré, bem como a promoção do ressarcimento ao erário. De forma mais específica, afirma-se, nas ações coletivas em geral, uma situação jurídica coletiva: um grupo, por meio de um legitimado coletivo, atribui-se uma posição de credor. Na AIA, por outro lado, o legitimado ativo possui o dever de requerer a aplicação de determinadas sanções àquele que violou a moralidade administrativa, que consiste verdadeiramente em um dever (e não em um direito coletivo). À semelhança do que ocorre no processo penal, não parece haver uma situação jurídica coletiva ativa, nem passiva. Demais disso, em apego às garantias próprias do sistema punitivo, o regime da coisa julgada, a legitimidade e a participação, na AIA, não parecem se encaixar na lógica do microsistema processual coletivo. A título de exemplo, o regime de produção da coisa julgada *secundum eventum probationis* permitiria à Fazenda Pública e ao Ministério Público, enquanto não consumada a prescrição, uma posição excessivamente privilegiada para processos dessa natureza, abrindo-se a oportunidade para relitigações constantes, com fundamento na descoberta de provas novas.

¹⁶⁸ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Inquérito civil na seara eleitoral: comentários à jurisprudência do TSE*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inquerito-civil-na-seara-eleitoral-comentarios-jurisprudencia-do-tse-09012018>. Acesso em: 29 dez. 2018.

incapacidade de resolução de todos os problemas concernentes à litigância de massa. É justamente essa a razão pela qual os processos coletivos se desenvolveram e resultaram na criação de outros instrumentos, a exemplo dos incidentes voltados ao julgamento de casos ou questões repetitivas.

Embora tenham inúmeros méritos, não parece exagero afirmar que as ações coletivas brasileiras “falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual”¹⁶⁹. Essa observação recai especialmente sobre as ações empregadas para a defesa de direitos individuais homogêneos, marcados pela litigiosidade de massa. Induvidosamente, os escopos dos processos coletivos, elencados no tópico anterior, não foram satisfatoriamente atingidos aqui.

1.4.2.2 A incompletude do sistema das ações coletivas

É sabido que as sociedades contemporâneas são marcadas por relações jurídicas complexas e volumosas, a resultar em um forte incremento da quantidade de litígios. O acesso acelerado a novas tecnologias – e, conseqüentemente, a novos produtos e serviços de consumo –, somado à ampliação dos meios de comunicação social e da educação jurídica são fatores que contribuem para o cenário ora vivenciado.

Não apenas o volume de litígios tem aumentado progressivamente, mas especialmente o volume de causas com questões *repetitivas*, a envolver atividades reiteradas, realizadas no setor público ou na iniciativa privada¹⁷⁰. Tais demandas apresentam causas de pedir e pedidos similares, surgindo de situações nas quais uma grande quantidade de pessoas titulariza direitos que, em essência, correspondem aos dos demais, vendo-os ameaçados ou lesados por uma conduta única ou um conjunto de condutas de autoria de um único sujeito ou um conjunto de

¹⁶⁹ ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado para cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 26.

¹⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 585.

sujeitos, a exemplo dos fornecedores em mercados de consumo¹⁷¹.

As razões pelas quais as ações coletivas não têm o alcance suficiente para abranger todas as situações repetitivas são variadas. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha elencam ao menos seis delas¹⁷²:

- a) o déficit associativo, de sorte que a maioria das ações é proposta pelo Ministério Público, sendo diminuta a participação da sociedade civil como legitimada coletiva;
- b) a inadequada restrição à atuação das associações, a exemplo da exigência de autorização expressa do indivíduo para se beneficiar da tutela coletiva¹⁷³;
- c) a não admissão de ações coletivas em alguns casos, a exemplo das pretensões que envolvam tributos, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública – LACP, acrescido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001);
- d) o regime da coisa julgada coletiva, com extensão *secundum eventum litis* aos particulares, nos moldes do art. 103, §§ 1º e 2º, do CDC, também conhecida como transporte *in utilibus*, a possibilitar o ajuizamento de ações individuais mesmo na hipótese de improcedência do pedido formulado na demanda coletiva;
- e) a limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, conforme regramento estabelecido no art. 16 da LACP e pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, que restringe seus efeitos aos limites da competência territorial do órgão prolator, incentivando o ajuizamento de novas ações coletivas

¹⁷¹ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 111.

¹⁷² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 585-586.

¹⁷³ Conforme precedente do Supremo Tribunal Federal, “[a]s balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE nº 573.232. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, rel. para acórdão ministro Marco Aurélio, DJ de 19.9.2014).

com idêntico objeto, bem como ações individuais¹⁷⁴;

- f) ausência de segurança quanto ao efeito interruptivo da prescrição das pretensões individuais por força do ajuizamento da demanda coletiva, o que incentiva o ajuizamento de ações individuais repetitivas na pendência de ação coletiva;
- g) incompletude do regime jurídico das ações coletivas, que, conquanto sirvam aos direitos individuais homogêneos, não abrangem a tutela jurídica de *direitos coletivos homogêneos*, nem de questões processuais repetitivas.

Sérgio Cruz Arenhart acrescenta um preciso aspecto relativo à interpretação que se emprega ao microsistema processual coletivo, que contribui para o insucesso das ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos: a lógica da efetivação individual da condenação genérica.

Dispõe o art. 95 do CDC que, “[e]m caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Tal dispositivo foi criado a partir da (equivocada) premissa da inviabilidade de se tratar coletivamente a responsabilidade civil, nos casos de danos isomórficos.

De acordo com essa visão, diferentemente do que ocorre no sistema das *class actions*, os sistemas de continentais europeus carregariam a necessidade de, no âmbito da responsabilidade civil, ser realizado um juízo específico e individualizado sobre os elementos que conduzem à reparação do dano, o que vedaria a possibilidade de uma decisão coletiva uniforme.

Em outras palavras, a estrutura do direito material impediria a possibilidade de se estabelecer uma tutela padronizada para lidar com interesses individuais

¹⁷⁴ Dita limitação legislativa tem sido afastada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para quem “[a] liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp repetitivo nº 1243887/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 12.12.2011).

homogêneos¹⁷⁵.

Assim, a opção legislativa brasileira teria sido a de cindir o julgamento em dois momentos: um primeiro, destinado à análise das questões comuns, resultando em uma decisão genérica; e um segundo, individualizado, dedicado à análise de questões pontuais de cada prejudicado, de modo a estabelecer o exato montante da indenização devida. Da condenação genérica, seguem-se múltiplas execuções individuais, sem que os prejuízos individuais sejam resolvidos de uma só vez.

O resultado dessa compreensão não poderia ser outro: a irracionalidade do sistema, que, em vez de eliminar as múltiplas demandas repetitivas, apenas as transporta para um segundo momento: o da liquidação e efetivação da decisão genérica¹⁷⁶.

As limitações próprias dos sistemas das ações coletivas também foram percebidas pela experiência norte-americana. Lá, a admissibilidade das *class actions* costuma encontrar obstáculos no âmbito das situações jurídicas homogêneas (*class actions for damages*), em razão da ausência do requisito da predominância das questões comuns¹⁷⁷.

Como será mais bem analisado no capítulo seguinte, a *Federal Rule 23*, no que diz respeito às *class actions* indenizatórias do tipo (b)(3), exige que “as questões de direito ou fato comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais”, bem como a constatação de que “a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para julgar a controvérsia de forma justa e eficiente”¹⁷⁸. Não é suficiente, pois, a mera existência de uma

¹⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 301-305.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 301-305.

¹⁷⁷ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 36.

¹⁷⁸ *Rule 23(b)*: “Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate

questão jurídica comum.

De fato, a mera existência de uma questão comum permite uma decisão única *sobre a questão comum*, mas não necessariamente sobre os litígios individuais em sua integralidade, que podem apresentar particularidades. É preciso que a situação homogeneizante possibilite uma solução homogênea da controvérsia¹⁷⁹.

Essa precisa observação foi empiricamente constatada por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁰. Dita ação coletiva foi ajuizada diretamente perante aquela corte em benefício de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças¹⁸¹.

As autoridades apontadas como coatoras foram *todos* os juízes estaduais, federais e distritais com competência criminal, bem como todos os tribunais de justiça, tribunais regionais federais e o Superior Tribunal de Justiça. Conseqüentemente, foram artificialmente inseridas, num mesmo grupo, pessoas em situações absolutamente heterogêneas: algumas ainda sem provocar nem mesmo os juízes de primeira instância, outros que com ações ainda pendentes de julgamento em tribunais inferiores etc. Isso sem contar as especificidades de cada situação fática (*v.g.*, crimes praticados com violência, reincidência, estrutura penitenciária etc.).

Nesse sentido, conforme opinou a Procuradoria-Geral da República, não foi

actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

¹⁷⁹ Não se desconhecem as críticas de Antonio Gidi ao requisito da predominância das questões comuns – previsto não apenas no sistema das *class actions*, mas também em alguns anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo –, no que tange à defesa dos direitos individuais homogêneos (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 189). Não se pretende, no presente trabalho, fazer uma importação acrítica do excessivo rigor do sistema norte-americano quanto a tal requisito, que também nos parece prejudicial ao acesso à justiça, como será explicado no capítulo seguinte. O que se quer dizer, isso sim, é que a existência de uma *homogeneidade* bem definida é um requisito relevante, de modo a possibilitar que a controvérsia possa ser efetivamente julgada em um único processo coletivo.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 20.2.2018.

¹⁸¹ Para uma compreensão mais ampla da análise crítica do caso, *cf.* TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF: comentários ao julgamento do HC nº 143.641*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>. Acesso em: 30 jan. 2019.

apontado ato concreto de autoridade coatora, ressaltando-se que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado como tal apenas pelo fato de haver negado, no passado, o benefício a algumas mulheres, haja vista que este tem apreciado cada pedido de forma individualizada.

Tal caso serve de exemplo de situações jurídicas excessivamente heterogêneas em que se fazem presentes questões comuns, incapazes de serem apreciadas por meio de ações coletivas. O resultado não poderia ser diferente: ao optar por julgar procedente o pedido, o Supremo Tribunal Federal acabou por decidir de forma excessivamente abstrata e imprecisa – afastando da sua decisão “situações excepcionalíssimas [...] devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício” –, deixando de lado as particularidades de cada paciente integrante da coletividade, aproximando-se da mesma abstração de um texto legal, o que resultou na manifesta inefetividade do acórdão, como retratado nos veículos de comunicação¹⁸².

Com efeito, a incompletude do regime jurídico das ações coletivas deriva da sua incapacidade natural de abranger determinadas situações repetitivas, marcadas pela heterogeneidade.

Essa dificuldade foi observada pelos estudos de Lord Woolf apresentados no relatório *Access to Justice Final Report* de 1996, em cujo capítulo 17 são registrados os obstáculos a serem enfrentados pelas *Multi-Party Actions* do sistema jurídico britânico:

The differing interests of group members, even where there are substantial common issues or interests, give rise to difficulties in establishing generic issues applicable to the entire group, maintaining overall progress of the case and achieving settlement for the whole group. Separate claimants with separate representatives may find themselves at odds with each other or unnecessarily duplicating effort and expense. Although most attention is generally given to the problems of high profile ‘disaster’ cases, similar problems arise in relation to a wide variety of cases. In housing cases, for example, tenants in high rise blocks may have different objectives from

¹⁸² Segundo matéria publicada no jornal G1 em agosto de 2018, de acordo com informações prestadas pela Secretaria Estadual da Administração Penitenciária de São Paulo “[p]ouco mais de cinco meses após o STF (Supremo Tribunal Federal) determinar a substituição da prisão preventiva para domiciliar de presas grávidas ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, ao menos 1.325 mulheres em São Paulo que se encaixam nesse perfil seguem detidas em presídios do estado”. Cf. ARCOVERDE, Léo. *Cinco meses após decisão do STF, 1.325 mulheres grávidas ou com filhos pequenos seguem presas em SP*. GloboNews, São Paulo, 8. jul 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/08/cinco-meses-apos-decisao-do-stf-1325-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-seguem-presas-em-sp.ghtml>. Acesso em: 30 jan. 2019.

those in low rise housing; long lessees from weekly tenants; tenants who wish repairs to be executed from those who seek rehousing¹⁸³.

Sofia Temer temer rememora que o fenômeno da litigiosidade de massa não se resume aos chamados direitos individuais homogêneos, que pressupõem a uniformidade de *demandas*, com prevalência de questões comuns¹⁸⁴. Em realidade, tal fenômeno abrange situações mais amplas, quais sejam:

- a) conflitos individuais heterogêneos, com características únicas;
- b) conflitos coletivos heterogêneos, com características únicas;
- c) situações jurídicas individuais homogêneas, marcadas pela *prevalência das questões comuns*, com causas de pedir e pedidos similares, aptos à tutela mediante ação coletiva tendo por objeto direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC);
- d) situações jurídicas coletivas homogêneas discutidas em diversos processos, notadamente nos casos em que um mesmo fato afeta diversos grupos sociais distintos¹⁸⁵;
- e) conflitos heterogêneos, individuais ou coletivos, que possuem questões comuns (a exemplo de uma questão meramente processual comum)¹⁸⁶.

¹⁸³ Em tradução livre: “Os interesses divergentes dos membros do grupo, mesmo quando existem questões ou interesses comuns substanciais, dão origem a dificuldades no estabelecimento de questões genéricas aplicáveis a todo o grupo, mantendo o progresso geral do caso e alcançando a liquidação para todo o grupo. Os requerentes separados com representantes separados podem se encontrar em desacordo uns com os outros ou duplicar desnecessariamente o esforço e a despesa. Embora a maior parte da atenção seja geralmente dada aos problemas de casos de desastres em grande escala, problemas semelhantes surgem em relação a uma ampla variedade de casos. Em casos de habitação, por exemplo, os inquilinos em blocos altos podem ter objetivos diferentes daqueles em casas baixas; arrendatários longos de inquilinos semanais; inquilinos que desejam que os reparos sejam executados daqueles que procuram o realojamento” (WOOLF, Lord. *Access to justice: Final Report* (1996). Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/content.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018).

¹⁸⁴ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 62.

¹⁸⁵ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2010, v. 186. A mesma situação poderá ser observada nas hipóteses em que aplicado o regramento do art. 16 da LACP, que restringe a eficácia das decisões coletivas aos limites da competência territorial do órgão judicial, o que pode resultar no ajuizamento de ações coletivas idênticas em mais de um Estado.

¹⁸⁶ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 527. No mesmo sentido: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 60. Os citados autores revelam que, em realidade, o incidente de resolução de questões repetitivas (IRDR) objetiva solucionar *questões repetitivas*, não necessariamente *demandas repetitivas*.

Descartando-se as duas primeiras situações (conflitos heterogêneos, sem questões comuns), apenas a terceira poderia ser objeto de uma ação coletiva. Justamente por isso, foi percebida a necessidade de criação de técnicas processuais para a solução, em especial com força de precedente obrigatório, das demais hipóteses¹⁸⁷. É essa a função do julgamento de casos repetitivos.

1.4.3 Julgamento de casos repetitivos

1.4.3.1 Conceito e distinções necessárias

Percebendo os limites inerentes às ações coletivas, diversos países optaram por estabelecer, adicionalmente, incidentes voltados ao julgamento, por amostragem, de demandas ou questões repetitivas. O chamado *aggregate procedure* (também conhecido genericamente como *group litigation*) encontra amparo na legislação de países como a Inglaterra e País de Gales (*consolidation, joinder, test cases* e *Group Litigation Order*), Estados Unidos (*joinder* e *consolidation*), Canadá (*joinder or consolidation of multiple claims*), Austrália (*consolidation, joinder* e *test cases*), Irlanda (*consolidation, joinder* e *test cases*), Alemanha (*Musterverfahren*), Áustria (*Testprozss*), Portugal, Japão e Suíça, observadas as particularidades de cada instituto¹⁸⁸.

Alguns dos institutos acima referidos, em realidade, abrangem não necessariamente o *juízo* de causas ou questões comuns, mas também a mera prática de atos concertados entre juízes cooperantes, notadamente atos instrutórios. É o caso da *consolidation* norte-americana (previsto na *Federal Rule 42*¹⁸⁹), que se

¹⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 585-586.

¹⁸⁸ BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 20-57.

¹⁸⁹ *Rule 42*: “Consolidation; Separate Trials (a) Consolidation. If actions before the court involve a common question of law or fact, the court may: (1) join for hearing or trial any or all matters at issue in the actions; (2) consolidate the actions; or (3) issue any other orders to avoid unnecessary cost or delay. (b) Separate Trials. For convenience, to avoid prejudice, or to expedite and economize, the court may order a separate trial of one or more separate issues, claims, crossclaims, counterclaims, or third-party claims. When ordering a separate trial, the court must preserve any federal right to a jury trial.”

pode limitar à prática de atos não decisórios (*pre-trial management*, a exemplo das audiências e da *discovery*), como ocorre no instituto do *Multidistrict Litigation* (previsto no Título 8 do *United States Code*¹⁹⁰).

Além disso, em análise ao direito comparado, é dado constatar que os institutos existentes costumam dividir-se em dois sistemas: o da *causa-piloto* e o da *causa-modelo*.

No sistema da *causa-piloto* ou *processo-teste*, o órgão julgador escolhe um ou mais casos (*test claims*, *casi pilota* ou *Pilotverfahren*) para *decidir*, fixando a tese a ser seguida aos demais casos. É o que ocorre em países como a Áustria (*Testprozess*¹⁹¹) e a Inglaterra (*Group Litigation Order*, conforme *Rule 19.12* das *Civil Procedure Rules*¹⁹²), em que a Corte julgadora tem o poder de escolher uma ou mais demandas como paradigmas (*test claims*) para julgamento. Aqui, como ressalta

¹⁹⁰ 28 U.S. Code § 1407: “Multidistrict litigation: (a)When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated: Provided, however, That the panel may separate any claim, cross-claim, counter-claim, or third-party claim and remand any of such claims before the remainder of the action is remanded”. Como explica Edilson Vitorelli, o Multidistrict litigation ou MDL foi regulado “em resposta a um grande número de processos idênticos que chegaram às cortes federais nos anos 1960, demonstrando a necessidade de uma técnica que permitisse o gerenciamento de casos (*case management*) em escala nacional. Inicialmente, o *Chief Justice Warren* indicou um *Coordinating Committee for Multiple Litigation for the United States*, o qual propôs a criação de um painel de juízes (*judicial panel*), encarregado de, por provocação das partes, de juízes ou mesmo de ofício, transferir a um único juízo a instrução (*pretrial proceedings*) de ações civis envolvendo uma ou mais questões de fato comuns. No início da década de 1990, o MDL ganhou força porque o painel admitiu, pela primeira vez, sua utilização para resolver questões de responsabilidade civil em massa, nos casos do amianto” (VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 464). Para uma análise histórica do instituto, cf. HERR, David F. *Multidistrict litigation manual: practice before the judicial panel on multidistrict litigation*. St Paul: West, 2013, p. 9.

¹⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 147, mai/2007, p. 129.

¹⁹² *Civil Procedure Rules (CPR)*, *Rule 19.12*: “Effect of the GLO. (1) Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues – (a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and (b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register. (2) Unless paragraph (3) applies, any party who is adversely affected by a judgment or order which is binding on him may seek permission to appeal the order. (3) A party to a claim which was entered on the group register after a judgment or order which is binding on him was given or made may not – (a) apply for the judgment or order to be set aside(GL), varied or stayed(GL); or (b) appeal the judgment or order, [...]”

Antonio do Passo Cabral, constata-se uma *unidade cognitiva* – na medida em que o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo selecionado – seguida da *reprodução da tese* definida, estendendo-se a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum para os demais processos. Há, em síntese, um julgamento por amostragem¹⁹³.

Por seu turno, no sistema da causa-modelo, o incidente se limita a apreciar as questões comuns aos casos similares, fixando a tese a ser seguida, sem julgar o conflito subjetivo que levou à sua instauração. Cada causa será apreciada pelo juízo do processo originário.

Há aqui, diferentemente do que ocorre no sistema da causa-piloto, uma *cisão cognitiva e decisória*, dividindo-se as competências entre o órgão que julga a questão comum e o que decide o processo originário. Como resultado, verifica-se uma decisão “objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários”¹⁹⁴. É o que se verifica no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), que influenciou sobremaneira o anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro¹⁹⁵.

No Brasil, o CPC de 2015 estabeleceu um complexo sistema de julgamento de casos repetitivos, que, à luz do art. 928, compreende dois incidentes: o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos (REER)¹⁹⁶.

A questão que se põe é saber qual teria sido a opção brasileira.

No que se refere aos recursos especial e extraordinário repetitivos, não parece haver dúvida a respeito da adoção do sistema da causa-piloto. Isso porque, conforme disciplinado no art. 1.036, do CPC, o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo

¹⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 231, 2014, p. 201-223.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 201-223.

¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 147, mai/2007, p. 131.

¹⁹⁶ Somam-se a eles os recursos de revista repetitivos, previstos nos arts. 896-B e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), incorporados ao diploma por força da Lei nº 13.015/2014 antes mesmo da edição do novo CPC.

Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação. Tal escolha não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. Seja como for, os recursos escolhidos serão julgados pelo tribunal superior, conforme disposto no art. 1.037, § 4º: os “recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”.

A divergência doutrinária repousa sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), nova técnica processual inaugurada pelo CPC de 2015, voltada à solução de questão comum repetida em inúmeros processos. De um lado, autores como Aluisio Mendes¹⁹⁷, Dierle Nunes¹⁹⁸, Eduardo Cambi e Mateus Fogaça¹⁹⁹, Leonardo Greco²⁰⁰, Sofia Temer²⁰¹ e André Vasconcelos Roque²⁰² entendem que o IRDR consiste em espécie do sistema de causa-modelo.

Em sentido diverso, autores como Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha²⁰³, Alexandre Câmara²⁰⁴ e Antonio do Passo Cabral²⁰⁵ compreendem que, no IRDR, cabe ao tribunal não apenas fixar o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos, mas também *julgar* a causa escolhida (causa-piloto).

De fato, como anota Antonio Cabral, o panorama que se ensaiava para o IRDR, no anteprojeto do novo CPC, era o da adoção de um procedimento-

¹⁹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 211, 2012).

¹⁹⁸ NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.320).

¹⁹⁹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 243, 2015, p. 333-362.

²⁰⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 410.

²⁰¹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 62.

²⁰² ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado para cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 29.

²⁰³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 594-595.

²⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

²⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.417-1.419.

modelo²⁰⁶. Contudo, após a inserção do art. 978, parágrafo único, pelo Senado Federal, ficou clara a adoção do sistema da causa-piloto como regra, ainda que não pareça a melhor opção, sob o aspecto da política legislativa²⁰⁷. De acordo com o aludido dispositivo, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica “julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Compreendemos, portanto, com fundamento na clareza do texto legal (art. 978, parágrafo único), que o incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em espécie de procedimento-piloto. Excepcionalmente, no caso de haver desistência ou abandono do caso-piloto, poderá ser adotada a forma da causa-modelo, em razão da regra prevista no art. 976, parágrafo único, do CPC, pelo que “[a] desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”. Em tal hipótese, o tribunal *poderá* seguir na tarefa de fixação de uma tese jurídica geral, muito embora tal julgamento não venha a afetar o recorrente desistente, repercutindo exclusivamente sobre processos pendentes e futuros.

A palavra “poderá” aqui merece ênfase, conforme explica Hermes Zaneti Jr. A bem da verdade, havendo desistência no âmbito do processo-teste, a melhor opção será a substituição do caso, devendo o órgão encarregado do julgamento do caso repetitivo afetar novas causas, à semelhança da previsão existente no julgamento da GLO, no direito inglês²⁰⁸.

Não se pode esquecer, por fim, que é vedado ao legislador ordinário estabelecer competências originárias aos tribunais, tema disciplinado pela Constituição da República e pelas Constituições Estaduais. É lícito, porém, que a legislação ordinária crie incidentes relativos a causas originárias e recursos que neles lá tramitam²⁰⁹. Eis, então, mais um motivo a justificar a adoção do sistema da causa-piloto.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 1.418.

²⁰⁷ Em razão do que dispõe o art. 976, I, do CPC, o IRDR tem por objeto questões “unicamente de direito”. Assim, parece lógico que, também em relação à causa representativa, a tese decidida seja aplicada pelo juízo de origem, em razão da necessidade de decisão de outras questões, inclusive as de natureza fática. Não foi essa, porém, repita-se, a opção legislativa.

²⁰⁸ ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2018, p. 225-246.

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 595.

Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que “[a] instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

1.4.3.2 O julgamento de casos repetitivos como processo coletivo não-objetivo

Não é incomum a compreensão dos incidentes de julgamento de casos (ou questões) repetitivos como procedimentos “não representativos” de solução de litígios. É a expressão utilizada por Antonio do Passo Cabral²¹⁰, que, em análise ao procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), afirma se tratar de técnica voltada a “resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões *isomórficas*, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva, como a legitimidade extraordinária”²¹¹.

De forma mais enfática, afirma Luiz Guilherme Marinoni que o incidente de demandas repetitivas “parte do pressuposto de que os interessados na decisão proferida, e que, portanto, indiscutivelmente têm o direito constitucional de discutir a questão a ser decidida, não precisam ser representados”²¹². Para o citado autor, tal quadro ensejaria um “bizarro esquecimento do significado de processo civil democrático e de tutela coletiva dos direitos”, uma espécie de “justiça dos cidadãos sem rosto e fala”²¹³.

Tal raciocínio parte da diferença estrutural entre tais incidentes e as ações coletivas, ajuizadas por legitimados extraordinários em substituição ao grupo, como visto nos tópicos anteriores.

É preciso deixar claro, contudo, que ambos os autores inserem tais incidentes no rol das técnicas de resolução coletiva ou agregada de processos. Haveria, então, processo coletivo, mas sem representatividade.

²¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 40.

²¹¹ *Id.* O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 147, 2007, p. 129.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

²¹³ *Ibid.*, p. 43.

Nesse sentido, adere Aluisio Mendes: “o novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está inserido no âmbito do Direito Processual Coletivo”, de que também fazem parte as ações coletivas e os meios consensuais de resolução de conflitos coletivos²¹⁴. Como consequência, é preciso reconhecer que não apenas os diplomas legais que disciplinam as ações coletivas (em especial a LACP, o CDC e a LAP) compõem o núcleo do microsistema processual coletivo, mas também as regras do CPC que cuidam do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, estabelecendo-se um diálogo entre tais fontes.

Há, por outro lado, autores que não reconhecem o caráter coletivo de tais incidentes. É o caso de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem o IRDR seria um instrumento inserido no âmbito da *tutela plurindividual*, “que se apresenta como um *tertium genus*, equidistante da jurisdição singular e coletiva”²¹⁵. Isso porque o IRDR não seria vocacionado à solução de demandas repetitivas, mas sim à fixação da tese jurídica que, em tais demandas, aparece massivamente repercutida. Demais disso, “a palavra ‘coletivização’, em linguagem e conotação processuais, deve ficar reservada a situações passíveis de tutela *metaindividual* propriamente dita”²¹⁶.

No mesmo sentido, embora não negue a sua “função social” coletiva, entende Sofia Temer que o IRDR consistiria em incidente *objetivo*, ou seja, marcado pela *dessubjetivação*²¹⁷. Tal raciocínio parte da premissa de que o incidente se destina a solucionar *questões* repetitivas, e não necessariamente *demandas* repetitivas, voltando-se, portanto a causas que apresentam áreas de homogeneidade. Como analisado nos tópicos anteriores, cuida-se de premissa relevante (da qual concordamos), de modo a abranger situações mais amplas que os chamados direitos individuais homogêneos²¹⁸.

²¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 4.

²¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

²¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016, p. 160-161.

²¹⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 81.

²¹⁸ Embora, de fato, consideremos acertado o entendimento segundo o qual o IRDR, em realidade, uniformiza “questões” (e não necessariamente “demandas”) repetitivas, não concordamos com a conclusão extraída de tal premissa, por considerarmos incongruente a ideia de “dessubjetivação” processual. Tal ideia é explorada nas linhas que seguem.

Daí, entende a autora que o IRDR consistiria em “meio processual objetivo”, na medida em que não visa *diretamente* à resolução dos casos concretos e a declaração ou satisfação de direitos subjetivos. Em outras palavras, se não visa ao julgamento da *lide*, não se trata de processo subjetivo, mas sim objetivo.

Sendo o IRDR um incidente de feição objetiva, a conclusão a que chega a autora não poderia ser outra: “[o] processo coletivo se distancia do IRDR [...] porque, ao contrário deste, não se preocupa diretamente com a tutela da ordem jurídica objetiva”²¹⁹.

Diante de tal quadro, é possível estabelecer o seguinte panorama em relação aos incidentes de julgamento de casos repetitivos: a) há quem os considere incidentes coletivos, mas não representativos (Antonio do Passo Cabral, Aloisio Gonçalves de Castro Mendes e Luiz Guilherme Marinoni); b) há quem sequer os considere incidentes coletivos (Rodolfo de Camargo Mancuso e Sofia Temer).

Parece-nos mais adequada, contudo, a afirmação de que tais incidentes, além de coletivos, possuem uma forma particular de representatividade, diversa da que ocorre nos modelos das ações coletivas. Para que se possa chegar a tal conclusão, é necessário, porém, proceder ao enfrentamento das teses anteriormente expostas.

De início, o caráter coletivo dos incidentes voltados ao julgamento de casos repetitivos nos parece bastante sedimentado nas linhas anteriores, com amparo no direito estrangeiro. Nesse sentido explicam Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr e Gustavo Silva Alves que, a partir da instauração de um IRDR ou de um dos procedimentos de REER, formam-se diversos grupos cujos membros possuem interesse na interpretação que será dada à questão de direito objeto dos incidentes. Conseqüentemente, “surge a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão de direito, por meio da fixação de uma tese jurídica que será aplicada a todos os processos suspensos que discutem essa questão”²²⁰.

É preciso, porém, afastar a “objeção do processo objetivo” a que alude Sofia Temer.

²¹⁹ “Com efeito, as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos têm natureza de processo ‘subjetivo’, pois se destinam, em realidade, a tutelar diversas situações subjetivas concretas assemelhadas” (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 93).

²²⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.]v. 10, n. 1, 2019, p. 53.

Referida autora realiza um paralelo entre o IRDR e o “processo objetivo” do controle de constitucionalidade. Alerta, ao introduzir sua explicação, que “[n]ão há, todavia, farto desenvolvimento e sistematização do processo objetivo no sistema brasileiro”, por se tratar de “atividade jurisdicional reputada *atípica*, porque não destinada a resolver diretamente *lides*”²²¹. Ausente uma *lide*, a lei é analisada em tese, de forma “desvinculada de conflitos intersubjetivos específicos”, dedicando-se o incidente a “resguardar a unidade, coerência e validade do ordenamento jurídico, numa tutela marcada pela dessubjetivação”²²².

Acrescenta que “no IRDR não há uma junção de situações concretas comuns para julgamento único – ou seja, uma ‘coletivização’ –, mas, ao contrário, a abstração em relação aos casos concretos, como numa ‘imagem holográfica’”²²³, para fins de fixação de uma decisão a partir de um fato-tipo que se extrai de situações concretas.

Haveria, assim, um movimento crescente de “dessubjetivação do processo tradicional” (ou simplesmente objetivação), em que as decisões que antes eram circunscritas às partes do litígio passaram a assumir eficácias mais abrangentes (eficácia transcendente)²²⁴. A tutela dos direitos subjetivos ocorrerá em momento posterior, por ocasião da aplicação da tese aos casos concretos, em juízo distinto.

É preciso analisar tal pensamento com cautela.

De início, não parece adequada a oposição entre processos objetivos e processos coletivos. A razão é bastante simples: conforme defendido no presente trabalho, o processo coletivo é identificado a partir da existência de uma relação jurídica litigiosa coletiva. Nada mais.

Nesse sentido, ao abordar as ações para a tutela de direitos difusos, Márcio Flávio Mafra Leal defende que, “[n]estes processos, é indiferente perquirir a existência de *sujeitos* atingidos concretamente pela ação ou omissão do réu”, concentrando-se “muito mais aqui na atuação objetiva da ordem jurídica violada”²²⁵.

²²¹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 81.

²²² *Ibid.*, p. 83.

²²³ *Ibid.*, p. 94.

²²⁴ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 84-87.

²²⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

Demais disso, em se tratando do sistema da causa-piloto, em que os casos selecionados serão *julgados* pelo mesmo órgão julgador que apreciar o incidente, não nos parece correta a compreensão no sentido da inexistência de uma lide.

Por fim, também não parece constitucionalmente adequado o entendimento que considera “dessubjetivizado” o incidente. Ao revés, considerando-se a existência de um ou mais grupos de *pessoas* diretamente interessados em tal decisão judicial, integrados por indivíduos com processos pendentes nos tribunais, a adoção dessa linha pode conduzir a déficits na garantia do acesso à justiça e do devido processo legal.

Regressando-se à ideia dos “processos objetivos”, é importante firmar o posicionamento segundo o qual tal expressão carece de sentido na atual metodologia processual. Destaca-se: a ausência do “desenvolvimento e sistematização do processo objetivo no sistema brasileiro”, em realidade, não se deve ao fato de a “objetivação do processo” ser um fenômeno contemporâneo, muito menos crescente. Ao revés, cuida-se de expressão antiga, que, com raras exceções²²⁶, não sobreviveu à postura instrumentalista, cuja ideia-síntese “consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente”²²⁷, os quais fomentam a *participação*, por meio do processo, das pessoas que, depois, serão atingidas pela eficácia da decisão judicial.

À luz do pensamento de Jürgen Habermas, a legitimação do Direito parte de uma importante consideração: “a ideia de autolegislação do cidadão exige que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus possam entender-se como autores do direito”²²⁸. Para tanto, é necessária a presença de direitos fundamentais que outorguem às pessoas em geral a possibilidade de participação com igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da

²²⁶ No campo dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, embora as variadas interpretações a respeito da constitucionalidade de uma norma possam interessar a muitos grupos, parece ser possível sustentar o seu caráter objetivo, refletido na ausência de uma defesa propriamente dita. Conforme estabelecido na Lei nº 9.868/1999, ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cabe ao relator, tão somente, pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º) e ouvir, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Embora seja possível a realização de audiências públicas, bem como a participação de *amici curiae*, tais mecanismos não representam propriamente um exercício do direito de defesa, mas sim instrumentos de ampliação do debate a respeito da questão constitucional.

²²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Tradução livre. Madrid: Trotta, 1998, p. 149.

vontade geral, por meio dos quais os cidadãos exerçam sua autonomia política para a construção de um Direito legítimo²²⁹.

Transportando-se tal importante lição ao campo processual, é possível chegar às conclusões de Cândido Rangel Dinamarco, ao dissertar sobre a participação no processo decisório:

[...] a familiaridade com as ideias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e *participação* que não pode ser obstada aos interessados²³⁰.

Mas há mais. Também não parece adequada a adoção do critério da existência ou não de uma espécie de “lide imediata”, de modo a definir os incidentes de julgamento de causas repetitivas como processos não coletivos de caráter objetivo, até mesmo porque, em razão da adoção do sistema da causa-piloto, a causa-teste será efetivamente julgada.

Demais disso, todo o procedimento deve levar em consideração o fato de que a fixação da tese não serve ao fim exclusivo de pacificar uma ordem objetiva, mas sim à solução de *controvérsias concretas entre pessoas* envolvidas em conflitos atuais e futuros. O que se faz é uma mera cisão dos momentos em que isso ocorre.

Mesmo o escopo de *pacificação social*, mediante a uniformização interpretativa do Direito, deve levar em consideração as *pessoas* interessadas, sob pena de, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, o procedimento se tornar uma espécie de realização de “‘justiça dos cidadãos sem rosto e fala’, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, ‘representação adequada’”²³¹.

Também nas tradicionais ações coletivas é possível encontrar técnicas com algum grau de abstração, desenhadas pelo legislador. É o que ocorre com a regra do art. 95 do CDC, ao estabelecer que, nas ações voltadas à defesa dos direitos individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido, a condenação será

²²⁹ *Ibid.*, p. 152.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 133.

²³¹ O autor acrescenta: “[o] incidente não apenas cala os interessados, que na verdade são as pessoas que tiveram os seus direitos violados em massa e, assim, necessitam propor ações individuais que contêm questões prejudiciais idênticas. Bem vistas as coisas, o incidente privilegia aqueles que violam direitos ou produzem danos em massa” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43).

genérica, efetivando-se individualmente em momento posterior, mediante liquidação imprópria. Tal previsão, por si só, não é capaz de desnaturar o caráter coletivo da tutela processual, porquanto destinada à satisfação do interesse titularizado por uma coletividade.

1.4.3.3 A representação indireta no julgamento de casos repetitivos

A corrente interpretativa que reputa inexistente o caráter representativo do IRDR, tem como consequência o afastamento do microssistema processual coletivo, o que pode conduzir ao enfraquecimento da participação dos interessados na solução da questão prejudicial repetitiva que os vinculará posteriormente.

No Brasil, adotada a sistemática do IRDR, “julga-se questão de muitos em processo de alguns”²³², todos ao final vinculados, sem que o CPC esclareça a respeito da representação do interesse dos demais lesados. Limitou-se o art. 977 do CPC a definir os legitimados para provocar a instauração do incidente (o juiz ou o relator, por ofício; as partes, por petição; o Ministério Público ou a Defensoria Pública, por petição).

Por seu turno, o art. 983 permite ao relator do incidente ouvir “as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, dispositivo que incentiva o diálogo *externo* sobre a questão, pouco expondo a respeito das partes cujos processos encontram-se suspensos. Já art. 984, ao disciplinar o julgamento do incidente, deixa claro que as partes que nele atuam são o autor e réu do processo originário²³³.

Partindo-se de tais premissas, a questão se coloca é: que tipo de representatividade haveria, então, nos incidentes de julgamento de causas repetitivas? Uma representação *indireta* ou *argumentativa*²³⁴.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 46.

²³³ *Ibid*, p.46.

²³⁴ Em feliz expressão, ao dissertar sobre a importância da escolha dos casos-piloto, ressalta Hermes Zaneti Jr. a importância da “representatividade argumentativa” na formação da tese (ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2018, p. 225-246). O termo é também empregado por Luiz Guilherme Marinoni como

Não se trata de uma representatividade exclusivamente argumentativa (embora o seja de forma mais intensa), na medida em que também se revela importante a *qualidade* das partes da causa-teste e a própria natureza dessa causa, que pode ser, por exemplo, uma ação coletiva.

Como sinaliza Luiz Guilherme Marinoni, uma alternativa para a “correção da inconstitucionalidade estaria no controle da representação adequada no caso concreto, nos moldes das *class action* do direito estadunidense”²³⁵. De fato, o sistema processual coletivo americano fornece ferramentas adequadas para o desenvolvimento de uma forma de representação a partir da escolha do caso paradigma, admitindo-se que os litigantes excluídos possam impugnar a parte escolhida como representante em razão da sua inadequação.

Nesse sentido, afirma Antonio do Passo Cabral que a seleção da causa-teste tem importância crucial na efetividade do julgamento do incidente. Não há dúvidas de que “a seleção do processo-teste, se mal realizada, pode gerar críticas no que se refere ao respeito das garantias processuais dos litigantes, especialmente daqueles ausentes, já chamados de ‘litigantes-sombra’”²³⁶.

É possível ir além. Não apenas o modelo americano serve de inspiração no que tange à adequada representação dos ausentes (*adequacy of representation*), mas diversos outros aspectos do procedimento podem e devem sofrer influxos do sistema das *class actions*. Em realidade, todo o saneamento e a organização do processo coletivo – consolidadas na fase preliminar da *class certification*, desenvolvida no capítulo seguinte – devem ser pensadas quando da instauração do incidente de julgamento de demandas repetitivas, relevando-se o papel do relator no exercício do controle procedimental, como se pretende demonstrar no presente trabalho.

Há, pois, diversos pontos a serem analisados separadamente, a partir dos quais será possível imaginar critérios objetivos não apenas para a adequada seleção

fundamento para a preservação do exercício do contraditório (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.317).

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

²³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 45.

de uma ou mais causas paradigmas, mas também a definição de aspectos procedimentais relativos à intervenção de terceiros, legitimidade recursal, coisa julgada, execução etc.

Cuida-se do caminho para a construção de um “processo justo, o devido processo legal do processo coletivo brasileiro”, de modo a permitir a compatibilização das duas espécies de processo coletivo²³⁷, objetivando-se, sempre, a proteção dos ausentes.

1.4.3.4 A dupla função do julgamento de casos repetitivos no Brasil

A análise das funções do julgamento de casos repetitivos, no sistema jurídico brasileiro, depende da sedimentação de premissas relevantes.

A primeira delas consiste em reconhecer que, de acordo com o CPC (art. 928), o julgamento de casos repetitivos é um gênero, do qual são espécies o incidente de julgamento de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos, estes últimos existentes desde o CPC de 1973, tendo sido aperfeiçoados pelo novo diploma.

Justamente por isso, essas duas espécies de julgamento de casos repetitivos possuem normas próprias, mas que se complementam, formando-se um todo: um microsistema. Sob o aspecto prático, essa informação é bastante relevante, na medida em que, por vezes, são encontradas lacunas no regramento do IRDR ou dos REER, devendo-se buscar a solução normativa prevista para um ou outro²³⁸.

A segunda premissa, já tratada anteriormente, é a de que o IRDR, em realidade, não se volta necessariamente ao julgamento de *demandas* repetitivas, mas sim à solução de *questões* repetitivas, que podem ter natureza processual ou material. Ao que tudo indica, por ocasião da elaboração do CPC de 2015, não estava consolidada tal premissa, tendo o legislador partido do pressuposto de que o

²³⁷ ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2018, p. 225-246.

²³⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 590-591.

IRDR julgaria casos idênticos. Daí o seu nome: incidente de julgamento de *demandas* repetitivas. No presente momento, após densa reflexão doutrinária, a compreensão do instituto como ferramenta voltada ao julgamento de *questões* repetitivas parece consolidada²³⁹.

Por fim, a terceira premissa é a de que o julgamento de casos repetitivos possui uma dupla função. Como ressaltam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, o IRDR e os REER integram, ao mesmo tempo, o microssistema de gestão e julgamento de questões repetitivas (art. 928 do CPC) e o microssistema de formação de precedentes obrigatórios (art. 927)²⁴⁰. Isso significa que a solução adotada no julgamento do incidente será aplicada não apenas aos casos pendentes, mas também aos casos futuros, ainda que com partes distintas, como precedente obrigatório.

Essa particular transcendência reforça ainda mais o aspecto participativo do procedimento, cujas decisões afetarão não apenas os litigantes das ações individuais ou coletivas em que se discute a mesma questão de direito, mas também futuros litigantes, nas demandas que possam surgir e envolvam tal questão (art. 985, I e II, do CPC).

Tal visão decorre da interpretação conforme a Constituição que reconhece as partes formais do julgamento de casos repetitivos como substitutos processuais, cuja representatividade adequada existe em benefício da coletividade formada pelas partes dos processos em curso (os “ausentes”). Não se pode esquecer que essa adequação é, no mínimo, dúplice, na medida em que o resultado do julgamento do incidente interessa não apenas a um grupo, mas, pelo menos, a dois grupos antagônicos (substituídos por autor e réu dos casos selecionados), podendo-se cogitar até mesmo da existência de múltiplos grupos de interesse, a configurar um incidente despolarizado²⁴¹.

Além disso, não se pode apartar a teoria dos precedentes do princípio do

²³⁹ Nesse sentido, como assevera Marcos Cavalcanti, o correto seria a adoção do nome “resolução de questões repetitivas” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 527).

²⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3, p. 590.

²⁴¹ Sobre a despolarização do processo, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009.

contraditório. Ao revés, cuida-se de direito fundamental que deve ser *redimensionado* nessa seara²⁴². O contraditório, como *direito de participação na construção da norma jurídica*, ganha especial destaque quando essa norma deixa de ser individual e passa a ser geral. A transcendência da norma impõe, por uma questão de respeito ao devido processo legal, igual transcendência no exercício do direito de participação.

Não por acaso, o enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que, “[p]ara a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”. Ausente a adequada representatividade de grupo relevante à solução da questão jurídica posta em incidente de julgamento de casos repetitivos, não se pode falar na submissão efetiva dos argumentos ao contraditório.

1.4.3.5 O julgamento de casos repetitivos como incidente multipolarizado: o problema da participação e da representação de interesses concorrentes

Não raramente, o processo coletivo é imaginado como um conflito de vetor único, em que o grupo “A”, substituído pelo legitimado coletivo, litiga contra “B”, que pode ser uma pessoa natural, pessoa jurídica ou até mesmo outro grupo, substituído por outro legitimado coletivo.

A complexidade das relações sociais revela a pobreza dessa concepção, especialmente nos litígios complexos, marcados pela multiplicidade de interesses que sobre o objeto do litígio²⁴³.

Isso significa dizer que, por vezes, os processos coletivos, ao contrário do litígio “tradicional” (com estrutura bipolar), apresentam uma estrutura multipolar, com diversos núcleos de posições e opiniões a respeito das variadas questões que podem envolver o caso.

A bem da verdade, mesmo no âmbito dos conflitos individuais e privados, a

²⁴² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol II. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 471.

²⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (coords.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 423.

ideia de bipolaridade processual – na configuração tradicional *autor x réu* – pode não ser suficiente.

Nesse sentido, ressalta Antonio do Passo Cabral que a dogmática jurídica sempre esteve muito apegada à ideia de polarização da demanda, vinculando estaticamente a atuação dos sujeitos do processo à correlata posição ocupada na relação jurídica material²⁴⁴. Não apenas o processo é tradicionalmente concebido como uma relação polarizada, mas, de forma específica, *bipolarizada*.

Com base em tais premissas, o autor sugere uma análise mais dinâmica – e, portanto, menos rígida – da relação processual, propondo a substituição da legitimidade *ad causam* pela legitimidade *ad actum*. Tal postura permite diferenciar a relação jurídica processual daquela oriunda do direito material, reduzindo-se o espectro de análise da “pertinência subjetiva” para a prática de cada ato processual isoladamente.

Como consequência, permite-se a migração entre polos da demanda, o que também afeta sobremaneira a concepção tradicional do interesse de agir, sujeito à “utilidade cambiante da tutela jurisdicional na vida dos litigantes”²⁴⁵. Analisando-se cada ato ou posição processual, o conceito de “zona de interesse” tomaria o lugar do “interesse de agir”, permitindo a segmentação da participação processual, com atuação e intervenção para finalidades específicas, desde que úteis ao postulante²⁴⁶.

Defende Antonio do Passo Cabral que essa compreensão é particularmente útil para nortear o interesse processual nos casos de “fracionamento da resolução do mérito, admitindo-se a cognição e decisão, com força de coisa julgada, para um singular aspecto ou uma específica questão de uma relação jurídica material”²⁴⁷. Também parece ser uma tese capaz de oferecer uma gestão adequada aos casos caracterizados por pretensões multilaterais, em que a identificação de todas as posições subjetivas que estejam em jogo pode se revelar uma tarefa extremamente difícil.

²⁴⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009, p. 8.

²⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009, p. 28.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 30-31.

A concorrência de diversos interesses coletivos é algo bastante comum em processos coletivos. No âmbito das ações coletivas, basta imaginar uma discussão a respeito de uma determinada política pública, ou nos casos que envolvam a intervenção judicial no domínio econômico²⁴⁸.

De igual modo, no julgamento de casos repetitivos, a questão repetitiva, material ou processual, pode afetar diretamente uma vasta gama de grupos sociais. Por exemplo, imagine-se um incidente de resolução de demandas repetitivas voltado à solução da questão jurídica atinente aos pressupostos para a inversão do ônus da prova na disciplina do Código de Defesa do Consumidor (questão processual). De igual modo, mantendo-se o exemplo do direito consumerista, a questão relativa à incidência do CDC sobre os contratos de *leasing* (questão material), inegavelmente repetitiva, afeta diretamente a disciplina jurídica de instrumentos contratuais celebrados por diversas categorias de agentes econômicos.

Rememorando-se a premissa de que o IRDR, em realidade, não se destina necessariamente ao julgamento de *demandas* idênticas ou similares – mas sim à solução de uma *questão* jurídica repetitiva –, é possível imaginar a existência de diversas demandas *heterogêneas* pendentes, em que são partes pessoas ou grupos com interesses variados.

Tal constatação é especialmente relevante para o afastamento do modelo

²⁴⁸ Sérgio Cruz Arenhart expõe, a título exemplificativo, o caso do Albergue Estadual de Uruguaiana, que “começou com uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, postulando a realização de obras para a reforma do mencionado estabelecimento penitenciário, haja vista a sua completa inadequação para receber e manter presos. Em sua tramitação regular, o caso envolvia apenas o Ministério Público estadual e o Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, tramitava como uma ação comum, em que havia a pretensão de um e a resistência de outro. A demanda foi julgada procedente em primeiro grau, impondo-se ao réu a realização de várias obras para a preservação dos direitos fundamentais dos presos. Em apelação, porém, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que seria inviável que o Poder Judiciário impusesse esse tipo de obra ao Estado, pois isso constituiria indevida intromissão na atividade administrativa. Não se conformando com essa conclusão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu recurso extraordinário, que teve sua repercussão geral admitida em novembro de 2009. Na tramitação do recurso extraordinário, quinze Estados (aí incluído o Distrito Federal) e também a União se habilitaram no processo na condição de *amici curiae*, já que a todos esses entes interessava a discussão a respeito da extensão da prerrogativa do Judiciário em determinar a realização de obras públicas (sobretudo quando essa discussão se faz com repercussão geral). Formou-se, assim, um processo com, no mínimo, *dezoito* distintos polos de interesses. E esses polos poderiam multiplicar-se ainda mais; sem dúvida, entidades de proteção a direitos humanos, especialistas em orçamento público, pessoas com experiência em gestão penitenciária e outros sujeitos (especialistas nas matérias envolvidas e interessados na solução dada ao problema) poderia habilitar-se no processo para trazer seu ponto de vista e seus interesses no caso” (ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (coords.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 425).

tradicional de concepção do *litígio* como algo bipolarizado, servindo também para a concepção de um mecanismo adequado de intervenção de terceiros, de modo que, de um lado, não se inaugure um processo impossível – em que ouvidos inúmeros agentes com interesses divergentes – e, de outro, não se abstraíam por completo as pessoas envolvidas²⁴⁹.

²⁴⁹ Como ressalta Fredie Didier Jr., em um mesmo processo, um único sujeito pode assumir mais de uma posição jurídica processual. Essa circunstância, “que é inerente ao fenômeno processual, faz com que a análise das capacidades processuais, do interesse de agir e da legitimidade não se restrinja à demanda: é preciso examiná-los ao longo de toda a cadeia processual, tendo em vista cada uma das relações processuais que se formam e que compõem o feixe de relações jurídicas que é o processo” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 368-369). Partindo das mesmas premissas, Sofia Temer defende que “no IRDR, diferentemente do que ocorre no processo ‘tradicional’, não há como extrair de uma situação substancial a presunção de legitimidade para a prática de todos os atos do processo que vise a tutelar aquela situação substancial. No IRDR, não há uma legitimação *prima facie* (extraída da posição ocupada em uma relação de direito material) para os atos processuais necessários à obtenção de provimento de mérito (que solucione a crise da dita relação de direito material). [...] Não havendo essa fonte (relação jurídica substancial) de presunção de legitimidade para todos os atos processuais, é necessário perquirir a legitimação para cada ato (ou conjunto de atos) que o sujeito deseje praticar” (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 149). As consequências práticas dessa compreensão, adotada no presente trabalho, serão analisadas no último capítulo.

2 A IMPORTÂNCIA DA “CERTIFICAÇÃO” COLETIVA NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

2.1 A *CLASS ACTION* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS

2.1.1 Evolução histórica: aspectos gerais

A ação coletiva não é um fenômeno contemporâneo, consistindo em uma forma de estruturação do processo judicial que existe há séculos¹. Procedendo-se a uma investigação histórica acurada, é possível atribuir a origem remota das ações coletivas a duas principais fontes.

A primeira delas consiste na *actione popularis*, antecedente romano da ação popular, em defesa da *rei sacrae, rei publicae*. Cuidava-se do poder atribuído ao cidadão de agir em defesa da coisa pública em razão do vínculo natural que o ligava aos bens públicos em sentido amplo. Em tal contexto, vigorava o brocardo *reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (à República interessa uma pluralidade de defensores de sua causa).

Em tal período histórico, o Digesto de Justiniano (D. 47.23.3) dispunha expressamente que, se uma determinada matéria já tivesse sido decidida em uma ação popular anterior, não poderia ser novamente apreciada em uma segunda ação, ainda que diferente o seu autor. Eis aqui a primeira noção de coisa julgada em demandas coletivas².

A segunda grande fonte reside na prática judiciária anglo-saxã anterior à independência dos Estados Unidos, sobretudo a partir do século XVII, com o *bill of peace*, que consistia numa autorização para o processamento coletivo de uma ação individual³. Tal autorização era concedida “quando o autor requeria que o provimento

¹ LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 21.

² ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 30.

³ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 10.

englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos⁴.

Até então, os tribunais de direito (*courts of law*), objetivando simplificar a atuação do júri, vedavam o litisconsórcio voluntário fundado na mera existência de questões comuns. Por seu lado, os tribunais de equidade⁵ (*courts ou equity* ou *courts of chancery*) não apenas permitiam tal forma de litisconsórcio, como consideravam necessária a intervenção obrigatória de todas as pessoas potencialmente interessadas no julgamento do caso concreto (*compulsory joinder* ou *necessary parties rule*), sob pena de extinção do processo. Caberia ao juiz “fazer a justiça completa ou abster-se de julgar”⁶.

Por óbvio, tal exigência trouxe uma série de inconvenientes, sobretudo nas demandas que envolviam um número expressivo de interessados. Diante disso, no século XVII, os tribunais de equidade criaram o *bill of peace*, a permitir as chamadas ações representativas (*representative actions*), nos casos em que o litisconsórcio fosse impraticável ou impossível. Em tais situações, era permitido a um ou alguns membros do grupo interessado representar o interesse dos demais em juízo, ficando todos sujeitos aos efeitos da coisa julgada produzida.

Nascia, pois, uma estrutura processual nova, potencialmente apta a contornar os problemas gerados pelo litisconsórcio necessário⁷.

⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 22-23. O autor não acha conveniente atrelar o processo coletivo ao sistema romano, já que somente a partir da experiência inglesa teria havido uma preocupação teórica em se justificar a ação coletiva e a sua estrutura.

⁵ A antiga divisão do sistema jurídico inglês em “jurisdição do direito” (*law jurisdiction*) e “jurisdição da equidade” (*equity jurisdiction*) perdurou por cerca de cinco séculos, até a sua unificação, no ano de 1873. Cabia ao sistema de *equity*, dentre outras coisas, as pretensões declaratórias e injuntivas ou mandamentais (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40).

⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

⁷ Embora a doutrina aponte o *bill of peace* como o antecedente direto das *class actions* americanas, convém registrar a árdua tarefa de identificação das suas raízes históricas. É possível estabelecer alguns precedentes mais remotos. Nesse sentido, Edward Peters, em revisão crítica à obra *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, de Stephen Yeazell, cita antigo precedente, datado do ano de 1179. Cuida-se da reivindicação dos aldeões da vila de Rosny-sous-Bois em face de seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva, em Paris, objetivando o fim da sua condição de servos. Este curioso processo, fruto de detalhada análise por Marc Bloch, durou cerca de quarenta anos e envolveu três reis e cinco papas, tendo consumido todos os recursos financeiros de que dispunham os aldeões para pagar o seu procurador. Ao final de tantos anos, vários aldeões desistiram do processo, em virtude das pressões sofridas, optando por comprar a sua liberdade no ano de 1246. Cf. PETERS, Edward. *From medieval group litigation to modern class action by Stephen C. Yeazell*. *The American Journal of Legal History*, Filadélfia, v. 34, n. 4, p. 429-431,

Ressalte-se que o ser humano medieval estava ligado de maneira indissociável à comunidade a que pertencia, sendo fácil observar essa categoria como uma unidade homogênea, representada tacitamente por alguns de seus membros. Nesse período, não havia “discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir *indivíduo* de *comunidade* como se concebe hoje”⁸.

Ultrapassadas as duas fontes mais remotas do processo coletivo, é possível atrelar o seu desenvolvimento a um evento histórico mais atual: as *class actions* norte-americanas, cuja importação ao cenário da tradição jurídica da *civil law* ocorreu inicialmente por meio da doutrina italiana.

Embora a Inglaterra seja comumente apontada como o berço dos litígios coletivos, o Direito contemporâneo tem como referência as *class actions* norte-americanas, tendo início a partir das regras de equidade, dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos⁹. Em 1938, surge no país a *Federal Rule nº 23*, objeto de reformas em 1966 e outras posteriores, destinada especificamente a regular as *class actions*, que foram estendidas para todo o direito, e não apenas os processos calcados na equidade.

A respeito do modelo norte-americano, pontuam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que “a tendência mundial é a universalização do modelo das *class actions*, sem dúvida o mais bem-sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos do *common law* e do *civil law*”¹⁰.

Nos anos 70 do século XX, o tema da tutela coletiva foi introduzido pela doutrina jurídica italiana no mundo da *civil law*, que passou a se preocupar mais com a conceituação e a defesa dos direitos difusos. A ampla pesquisa sobre sua tutela processual coletiva empenhou autores como Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti, Nicolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros,

out./dez. 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/845840>. Acesso em: 11 mar. 2018; BLOCH, Marc. From the royal court to the court of Rome: the suit of the serfs of Rosny-sous-Bois. In: THRUPP, Sylvia L. (coord.). *Change in medieval society*. Toronto: University of Toronto Press, 1988. p. 3-13. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=KGv8e8gdb2IC&>. Acesso em: 1 mar. 2019, p. 3.

⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 27.

⁹ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 10-11.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 4, p. 57.

culminando com os congressos realizados em Pavia e Salerno, respectivamente, em 1974 e 1975¹¹.

Nessa linha, é reconhecido que as ações coletivas brasileiras derivam das *class actions* norte-americanas, apreendidas por via indireta, através da doutrina italiana¹². Somente em um segundo momento é que a doutrina nacional se ocupou de estudar o processo coletivo dos Estados Unidos de forma direta, valendo-se da análise do direito e da produção acadêmica daquele país, em especial a partir dos requisitos estabelecidos na *Federal Rule 23*¹³.

2.1.2 O marco das *Federal Rules of Civil Procedure* (1938)

Em 1938, foram publicadas as *Federal Rules of Civil Procedure*, a regular o processo civil nos juízos federais dos Estados Unidos. Cuida-se de um conjunto de atos normativos não codificados, elaborados pela Suprema Corte americana, mediante delegação do Poder Legislativo.

Tal delegação derivou da *Rules Enabling Act* de 1934, lei editada pelo Congresso americano, atribuindo à Suprema Corte a tarefa de “prescrever regras gerais de prática e procedimentos e regras de prova para casos nos tribunais distritais dos Estados Unidos [...] e tribunais de recurso”¹⁴, não podendo, contudo, “diminuir, ampliar ou modificar nenhum direito substantivo”¹⁵.

Coube à *Rule 23* disciplinar as *class actions*, possibilitando a unificação do seu regime, agora ampliado também para a tutela de pretensões indenizatórias (*class actions for damages*), não se limitando às pretensões injuntivas e declaratórias. Ocorre que, na sua redação original, tais ações experimentaram um elevado grau de

¹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98-99.

¹² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

¹³ Por todos, ver GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁴ Dispõe o § 2072 (a): “The Supreme Court shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrates thereof) and courts of appeals”. Disponível em: <https://federalevidence.com/rules-enabling-act>. Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁵ § 2072 (b). Disponível em: <https://federalevidence.com/rules-enabling-act>. Acesso em: 18 mar. 2018.

complexidade, resultando em prejuízos ao seu desenvolvimento prático e teórico por algumas décadas¹⁶.

Boa parte das críticas atribuídas às ações coletivas, em tal momento, decorre da tipologia originariamente proposta por James William Moore ao Comitê Consultivo para as Normas de Processo Civil Federal, dividindo-se as *class actions* em três tipos, a depender da natureza do seu objeto: *true class actions*, *hybrid class actions* e *spurious class actions*¹⁷.

Na redação de 1938, apenas as *true class actions* resultavam em uma decisão necessariamente vinculante ao grupo substituído¹⁸. Nas *spurious class actions*, apenas os representantes do grupo e aqueles que explicitamente desejassem estariam vinculados. Já nas *hybrid class actions*, os membros do grupo eram vinculados apenas em alguns aspectos¹⁹.

Por mais de vinte anos, as regras do processo civil federal americano permaneceram as mesmas, experimentando uma classificação tripartite nunca antes concebida, cuja distinção, em uma situação concreta, poderia se tornar uma atividade bastante difícil.

Não por acaso, os inconvenientes do formalismo normativo, paulatinamente revelados na prática jurídica, consistiram em um dos principais motivos para a reforma que ocorreria em 1966²⁰. Como registra Antonio Gidi, “[a] *Rule 23*, em sua versão original de 1938, nasceu destinada ao insucesso. A sua redação era confusa, complexa e demasiadamente abstrata [...]”²¹. Tais características consistem no extremo oposto da cultura jurídica americana, desapegada de tipologias abstratas.

O caminho seguido pela reforma objetivou justamente consolidar a prática

¹⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

¹⁷ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 11.

¹⁸ Como explica Antonio Gidi, “[q]uando os direitos envolvidos fossem *joint, common* ou *secondary*, caberia uma *true class action*; quando os direitos fossem *several* e envolvessem uma propriedade específica, caberia uma *hybrid class action*; quando os direitos fossem *several*, e houvesse questões de direito ou de fato comuns, caberia uma *spurious class action*”. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

¹⁹ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 11-12.

²⁰ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 262-263.

²¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

existente e imprimir mais efetividade às *class actions*, em especial àquelas concernentes às liberdades públicas (*civil rights*). O resultado foi a produção de um ato normativo integralmente novo.

2.1.3 A reforma de 1966 e a nova redação da *Rule 23*

No ano de 1966, a *Rule 23* passou por uma intensa reforma²², adotando a estrutura geral que conserva até os dias atuais.

De uma forma geral, costuma-se atribuir tal modificação legislativa a dois grandes fatores. O primeiro deles consistiu na necessidade de se construir um modelo mais adequado à tutela dos direitos civis e políticos, em especial a repressão à segregação racial, a partir do movimento dos *civil rights* da década de 1960²³. O segundo grande motivo reformista consistiu na já referida necessidade de se promover uma ampla revisão técnica ao regramento existentes, de modo a afastar os inconvenientes derivados do formalismo e da abstração excessiva²⁴.

A antiga classificação tripartite foi sucedida por três novas categorias totalmente diversas: as *class actions* do tipo (b)(1), (b)(2) e (b)(3)²⁵.

²² “In 1966 the class action rule was completely rewritten as part of a larger set of amendments to the federal joinder rules. The new class action was a revolutionary attempt to define when and in what circumstances group litigation should be allowed in the federal courts. Although the 1966 class-action rule has been amended in important ways twice – in 1998 and 2003 – the stated criteria for the certification of federal class actions has not changed since 1966” (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 342).

²³ Não por acaso, recebeu maior atenção a *class action* do tipo (b)(2), pelo que se objetiva uma tutela mandamental, impondo-se à parte contrária uma obrigação de fazer ou não fazer. Como ressalta Edilson Vitorelli, “[e]ssa é a previsão criada para dar conta dos casos envolvendo problemas de desigualdade em geral, como o racismo e a desigualdade de gênero, assim como do processo de dessegregação escolar” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 264).

²⁴ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 12.

²⁵ *Rule 23(b)*: “Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions

A primeira delas – (b)(1) – é certamente a menos utilizada, tendo dois objetivos: (A) evitar decisões contraditórias em eventuais ações individuais relativas aos diversos membros da classe ou (B) evitar que a decisão favorável a um dos membros da classe, em uma ação individual, coloque em risco os direitos dos demais membros.

Sua preocupação maior reside nos inconvenientes que poderiam surgir, tanto para o grupo quanto para a parte contrária, a partir de decisões incompatíveis, resultantes da multiplicidade de ações individuais, sendo necessária a resolução unitária da controvérsia. O critério aqui é fundamentalmente o mesmo que a *Rule 19(a)(1)(B)* prevê para o litisconsórcio necessário (*joinder of necessary parties*), aproximando-se do litisconsórcio unitário brasileiro, com o detalhe de que, nas ações coletivas, o número de partes é tão expressivo a ponto de inviabilizar a sua cumulação em um único processo.

A segunda categoria – (b)(2) – objetiva uma ordem (*injunction relief*) ou uma decisão declaratória (*declaratory relief*), nas situações em que a parte contrária, por ação ou omissão, deixou de exercer um dever legal de maneira uniforme em face do grupo. Não se objetiva aqui, portanto, uma condenação de natureza pecuniária. Em realidade, tais ações encontram especial aplicação no campo das *civil rights class actions*, sendo criada “principalmente para ser um meio efetivo de trazer para o Judiciário casos de discriminação racial em benefício de um grupo numeroso e amorfo de pessoas”²⁶.

Sua marca, assim como o tipo anterior, é a indivisibilidade da situação conflituosa e a necessidade de dar solução uniforme à controvérsia. De forma exemplificativa, é possível citar as ações coletivas promovidas em favor de pessoas sujeitas ao cárcere, objetivando impor às autoridades prisionais o dever de melhorar as condições prisionais, bem como as ações promovidas em benefício de trabalhadoras do sexo feminino, objetivando o fim de condutas discriminatórias, por parte do empregador, no que diz respeito às decisões relativas à política salarial e

affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.

²⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

de promoção.

Nas duas citadas categorias, a estrutura coletiva do litígio revela claros benefícios, em comparação com a litigância individual. Justamente por isso, os juízes possuem uma maior facilidade em certificar as ações coletivas, sem maiores rigores quanto à consulta das partes ausentes, que, mesmo assim, ficarão vinculadas ao resultado do processo²⁷.

Por fim, a terceira categoria – (b)(3) – possui um caráter residual, aplicando-se às situações não abarcadas nas tipologias anteriores, inclusive (e principalmente) no que se refere às pretensões pecuniárias²⁸.

Para além dos requisitos gerais de todas as ações coletivas, ela exige a presença de questões de fato ou de direito comuns aos membros do grupo, com predominância sobre as questões que lhes são individuais (*predominance test*), bem como a superioridade da técnica da tutela coletiva sobre os demais métodos disponíveis para a eficiente solução da controvérsia (*superiority test*).

Sua natureza é predominantemente indenizatória e própria para o contexto das sociedades de produção em massa, a ponto de ser conhecida como *class action for damages*²⁹, servindo de inspiração para o conceito legal dos direitos individuais homogêneos, previsto no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Diante do potencial interesse dos membros da classe em atuarem de forma individual, os juízes devem, nas ações coletivas do tipo (b)(3), dedicar uma maior atenção à fase processual da “certificação” coletiva, com o objetivo de imprimir uma maior proteção aos ausentes, conferindo-lhes o direito de autoexclusão (*right to opt out*), o que lhes permite o ajuizamento de ações individuais, por sua conta e risco.

Para que possam exercer tal direito, é imprescindível que os membros ausentes sejam adequadamente notificados, exigindo-se que tal notificação seja feita de forma mais rigorosa, em comparação com as duas categorias de ações

²⁷ HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 14.

²⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 264.

²⁹ Como ressalta Antonio Gidi, tais ações também são comumente conhecidas como *common question class actions* ou *opt-out class actions*, por permitir o direito de autoexclusão do grupo. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161).

coletivas anteriores, em que é facultativa³⁰. Após a notificação, os silentes serão considerados parte integrante da classe vinculada à *class action* em questão, sujeitando-se à coisa julgada. Vê-se, quanto a isso, um regramento bastante diverso daquele a que se sujeitavam as *spurious class actions* de 1938, em que os membros do grupo precisavam intervir no processo para que fossem beneficiados pela coisa julgada (regime do *opt in*).

É fácil notar, desde já, a relevância da fase preliminar de “certificação” coletiva (*class certification*) para a proteção da coletividade. É essa fase que permite a compreensão e definição da questão comum que uniformiza o grupo, bem como a definição de seu representante. É, ainda, a fase em que os membros do grupo são notificados do interesse em se propor uma ação coletiva, o que lhes permite o exercício do direito de autoexclusão.

Passadas as décadas, o modelo das *class actions* de 1966 permanece o mesmo, tendo repercutido fortemente na sociedade americana. Como ressaltam alguns autores, logo após a reforma de 1966, as ações coletivas passaram a ser alvo de intensos debates, figurando como um verdadeiro termômetro das opiniões políticas, entre liberais e conservadores. Iniciou-se, em especial nos primeiros anos de sua vigência, uma verdadeira “guerra santa contra as ações coletivas”, diante do aumento expressivo do seu número nos primeiros anos³¹.

Nos anos mais recentes, alguns autores americanos chegaram a sugerir que, seja no campo de ações coletivas mais particulares, seja no campo geral da sua aplicação, tais demandas tenderiam ao desaparecimento³². Essas observações,

³⁰ *Rule 23(c)(2)(A)*: “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.”. *Rule 23(c)(2)(B)*: “For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3)—or upon ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement 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 may be by one or more of the following: United States mail, electronic means, or other appropriate means. 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)”.

³¹ HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000, p. 15-18.

³² Nesse sentido: GILLES, Myriam. *Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action*. Michigan Law Review, v. 104, 2005. Disponível em:

todavia, como apontam Jay Tidmarsh e Roger H. Trangsrud, carregam uma alta dose de exagero³³.

Como explicam os citados autores, tal visão pessimista deriva sobretudo do fato de as regras da *class certification*, nas cortes federais, terem se tornado mais restritivas nos últimos anos, especialmente as *class actions* que versam sobre responsabilidade civil (*mass torts*). Não bastasse isso, tem sido comum a inserção, nos contratos de consumo, de cláusulas de renúncia do direito de ajuizamento de *class actions* por parte dos consumidores, remanescendo apenas a via individual³⁴. A validade da aludida cláusula, contudo, tem sido afastada em diversos precedentes judiciais, a exemplo dos casos *Kristian v. Comcast*, *Discover Bank v. Superior Court* e *Chalk v. T-Mobile USA*.

Até mesmo por isso, o principal objeto de estudo das *class actions*, na sua atual configuração, não recai apenas sobre os seus tipos, mas sobretudo sobre os seus requisitos (*prerequisites*), analisados durante a fase processual da “certificação”.

É desse importante ponto que se ocuparão as próximas linhas.

2.2 OS FUNDAMENTOS DA *CLASS CERTIFICATION* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

2.2.1 Os dois sentidos da class certification: a definição do grupo e a verificação dos requisitos de admissibilidade da class action

Para que seja conduzida sob a forma coletiva, uma demanda necessita vencer uma série de requisitos (*prerequisites*) no direito norte-americano. É disso que se ocupa a fase da *class certification*, consistindo em um juízo preliminar que visa à verificação da possibilidade de ser dado seguimento à *class action*, com impacto

<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=mlr>. Acesso em: 19 abr. 2018.

³³ TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 563.

³⁴ TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 563.

sobre o grupo.

Cuida-se de uma etapa processual de extrema relevância, cujos requisitos objetivam “proporcionar um processo justo, em que às vantagens do julgamento uniforme da lide coletiva não se sobreponham os riscos de injustiça aos membros ausentes do grupo”³⁵. A lógica aqui é bastante simples: diante de uma demanda cujo resultado pode beneficiar ou prejudicar toda uma coletividade – em razão dos efeitos da coisa sobre o grupo –, a estrita observância dos seus requisitos é um meio de proteção aos ausentes.

No direito norte-americano, a expressão *class certification* é utilizada em dois grandes sentidos ou conteúdos.

O primeiro deles consiste na “certificação” do grupo (*class definition*), em que a decisão assume a relevante tarefa de definir os contornos do grupo, o que virá a influenciar por completo os rumos do processo coletivo. No direito norte-americano, a definição da classe (*class definition*) é o pressuposto básico para o ajuizamento de qualquer espécie de ação coletiva (*class action*)³⁶, por uma série de razões, o que inspirou países como a Espanha a estabelecerem, na legislação processual, a mesma providência³⁷.

A título de exemplo, a análise do requisito da *adequação do legitimado* coletivo dependerá em especial do grupo que pretende proteger. De fato, antes de realizar qualquer juízo a respeito do legitimado coletivo, o órgão julgador precisa saber os contornos do grupo que esse (pretense) legitimado pretende proteger. Em realidade, tal pessoa sequer pode ser considerada legitimada sem um prévio juízo de adequação.

Além disso, é a definição do grupo que permite a adequada notificação dos seus membros, que possuem o legítimo direito de se excluir do grupo (*right to opt*

³⁵ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

³⁶ TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. Modern Complex Litigation. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 344.

³⁷ Conforme disposto no art. 256 do Código de Processo Civil espanhol (Ley de Enjuiciamiento Civil), nos processos destinados à defesa dos interesses coletivos de grupo de consumidores, “el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”. Cf. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1>. Acesso em: 11 mai. 2019.

out). Ela também permite a participação dos possíveis afetados e possibilita a celebração de acordos – afinal, não se revela possível a negociação sem uma prévia definição daqueles que estarão sujeitos aos seus efeitos. Por fim, “somente sabendo exatamente quem faz parte do grupo representado em juízo se saberá quem será atingido pela coisa julgada coletiva”³⁸.

No âmbito das *class actions*, na prática, os tribunais costumam analisar a existência de um grupo em função dos requisitos da *Rule 23* para a admissibilidade da demanda. Presentes os requisitos, haverá, por consequência, um grupo³⁹. Justamente por isso, no sistema americano, a existência de um grupo não é considerada um quinto elemento autônomo, sendo extraída, sobretudo, dos requisitos da numerosidade e da questão comum.

Além disso, a composição do grupo é limitada pela pretensão do representante adequado: “como ele somente pode representar pessoas cuja lide seja semelhante à sua (tipicidade), somente tais pessoas farão parte do grupo”⁴⁰. O que se observa é que a exigência de um grupo bem definido é uma tarefa realizada de forma conjunta com os demais requisitos, sem a necessidade de se invocarem critérios subjetivos ou mesmo de uma investigação fática extensa, o que poderia prejudicar o andamento da demanda. Ao final, a coisa julgada recairá sobre o grupo, tal como delimitado na decisão de “certificação” coletiva.

A composição do grupo é algo que pode variar bastante, a depender da situação concreta.

É possível imaginar, a título de exemplo, em uma coletividade formada por *todas as pessoas residentes no Estado de Luisiana (state-wide class)*, por *pessoas residentes em vários Estados (multistate class)* ou mesmo por *pessoas residentes em todo o país (nation-wide class)*. No âmbito das ações coletivas de natureza trabalhista, é possível pensar em uma *coletividade formada por todos os empregados de uma determinada empresa (company-wide class)*, ou apenas os empregados de um determinado gênero ou nacionalidade⁴¹.

Como registra Antonio Gidi, a composição do grupo pode ser *indeterminável*

³⁸ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 193-194.

³⁹ Ibid., p. 258.

⁴⁰ Ibid., p. 258.

⁴¹ Ibid., p. 262.

(*amorphous, vague or indeterminate classes*) – a exemplo das ações movidas em benefício de pessoas de uma determinada classe social ou origem –, ou até mesmo *fluída ou instável (fluid class)*, com alta rotatividade dos seus membros, como nas ações coletivas movidas em benefício de estudantes, enfermeiros, pacientes em uma determinada unidade hospitalar etc.

É possível ainda imaginar um grupo formado por pessoas que sequer existem (*future class members*), como ocorre nas ações coletivas movidas em benefício de futuros contratantes ou pessoas que venham a nascer com uma deficiência em razão da exposição dos seus pais a um agente tóxico⁴². Em tais casos, é possível falar em coletividades *hipervulneráveis*, porquanto formadas por pessoas ausentes, invisíveis e passivas, incapazes de participar de eventuais negociações⁴³.

Em um segundo sentido, a “certificação” coletiva serve para que o juiz defina se a ação coletiva atende a todos os requisitos legais, decidindo assim o requerimento de processamento coletivo (*motion o certification*). Aqui, temos a chamada certificação da ação como coletiva (*certification of a class action*).

Tanto a definição do grupo (*class definition*) quanto a “certificação” da ação (*certification of a class action*) são realizadas em uma única decisão.

2.2.2 Relevância da decisão da *class certification*

Como exposto, o processamento de uma *class action* possui duas fases distintas: a primeira, iniciada com a propositura da ação, em que o juiz avaliará a hipótese de cabimento e a presença dos seus requisitos; a segunda, desenvolvida a partir da definição da estrutura coletiva da demanda.

O que separa tais fases é a decisão de admissibilidade e organização processual (*class certification*). É ela que confere estrutura coletiva à demanda proposta. Somente a partir dela é possível falar na existência de uma ação coletiva.

Via de regra, o pedido de processamento de uma determinada ação como coletiva ocorre a partir da petição inicial (*motion for certification*). É possível,

⁴² GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 263.

⁴³ Ibid., p. 265-266.

contudo, que, no curso do procedimento de uma ação individual, haja a sua conversão em coletiva. É o que ocorreria no exemplo formulado por André Vasconcelos Roque:

Suponha-se, por exemplo, que um banco proponha uma ação de cobrança individual em face de um de seus correntistas. O demandado apresenta contestação e formula reconvenção (*counterclaim*) em seu benefício e de todos os demais correntistas, pleiteando a revisão dos encargos bancários previstos no contrato de abertura de crédito. Se os encargos questionados também forem cobrados da mesma forma por outras instituições financeiras, em tese, seria possível não somente deduzir reconvenção em favor dos demais correntistas dos demandantes, como até mesmo dos clientes de outras instituições financeiras, que estarão representados pelo banco que ingressou com a ação de cobrança originária. Nesse caso, restaria instaurado um processo coletivo bilateral (*bilateral class action*), com dois grupos litigando entre si⁴⁴.

Da mesma fora, admite-se que uma demanda que havia sido admitida como *class action* perca tal qualidade ao longo do procedimento, passando a receber o tratamento de ação individual, por meio de uma decisão de *decertification*. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que se observa, posteriormente à decisão de “certificação”, que a classe foi mal representada ou quando o direito de autoexclusão (*right to opt out*) foi exercido por um número elevado de pessoas, de modo a comprometer o requisito da impraticabilidade do litisconsórcio – Regra 23(a)(1).

Revogada a “certificação” coletiva, a demanda passa a ter caráter individual, não implicando a automática extinção do processo.

Vê-se, portanto, que o requerimento para a *class certification* pode ser formulado em uma ação proposta originariamente na forma coletiva ou em uma ação individual. Indeferido o pedido de certificação, a demanda seguirá com natureza individual.

Essa decisão, adianta-se, possui finalidade e importância muito próximas da decisão de saneamento do direito brasileiro, como apontam autores como Antonio Gidi⁴⁵ e André Vasconcelos Roque⁴⁶.

De acordo com a Regra 23(c)(1)(B), “[u]ma ordem que certifica uma ação de classe deve definir a classe e as reclamações, problemas ou defesas da classe e

⁴⁴ ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 30.

⁴⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 213.

⁴⁶ ROQUE, André Vasconcelos. *Op. cit.*, p. 231.

deve indicar o advogado de classe de acordo com a Regra 23(g)".

Cuida-se decisão extremamente relevante para o processo coletivo americano. Não por acaso, muitas vezes, esse é o momento mais conflituoso da demanda, podendo vir a ser também a fase mais demorada do processo⁴⁷, justamente por ter "o poder de transformar uma massa de indivíduos amorfa em uma entidade juridicamente reconhecida e capaz de ir a juízo lutar por seus interesses"⁴⁸.

Tecnicamente, é essa decisão que *torna* a ação proposta uma ação coletiva, assegurando, conseqüentemente, a eficácia subjetiva *erga omnes* da coisa julgada dela advinda. Ao certificar a *class action*, o órgão julgador tem a tarefa de: a) definir os contornos do grupo (*class definition*); b) avaliar a presença dos requisitos na *Rule 23(a)* e decidir de qual dos tipos de ação coletiva previstos na *Rule 23(b)* se trata. Na hipótese de a situação não se encaixar completamente nas exigências legais, o juiz poderá certificar uma ação coletiva parcial (*issue class action*)⁴⁹.

Pará além desses elementos estruturantes à própria natureza do caso, a "certificação" também irradia efeitos em outros relevantes aspectos da demanda. Ela influencia a alavancagem das partes para a celebração de acordos, determina os valores que podem ser obtidos pelos advogados das partes, os prováveis custos para a instrução e julgamento, bem como a publicidade que deverá ser empregada ao litígio⁵⁰.

Negada a *class certification*, não é reconhecido, por consequência, o caráter coletivo da demanda, que seguirá apenas em relação à pretensão individual do autor. Em muitos casos, porém, sequer subsiste o interesse do autor em persistir na via exclusivamente individual. Isso ocorre sobretudo nas hipóteses em que as pretensões individuais são demasiadamente reduzidas, a ponto de afastar o interesse dos lesados em ajuizar suas respectivas ações. Nessas situações, a decisão de não "certificação" representará a impossibilidade de o Judiciário apreciar

⁴⁷ "In many cases, the certification decision is the decisive ruling in the case" (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 341).

⁴⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 198.

⁵⁰ "It determines the settlement leverage of the parties, the size of the fees that may earned by both plaintiff and defense counsel, the likely costs of discovery and trial, and publicity which will or will not attend the litigation. Moreover, the potencial for class treatment exerts an influence on the very nature of the case" (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 341).

a questão como um todo.

Não por acaso, é bastante comum que o ponto de maior disputa entre as partes, nas *class actions*, esteja centrado na discussão relativa à *certification*. É aqui que se estabelece uma verdadeira batalha processual. Certificada a ação coletiva, incrementam-se intensamente os riscos da parte adversa à coletividade. Isso porque, antes dela, a posição do grupo é ainda bastante precária; após, com o reconhecimento da existência de uma coletividade que postula o reconhecimento de um direito, equilibram-se as forças do litígio⁵¹.

Costuma-se observar, na prática forense norte-americana, a ferrenha oposição do réu à “certificação” coletiva, de modo a esquivar-se dos riscos que apontam ao incremento da sua responsabilidade. Em razão de tais riscos, admitida a demanda na forma coletiva, o réu tende a estar mais disponível para a celebração de acordos, elevando-se o poder de barganha do grupo⁵².

É preciso registrar, por outro lado, que nem sempre o demandado apresentará resistência à “certificação” coletiva. Em alguns casos, poderá restringir sua defesa, em tal momento, a pontos específicos, a exemplo de uma definição mais restrita da classe, com base em uma visão restritiva da questão comum. Poderá, ainda, concordar ou até mesmo postular que uma determinada ação individual seja certificada como coletiva.

O interesse do réu em assim proceder está diretamente relacionado com a economia das despesas processuais e honorários advocatícios, notadamente nos casos em que as pretensões individuais possuem relevante valor econômico. A *class certification*, sob o ponto de vista do demandado, pode representar uma tentativa de obtenção de uma solução favorável e definitiva, de modo a vincular todo o grupo afetado, encerrando a discussão sobre o litígio⁵³, seja por meio de uma decisão judicial, seja por meio de um acordo.

Além disso, comumente, o valor global indenizatório, em uma *class action*,

⁵¹ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

⁵² BERRY, Stephen. Ending substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive revision of the Class Damage Action. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 2, 1980, p. 299-344. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1121922?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 2 mai. 2018.

⁵³ ROQUE, André Vasconcelos. Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 231.

costuma ser menor que a soma das indenizações porventura obtidas nas inúmeras demandas individuais.

Não por acaso, tem sido cada vez mais comum a celebração de acordos antes mesmo da fase de admissibilidade, por meio das chamadas *settlement class actions*, propostas exclusivamente para que o Judiciário certifique a *class action* e homologue o acordo coletivo já celebrado, vinculando todo o grupo. Foi o que ocorreu no famoso – e já citado – caso *AmChem Products, Inc. v. Windsor*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a decidir sobre os efeitos do (prévio) acordo sobre a decisão de “certificação” coletiva.

Naquela ocasião, haviam sido ajuizadas diversas ações indenizatórias individuais contra fabricantes de amianto, substância à época utilizada em diversos produtos comerciais, tida como provocadora de doenças graves, como o câncer de pulmão, mesotelioma e asbestose.

Os casos foram consolidados para julgamento conjunto (*multidistrict litigation*), perante o Distrito da Pensilvânia, resultando na celebração de um acordo global parcial (*partial global settlement*) realizado pelos advogados das partes demandantes e dos fabricantes.

O objetivo do acordo era o de vincular os potenciais litigantes que ainda não haviam ajuizado suas ações individuais, tendo sido requerida a “certificação” coletiva apenas para fins de homologação do ajuste. Ao final, a Suprema Corte entendeu possível as chamadas *settlement class actions*, sendo sujeitas, contudo, ao prévio juízo de “certificação” coletiva da Regra 23, o que restou negado na situação concreta, em razão da ausência de questão comum predominante⁵⁴.

2.2.3 O momento da decisão

No que diz respeito ao momento da decisão de “certificação” (*time to issue*), dispõe a Regra 23(c)(1)(A) que ela deve ocorrer o quanto antes (*at an early practicable time*), dado o seu caráter saneador. É preferível, portanto, que ocorra na fase inicial do procedimento.

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 521 US 591, 1997.

A partir de tal previsão, alguns tribunais criaram normas locais, regulamentando um período dentro do qual deve ser formulado o requerimento de “certificação” coletiva, o que tem variado, em geral, entre trinta e noventa dias, contados da propositura da ação, da citação ou do encerramento da fase postulatória⁵⁵.

É bastante comum que, antes de tal requerimento ser feito, as partes desenvolvam investigações sobre os fatos relevantes para a decisão, por meio da chamada *preclass certification discovery*. Isso porque, naturalmente, ao examinar os conceitos indeterminados da Regra 23 (impraticabilidade do litisconsórcio, questão comum, tipicidade, adequada representação etc.), o juiz fatalmente terá que analisar questões de fato relativas à controvérsia⁵⁶.

2.2.4 Considerações sobre o mérito da demanda na *class certification*

A análise do mérito da demanda, na fase de admissibilidade, consiste em um dos temas mais sensíveis das *class actions* americanas.

Logo nos primeiros anos após a reforma de 1966, passou a ser comum a designação, pelos juízes, de audiências inaugurais, com o objetivo de analisar a probabilidade de vitória do autor coletivo, o que era realizado antes mesmo da decisão sobre a “certificação” coletiva⁵⁷.

Tal prática foi levada à Suprema Corte no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (1974), tendo sido decidido que “não há nada na Regra 23 ou na sua história que autorize o juiz a realizar uma audiência preliminar sobre o mérito da causa para decidir se ela poderá seguir como uma ação coletiva”⁵⁸. A partir do aludido precedente, restou consolidado o entendimento de que, na fase de “certificação” coletiva, cabe ao juiz limitar-se a analisar os requisitos necessários ao cabimento da

⁵⁵ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

⁵⁶ Ibid., p. 197.

⁵⁷ Cf. ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito Oriental de Nova Iorque. *Dolgow v. Anderson*. 43 F.R.D. 472, 1968.

⁵⁸ “There is nothing in either the language or history of Rule 23 that gives a court any authority to conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action, and, indeed, such a procedure contravenes the Rule by allowing a representative plaintiff to secure the benefits of a class action without first satisfying the requirements of the Rule” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 417 US 156, 1974).

ação na forma coletiva, o que deve ser feito a partir das alegações do legitimado coletivo.

Ocorre que um dos requisitos previsto na Regra 23 consiste na existência de uma questão comum, elemento essencial para a definição dos contornos do grupo substituído⁵⁹.

Nos últimos anos, a questão foi enfrentada pela Suprema Corte americana em dois relevantes casos.

O primeiro deles, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* (2011), consistiu em uma ação coletiva proposta em benefício de aproximadamente um milhão e meio de empregadas e ex-empregadas da rede *Wal-Mart*, sob o fundamento da existência de discriminação de gênero no âmbito trabalhista. Em breve síntese, sustentou-se que a remuneração e as promoções das empregadas ocorriam em número consideravelmente inferior às dos empregados que exerciam funções análogas na mesma empregadora. A Corte Distrital “certificou” a *class action* – que viria a ser a maior ação coletiva da história dos Estados Unidos – e, ao final, em razão de recurso da parte contrária, o caso chegou à Suprema Corte, que reverteu a decisão de certificação, sob a alegação de que não havia sido satisfeito o requisito da questão comum (*commonality*) no caso, em violação à Regra 23(b)(2).

Segundo o *Justice* Antonin Scalia, condutor da tese vencedora, no caso em questão, “a prova da existência de uma questão comum necessariamente se sobrepõe à alegação de que o Wal-Mart se envolve em um padrão ou prática de discriminação”. Assim – concluiu –, “sem alguma cola unindo as alegadas razões [...], será impossível dizer que o exame de todas as reivindicações dos membros da classe produzirá uma resposta comum à questão crucial da discriminação”⁶⁰.

Naquela oportunidade, a Suprema Corte registrou que a fase de “certificação” coletiva demanda uma análise rigorosa, que pode vir a incluir o próprio mérito da demanda, de forma a se compreenderem as questões comuns e o contorno da classe substituída. Diante da situação concreta, entendeu que os elementos constantes dos autos não evidenciavam a existência de uma política comum de

⁵⁹ *Rule 23(a)(2)*: “there are questions of law or fact common to the class”.

⁶⁰ “Without some glue holding together the alleged reasons for those decisions, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims will produce a common answer to the crucial discrimination question” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011).

discriminação com base no gênero. Conseqüentemente, não foi reconhecida a existência de uma questão comum⁶¹.

Pouco mais de um ano após proferir tal decisão, a Suprema Corte foi chamada a apreciar questão similar, no caso *Comcast v. Behrend*. Na origem, foi proposta ação coletiva em benefício dos usuários do serviço de televisão a cabo da Comcast, sob a alegação de que a companhia havia violado a legislação federal antitruste, por meio de práticas monopolistas na Filadélfia. Segundo sustentado, tais práticas teriam fragilizado a livre competição e, assim, resultado em preços mais elevados.

A ação coletiva foi admitida pela Corte Distrital, o que restou revertido por decisão posterior da Suprema Corte, sob o fundamento de que a parte autora não havia fornecido argumentos convincentes de que seria capaz de quantificar o impacto das alegadas práticas ilícitas sobre o preço do serviço⁶².

Na oportunidade, registrou o *Justice* Antonin Scalia, autor do voto vencedor, que a Corte de origem, inadequadamente, exigiu apenas que a parte autora fornecesse um método para quantificar os danos para a classe, deixando de decidir se tal método era razoável ou baseado em mera especulação. Como os tribunais inferiores não estabeleceram adequadamente o impacto econômico das ações da Comcast sobre as supostas vítimas, a “certificação” coletiva foi, ao final, negada.

A tese vencida, dos *justices* Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer, seguida pelos *justices* Sotomayor e Kagan, caminhava em sentido oposto, sustentando que a Suprema Corte não poderia adentrar o mérito da demanda.

Mais uma vez, portanto, foi decidido que a análise dos requisitos da “certificação” coletiva, com frequência, adentrará as alegações de mérito do legitimado coletivo⁶³.

⁶¹ “Because respondents provide no convincing proof of a companywide discriminatory pay and promotion policy, we have concluded that they have not established the existence of any common question” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011).

⁶² “Under the proper standard for evaluating certification, respondents’ model falls far short of establishing that damages can be measured classwide” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 569 U.S. 27, 2013).

⁶³ “Repeatedly, we have emphasized that it ‘may be necessary for the court to probe behind the pleadings before coming to rest on the certification question’ and that certification is proper only if ‘the trial court is satisfied, after a rigorous analysis, that the prerequisites of Rule 23(a) have been satisfied.’ Ibid. (quoting *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U. S. 147 –161 (1982)). Such an analysis will frequently entail ‘overlap with the merits of the plaintiff’s underlying claim.’ 564 U. S., at ___ (slip op., at 10). That is so because the ‘class determination generally involves considerations that are enmeshed in the factual and legal issues comprising the plaintiff’s cause of

Tal entendimento, em termos abstratos, parece correto, na medida em que a definição do grupo substituído, por um lado, consiste em um dos mais relevantes aspectos da decisão de “certificação” coletiva – com amplas implicações em temas como o da competência, intervenção de terceiros e coisa julgada – e, por outro, dependerá de uma análise das alegações do legitimado coletivo. É inevitável, portanto, uma incursão nos fatos do caso, desde que de forma abstrata, sem que seja realizado qualquer juízo sobre a probabilidade de êxito da demanda, sob pena de restar comprometido o acesso à justiça e a imparcialidade do julgador.

2.2.5 Revogação e modificação da decisão de *class certification*

Dispõe a Regra 23(c)(1)(C) que a ordem de “certificação” coletiva não é irreversível⁶⁴, podendo ser revogada ou modificada posteriormente, antes da decisão final sobre o mérito da demanda.

Assim sendo, uma demanda admitida na forma coletiva pode vir a ser “decertificada”, voltando a assumir uma natureza individual, imitada às partes. É possível ainda que uma *class action* anteriormente certificada de forma ampla venha a ser restringida, realizando-se uma nova delimitação do grupo afetado (*class redefinition*). Da mesma forma, o inverso também pode ocorrer: a redefinição do grupo em termos mais amplos ou até mesmo a reconsideração de uma decisão que havia anteriormente indeferido o requerimento de “certificação” coletiva.

Tem sido comum, para uma melhor administração do processo e delimitação do seu objeto, que o juiz, ao se deparar com os fatos da causa, realize uma subdivisão do grupo afetado em subgrupos (*subclass*).

Conquanto certa a precariedade da “certificação” até a decisão final sobre o mérito da demanda, o tema da eficácia preclusiva dessa decisão suscita controvérsias desde o início das ações coletivas modernas. A discussão ganhou especial relevo a partir da aprovação dos *Principles of the Law of Aggregate Litigation* pela *American Law Institute*, no ano de 2010, da decisão do Oitavo Circuito

action.’ Ibid. (quoting Falcon, supra, at 160).” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 569 U.S. 27, 2013).

⁶⁴ *Rule 23(c)(1)(C)*: “Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment”.

no caso *In re Baycol Productos Litigation*, no mesmo ano, bem como da decisão da Suprema Corte americana, no caso *Smith v. Bayer Corp*, em 2011⁶⁵.

Por obvio, assim como nas demandas individuais, as ações coletivas também estão sujeitas aos efeitos preclusivos da coisa julgada, seguindo-se o regramento geral sobre o tema.

O debate repousa, de forma específica, sobre a decisão de certificação, surgindo sobretudo em duas situações práticas. Na primeira, discute-se se é possível que uma segunda Corte (federal ou estadual) reconheça os efeitos preclusivos de uma decisão que, anteriormente, negou a “certificação” coletiva sobre os mesmos fatos, proferida por uma outra Corte (federal ou estadual). A segunda surge quando uma Corte federal é levada a decidir pedido formulado por legitimado coletivo, com o objetivo de obter, numa Corte estadual, a “certificação” de uma *class action* originariamente negada em Corte federal.

Em síntese, o questionamento pode ser assim resumido: devem ser reconhecidos efeitos preclusivos a uma decisão que nega a “certificação” coletiva, de modo a impedir que o mesmo grupo tente certificar a mesma ação coletiva em um momento posterior?⁶⁶

A pergunta carrega uma certa complexidade, na medida em que é a decisão de “certificação” coletiva que vincula o grupo ao desempenho do legitimado coletivo – o que, em princípio, inclui a própria decisão de certificação. Assim sendo, estaria esse mesmo grupo proibido de litigar novamente, em um juízo diverso, o mesmo tema?

Aqueles que defendem a eficácia preclusiva da decisão que nega a “certificação” coletiva argumentam que, se acaso permitida a repetição de novo pedido em momento posterior, haveria uma submissão indesejada da parte contrária aos custos de uma litigância trabalhosa e custosa. Além disso, tal caminho prejudicaria a eficiência do Poder Judiciário e da sua economia.

Nesse sentido, decidiu o Sétimo Circuito, no caso *In re Bridgestone/Firestone, Inc.*, que, na hipótese de não ser reconhecida eficácia preclusiva à decisão que nega a “certificação” coletiva, se corre o risco de a parte adversa se sujeitar a diversas ações no tempo, relativas ao mesmo caso, sendo suficiente que, em apenas uma,

⁶⁵ GIDI, Antonio. Issue Preclusion Effect of Class Certification Orders. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 63, 2011, p. 1023-1025.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1028.

haja uma decisão de “certificação” positiva, para que todas as decisões contrárias sejam reduzidas à insignificância⁶⁷. Em outras palavras, uma única decisão positiva seria capaz de substituir diversas decisões negativas, não incentivando um ilegítimo *forum shopping*.

A análise de tal argumento chegou à Suprema Corte americana no caso *Smith v. Bayer Corp*, em 2011⁶⁸. Na origem, a situação fática pode ser assim resumida: a Bayer Corp. retirou do mercado determinado fármaco de controle do colesterol, o *Baycol*, em agosto de 2001, devido aos graves riscos decorrentes do seu uso, que poderia levar à morte de alguns usuários.

Keith Smith e Shirley Sperlazza ajuizaram ação na Corte Estadual da Virgínia Ocidental em 2001, buscando obter “certificação” coletiva, em favor dos usuários do Baycol em todo o Estado. Ocorre que, um mês antes, no mesmo Estado, um outro litigante, George McCollins, havia demandado perante a mesma Corte, tendo sido transferidos os respectivos autos para a Corte Federal e consolidados como parte de um litígio multidistrital na Corte Distrital para o Distrito de Minnesota. Tal Corte negou a “certificação” com base no argumento de que as perdas econômicas não poderiam ser quantificadas e litigadas em uma ação coletiva, por ausência da predominância de questões comuns sobre as questões particulares. Tendo seguido como uma demanda individual, o mérito da ação ajuizada por George McCollins foi apreciado, tendo sido julgado improcedente o pedido, sob o fundamento de que o autor não conseguiu comprovar o dano individualmente sofrido.

Em seguida, decidiu a Corte Distrital que o caso de Smith e Sperlazza, na Corte Estadual da Virgínia Ocidental, estaria vinculado a essa decisão, tendo em vista se tratar da mesma questão jurídica de fundo.

Eles apelaram para a Corte de Apelações pelo Oitavo Circuito, que, no ano de 2010, decidiu pela eficácia preclusiva da decisão que havia negado a “certificação” da ação coletiva já apreciada, impedindo-se a instauração de novo litígio sobre o mesmo tema.

Provocada, a Suprema Corte americana, por unanimidade, seguiu o voto da *Justice* Elena Kagan, reformando a decisão recorrida, por entender que a Corte

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Sul de Indiana. 247 F. Supp. 2d 1071, 2003.

⁶⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 299, 2011.

Federal não poderia impedir a Justiça Estadual de proceder a uma nova análise da “certificação” coletiva. Ao se referir à decisão da Corte de Apelações, registrou:

De acordo com a corte, Smith estava invocando uma regra de ação de classe semelhante à usada por McCollins para buscar a certificação “da mesma classe” em uma ação alegando “as mesmas teorias jurídicas”, id, em 724; a questão no tribunal estadual, portanto, era “suficientemente idêntica” àquela que o tribunal federal decidira autorizar, ibid. Além disso, sustentou o tribunal, as partes nos dois processos eram suficientemente semelhantes: como Smith era um membro não-identificado da classe proposta por McCollins e porque seus “interesses estavam alinhados”, Smith estava apropriadamente vinculado ao julgamento do tribunal federal.⁶⁹

Para fundamentar tal decisão, a Suprema Corte se valeu de dois principais argumentos. De início, registrou que as questões postas nas ações de Smith e McCollins não eram idênticas; além disso, por não ter sido parte na ação proposta por McCollins – que, repita-se, não foi admitida como uma *class action* –, não poderia Smith estar vinculado à decisão que lhe negou a certificação. É o que se extra o seguinte excerto do voto:

A questão aqui é se a rejeição do tribunal federal à classe proposta por McCollins impediu uma adjudicação posterior no tribunal estadual da moção de certificação de Smith. Para que a determinação do tribunal federal sobre o assunto de classe tenha esse efeito preclusivo, pelo menos duas condições devem ser atendidas. Primeiro, a questão que o tribunal federal decidiu deve ser a mesma apresentada no tribunal estadual. Veja 18 Wright & Miller §4417, em 412. E, segundo, Smith deve ter sido parte do processo federal, ou então deve estar dentro de uma das poucas exceções à regra geral de não vinculação das partes ausentes. Veja 18A id., §4449, no número 330. De fato, como explicaremos, as questões perante os dois tribunais não eram as mesmas, e Smith não era nem parte, nem recaiu sobre tipo excepcional de não-parte que pode ser vinculada. Assim, os tribunais abaixo erraram em decidir a questão da certificação impedida, e erraram ainda mais em pensar uma injunção apropriada⁷⁰.

Nessa linha, destacam-se sete razões apresentadas por Antonio Gidi para que não se reconheça eficácia preclusiva à decisão que não certifica uma ação coletiva,

⁶⁹ “According to the court, Smith was invoking a similar class action rule as McCollins had used to seek certification “of the same class” in a suit alleging “the same legal theories”, id., at 724; the issue in the state court therefore was “sufficiently identical” to the one the federal court had decided to warrant preclusion, ibid. In addition, the court held, the parties in the two proceedings were sufficiently alike: Because Smith was an unnamed member of the class McCollins had proposed, and because their “interests were aligned”, Smith was appropriately bound by the federal court’s judgment. Ibid.” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 299, 2011).

⁷⁰ “The question here is whether the federal court’s rejection of McCollins’ proposed class precluded a later adjudication in state court of Smith’s certification motion. For the federal court’s determination of the class issue to have this preclusive effect, at least two conditions must be met. First, the issue the federal court decided must be the same as the one presented in the state tribunal. See 18 Wright & Miller §4417, at 412. And second, Smith must have been a party to the federal suit, or else must fall within one of a few discrete exceptions to the general rule against binding nonparties. See 18A id., §4449, at 330. In fact, as we will explain, the issues before the two courts were not the same, and Smith was neither a party nor the ex-ceptional kind of nonparty who can be bound. So the courts below erred in finding the certification issue precluded, and erred all the more in thinking an injunction appropriate” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 299, 2011).

que podem ser assim sintetizados⁷¹:

- a) a decisão de “certificação” não se confunde com o julgamento final. É dizer, a “certificação” coletiva não compreende propriamente um “julgamento de mérito”, sobre o qual deva recair a preclusão. Trata-se de mera decisão procedimental, sendo certo que a Regra 23(c)(1)(C) prevê o caráter precário da decisão;
- b) as partes ausentes não podem ser vinculadas se não houve “certificação” coletiva. Antes de ser certificada, a ação coletiva ostenta natureza meramente putativa (*putative class action*), não existindo, portanto, no plano formal. Assim sendo, ao menos em tal momento, não se pode falar propriamente em substituição das partes pelo legitimado coletivo, sendo inapropriada a vinculação dos ausentes à decisão que nega a certificação;
- c) as partes ausentes não podem exercer o direito de retirada (*right to opt-out*) antes da “certificação” coletiva. Tal direito consiste em uma importante garantia extraída do devido processo legal, sendo exercido após a adequada notificação do grupo, em um momento posterior, que não ocorrerá, na hipótese de ser negada a certificação;
- d) a questão de fundo pode ser diversa. Em alguns casos, existe uma diferença significativa de mérito entre duas ações coletivas, o que não deve consistir em um obstáculo ao processamento de ambas, na medida em que ausente risco de insegurança jurídica, derivado da reabertura indefinida da apreciação de uma mesma questão. Há ainda situações em que, conquanto as questões de fato sejam substancialmente idênticas, as leis processuais das jurisdições envolvidas, aplicáveis à “certificação” coletiva, são diversas;
- e) a decisão de “certificação” coletiva ostenta uma carga maior de discricionariedade, o que, à luz da jurisprudência de alguns tribunais, impediria a sua imutabilidade;
- f) a assimetria dos resultados: se uma decisão que nega a “certificação”

⁷¹ GIDI, Antonio. Issue Preclusion Effect of Class Certification Orders. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 63, 2011, p. 1033-1055.

coletiva possui eficácia preclusiva, uma decisão que a reconhece também deveria tornar imutáveis os assuntos debatidos, produzindo efeitos sobre outros processos que discutam as mesmas circunstâncias.

De fato, os argumentos listados são suficientes para que seja afastada a eficácia preclusiva da decisão que nega a “certificação” coletiva, que pode vir a ser rediscutida. A principal razão repousa sobre a segunda justificativa apresentada: negada a certificação, não se pode falar em vinculação das partes ausentes, na medida em que ainda não reconhecida a sua substituição pelo pretense legitimado coletivo.

Em outras palavras, por uma questão de lógica, se não houve a “certificação” coletiva, não houve ação coletiva, mas mero requerimento individual, cuja decisão vinculará, tão somente, aquele que requereu.

2.2.6 “Certificação” parcial (issue class action)

Expressamente prevista na Regra 23(c)(4)⁷², a “certificação” parcial consiste em uma solução comumente aplicada aos litígios de massa – Regra 23(b)(3) –, nas hipóteses em que a questão comum, da forma como originariamente apresentada, ostenta particularidades que afetam a sua homogeneidade.

Em tais hipóteses, é lícito ao juiz certificar a ação coletiva por meio de uma redução do seu objeto, restringindo-o a aspectos comuns que possibilitem o julgamento coletivo.

É bastante comum que uma demanda coletiva apresente, ao mesmo tempo, questões comuns à coletividade como um todo e questões específicas, relativas a apenas parte do grupo. Sendo assim, a Regra 23 permite a chamada *issue class action*, em que apenas parte da controvérsia é certificada, evitando-se a inadmissibilidade da demanda como um todo.

Cuida-se, portanto, de uma decisão que implica o parcial deferimento do pedido de “certificação” coletiva, com o igualmente parcial aproveitamento da

⁷² *Rule 23(c)(4)*: “Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues”.

moldura fática exposta na inicial.

Consequentemente, haverá a redução da própria definição do grupo, de uma das causas de pedir ou do pedido, desde que se trate de um aspecto relevante e não uniforme da demanda.

Tal técnica ganhou especial atenção a partir do citado caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*⁷³, em que a Suprema Corte, em referência às construções teóricas de Richard A. Nagareda, registrou que o que importa, para a “certificação” coletiva, “não é o levantamento de ‘perguntas’ comuns – mesmo em massa – mas sim a capacidade de um processo de toda a classe gerar respostas comuns capazes de conduzir à resolução do litígio”⁷⁴.

Não se ignoram, todavia, os entendimentos críticos a respeito do instituto. Nesse sentido, entende Laura J. Hines que a “certificação” parcial pode vir a representar uma superação indevida dos requisitos específicos das ações coletivas de massa. Para a citada autora, entre as possíveis consequências negativas do seu uso abusivo, estão a perda de coesão da coletividade – algo necessário para o exercício do consentimento da classe, especialmente para a celebração de acordos –, e o incentivo exacerbado ao exercício do direito de retirada dos membros (*opt-out rights*). E conclui:

Se uma ação coletiva proposta não satisfaz os requisitos da Regra 23(b)(3), os tribunais não podem eliminar questões individuais complexas ou diferenças críticas entre os membros da classe certificando uma ação coletiva parcial. Por mais atraente que possa parecer, a ação de classe parcial não pode escapar das preocupações concernentes à legitimidade e gerenciabilidade inerentes aos litígios de massa⁷⁵.

No particular, em que pesem tais considerações, entende-se que a “certificação” parcial representa uma importante ferramenta corretiva e saneadora a cargo do juiz.

Para além de organizar o processo, ela, a um só tempo: a) impede o prosseguimento de demandas cuja coletividade ostente dimensões excessivas,

⁷³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011.

⁷⁴ NAGAREDA, Richard A. Class certification in the age of aggregate proof. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 84, 2009, p. 131-132. Tradução livre. Disponível em: <https://acslaw.org/Nagareda%20-%20Class%20Certification%20in%20an%20Age%20of%20Aggregate%20Proof.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁷⁵ HINES, Laura J. *The Dangerous Allure of the Issue Class Action*. *Indiana Law Journal*, Indiana, v. 79, 2004, p. 609-610.

servindo de instrumento abusivo de pressão em desfavor da contraparte, especialmente para a celebração de acordos (*blackmail settlements*); b) evita a admissibilidade de demandas coletivas que poderiam vir a apresentar problemas futuros na fase de efetivação da decisão judicial, em razão da heterogeneidade da questão comum; e c) permite o aproveitamento parcial da definição do grupo, das questões comuns ou do pedido, obstando que o juiz profira uma decisão de inadmissibilidade sobre toda a demanda.

Ilustra Antonio Gidi a especial utilidade da “certificação” parcial nos casos de *mass toxic litigation*, para definir a questão relativa à “causalidade em sentido abstrato” (*general causation*), deixando-se a análise da “causalidade específica” (*specific causation*) aos processos individuais.

A título exemplificativo, nas ações de responsabilidade civil propostas em face de produtoras de cigarro – tipo de litigância que, por décadas, recebeu destaque nos Estados Unidos –, é comum que o réu negue a existência de uma causalidade abstrata. Cuida-se, ademais, de uma questão cuja prova se revela difícil e bastante custosa, em termos financeiros.

Sua resolução, contudo, pode ocorrer no âmbito de uma ação coletiva, a resultar em uma economia processual significativa, na medida em que, estando preclusa a discussão sobre a causalidade abstrata na *class action (collateral estoppel)*, não precisará mais ser apreciada em ações individuais. Nelas, a discussão será restrita à análise do impacto da causalidade sobre o caso concreto⁷⁶.

O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que houver predominância de questões comuns quanto aos elementos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo causal), mas predominarem questões individuais quanto à prova e liquidação dos danos individuais. Tal como ocorre no Brasil (art. 95 do CDC⁷⁷), a ação coletiva poderá se limitar à apreciação das questões comuns sem que isso implique a redução do grupo – mas apenas da causa de pedir ou do pedido –, proferindo o juiz uma decisão genérica, ficando a liquidação dos danos individuais a cargo de cada

⁷⁶ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

⁷⁷ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

vítima, por meio de ações individuais⁷⁸.

2.3 OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ANALISADOS NA CLASS CERTIFICATION

2.3.1 Questão comum (commonality)

Em 2011, ao julgar o citado caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, a Suprema Corte americana foi chamada a decidir a respeito do tema da “certificação” coletiva. Na oportunidade, a Corte realizou uma minuciosa análise da questão, registrando inicialmente que as ações coletivas consistem em uma “exceção à regra geral de que o litígio deve ser conduzido por e em nome de indivíduos nominados”⁷⁹.

Assim sendo, para que se possa justificar o afastamento dessa regra geral, as *class actions* devem satisfazer os requisitos estabelecidos na Regra 23(a) e (b). Apenas após tais rigorosos passos, sendo claro que a via coletiva é a mais eficiente para a solução da questão, deve ser reconhecida a “certificação” coletiva.

Embora apareça apenas como segundo requisito pela Regra 23(a), a existência de questão comum é tida pela jurisprudência norte-americana como o ponto central para a admissibilidade da demanda coletiva, sendo o primeiro ponto objeto de análise⁸⁰.

Nesse sentido, de acordo com a Regra 23(a)(2), para ser admitida a *class action*, é exigido que as questões de direito ou de fato sejam comuns à classe⁸¹. No julgamento do caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, reafirmou-se que, como regra geral, tal dispositivo exige que o requerente demonstre que os membros da classe sofreram o mesmo dano, a possibilitar uma solução unitária do conflito pelo Poder Judiciário⁸².

A existência de questão comum – ou questões comuns – resume o porquê de

⁷⁸ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011.

⁸⁰ GIDI, Antonio. Op. cit., p. 79.

⁸¹ Rule 23(a)(2) “there are questions of law or fact common to the class”.

⁸² MINNITI, Cindy Schmitt. The Fundamentals of Class Action Certification. In: MINNITI, Cindy Schmitt et al. Recent trends in class action lawsuits. Estados Unidos: Aspatore, 2015, p.11.

haver processos coletivos. É esse o requisito absolutamente imprescindível a qualquer técnica de coletivização processual, ainda que não encontre previsão explícita.

Fazendo-se um paralelo, a legislação brasileira também exige a presença de tal requisito, seja nas ações coletivas, seja no julgamento de casos repetitivos. Nesse sentido, ao conceituar as espécies de interesses coletivos, cuidou o art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de estabelecer vínculos entre aqueles que compõem a coletividade. Nos direitos difusos, exigiu que seus titulares sejam “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I); nos coletivos em sentido estrito, a existência de “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (inciso II); nos individuais homogêneos, a “origem comum” (inciso III)⁸³.

No julgamento de casos repetitivos, a compreender o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos repetitivos (art. 928, I e II, do CPC), a legislação processual exigiu, para o primeiro, a presença de “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I, do CPC) e “idêntica questão de direito”, para os recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1.036, *caput*, do CPC).

A verdade é que, sem a existência de ao menos uma questão comum, sequer se poderia falar na existência de uma coletividade definível. Não por acaso, encontra-se presente no direito norte-americano desde a origem das ações coletivas, desde as *Equity Rules*. Ausente tal requisito, a divergência dos interesses envolvidos exigirá a resolução das múltiplas questões por meio de processos individuais.

Por óbvio, com frequência, ao lado das questões comuns, haverá também questões individuais, o que, por si só, não obstará a “certificação” coletiva. É dizer, não se exige que todas as pessoas se encontrem em situações exatamente iguais. Em tal caso, a sobrevivência do requisito demandará a existência de algum elo entre os integrantes da coletividade, de modo a figurarem em uma situação semelhante

⁸³ Nesse sentido, afirma Antonio Gidi: “[a]pesar de o direito brasileiro não se referir expressamente ao conceito de ‘questão comum’, como um requisito da tutela coletiva, esse requisito é indispensável e está presente implicitamente na definição de direitos difusos (‘ligados por uma circunstância de fato’), coletivos (‘relação jurídica base’) e individuais homogêneos (‘origem comum’)” (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 214).

(*similarly situated*) que permita uma solução uniforme da lide, como se fossem uma única pessoa⁸⁴.

Havendo, porém, argumentos individuais ou conflitos entre interesses que comprometam a unidade do grupo, a solução poderá ser, se possível, a redefinição do grupo (*class redefinition*), a limitação do grupo por “certificação” parcial (*issue class action*), a divisão em subgrupos (*subclasses*) ou a negativa de certificação, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito.

Em alguns casos, a prévia demonstração da existência de questão comum exige um enorme sacrifício ao legitimado coletivo. É o que ocorre nas *class actions* relativas a práticas discriminatórias, sendo recorrente o pedido de “certificação” coletiva de demandas em que se alega a existência de discriminação racial ou de gênero no âmbito das relações laborais por meio de uma conduta uniforme do réu – Regra 23(b)(2) –, como ocorrido no caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*.

Como visto, em tais situações, a tarefa de demonstrar minimamente a existência de uma conduta padronizada por parte do autor da lesão pode se tornar bastante difícil, restando o caminho das ações individuais.

No caso das ações coletivas disciplinadas pela Regra 23(b)(3), para além da existência de questões comuns, é exigida a sua predominância sobre as questões individuais (*predominance test*), bem como a superioridade da técnica da tutela coletiva sobre os demais métodos disponíveis para a eficiente solução da controvérsia (*superiority test*).

Tal espécie de ação coletiva seria o equivalente, no Brasil, àquela que objetiva a proteção de direitos individuais homogêneos. Em razão do seu caráter, predominantemente indenizatório⁸⁵, recebem o nome, nos Estados Unidos, de *class action for damages*. São elas que permitem o direito de retirada (ou de exclusão) do

⁸⁴ Como ressalta Antonio Gidi, as “questões individuais, eventualmente existentes, devem ser colocadas entre ‘perênteses metódicos’, aguardando a solução da questão comum, para serem posteriormente consideradas em juízo, seja em fase seguinte da própria ação coletiva, seja em ações individuais propostas pelos membros do grupo” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84).

⁸⁵ Mesmo nos casos em que, sob o ponto de vista individual, a indenização buscada seja pouco expressiva, a *class action* do tipo (b)(3) pode ser utilizada, com o objetivo de punir o infrator e dissuadi-lo de cometer o ilícito novamente (*deterrence*). Cuida-se das chamadas *small claims class actions* (Cf. FERNANDES, Débora Chaves Martines. *Small claims class actions: a comparative analysis of the Brazilian and American systems from the perspective of positive externalities*. *Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2016, p. 140-180. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/19914/18094>. Acesso em: 3 jun. 2018).

membro do grupo (*right to opt out*), após a notificação adequada⁸⁶.

Inspiradas nas antigas *spurious class actions* de 1938, as ações coletivas da Regra 23(b)(3) consistem em um tipo residual e genérico, sem os requisitos específicos das demais ações coletivas. Assim sendo, ao contrário do que ocorre nas *class actions* disciplinadas pela Regra 23(b)(1) e (b)(2), não se exige a indivisibilidade do conflito ou a necessidade de tratamento uniforme da controvérsia. Isso porque, aqui, as pretensões individuais podem ser livremente exercidas, sem prejuízo às demais pessoas, justificando-se o tratamento coletivo por razões de economia processual, conveniência e acesso à justiça.

Aqui residem as famosas ações coletivas de responsabilidade civil (*mass torts*), com inegável complexidade.

Em razão da autonomia das pretensões individuais, é claro o caráter menos homogêneo das *class actions* do tipo (b)(3), em comparação aos outros tipos. E é justamente por isso que se exigem a predominância das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva, de modo a imprimir maior coesão ao grupo.

Nos últimos anos, a “certificação” de tais ações coletivas, no âmbito do direito antitruste, vem ganhando especial destaque nos Estados Unidos. Mais do que nunca, o seguinte questionamento é o centro das atenções, em demandas judiciais que ostentam valores econômicos extremamente elevados: “afinal, os elementos comuns da demanda predominam sobre os individuais?”⁸⁷. Em diversos precedentes, as cortes americanas têm estabelecido uma criteriosa análise econômica a respeito do requisito da predominância.

No caso *Superior Beverage Co. v. Owens-Illinois*, foi apresentado pedido de “certificação” de ação coletiva de caráter nacional, com base na alegação de que a parte adversa – composta por produtores de recipientes de vidro – teria incorrido em prática anticoncorrencial, com a cartelização de preços⁸⁸. A parte autora apresentou ao juízo um método de quantificação dos danos sofridos pela classe.

⁸⁶ Cabe destacar que, embora interligados, notificação e direito de exclusão são institutos independentes. Não por acaso, após a reforma promovida em 2003, a *Federal Rule 23* passou a permitir ao juiz também a notificação no caso de uma *class action* sem o *right to opt-out*. No caso das *class actions* do tipo (b)(3), a notificação será obrigatória; nos demais, facultativa (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 70).

⁸⁷ DICKEY, Bret M; RUBINFELD, Daniel L. Antitrust class certification: towards an economic framework. *NYU Annual Survey of American Law*, Nova Iorque, v. 66, 2011, p. 459.

⁸⁸ ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Norte de Illinois. 827 F. Supp. 477, 1993.

De forma bastante simples, tal método consistia na apresentação de argumentos estatísticos e econômicos que indicavam que a margem de lucro dos produtores anterior à cartelização de preços serviria como parâmetro para a definição dos danos. Assim, seria possível calcular os ganhos indevidos, comparando-se com a margem de lucro obtida após a fixação de preços.

Em resposta ao pedido de “certificação” coletiva, os produtores, por meio de assistente técnico por eles indicado, alegaram a existência de variação substancial de preços entre os produtores – *v.g.*, produtores de garrafas de vidro, produtores de recipientes de maior dimensão etc. –, bem como variação dos danos sofridos entre os membros da classe.

Para solucionar a questão, o juiz distrital indicou um perito do juízo, que concluiu pela ausência de predominância dos elementos comuns, o que conduziu à “certificação” de subclasses, cada uma com sua metodologia distinta de quantificação de danos.

No caso *In re K-Dur Antitrust*⁸⁹, o tema da predominância voltou a ser debatido no contexto do direito antitruste. Seu objeto consistia em um suposto arranjo realizado entre fabricantes da droga K-Dur, formada pelo composto de liberação controlada de cloreto de potássio, cuja patente se encontrava nas mãos da Schering-Plough.

Tal composto é usado para tratar deficiências de potássio, incluindo aquelas que surgem como efeito colateral do uso de produtos diuréticos no tratamento da hipertensão. A Schering não detinha uma patente para o cloreto de potássio em si, composto comumente conhecido e não patenteável, mas sim sobre o revestimento de liberação controlada aplicado aos cristais de cloreto de potássio.

As fabricantes Upsher-Smith e ESI Lederle requereram à agência federal Food and Drug Administration (FDA) permissão para introduzir versões genéricas do composto, afirmando que seu produto não violaria os direitos da patente da Schering-Plough, o que resultou em um litígio envolvendo todas as citadas fabricantes.

Como resultado do conflito em questão, as partes celebraram acordo, em que permitida a introdução de versões genéricas do fármaco, mas somente cinco anos

⁸⁹ ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Nova Jersey. No. 01-1652 (JAG), 2008.

antes da expiração da patente, com pagamentos substanciais realizados pela Schering-Plough – sua detentora – às fabricantes do produto genérico⁹⁰.

Posteriormente, uma ação coletiva foi proposta por um grupo composto por compradores diretos e indiretos do produto, entre eles planos de saúde, fundos de saúde de natureza sindical e consumidores individuais. O fundamento da aludida demanda residia na alegação de que a detentora da patente efetuou pagamentos aos demais produtores com o propósito escuso de atrasar a introdução dos produtos genéricos no mercado, mantendo-se os preços elevados.

Em seu pedido de “certificação” coletiva com base na Regra 23(b)(3), os requerentes sustentaram que a demora na introdução dos medicamentos genéricos resultou em danos patrimoniais à coletividade, na medida em que tiveram que pagar preços mais elevados para aquisição do K-Dur, comparativamente ao preço que pagariam pelos seus equivalentes genéricos.

Dois tipos de evidências foram demonstrados. De início, restou comprovado que a grande maioria de prescrições médicas do composto, realizadas após a permissão da comercialização de genéricos, optou por indicar a sua versão genérica. Além disso, os requerentes demonstraram que o preço médio do produto de fabricação genérica era inferior ao preço cobrado pelo K-Dur. Também foram apresentados estudos a respeito dos efeitos da introdução de medicamentos genéricos sobre os preços de mercado.

Os argumentos utilizados pela parte autora foram objeto de uma densa análise, tendo sido identificadas algumas falhas. O primeiro questionamento levantado dizia respeito à própria homogeneidade da coletividade apresentada. Afinal, teriam sido prejudicados todos os seus membros?

Em resposta, o assistente técnico indicado pelas partes acionadas deu ênfase às particularidades da indústria farmacêutica, em que coexistem diversos tipos de agentes econômicos comprovadores. Demonstrou-se que grande maioria das prescrições do composto em questão era cobertas por seguros, de modo que os custos seriam geralmente compartilhados entre o paciente e a seguradora ou

⁹⁰ “In this appeal, we consider the antitrust implications of an agreement by a manufacturer of a generic drug that, in return for a payment by the patent holder, agrees to drop its challenge to the patent and refrain from entering the market for a specified period of time” (ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Nova Jersey. No. 01-1652 (JAG), 2008).

mesmo suportados por apenas um deles. Assim, a depender do tipo de contrato existente, alguns membros da classe sequer teriam sofrido qualquer tipo de dano.

Como se não bastasse, restou demonstrado que, mesmo após o ingresso de medicamentos genéricos, determinados pacientes ainda recebiam prescrições do composto original, cujo preço poderia até mesmo subir, de modo a compensar as perdas decorrentes da entrada de novos competidores.

Em síntese, as fabricantes trouxeram sólidos argumentos, no sentido de que a classe ou coletividade em questão não seria composta por agentes econômicos homogêneos, na medida em que muitos deles não sofreram qualquer benefício com o ingresso da versão genérica do cloreto de potássio.

Em razão disso, tendo sido corroborados tais argumentos pelo perito indicado pelo juízo, os autores desistiram da demanda. Uma possível solução judicial ao caso, mais uma vez, residiria na “certificação” parcial da *class action*, ou da divisão em subclasses, uma vez identificados grupos de litigantes que sofreram lesões homogêneas, em razão do fato em questão.

Com isso, seria assegurada a extensão da coisa julgada aos respectivos grupos, sem que a parte adversa corresse o risco de pagamento de indenização a título de danos materiais em benefício de pessoas que não sofreram nenhum tipo de prejuízo.

2.3.2 Tipicidade (typicality) e representação adequada (adequacy of representation)

Outro importante requisito exigido pela Regra 23 para o cabimento de uma ação coletiva reside na tipicidade. É dizer, os pedidos feitos pelo representante da classe – ou a defesa, no caso das ações coletivas passivas – precisam ser típicos da coletividade como um todo.

Para além da questão comum, aquele que se dispõe a falar em nome de todo o grupo de possuir os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo dano ou ilícito, sendo parte desse grupo. Não por acaso, quem propõe uma *class action* o faz em nome próprio e em nome de todas as pessoas em situação semelhante (*sue on*

behalf of himself and all others similarly situated).

Diferentemente do que ocorre no Brasil – em que, ressalvada a ação popular, a legitimação coletiva não recai sobre os membros do grupo –, as ações coletivas americanas são propostas por aqueles que sofreram o ilícito ou o dano, como forma de assegurar a máxima fidelidade no exercício da tarefa de substituição da coletividade.

Justamente por isso, no julgamento do caso *DuPree v. United States*, não foi reconhecida a legitimidade do Cônsul do México para propor *class action* em benefício de cidadãos mexicanos detidos em prisões americanas, por não ter sido ele vítima do suposto ilícito⁹¹.

Cuida-se de requisito que possui relação direta com o da representação adequada (*adequacy of representation*), que, no sistema jurídico brasileiro, seria mais bem traduzida para “legitimação adequada” ou “substituição processual adequada”. De acordo com a Regra 23(a)(4), para que uma demanda seja coletivamente admitida, é necessário que os representantes protejam de forma justa e adequada os interesses da classe⁹².

A representação adequada, nas *class actions*, possui uma importância fundamental, tendo em vista que o processo coletivo enseja a possibilidade de direitos e interesses individuais serem defendidos em juízo por outros titulares, sem que possuam poderes específicos, conferidos voluntariamente, mediante contrato de mandato ou outra autorização. Seu fundamento é claramente constitucional. A *adequacy of representation* encontra lastro no princípio constitucional do devido processo legal, inscrito na Emenda V, de 1971, e na Seção 1, da Emenda XIV, de 1868, da Constituição dos Estados Unidos.

A adequação também impede que se realizem conluíus e acordos espúrios entre as partes representativas (ou seus advogados) e a parte adversa da classe⁹³, evitando situações de conflitos de interesses entre representante e representados⁹⁴.

⁹¹ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Nono Circuito. 559 F2d 1151, 1977.

⁹² *Rule 23(a)(4)*: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: [...] (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

⁹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

⁹⁴ Como explica Jay Tidmarsh, “Class representatives and class counsel must adequately represent the members of a class. This principle forms the foundation for the modern American class action,

Demais disso, como defende Ricardo de Barros Leonel, evita-se o ajuizamento de ações “temerárias, sem fundamento razoável, por entidades que não tenham estofamento moral ou técnico para promover a defesa coletiva em juízo e proponham a ação por motivos simplesmente políticos ou emulatórios”⁹⁵.

Antonio Gidi registra que, através do requisito da adequação da representação, o direito americano atinge três resultados: a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se tragam para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo. Primordialmente, o que se pretende é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a ação coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria obtido em ações individuais em que os membros do grupo defendessem pessoalmente os seus direitos⁹⁶.

Essa preocupação, oriunda do sistema das *class actions*, tem inspirado sistemas estrangeiros, a exemplo do japonês, que optou pela imposição de um cadastro prévio de entidades previamente “certificadas” junto ao Primeiro Ministro, passando a ostentar a qualidade de “organização de consumo qualificada certificada”, apta à tutela coletiva dos danos materiais sofridos por consumidores⁹⁷.

No direito norte-americano, a possibilidade de representação conferida pela lei somente se justifica e se valida na medida em que for exercida devida e adequadamente, durante *todo o procedimento*⁹⁸. Assim, os órgãos judiciais devem

and it determines the structure of Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure and every analogous state class-action rule. The absence of adequate representation dooms the certification of a class. The gnawing fear that class representation is inadequate—manifested through such phrases as ‘collusion’, ‘conflicts of interest’, ‘selling out the class’, and ‘sweetheart deals’—is an enduring criticism of class actions. Indeed, the demand of adequate representation is so irresistible that in recent years the principle has spread beyond class actions to other forms of aggregate litigation” (TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, v. 87, n. 6, 2009. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/assets/archive/v87/issue6/tidmarsh.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018, p. 1137).

⁹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 199.

⁹⁶ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, n. 61, 2003. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 18 jun. 2018, p. 66.

⁹⁷ Como explicam Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, “[c]om poucas exceções, o direito japonês admite a proteção coletiva, como regra, para a proteção do consumidor, sem que haja a admissão generalizada de ações coletivas” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 204).

⁹⁸ Tal conclusão é extraída da Regra 23(c)(1)(C), que permite ao órgão julgador alterar ou emendar a decisão de certificação até o julgamento final de mérito, incluindo-se a hipótese de um dos seus requisitos deixar de se fazer presente.

fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da representação adequada. E mais: o controle judicial é exercido não apenas em relação aos legitimados coletivos (*representative parties*), mas também sobre os seus advogados⁹⁹.

Vários são os fatores que os tribunais americanos utilizam para aferir este requisito processual. No que concerne aos “representantes” coletivos, são observados o comprometimento com a causa, o interesse concreto, a disponibilidade de tempo, a capacidade financeira, honestidade, o vigor na condução do feito, credibilidade e, sobretudo, a ausência de conflito de interesse.

Em relação ao advogado, por seu turno, levam-se em consideração também várias questões, a exemplo da qualificação profissional, especialização na área, qualidade dos escritos, o relacionamento com as partes, a estrutura e capacidade do escritório, a experiência com ações coletivas, além da ausência de conflito de interesses.

No julgamento do caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (1968), o Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos sedimentou quatro grandes critérios para a análise do requisito da *adequacy of representation*: a) ausência de conflito de interesses entre o representante e a classe representada; b) natureza representativa da pretensão formulada individualmente pela parte que representa a classe; c) habilidade e vontade do representante em defender vigorosamente a pretensão da classe; d) capacidade do advogado da parte representante¹⁰⁰.

Fazendo-se uma síntese dos critérios postos, é possível dizer que, no direito americano, a representação adequada é satisfeita a partir dos seguintes elementos, que devem ser aferidos tanto em relação ao representante quanto ao advogado do grupo: a ausência de conflito de interesses e a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses do grupo¹⁰¹.

⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

¹⁰⁰ ESTADOS UNIDOS. Segundo Circuito de Cortes de Apelação. 391 F. 2d 555, 1968. A exigência relativa ao caráter representativo da pretensão formulada posteriormente foi atenuada, em razão do aumento das ações coletivas voltadas à proteção de direitos sociais, “em que comumente aquele que se apresentava em defesa do interesse não tinha pretensão idêntica àquela do grupo definido” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 207).

¹⁰¹ Propondo que se repensem os requisitos atualmente adotados, Jay Tidmarsh sugere: “the doctrine of adequacy of representation should be recast to achieve a single, easily determined metric: Representation by class representatives and counsel is adequate if, and only if, the representation makes class members no worse off than they would have been if they had engaged in individual

Vale observar que a ausência de representação adequada poderá propiciar a decretação de invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action*, que ficaria com a sua eficácia limitada às partes processuais, como ocorre nas ações individuais. Para que se possa tornar legítima a vinculação da decisão a terceiros não participantes do processo, é necessário que seja previamente assegurada a garantia do devido processo legal coletivo¹⁰².

Justamente por isso, a objeção é frequentemente levantada pela parte adversária da classe¹⁰³. Ainda que possa parecer contraditório, é de interesse da parte contrária zelar pela adequação do representante do grupo.

Nos Estados Unidos, é comum que a parte contrária impugne a adequação do representante do grupo, apenas com o objetivo de estimular uma investigação mais aprofundada pelo juiz e uma decisão expressa sobre o assunto. Somente assim será possível contrapor no futuro, com força de coisa julgada, em face de todos os interessados, uma eventual decisão contrária aos interesses do grupo. Ressalte-se que, no direito americano, assim como no Brasil, é ônus do autor da ação coletiva convencer o juiz de que ele é um adequado representante dos interesses do grupo¹⁰⁴.

2.3.3 Numerosidade (numerosity)

Para que se possa processar uma *class action*, também é necessário o requisito da numerosidade (*numerosity*), exigência que consta desde as *bill of peace*

litigation.” (TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, v. 87, n. 6, maio 2009. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/assets/archive/v87/issue6/tidmarsh.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018, p. 1139).

¹⁰² “De fato, ao procurar coletivizar a decisão sobre determinada questão, pretende-se fazer com que seus efeitos sejam expandidos para atores que não integram o litígio original. De que forma, porém, seriam tutelados o *contraditório* e a *ampla defesa* desses sujeitos atingidos pela decisão? Como vinculá-los ao julgamento coletivo, sem com isso comprometer suas garantias processuais?” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 197).

¹⁰³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78-79.

¹⁰⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, n. 61, 2003. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 18 jun. 2018, p. 67.

do sistema de equidade inglês, no século XVIII¹⁰⁵. No sistema americano, a numerosidade é compreendida como a impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability*), conforme disposto na Regra 23(A)(1), “the class is so numerous that joinder of all members is impracticable”.

Essa impraticabilidade, contudo, não deve ser confundida com a *impossibilidade* do litisconsórcio. Como ressalta Antonio Gidi, há impraticabilidade do litisconsórcio quando constatada a dificuldade ou inconveniência de se administrar um processo com a presença de todos os interessados¹⁰⁶.

Questiona-se: qual seria o parâmetro para a aferição desse requisito? Qual número de litisconsortes deve ser considerado suficiente para a configuração da numerosidade?

A verdade é que “inexiste um número mágico acima do qual a Regra 23(a)(1) é automaticamente satisfeita”¹⁰⁷. Tal questão foi objeto do caso *Grant v. Sullivan*¹⁰⁸, em que se decidiu que a mera constatação da presença de potenciais membros da classe é suficiente, mesmo que composta por meros 14 (quatorze) membros.

É pacífico, na jurisprudência americana, que a determinação da impraticabilidade do litisconsórcio não deve se resumir a aspectos numéricos, derivando das circunstâncias do caso.

Ela deve considerar fatores como a economia judiciária – que decorre da desnecessidade de ajuizamento de múltiplas ações –, a dispersão geográfica dos membros da classe, os recursos financeiros desses membros, a sua vulnerabilidade¹⁰⁹, bem como a natureza da pretensão, que pode objetivar a

¹⁰⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 73.

¹⁰⁷ TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 352. Ressaltam os autores: “If a class action could be used only when it was ‘practically impossible’ to join all plaintiffs under other aggregation rules, class actions would be far less useful for aggregating related claims”.

¹⁰⁸ ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito Médio da Pensilvânia. 131 F. R. D. 136, 446, 1990.

¹⁰⁹ Como ressalta Gidi, grupos compostos por pessoas vulneráveis, a exemplo de crianças, portadores de deficiências físicas, mentais, intelectuais, culturais ou financeiras devem receber um tratamento distinto, diante da necessidade de se conferir uma maior proteção ao grupo, o que decorre do escopo das ações coletivas voltado à promoção do acesso à justiça. Igual observação vale nos casos de receio de exposição ao público, a exemplo de um grupo formado por vítimas que sejam garotas de programa, alegando maus-tratos por parte de agentes policiais (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72-76).

obtenção de uma ordem em benefício de futuros membros da classe¹¹⁰ – caso em que não será possível definir, de forma apriorística, um número de interessados.

O tema das ações coletivas em benefício de membros futuros (*future class actions*), embora antigo, curiosamente ainda não despertou muitas atenções acadêmicas¹¹¹. Cuida-se de ações que objetivam a proteção não apenas dos indivíduos afetados por uma conduta danosa, mas também daqueles que poderão vir a ser lesados no futuro (*prospective future class members*). Em tais casos, a pretensão almejada objetiva não apenas a reparação indenizatória pelos danos causados, mas também a condenação do responsável a uma obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) de natureza preventiva.

De fato, uma mesma conduta pode resultar em diferentes pretensões coletivas, o que também se observa no Brasil.

Imagine-se a inserção de uma cláusula abusiva em um determinado contrato de adesão de consumo ou relativo a uma política pública assistencial, como o Programa de Financiamento Estudantil (FIES).

Valendo-se da classificação estabelecida pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, uma eventual pretensão voltada à anulação dessa cláusula ostentaria natureza coletiva em sentido estrito, porquanto vocacionada a afetar os indivíduos que já possuem contratos celebrados com a parte adversa (relação jurídica base).

Por seu turno, a pretensão indenizatória, em razão dos danos causados aos contratantes, ostentaria natureza individual homogênea, em razão da sua divisibilidade, podendo variar de acordo com circunstâncias particulares (tempo de contratação, valor do objeto contratado etc.).

Por fim, a pretensão indivisível voltada ao impedimento da celebração de novos contratos com a mesma cláusula objetiva a proteção dos futuros contratantes, fatalmente indetermináveis, a evidenciar sua natureza difusa. Essa última pretensão, em realidade, serve à tutela de membros em potencial (*future class members*) do grupo formado pelas pessoas que celebraram o contrato.

¹¹⁰TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 351.

¹¹¹A respeito das *future class actions*, destacam-se as contribuições de Robert P. Schuwerk, em pioneira publicação realizada em 1987 (SCHUWERK, Robert P. *Future Class Actions*. *Baylor Law Review*, v. 39, n. 63, 1987).

Em situações assim, voltadas à proteção de interesses de grupos formados por pessoas indetermináveis, o requisito da numerosidade é flexibilizado, bastando a demonstração dessa indeterminabilidade.

2.4 A RECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO DE “CERTIFICAÇÃO”

O debate a respeito da possibilidade de interposição imediata de recurso contra a decisão de “certificação” já foi bastante intenso no passado¹¹², em razão da excepcionalidade dos meios de impugnação das decisões interlocutórias no sistema americano (*interlocutory appeal*)¹¹³.

É importante lembrar que a decisão que nega a “certificação” coletiva não encerra o processo, que prosseguirá na forma individual. Não se trata, portanto, de uma decisão final. De igual modo, a decisão que admite a ação coletiva também possui caráter interlocutório.

Disso decorria uma perplexidade: a ausência de previsão específica autorizando a impugnação de uma das decisões mais relevantes do processo coletivo, com consequências bastante negativas a ambas as partes.

Não custa lembrar o relevante impacto de uma decisão que admite a ação coletiva, com o poder de transformar a causa em um forte instrumento econômico e social, intensificando o poder de barganha do grupo em relação à parte adversa. Uma “certificação” inadequada de uma *class action* é capaz de trazer forte exposição e elevado gasto financeiro em relação ao réu.

¹¹² A respeito dos debates sobre o tema, conferir: BELKIN, Elizabeth Honnet. Class Actions in the Seventh Circuit: Appealability of an Interlocutory Order Denying Class Status. *Chicago-Kent Law Review*, v. 53, 1976, p. 462-474; KITCHEN, Christopher A. Interlocutory Appeal of Class Action Certification Decisions under Federal Rule of Civil Procedure 23(f): A Proposal for a New Guideline. *Columbia Business Law Review*, v. 2004, p. 231-262. BAUMAN, Lori Irish. Class Certification and Interlocutory Review: Rule 23(f) in the Courts. *Journal of Appellate Practice and Process*, v. 9, 2007, p. 205-218. É importante mencionar, como ressalta Antonio Gidi, que a recorribilidade imediata das interlocutórias, no sistema norte-americano, fica sujeita às complexas exigências previstas no 28 U.S.C. § 1292(b) (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 212).

¹¹³ 28 U.S. Code § 1291: “The courts of appeals (other than the United States Court of Appeals for the Federal Circuit) shall have jurisdiction of appeals from all final decisions of the district courts of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Islands, except where a direct review may be had in the Supreme Court. The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit shall be limited to the jurisdiction described in sections 1292(c) and (d) and 1295 of this title.

De outro lado, ao negar a “certificação” de forma indevida, a tutela da coletividade fica comprometida, em detrimento do grupo.

A solução da questão veio por ocasião da reforma de 1998, que acrescentou a subseção (f) à Regra 23, possibilitando a interposição imediata de recurso contra a decisão, seja ela positiva ou negativa¹¹⁴. A admissibilidade do recurso, porém, é de exclusiva discricionariedade do juiz do tribunal de apelação (*discretionary interlocutory appeal*), em casos pontuais.

No que diz respeito aos legitimados para o recurso, não apenas o autor e o réu da ação coletiva podem apresentá-lo, mas também os membros ausentes do grupo, com o objetivo de reverter a decisão denegatória da “certificação”¹¹⁵.

2.5 A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA DO GRUPO (*NOTICE*)

2.5.1 Conceito e conteúdo

Um importante elemento do procedimento das *class actions* diz respeito à notificação do grupo, ato praticado com o objetivo maior de informar aos membros ausentes a respeito da propositura e da “certificação” de uma ação coletiva.

Somente após o prévio conhecimento a respeito da existência de uma ação coletiva ajuizada com o objetivo de tutela dos seus interesses, os membros do grupo serão capazes de decidir livremente a respeito da melhor postura a ser adotada. Poderão, assim, intervir no processo, controlar e fiscalizar a adequação do representante, contribuir com as provas e as informações de que disponham ou até mesmo exercer o direito de autoexclusão do grupo, se acaso não quiserem ser

¹¹⁴ *Rule 23(f)*: “(f) Appeals. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule, but not from an order under Rule 23(e)(1). A party must file a petition for permission to appeal with the circuit clerk within 14 days after the order is entered or within 45 days after the order is entered if any party is the United States, a United States agency, or a United States officer or employee sued for an act or omission occurring in connection with duties performed on the United States’ behalf. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.”

¹¹⁵ A legitimidade dos membros ausentes foi reconhecida no caso *United Airlines v. McDonald* (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 432 U.S. 385,1977).

atingidos pelos efeitos da coisa julgada coletiva¹¹⁶.

É importante notar que não apenas a inadequação da representação do grupo pode conduzir à ineficácia da coisa julgada perante terceiros, mas também a ausência ou insuficiência da notificação. Essa alegação de ineficácia pode ser sustentada em uma ação posterior, individual ou coletiva¹¹⁷.

Como pontua Antonio Gidi¹¹⁸, a experiência norte-americana revela que notificação deve ser concisa e clara, devendo constar, entre outros elementos:

- a) a definição do grupo;
- b) a identificação do réu;
- c) o nome do representante;
- d) o nome e endereço do advogado do grupo;
- e) a identificação do tribunal;
- f) a descrição da conduta do réu ou o sumário do caso;
- g) a descrição da pretensão e do pedido;
- h) o prazo e o procedimento para a autoexclusão;
- i) a informação de que os membros que não solicitarem exclusão do grupo serão vinculados pela sentença, independentemente do resultado da demanda;
- j) o endereço para envio do pedido de exclusão do grupo;
- k) a informação sobre o procedimento para comparecer ou intervir no procedimento, se permitido;
- l) solicitação para que os membros ausentes contribuam com provas;
- m) a informação de que os membros ausentes devem guardar as provas do seu direito individual (recibos, atestados etc.);

¹¹⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 213-214.

¹¹⁷ Expõe Antonio Gidi: “A adequada notificação [...] dá legitimidade à sentença coletiva e a torna menos vulnerável a impugnações posteriores. Por esse motivo, os juízes analisam a questão da necessidade e da forma de notificação com extrema cautela” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 213-216).

¹¹⁸ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, p. 214.

- n) as alternativas disponíveis para os membros do grupo e as suas consequências;
- o) a eventual existência de pedido reconvenicional contra o grupo;
- p) qualquer outra informação que seja relevante para o caso.

O ato será expedido em nome do juízo, em correspondência timbrada, razão pela qual deve ser empregada uma linguagem neutra, com o propósito unicamente informativo. Nada obstante, é frequente que o juiz delegue essa tarefa para o advogado da classe, que fica incumbido de apresentar a minuta da notificação a ser expedida¹¹⁹.

2.5.2 Momento e espécies de notificação

Para que seja proveitosa aos membros do grupo, a notificação deve ocorrer, ao menos, na fase inicial do processo, logo após a decisão de “certificação”. A razão disso é bem simples: realizada a notificação de modo tardio, sobrarão poucas faculdades aos notificados, limitando-se a muito pouco além do exercício do direito de autoexclusão.

Cabe registrar, porém, como bem observa André Vasconcelos Roque¹²⁰, que existem ao menos quatro tipos de notificação no corpo da Regra 23: a) a notificação da “certificação” de uma ação coletiva (*certification notice*), prevista na Regra 23(c)(2)¹²¹; b) a notificação da proposta de um acordo global na *class action* (*settlement notice*), prevista na Regra 23(e)(1)¹²²; c) a notificação do requerimento

¹¹⁹ ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 276.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 277.

¹²¹ *Rule 23(c)(2)(A)*: “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.”. *Rule 23(c)(2)(B)*: “For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3) – or upon ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement 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. [...]”.

¹²² *Rule 23(e)*: “Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class—or a class proposed to be certified for purposes of settlement—may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) Notice to the Class. (A) Information That Parties Must Provide to the Court. The parties must provide the court with

de arbitramento dos honorários do advogado do grupo, estabelecida na Regra 23(h)(1)¹²³; e d) a notificação discricionária prevista na Regra 23(d)(1)(B)¹²⁴.

No caso das ações coletivas do tipo (b)(3), denominadas *class actions for damages*, a Regra 23 exige “a melhor notificação possível, em face das circunstâncias do caso concreto”, sendo obrigatória a comunicação pessoal a todos os membros do grupo que possam ser identificados com razoável esforço.

Isso ocorre porque, nessas demandas, em razão do potencial interesse dos membros da classe em atuarem de forma individual, os juízes devem garantir o direito de autoexclusão (*right to opt-out*). Notificados os membros do grupo, os silentes serão considerados parte integrante da classe vinculada à *class action* em questão, sujeitando-se à coisa julgada.

Uma crítica comum recai sobre a sua elevada complexidade, além do custo acentuado. O tema foi objeto do caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (1974), apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A ação coletiva havia sido proposta em favor de um numeroso grupo composto por seis milhões de pequenos investidores na Bolsa de Valores de Nova Iorque.

Após perceber que pouco mais de dois milhões de membros do grupo poderiam ser identificados por nome e endereço sem maiores esforços e chegar ao custo total da notificação dos membros em duzentos e vinte e cinco mil dólares à época, a Corte Distrital reduziu a necessidade de notificação pessoal a apenas dois mil dos integrantes mais afetados, além de outros cinco mil selecionados por amostragem. Os demais membros seriam notificados por meio de anúncios publicados em jornais de grande circulação.

information sufficient to enable it to determine whether to give notice of the proposal to the class.
(B) Grounds for a Decision to Give Notice. The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal if giving notice is justified by the parties' showing that the court will likely be able to: (i) approve the proposal under Rule 23(e)(2); and (ii) certify the class for purposes of judgment on the proposal. [...].

¹²³ Rule 23(h): “Attorney’s Fees and Nontaxable Costs. In a certified class action, the court may award reasonable attorney’s fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties’ agreement. The following procedures apply: (1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner. [...]”.

¹²⁴ Rule 23(d): “(1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: [...] (B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members’ opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; [...]”.

Para tanto, o juízo realizou incursão no mérito da demanda, compreendendo que a probabilidade de êxito da parte autora era elevada, transferindo ao demandado a maior parte das despesas de notificação.

A decisão foi reformada pela Corte de Apelações, cujo entendimento foi mantido pela Suprema Corte, fixando-se a exigência de notificação individual a todos os membros do grupo que pudessem ser identificados por nome e endereço mediante um esforço razoável, ficando a cargo do autor suportar o custo necessário para tanto¹²⁵.

O precedente estabelecido contribuiu para que as ações coletivas americanas se consolidassem ainda mais como instrumentos extremamente caros, conduzidos por escritórios de advocacia bastante capitalizados, ou até mesmo por consórcios de escritórios¹²⁶.

No que diz respeito às ações coletivas das categorias (b)(1) e (b)(2), por outro lado, a Regra 23 estabelece uma faculdade, não disciplinando a notificação dos membros do grupo como uma obrigatoriedade. Além disso, ela assegura ao juiz maior discricionariedade quanto à forma de realização, bastando que seja

¹²⁵ “Primary Holding. A plaintiff planning to file a class action must provide notice to every individual in the class, unless it would create an unreasonable burden, and must bear any resulting cost”. O caso foi assim resumido pela Suprema Corte: “The District Court ultimately decided that the suit could be maintained as a class action, and, after finding that some two and a quarter million members of the prospective class could be identified by name and address with reasonable effort and that it would cost \$225,000 to send individual notice to all of them, proposed a notification scheme providing for individual notice to only a limited number of prospective class members and notice by publication to the remainder. The District Court then held a preliminary hearing on the merits, and after finding that petitioner was ‘more than likely’ to prevail at trial, ruled that respondents should bear 90% of the costs of the notification scheme. The Court of Appeals reversed and ordered the suit dismissed as a class action, disapproving the District Court’s partial reliance on publication notice. The Court of Appeals held that Rule 23(c)(2) required individual notice to all identifiable class members; that the District Court had no authority to hold a preliminary hearing on the merits for the purpose of allocating notice costs; that the entire notice expense should fall on petitioner; and that the proposed class action was unmanageable under Rule 23(b)(3)(D). Petitioner contends that the Court of Appeals had no jurisdiction to review the District Court’s orders, and further, that the Court of Appeals decided the above issues incorrectly.” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 417 U.S. 156, 1974). Em comentário à decisão, André Roque Vasconcelos informa que “[s]egundo o precedente estabelecido no caso *Eisen*, portanto, a notificação em todas as *class actions* certificadas na categoria (b)(3) deve ser pessoal e individualizada para todos os membros que possam ser identificados com razoável esforço. Quando os nomes e endereços são conhecidos, é preferível que a notificação se realize pelos Correios. [...] Para os demais integrantes do grupo que não puderem ser facilmente identificados, a notificação não precisa ser necessariamente pessoal. Pode ser realizada através de anúncios em jornais de grande circulação, televisão, revistas especializadas, *outdoors*, através de uma página na internet ou qualquer outra forma considerada adequada pelo juiz” (ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 287-288).

¹²⁶ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 63.

“apropriada”, não havendo os mesmos rigores estabelecidos no caso *Eisen*.

Não há dúvidas de que esse regramento decorre da dificuldade do exercício do direito de autoexclusão em tais ações, considerada a indivisibilidade do objeto. Ocorre que, como visto, a notificação adequada possui outras finalidades. Essa percepção faz com que autores como Antonio Gidi defendam que “em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, *alguma* forma de notificação do grupo é necessária em *todos* os tipos de ações coletivas”¹²⁷.

2.6 OS OLHOS SOBRE O GRUPO: PREMISA FUNDAMENTAL EXTRAÍDA DA *CLASS CERTIFICATION* E SUA APLICAÇÃO AO BRASIL

Como visto, no direito norte-americano, a definição da classe (*class definition*) é o pressuposto básico para o ajuizamento de qualquer espécie de ação coletiva (*class action*), consistindo em uma das dimensões da *class certification*. Isso ocorre por uma série de motivos, já desenvolvidos.

No Brasil, as mesmas razões se fazem presentes.

Em primeiro lugar, no plano concreto, ela servirá para que se analise vínculo de pertinência temática existente entre o grupo e o legitimado coletivo. Para que se possa definir se uma determinada associação possui legitimidade para propor ação civil pública no interesse de um determinado grupo, é preciso saber se as suas finalidades institucionais são compatíveis com a coletividade definida.

Se assim não fosse, seria possível o esdrúxulo ajuizamento de ação coletiva por uma associação destinada à proteção de animais abandonados, em favor de coletividade composta por instituições financeiras. Da mesma forma, não é adequado o ajuizamento de ação coletiva pela Defensoria Pública – voltada à defesa dos “necessitados” (art. 134, *caput*, da CRFB/1988) – em benefício de consumidores de determinado bem de consumo supérfluo ou luxuoso, a exemplo de um sofisticado *smartphone*¹²⁸.

¹²⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233.

¹²⁸ Nessa mesma linha, explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que “não poderia a Defensoria Pública promover ação para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de Playstation III ou

Em segundo lugar, a definição do grupo também é relevante para que se possa definir o *direito aplicável* ao caso, o que pode interferir na fixação da *competência do juízo*. Em se tratando de uma coletividade de empregados, é possível que a legislação aplicável seja a trabalhista, ensejando a competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, da CRFB/1988). Em se tratando de uma coletividade composta por indígenas, pode ser atraída a aplicação do Estatuto do Índio, com todas as suas particularidades, bem como a competência da Justiça Federal, na hipótese de a disputa envolver direitos indígenas (art. 109, XI, da CRFB/1988). De igual modo, uma ação coletiva ajuizada em benefício de grupo de consumidores pode atrair a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, bem como a competência de uma vara especializada, na Justiça Comum.

Em terceiro lugar, a definição do grupo será necessária para que se proceda a uma *adequada notificação* dos seus membros, até mesmo para o *exercício do direito de retirada (opt-out)* de quem prefira seguir a sorte do ajuizamento de uma ação individual, como assegurado pelo art. 104 do CDC¹²⁹. De fato, para que possa se retirar do seio de uma determinada coletividade, qualquer indivíduo necessitará antes compreender a si mesmo como alguém inserido nela, o que demanda a prévia definição dos seus contornos.

Em quarto lugar, a definição do grupo será importante para fins de *intervenção de terceiros*, observada a disciplina relativa à intervenção do grupo, membro do grupo e do *amicus curiae*.

Cabe ressaltar que, à luz do art. 5º, § 2º, da LACP, os demais legitimados coletivos podem “habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. Por vezes, em especial nos chamados litígios de difusão irradiada – marcados por elevada complexidade –, a adequada solução do caso dependerá da participação de outras coletividades interessadas, permitindo-se a sua intervenção no feito, o que pode ocorrer até mesmo em contrariedade aos interesses da coletividade originária.

Em quinto lugar, a definição do grupo será de suma importância para que se

de Mercedes Benz” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 223).

¹²⁹ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

possa saber a alcance da *extensão da coisa julgada* aos seus membros, bem como o alcance dos *precedentes* formados a partir dos incidentes de julgamento de casos repetitivos (art. 927, III, do CPC).

Imagine-se que, em uma determinada ação coletiva ou em determinado incidente de julgamento de casos repetitivos, discuta-se a solução jurídica adequada a questão relativa a expurgos inflacionários de um certo plano econômico – por exemplo, Plano Bresser (1987), Plano Verão (1989) ou Plano Collor 2 (1991). A definição do grupo dependerá de uma série de circunstâncias fáticas ou jurídicas comuns – por exemplo, pessoas que mantiveram valores em conta de poupança em determinada instituição financeira, durante determinado período delimitado no tempo. Essas mesmas características serão fundamentais para que se possa fazer uma adequada interpretação e aplicação do precedente, distinguindo-se de situações de inaplicabilidade (*distinguishing*).

É verdade que, muitas vezes, a delimitação do grupo pode se tornar uma tarefa de difícil realização, apresentando poucos elementos diferenciadores. Imagine-se o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, objetivando a condenação de uma determinada sociedade empresária ao pagamento de indenização compensatória, bem como em obrigação de fazer, por ter sido ela causadora de determinado dano ambiental na Baía de Todos-os-Santos, no Estado da Bahia. Como definir, com contornos precisos, o grupo lesado?¹³⁰

Nesse sentido, ao discorrer sobre a imprescindibilidade da participação das posições subjetivas no âmbito das ações coletivas, aponta Marcella Ferrararo a necessidade de participação, ao menos, de quatro grupos diferentes de agentes. O

¹³⁰ Essa dificuldade foi objeto de consideração nos estudos de Lord Woolf apresentados no relatório Access to Justice Final Report de 1996, a respeito das Multi-Party Actions do sistema jurídico britânico: “Definition of the group. In some actions, the claimant group will be already well defined. In a transport disaster there will be a finite group. In a housing case, the group will be the tenants of the estate or lessees of a block of flats and although sub-groups may be helpful there will be a finite number of claimants. In other cases there will be a potential group defined by its circumstances; for instance all those within a specific geographical area in an environment case, or in medical cases, all those treated over a specific period. In some cases the potential group may be very numerous. In each case the judge will need to decide on the most efficient way of bringing potential claimants into the action, on the stage at which this should be done and whether it is appropriate to do this before or after examination of issues of principle or some of the generic issues common to all potential claimants. Clearly, it is pointless establishing a register for a large number of potential claimants if a decision on a key issue of liability or causation might determine the action at an early stage” (WOOLF, Lord. Access to justice: Final Report (1996). Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/content.htm>. Acesso em: 8 abr. 2018).

primeiro deles é composto pelas pessoas afetadas pela conduta da parte adversa. O segundo, pelos responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária. O terceiro, pelos possuidores de conhecimento relevante; o quarto, por aqueles em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio¹³¹.

O modo de proceder na tarefa de delimitação e definição da representação dos grupos envolvidos depende de uma tarefa prévia: a identificação do tipo de conflito. A existência de uma única ou múltiplas coletividades, bem como o grau de conflituosidade interna são fatores a serem considerados a partir do caso concreto.

Para o desempenho de tal tarefa, para além do reconhecimento da categoria das pretensões envolvidas (interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), é necessário agregar ferramentas que derivam de uma nova forma de conceber o processo coletivo, partindo-se da tipologia de litígios.

¹³¹ FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 158. 2015.

3 DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS: EM DEFESA DE UMA “CERTIFICAÇÃO” À BRASILEIRA

3.1 A *CLASS CERTIFICATION* COMO UMA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

A partir dos dois capítulos anteriores, foram fixadas algumas premissas indispensáveis ao desenvolvimento da tese proposta, destacando-se três.

A primeira é a de que tanto as ações coletivas quanto o julgamento de casos (questões) repetitivos são espécies do gênero *processos coletivos*. Isso porque, também na instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de um dos procedimentos de recursos extraordinário e especial repetitivos (REER), formam-se grupos cujos membros possuem interesse na interpretação que será dada à questão de direito objeto desses incidentes¹.

A segunda premissa reconhece que a *class certification* é um instituto exitoso na experiência jurídica das *class actions* norte-americanas, consistente em uma fase preliminar destinada à rigorosa verificação dos requisitos processuais para o processamento de uma demanda na forma coletiva, bem como à organização processual. Essa fase resulta em uma decisão considerada fundamental na sistemática processual coletiva daquele país.

A terceira consiste na utilidade de consideração de elementos próprios da *class certification* nos processos coletivos brasileiros, a partir da delimitação dos contornos dos grupos envolvidos.

Resta agora saber se é possível identificar, no sistema jurídico brasileiro, fundamentos normativos para adoção de uma decisão judicial com essas características, no âmbito dos processos coletivos. Em outras palavras, a questão reside em saber se seria possível falar em uma “certificação” à brasileira².

¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019, p. 53.

² Optou-se, no presente trabalho, por evitar o estrangeirismo que resultaria da adoção da palavra “certificação”, como forma de tradução da expressão *class certification*. Não parece necessária tal

A resposta é afirmativa.

De início, é importante notar que o equivalente à chamada *class certification*, no Brasil, é a fase de saneamento processo³. Nesse sentido, em comentários aos anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo, registra Antonio Gidi que a “certificação” processual é “uma espécie de ‘decisão saneadora’ em que o juiz norte-americano estuda o processo e verifica se ele tem condições de prosseguir na forma coletiva”⁴.

Seguindo tal linha, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sugerem a inserção da *adequada certificação da ação coletiva* no campo das normas fundamentais da tutela jurisdicional coletiva, afirmando se tratar de “decisão de conteúdo complexo”, a envolver “o juízo de admissibilidade do processo coletivo, a delimitação do conflito coletivo e a organização do processo”⁵.

Essa decisão seria proferida na *fase de saneamento (ou de ordenamento) do processo*, iniciada após o fim do prazo da contestação, se não houver prolongamento da fase postulatória (em razão, *v.g.*, de algum expediente provocado pelo réu, a exemplo da reconvenção).

Uma crítica que se poderia fazer ao reconhecimento dessa “certificação” à brasileira diz respeito ao seu resultado: uma possível transformação do procedimento em algo intensamente bifásico, tal como ocorre nas *class actions*

providência, por dois principais motivos. O primeiro deles reside na inadequação da tradução literal da expressão estrangeira, tendo em vista que, na língua portuguesa, a palavra “certificação” é comumente utilizada com significados diversos, tais como “1 - Declarar certo. 2 - Asseverar. 3 - Convencer. 4 - Convencer-se da certeza de. 5 - Averiguar, adquirir a convicção de” (CERTIFICAR. Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/certificar>. Acesso em: 13.5.2019). Demais disso, carece de utilidade a importação de uma expressão estrangeira para designar algo que já possui designação no Código de Processo Civil, ao se valer da expressão “Do saneamento e da Organização do Processo” a partir do art. 357.

³ Como registra Leonardo Greco, “o saneamento do processo é uma função instrumental do juiz, que abrange todas as atividades que ele exerce e todos os provimentos que adota, com a finalidade de assegurar a sua válida formação e o seu desenvolvimento regular e para definir os atos que deverão ser praticados para conduzi-lo à realização do seu fim, que é o justo e adequado exercício da jurisdição sobre a pretensão de direito material que lhe foi submetida” (GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 8, n. 8, 2011, p. 568-601). Vale atentar a uma singela observação: embora o CPC se refira à fase de saneamento e *organização* do processo, é comum a utilização da palavra saneamento em sentido amplo, de forma a englobar ambas as atividades, nas suas dimensões retrospectiva e prospectiva. O registro é importante para que se note que, no presente trabalho, as referências ao saneamento processual englobam também a organização do processo.

⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 117.

⁵ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 11.

americanas. Não se trata, contudo, de algo negativo. Muito pelo contrário, “um processo ágil, célere e, ao mesmo tempo, justo sob a perspectiva do contraditório irrestrito e da amplitude da defesa, há de ser um processo bifásico”⁶. Qualquer que seja a demanda (individual ou coletiva), é importante que o procedimento não seja constantemente truncado por novos incidentes que exijam a produção de sucessivas e infundáveis decisões. Essa observação já havia sido feita por Mauro Cappelletti, ao criticar os sistemas processuais ibero-americanos, marcados pela excessiva fragmentariedade, configurando um modelo burocrático de exercício da jurisdição⁷.

3.2 A FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

É possível compreender a fase de saneamento e organização do processo como um momento do procedimento caracterizado por duas dimensões.

A primeira delas possui natureza *retrospectiva*: ela se ocupa de solucionar as questões processuais pendentes, bem como examinar os requisitos exigidos pelo procedimento em questão. Cuida-se de uma atividade voltada à regularização formal do processo, por meio da correção de eventuais defeitos capazes de acarretar nulidade ou, de alguma forma, perturbar o seu andamento (função saneadora em sentido estrito). Como revela Paulo Hoffman, tradicionalmente, o “despacho” saneador sempre foi estudado a partir dessa dimensão, como se apenas tivesse utilidade se o juiz reconhecesse a falta de algum requisito processual – o que levaria à extinção do processo – ou quando constatada alguma irregularidade sanável, caso em que, proferido um despacho padrão, a parte seria intimada para adotar as medidas necessárias para tanto⁸.

A segunda dimensão, por seu turno, possui natureza *prospectiva*, voltada à preparação da causa para a sua instrução e julgamento, resolvendo questões como a delimitação da prova e também do direito aplicável⁹. Nesse segundo momento, o

⁶ GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 8, n. 8, 2011, p. 571.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite*. Milano: Gluffrè, 1971.

⁸ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 136.

⁹ Conforme o dever de consulta estabelecido pelo art. 10 do CPC, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes

rol de medidas a serem adotadas é bastante amplo¹⁰.

Nessa linha, dispõe o *caput* do art. 357 do CPC que cabem ao juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, as seguintes atividades: resolver as questões processuais pendentes, se houver; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Como anotado por José Carlos Barbosa Moreira, tradicionalmente no Brasil, foi

oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Como o referido dispositivo não restringe o tipo de *fundamento* a ser submetido ao contraditório, a doutrina majoritária compreende que também a *qualificação jurídica dos fatos* deve ser previamente submetida ao contraditório. Como "*nenhuma questão* pode ser decidida definitivamente sem que se tenha viabilizado às partes o direito ao contraditório (arts. 5.º, LV, da CF, e 7.º, 9.º e 10), o que inclui igualmente a *nova visão jurídica dos fatos*, então o ideal é que todo esse material jurídico novo seja identificado o quanto antes no procedimento a fim de que todos os participantes do processo possam debater-las" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 235). Cabe destacar, contudo, que o atual entendimento do STJ caminha no sentido de que somente os fundamentos de fato devem ser previamente submetidos ao contraditório. Nesse sentido, confira-se: "O 'fundamento' ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.695.519-MG. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 29.3.2019).

¹⁰ Barbosa Moreira procede à seguinte sistematização das funções ligadas ao saneamento e organização processual: "a) pôr o processo nas melhores condições possíveis de prosseguir, em direção ao julgamento final, por meio: a.1) da respectiva regularização formal - correção de defeitos capazes de acarretar nulidade ou perturbar, de qualquer maneira, o andamento (função saneadora em sentido estrito, na qual se pode incluir a solução em separado de quaisquer questões suscetíveis de distrair a atenção do juiz da matéria referente ao *meritum causae*); a.2) da elucidação de dúvidas, relativas ao objeto do litígio, aos pedidos das partes, à identificação dos pontos controvertidos etc. (função esclarecedora); a.3) da determinação dos fatos que devem constituir objeto da restante atividade de instrução e dos meios de prova a serem ainda utilizados; eventualmente, na medida do possível, da colheita imediata de provas, ou da adoção de providências que a preparem (função instrutória); b) conduzir o processo à extinção, em momento anterior ao ordinariamente previsto (função abreviadora): b.1) em razão da inutilidade do prosseguimento, pela existência de obstáculo irremovível à apreciação ao mérito (nulidade insanável, falta de condição necessária ao legítimo exercício da ação); b.2) em razão da desnecessidade do prosseguimento: b.2.1) pela autocomposição do litígio, mediante ato unilateral (renúncia, reconhecimento do pedido) ou bilateral (transação) das partes, praticado espontaneamente ou em conseqüência de tentativa de conciliação feita pelo juiz; b.2.2) pela cessação do litígio, decorrente de outra causa (ex.: confusão, perecimento do objeto); b.2.3) pela possibilidade de ser imediatamente julgado o mérito da causa, graças à presença de todos os elementos para a fundamentação da sentença: "causa madura" (controvérsia limitada a questões de direito, ou suficiência das provas já produzidas para a solução da controvérsia atinente a questões de fato); ou à ocorrência de hipótese legalmente equiparada a essa (v.g., revelia)" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, 1985, p. 109-135).

prestigiada a forma *concentrada* e *escrita* para as atividades de saneamento e organização processual. Na vigência da redação original do Código de Processo Civil de 1973, a regulação do processo era realizada após o encerramento da fase postulatória, por meio das chamadas “providências preliminares”, após o que, não sendo o caso de extinção do feito, deveria ser proferido um “despacho saneador”, voltado à “declaração de estar saneado o processo, por ato em que o juiz “decide sobre a realização de exame pericial, designa a audiência de instrução e julgamento e determina as provas que nela se produzirão”¹¹.

A nomenclatura era imprópria por três razões: a) o provimento tinha conteúdo decisório (não era, portanto, um mero despacho); b) a decisão não saneava o processo, apenas declarando que os vícios que existiam haviam sido sanados; c) a decisão não se limitava a dispor sobre vícios, abrangendo também a organização da instrução¹².

Posteriormente, após a reforma promovida pela Lei nº 8.952/1994, o direito brasileiro evoluiu para a forma *concentrada* realizada por meio de uma audiência preliminar, inspirando-se no modelo austríaco da *erste Tagsatzung* (“primeira audiência”), bem como na *früher erster Termin* (“primeira audiência anterior”) do direito alemão após a reforma ocorrida em 1876¹³.

Nessa audiência, teria lugar primeiramente uma tentativa de conciliação. Não alcançada a autocomposição, caberia ao juiz proferir uma decisão declaratória de saneamento, impulsionando o processo à fase instrutória¹⁴.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, out-dez., 1985, p. 109-135.

¹² Justamente por isso, como registra Heitor Sica, a Lei nº 5.925/1973, editada ainda durante o período de *vacatio legis* do CPC de 1973, abandonou a expressão “despacho saneador”, substituindo por “saneamento do processo” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, 2016, p. 435-460).

¹³ A respeito das influências estrangeiras, conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, 1985, p. 109-135.

¹⁴ Heitor Sica rememora que “[o]s defensores da reforma diziam que as vantagens seriam: (a) prestigiar a concentração dos atos e o contato do juiz com partes e advogados (imediatez) em uma fase processual em que antes tal prática não era prevista; (b) prestigiar a conciliação, que ainda não tinha palco para que fosse tentada antes da audiência de instrução e julgamento (art. 448 do CPC/1973); e (c) melhorar a instrução processual, com a fixação dos pontos controvertidos do litígio, para que, incontinenti, o juiz deferisse as provas necessárias a aclará-lo (por meio de atividade que passou a ser chamada de organização do processo)”. O autor acrescenta que, na prática, os objetivos não foram alcançados: “Os juízes, assoberbados de trabalho, no mais das vezes não tinham tempo para estudo dos autos antes da realização das audiências preliminares e,

Com o CPC de 2015, o tema recebeu uma nova disciplina.

O novo diploma, reduzindo a oralidade processual, estabeleceu a regra geral do saneamento e organização do processo realizados por escrito e unilateralmente pelo juiz nos casos menos complexos (art. 357, *caput*).

Em complemento, criou outras duas modalidades de saneamento: a) a possibilidade de as partes apresentarem ao juiz, para homologação, a delimitação consensual das questões de fato e de direito (art. 357, § 2^o¹⁵); e b) a audiência de saneamento compartilhado¹⁶ nas causas complexas (§ 3^o¹⁷).

Cabe ressaltar alguns pontos relevantes à compreensão dos dispositivos em questão.

O primeiro deles diz respeito ao conteúdo decisório previsto nos incisos do art. 357, que compõem um rol *não exaustivo* de questões a serem decididas pelo órgão julgador. Isso porque não estão expressamente inseridos aí elementos relevantes aos processos coletivos, a exemplo da identificação dos grupos interessados por meio da questão comum, a adequada notificação dos membros dos grupos

assim, geralmente encontravam-se nessas ocasiões despreparados para sanear o feito oralmente. As partes aguardavam durante meses a realização da audiência e, frustrada a conciliação, sequer presenciavam o saneamento oral do feito” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, 2016, p. 435-460).

¹⁵ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 357. [...] § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.”

¹⁶ A partir do histórico do despacho saneador registrado por Fávio Pâncaro da Silva em prólogo à obra de Galeno Lacerda, é possível perceber que o saneamento compartilhado de hoje remonta às origens do instituto, que nasceu com essa natureza. O autor narra que o despacho saneador surgiu, em Portugal (e, portanto, no Brasil também), a partir da Circular nº 152 da Procuradoria Régia de Lisboa, que recomendou aos Magistrados do Ministério Público que “procurassem evitar as nulidades dos processos e que fizessem suprir em tempo as que pudessem ser supridas, porque o Procurador Régio, quando os processos subissem em apelação, tornaria efetiva a responsabilidade aos seus subalternos pelos erros que cometessem ou deixassem de cometer”. Assim, “[e]m decorrência de tal orientação do alto escalão da Procuradoria Régia, e no sentido de manter imaculadas suas fichas funcionais, os Agentes do Ministério Público buscavam junto ao juiz e com a aquiescência dos advogados, a realização de uma audiência após a fase postulatória, na qual eram tratadas possíveis nulidades que o processo pudesse conter, evitando, assim, o desperdício de tempo e a conseqüente eternização das demandas. [...] Acreditam alguns doutrinadores portugueses que daí também tivesse surgido a audiência que hoje antecede o Despacho Saneador e destina, em boa parte, a preparar a elaboração do aludido despacho e que por iniciativa de Barbosa Magalhães foi apresentada à Comissão Revisora do Projeto do Código de Processo Civil da autoria de José Alberto dos Reis” (LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. VII-X).

¹⁷ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 357. [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

(providência prevista no art. 94 do CDC), a deliberação a respeito das intervenções cabíveis, bem como a avaliação da necessidade de realização de audiências públicas. Em atenção ao devido processo legal coletivo, todas essas providências (e outras mais que se fizerem necessárias, de acordo com o conflito em tratativa) devem ser compreendidas como medidas necessárias à organização processual.

O segundo ponto diz respeito ao momento em que exercidas as atividades de saneamento e organização processual. As providências que as caracterizam não se esgotam no momento definido pelo art. 357 do CPC, cuidando-se apenas de uma fase caracterizada pela “concentração de atos de regularização do processo”¹⁸. Isso significa dizer que ao magistrado é lícito sanear e organizar o processo a todo instante, ao longo do procedimento, se houver necessidade.

O terceiro ponto consiste na percepção de que o saneamento dos processos coletivos encontra diferentes fontes, a depender da sua espécie. No campo das ações coletivas, o art. 357 é certamente a maior fonte normativa, sendo especialmente recomendada a designação de audiência de saneamento compartilhado, mesmo nas causas aparentemente não complexas¹⁹. Isso decorre da natural proeminência dos princípios da cooperação e do contraditório nos processos coletivos, normas que, por ampliarem o debate, permitem ao Poder Judiciário que compreenda o conflito de forma mais completa, havendo um maior cuidado em relação aos interesses dos ausentes²⁰.

Mesmo nos processos individuais, é recomendável que o juiz postergue as decisões para a audiência de saneamento, “num moderno procedimento de ampla colaboração, participação e ética”²¹. Qualquer que seja o caso, a participação em contraditório dinâmico, no saneamento compartilhado, é um adequado caminho

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 685.

¹⁹ Nessa linha, o enunciado nº 298 do FPPC dispõe: “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

²⁰ Luiz Rodrigues Wambier destaca que a audiência preliminar é “um momento extraordinariamente relevante para que se dê um contacto mais direto do magistrado com as partes e/ou seus procuradores, justamente naquela ‘delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com sua correção, se definem os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, nov-dez., 2004, p. 137-142).

²¹ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 138.

para que se obtenha uma tutela jurisdicional justa e integral²².

Como salientado por Barbosa Moreira, a audiência propicia ao juiz contato mais intenso com a causa e com os respectivos protagonistas, “cujas reações se lhe abre a possibilidade de observar desde esse instante, mais cedo que de ordinário, o que presumivelmente lhe ministrará úteis elementos de avaliação”²³. A concessão de oportunidade para que as partes se manifestem e discutam a causa diretamente com o juiz é também capaz de acarretar a diminuição de recursos contra as decisões proferidas²⁴, além de estimular a conciliação e impedir a realização de diligências inúteis.

É preciso rememorar, todavia, conforme as premissas estabelecidas no primeiro capítulo, que os processos coletivos não se esgotam nas ações coletivas, compreendendo também o julgamento de casos repetitivos. Assim sendo, é importante identificar também a fonte normativa da “certificação” coletiva à brasileira nos seus incidentes, tema objeto do tópico seguinte.

3.3 SANEAMENTO PROCESSUAL E A ORGANIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS: IMPORTÂNCIA E O PAPEL DO REGIMENTO INTERNO DOS TRIBUNAIS COMO FONTES SUPLEMENTARES

Não apenas o art. 357 do CPC pode ser identificado como fonte para a

²² “Pela nossa proposta, o saneamento deverá ser sempre – repita-se: sempre! – realizado em audiência, na presença das partes, depois de amplo e aberto debate sobre a causa em si e sobre as questões que são objeto de prova, mas, mesmo assim, apenas após se esgotarem as possibilidades de conciliação entre as partes” (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 140).

²³ O autor acrescenta que “o método ‘concentrado’, muito especialmente na modalidade oral, é fenômeno correlato ao da ‘ativação’ do órgão judicial. Basta lançar os olhos aos textos de leis e projetos que cuidam da matéria: não só se verão inseridos no objeto do ato específico (ou da série de atos específicos), com impressionante constância, tópicos naturalmente ligados à iniciativa oficial – como é o caso, v.g., da tentativa de conciliação, do esclarecimento de pontos obscuros nas postulações das partes, da determinação dos fatos que precisam ser provados e dos meios probatórios utilizáveis – senão também se observará, no concernente a outras matérias (por exemplo: vícios capazes de produzir nulidade), o primado da cognição *ex officio* sobre a vinculação do órgão judicial à iniciativa das partes” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Saneamento do processo e audiência preliminar*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, 1985, p. 109-135).

²⁴ É o que registram Luiz Rodrigues Wambier (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, 2004, p. 137-142) e Paulo Hoffman (HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 139).

“certificação” à brasileira dos processos coletivos. Isso porque tal dispositivo não se ocupa do julgamento de casos repetitivos, que, conquanto integre o sistema processual coletivo, possuem disciplina normativa que apresenta autonomia suficiente ao reconhecimento de um microssistema próprio.

A compreensão do regramento dos institutos é importante para o desenvolvimento do presente tópico.

No que se refere à disciplina do IRDR, é possível dividir o incidente em três fases: iniciativa para instauração e admissão²⁵ (arts. 976 a 981 do CPC); afetação e instrução (arts. 982 e 983); e julgamento (arts. 984 a 987). É dado constatar, portanto, que os atos tipicamente saneadores, notadamente a admissibilidade e a organização do procedimento, estão concentradas nas duas primeiras fases.

A primeira delas é marcada pela iniciativa das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do juiz ou relator (art. 977), previstos como legitimados para o pedido de instauração do incidente, endereçado à presidência ou vice-presidência do tribunal respectivo. De acordo com o regramento do CPC, esse pedido será então encaminhado ao “órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”, a quem competirá decidir a respeito da admissibilidade (art. 978).

Admitido o incidente – o que, repita-se, segundo o disposto no CPC, decorre de decisão colegiada²⁶ –, será designado um relator mediante distribuição por sorteio,

²⁵ No que concerne à admissão do IRDR, embora o art. 976, I, pressuponha, “a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”, algo próximo do requisito da numerosidade do sistema das *class actions*, à luz do enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), em homenagem aos variados escopos da tutela coletiva, a instauração do incidente “não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

²⁶ Não se desconhecem precedentes, em tribunais locais, de inadmissão do IRDR por meio de decisão monocrática, o que contraria a literalidade do texto legal. Conforme enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”. Parece razoável, contudo, uma flexibilização mínima desse entendimento, com fundamento no art. 976, § 4º, do CPC, que dispõe ser incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Assim compreendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de decisão monocrática de 15 de junho de 2016, proferida nos autos do IRDR nº 2094496-31.2016.8.26.0000, sob a relatoria do Desembargador José Carlos Ferreira Alves. Também nos casos de manifesta ilegitimidade ativa, parece razoável a possibilidade de inadmissão unipessoal, como previsto no regimento interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo art. 368-C, II, oferta ao relator a prerrogativa de “indeferir liminarmente o incidente quando formulado por parte ilegítima”.

ressaltada a hipótese em que a iniciativa de instauração parta de relator que também seja julgador do órgão responsável por apreciar o IRDR, hipótese em que o será distribuído por prevenção²⁷. Ao relator caberá a decisão de organização do julgamento de casos repetitivos, que cumpre a função de “certificação” dessa espécie de processo coletivo²⁸.

O art. 928 do CPC outorga ao relator as seguintes atribuições: a) suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; b) requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; e c) intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

Somem-se a isso as funções genericamente atribuídas aos relatores pelo art. 932 do CPC, que integra a disciplina geral da ordem dos processos nos tribunais. Como observam Fredie Didier Jr. e Sofia Temer, muito embora a atividade do relator no IRDR não seja a mesma da exercida no julgamento de recursos, é possível aplicar o citado dispositivo (com limitações), notadamente no que se refere à direção da instrução (inciso I), ao exercício de outras atribuições regimentais (inciso VIII) e à possibilidade de sanar vício ou complementar a documentação exigível, antes da inadmissão (parágrafo único).

De forma semelhante, é possível identificar a decisão de “certificação” coletiva no art. 1.037 do CPC, que cuida das atribuições do relator no julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

A diferença aqui é que não há uma prévia decisão colegiada de admissibilidade, mas apenas, se for o caso, uma decisão do presidente ou o vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal (TRF), que “selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação”, determinando a suspensão de processos em que se discuta a

²⁷ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 230.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, v. 3, p. 112.

mesma questão (art. 1.036, § 1º). Em seguida, o relator do tribunal superior realizará novo juízo de admissibilidade e passará à etapa de organização do incidente.

Em ambos os casos, portanto, há uma preocupação não apenas com a admissibilidade e os limites objetivos do incidente (definição da questão jurídica comum), mas também com a sua organização.

Essa segunda etapa é de extrema relevância, pois nela serão adotadas as medidas para “viabilizar que a definição da tese jurídica seja legítima, sob a perspectiva de oportunizar a efetiva divulgação de sua instauração e o engajamento dos sujeitos envolvidos no debate”²⁹.

Tais medidas incluem providências essenciais ao devido processo legal coletivo, como foco na definição dos limites e das diretrizes orientadoras do processamento do incidente: a) a identificação do seu objeto; b) a escolha de casos que mais bem representem a controvérsia; c) a notificação dos interessados sobre a afetação da matéria; d) a definição do grupo afetado e dos critérios para a participação de terceiros a título de *amicus curiae*, membro do grupo ou interessado na formação do precedente, ocasião em que o incidente poderá ser calendarizado; e e) a comunicação aos juízos inferiores a respeito da suspensão das demandas que versem sobre a questão repetitiva. Eis o conteúdo central da “certificação” do incidente.

É importante notar, todavia, que o regramento estabelecido pelo CPC não contempla detalhadamente a disciplina de elementos essenciais ao devido processo legal coletivo.

Justamente por isso, os regimentos internos dos tribunais passam a ter especial destaque no desenvolvimento da disciplina³⁰, o que já tem sido observado empiricamente. Tal função normativa tem sido exercida no âmbito dos tribunais de justiça, tribunais regionais federais³¹, tribunais regionais eleitorais³² e tribunais

²⁹ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 230.

³⁰ *Ibid.*, p. 234.

³¹ No âmbito dos tribunais regionais federais, apenas o TRF da 3ª Região não possui, em seu regimento, um tópico específico para disciplinar o IRDR. *Cf.* http://www.trf3.jus.br/documentos/revs/REGIMENTO_INTERNO/RI-2017__ER_19_com_links__FINAL.pdf. Acesso em: 11 mai. 2019.

regionais do trabalho³³. No âmbito dos tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no art. 271-A do seu regimento interno, disciplinou a suspensão de processos em IRDR³⁴.

É dado constatar, porém, que muitos tribunais ainda não reconheceram esse importante papel do regimento interno como fonte de regulamentação complementar dos incidentes de julgamento de casos repetitivos. É o caso do Tribunal Superior Eleitoral, que, além de não destinar sequer um dispositivo para o julgamento de recursos repetitivos em seu regimento interno, não possui precedentes admitindo o incidente, embora já tenha sido provocado pelo Ministério Público Eleitoral³⁵.

3.4 PRECLUSÃO DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS

³² O Regimento Interno do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia, pioneiro quanto ao tema, contempla, a partir do seu art. 93, a disciplina do IRDR: “Art. 93. Cabe a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Os seus arts. 96 a 98 atribuem diversas funções ao relator do incidente: “Art. 96. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes que tramitam no Estado, determinando a comunicação aos órgãos jurisdicionais competentes; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de dez dias; III - intimará o Procurador Regional Eleitoral para manifestar-se no prazo de dez dias. § 1º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. § 2º A interposição de recurso especial contra a decisão proferida no incidente mantém a suspensão prevista no inciso 1º deste artigo. Art. 97. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. § 1º As pessoas relacionadas no caput poderão requerer, no prazo comum de dez dias, a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. § 2º Concluídas as diligências e ouvido o Procurador Regional Eleitoral, no prazo do parágrafo primeiro, o relator solicitará inclusão do feito em pauta para julgamento. Art. 98. No julgamento do incidente, o relator fará a exposição do seu objeto e, após, poderão sustentar suas razões sucessivamente: I - o autor e réu do processo originário e o Procurador Regional Eleitoral, no prazo de vinte minutos; II - os demais interessados, no tempo de vinte minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência”.

³³ Cite-se, a título de exemplo, o Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 1ª Região (Rio de Janeiro), que disciplina o IRDR em capítulo denominado “Da uniformização da jurisprudência”. Cf. http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/1865/RegimentoInterno_TRT-RJ.pdf?sequence=10&isAllowed=y. Acesso em: 11 mai. 2019.

³⁴ Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “Art. 271-A. Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das partes de incidente de resolução de demandas repetitivas em tramitação, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. [...]”.

³⁵ Cf. <http://www.mpf.mp.br/pgf/noticias-pgr/vice-pge-pede-ao-tse-julgamento-em-massa-de-aco-esobre-uso-de-transferencia-eletronica-em-doacoes-eleitorais>. Acesso em: 11 mai. 2019.

Na fase de saneamento e organização processual, o órgão julgador, munido do panorama fático e jurídico delineado a partir dos contornos estabelecidos pela petição inicial e pela defesa, encontra-se em um momento estratégico para fazer com que seja observado o devido processo legal coletivo.

De acordo com a disciplina estabelecida pelo CPC, organizado o processo *por escrito*, as partes possuem o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias (art. 357, § 1º), “findo o qual a decisão se torna estável”³⁶. Seguindo-se tal lógica, organizado o processo *em audiência*, o caminho natural será a compreensão de que o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes preclui com o seu término. Por fim, na hipótese de a causa ter sido delimitada *consensualmente* pelas partes, não deve ser reconhecido o direito de impugnação, sob pena de comportamento contraditório³⁷, ressalvados os ajustes que porventura se revelem necessários posteriormente, notadamente nas causas complexas com quadro fático instável.

É preciso compreender, contudo, essa estabilidade como uma espécie de “certeza provisória” – ou “estabilidade superável” – não se podendo falar em uma rígida imutabilidade³⁸.

Embora não seja desejável a constante revisão da decisão de saneamento e organização processual – o que seria prejudicial ao bom andamento processual e, portanto, à efetividade da tutela jurisdicional –, o seu conteúdo, sobretudo nos casos mais complexos, pode demandar do órgão julgador a realização de ajustes em mesmo fora do prazo de cinco dias a que se refere o art. 357, § 1º.

Não se pode perder de vista, ademais, que a fase de saneamento e organização, embora caracterizada pela concentração de atos, permite que,

³⁶ Como esclarece Cassio Scarpinella Bueno, não se cuida, a despeito da coincidência do prazo, de embargos de declaração. Trata-se, “bem diferentemente, de pedido que as partes – e eventuais terceiros que tenham sido admitidos no processo, não há por que se esquecer deles – formularão ao magistrado para esclarecer ou ajustar a decisão que declara saneado o processo e que, nos termos do *caput* do dispositivo, o ordena para ingresso na fase instrutória. Trata-se, pois de mais uma manifestação do modelo de *processo cooperativo* que quer implementar o art. 6º do novo CPC” (BUENO, Cassio Scarpinella. Esclarecimentos e ajustes na decisão de saneamento e organização. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 562).

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 233.

³⁸ Como registra Antonio do Passo Cabral, “os canonistas reconhecem que a sentença é dotada de estabilidade, ainda que permanentemente seja possível a revisão dos provimentos. Vale dizer: há *estabilidade sem imutabilidade*” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 275).

havendo necessidade, sejam proferidas decisões de caráter saneador em momentos posteriores, o que dependerá das particularidades de cada caso concreto. A estabilidade da decisão de saneamento, embora fundamental para evitar retrocessos processuais, não deve impedir ao menos a realização de ajustes relativos a temas que não foram objeto de debate por ocasião do seu prolação.

Desse modo, a lógica a ser seguida é a mesma prevista pelo modelo norte-americano na Regra 23(c)(1)(C), ao estabelecer que a ordem de “certificação” coletiva, conquanto estável, não é irreversível, podendo ser alterada ou emendada posteriormente, antes da decisão final sobre o mérito da demanda.

A título exemplificativo, assim como ocorre no sistema das *class actions*, é possível, para uma melhor administração do processo e delimitação do seu objeto, que o juiz, ao se deparar com os fatos da causa, realize uma subdivisão do grupo afetado em subgrupos (*subclass*). Disso poderá resultar a necessidade de intimação de outro legitimado coletivo ou até mesmo o desmembramento da demanda, para que seja processada de forma apartada³⁹.

Vale repisar: não se ignora que a decisão de saneamento e organização consiste em um evidente marco de estabilização do processo que deve ser prestigiado. É preciso, porém, compreender que as peculiaridades dos processos coletivos – especialmente em razão da possibilidade de existência de um contexto fático dinâmico e necessidade de proteção dos ausentes – demandam uma especial atenção quanto a esse aspecto, flexibilizando-se, por exemplo, a regra do art. 329, II, do CPC⁴⁰.

Na hipótese de as partes discordarem do conteúdo da, surge o questionamento relativo à sua recorribilidade imediata. Isso porque, como sabido, uma das novidades do CPC de 2015 foi a de, como ocorre no processo penal, estabelecer um rol taxativo de decisões interlocutórias passíveis de recurso imediato, por meio do agravo de instrumento. O rol dos incisos I a XIII do art. 1.015 do CPC não contempla

³⁹ A possibilidade de desmembramento da demanda coletiva, até mesmo com a remessa dos autos a outro juízo, será explorada no tópico relativo à análise da competência adequada na decisão de saneamento e organização do processo.

⁴⁰ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar”.

essa decisão, o que conduz à compreensão doutrinária no sentido de que “seu conteúdo só poderá ser objeto de novo debate no juízo de segundo grau, acaso devidamente impugnada a questão em preliminar de apelação ou nas respectivas contrarrazões”, conforme art. 1.009, § 1º⁴¹.

É possível, todavia, não apenas interpretar extensivamente a hipótese do art. 1.015, XI, que admite a interposição de agravo de instrumento contra a decisão de redistribuição do ônus da prova – por integrar a atividade de organização processual –, como também, por invocação do precedente vinculante estabelecido no julgamento do Recurso Especial nº 1.704.520/MT, admitir “a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”⁴².

Quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas e aos recursos repetitivos, a decisão de organização, a cargo do relator, tem o seu momento estabelecido pelos arts. 982 e 1.038 do CPC, logo após a admissibilidade do incidente. Eventual irrisignação das partes deve ser exercida por meio do recurso de agravo interno (art. 1.021 do CPC). De qualquer sorte, também aqui, embora a decisão a ser proferida venha a se tornar estável, é possível que o relator venha a identificar um determinado subgrupo apenas em momento posterior – v.g., após a realização de audiências públicas –, caso em que a decisão pode ser emendada, de modo a ampliar a participação e a representação do subgrupo então reconhecido.

3.5 CONTEÚDO “MÍNIMO” DA DECISÃO DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS

O conteúdo da decisão de saneamento e organização dos processos coletivos certamente dependerá das circunstâncias do caso concreto, não sendo possível estabelecê-lo, por completo, de forma apriorística. É importante, porém, destacar alguns pontos particularmente relevantes.

Seja nas ações coletivas – por meio de decisão do juiz singular –, seja no

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2015, p. 233.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp nº 1.704.520/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJe 5.12.2018.

juízo de casos repetitivos – por meio da decisão de organização do relator –, os seguintes temas merecem uma análise particularizada:

- a) aferição da presença dos requisitos processuais próprios das ações coletivas ou do julgamento de casos repetitivos – o que inclui a seleção da causa-piloto;
- b) apreciação das questões prévias suscitadas e ainda pendentes, bem como de questões prévias que possam ser conhecidas de ofício;
- c) definição da questão jurídica objeto da controvérsia, bem como das circunstâncias fáticas, com descrição genérica dos grupos envolvidos;
- d) suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, no caso do IRDR/REER;
- e) notificação adequada do grupo;
- f) desmembramento de eventuais pretensões cumuladas, remetendo-se ao juízo mais próximo do local do dano, se necessário for, nas ações coletivas;
- g) prática de atos de cooperação jurídica nacional, a exemplo de atos concertados;
- h) prática de atos de cooperação jurídica internacional, nas ações coletivas transnacionais;
- i) fixação das diretrizes para a participação, avaliando-se a designação de audiência públicas e a comunicação a outros legitimados coletivos e *amici curiae*, para fins interventivos;
- j) homologação de eventuais acordos parciais;
- k) organização da atividade probatória, inclusive no que concerne à inversão do ônus da prova, no caso das ações coletivas.

Os pontos em questão merecem uma análise individualizada, sendo desenvolvidos nos tópicos seguintes.

3.6 CONTEÚDO DA DECISÃO: A IDENTIFICAÇÃO DO GRUPO E DAS QUESTÕES COMUNS NOS PROCESSOS COLETIVOS

3.6.1 A definição do grupo e das questões comuns nas ações coletivas

O sistema das *class actions* norte-americanas tem como pedra de toque a decisão de “certificação”, que, por sua vez, destaca a importância da identificação do grupo (*class definition*), a partir da questão comum existente. Cuida-se, como visto, do pressuposto básico para o ajuizamento de qualquer espécie de ação coletiva nos Estados Unidos.

As razões para tanto, já analisadas no capítulo anterior, são variadas, podendo ser assim resumidas: a) qualquer juízo a respeito da adequação legitimado coletivo depende de prévia definição dos contornos do grupo que esse (pretense) legitimado pretende proteger; b) a definição do grupo é relevante para que se possa concluir sobre o *direito aplicável* ao caso, o que pode interferir na fixação da *competência do juízo*; c) ela será também necessária para que se proceda a uma *adequada notificação* dos membros do grupo; d) a medida é igualmente relevante para fins de *intervenção de terceiros*, bem como para a realização de *audiências públicas*; e) a definição do grupo será de suma importância para que se possa saber o alcance da *extensão dos efeitos da coisa julgada*⁴³.

Rememore-se, porém, que, no âmbito das *class actions*, os tribunais costumam analisar a existência de um grupo em função dos requisitos da Regra 23 para o cabimento da ação, notadamente a numerosidade e a existência de uma questão comum. De fato, não se pode desenhar um determinado grupo de pessoas antes de saber exatamente o elo que une os seus membros. Esse elo muitas vezes será formado *post factum*, ou seja, após algum evento causador de dano ou alguma controvérsia jurídica. Justamente por isso, a definição da questão comum e dos grupos envolvidos é uma tarefa a ser realizada ao mesmo tempo e cujo rigor dependerá necessariamente do tipo de conflito em questão.

No caso das ações coletivas, portanto, por ocasião da decisão de saneamento

⁴³ Como observa Antonio Gidi, “[c]om a descrição do grupo em juízo, sabe-se quem está sendo representado em juízo e, conseqüentemente, quem será atingido pela coisa julgada. Afinal, um dos elementos da demanda, para determinação da litispendência e coisa julgada, é a parte titular da pretensão de direito material” (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 118).

e organização processual, não apenas é relevante que o juiz delimite as questões de fato “sobre as quais recairá a atividade probatória” (art. 357, II, do CPC), mas também os contornos fáticos e jurídicos da controvérsia, bem como *em nome de quem atua cada legitimado coletivo*. Tal tarefa deverá ser realizada com a precisão possível e necessária. Não é necessário que o juiz indique todos os membros do grupo, bastando que se ofereça uma descrição genérica da coletividade.

Retornando-se ao exemplo da Ação Civil Pública nº 5009686-46.2017.4.03.6100, ajuizada pela Defensoria Pública da União, perante a 14ª Vara Federal Cível em São Paulo, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), é possível identificar facilmente o grupo substituído, as questões fáticas e jurídicas e até mesmo os grupos que deveriam estar presentes para uma resolução integral do conflito.

Ao postular o restabelecimento integral do serviço de entrega domiciliar de correspondências em determinados locais da cidade de São Paulo e região metropolitana, o órgão assumiu a função de representante de um grupo específico. Ao narrar a ausência de prestação do serviço em locais considerados pela ECT como perigosos, há uma questão fática muito bem delimitada. Por fim, ao sustentar que a legislação de regência dos serviços públicos e dos direitos dos consumidores seria suficiente para que fosse determinada a continuidade dos serviços sob as condições fáticas existentes, é possível identificar, sem dificuldades, a questão jurídica central. Informações como essas devem estar relatadas na decisão de saneamento e organização do processo coletivo, de modo a esclarecer de que se trata a demanda e quais são os grupos representados. No caso concreto, a descrição genérica do grupo poderia ser assim sintetizada: *usuários do serviço postal da ECT nas regiões desatendidas por questões de insegurança*.

3.6.2 A identificação do grupo e das questões comuns no julgamento de casos repetitivos

No exemplo citado no tópico anterior, poderia ocorrer de a controvérsia vir a ser objeto de um IRDR ou até mesmo um recurso especial repetitivo, se por acaso existente uma multiplicidade de processos com ao menos uma questão jurídica

comum, qual seja, a de saber se a legislação autorizaria a ECT a interromper o serviço de entrega de encomendas em locais inquestionavelmente perigosos.

Nessa hipótese, diferentemente de uma ação coletiva, a existência de uma questão jurídica comum e do interesse na sua certificação pela coletividade, em uma primeira análise, parece esmaecer a existência de grupos de interessados.

Ela pode ser extraída, contudo, a partir das pretensões deduzidas nas múltiplas causas existentes, a revelar que a escolha das causas-piloto não pode ser realizada de forma aleatória. É possível imaginar a existência de controvérsias entre os trabalhadores da ECT (como os carteiros) e a sua empregadora, em que se discuta justamente a obrigatoriedade da entrega de encomendas em locais considerados perigosos. Em tais causas, embora a questão jurídica seja comum, a pretensão dos trabalhadores (pela interrupção do serviço em certos locais) é oposta àquela deduzida pelos usuários do serviço (pela continuidade do serviço).

O detalhe é que as ações movidas pelos trabalhadores tramitariam perante juízo distinto: a Justiça do Trabalho, enquanto as demandas oriundas dos consumidores tramitariam perante a Justiça Comum. Justamente por isso, em havendo a instauração IRDR ou REER em uma ou outra Justiça especializada, uma medida de extrema relevância consistiria na identificação de grupos de interesses ainda não representados pelos autores das causas-piloto, para fins de intervenção de representantes adequados de grupos ausentes diretamente interessados na resolução da questão. Seria o caso, por exemplo, da intervenção do Sindicato dos Trabalhadores dos Correios e Telégrafos em um IRDR ou REER em curso, na defesa dos interesses da categoria profissional.

Isso tudo revela que também no campo do julgamento de casos repetitivos existem preocupações relativas à delimitação do objeto e à identificação de grupos interessados. Tanto no IRDR quanto nos REER, é importante saber quais são os grupos de interesse, por todos os motivos já elencados, destacando-se a adequada escolha das causas-piloto, cujas partes exercerão o papel representativo indireto, bem como a facilitação das formas de intervenção de terceiros⁴⁴.

⁴⁴ Nesse sentido: “[a] identificação desses subgrupos é crucial para uma adequada resolução da questão, tendo em vista que, quanto maior for a participação dos respectivos representantes dos subgrupos, maiores serão as chances de que todos os fundamentos que cercam a questão sejam analisados e, conseqüentemente, menor será o espaço para rediscussão da interpretação

A necessidade de precisa identificação da controvérsia jurídica que se busca uniformizar, embora não conste expressamente da disciplina relativa ao IRDR, encontra previsão no art. 1.037, I, do CPC (relativo aos REER), comunicando-se, portanto, ao microssistema de solução de casos repetitivos. Cuida-se de medida fundamental para que se possa aferir, de forma precisa, o grupo de causas pendentes que deverão ser suspensas.

De igual modo, o direito à distinção (art. 1.037, §§ 8º e 9º, CPC⁴⁵), a motivar o requerimento de retirada do caso do sobrestamento, somente poderá ser exercido adequadamente mediante prévia e precisa identificação da questão jurídica em tratativa. Ela também servirá para que se possa delimitar aquilo que constará na decisão final de mérito a que se vinculará o tribunal, não podendo fixar teses sobre questões diversas, sob pena de violação ao dever de congruência⁴⁶.

3.6.3 A relevância das circunstâncias fáticas no julgamento de caso repetitivos

No julgamento de casos repetitivos, é também relevante que se identifiquem as circunstâncias fáticas que ensejaram a controvérsia⁴⁷, relevando-se a pretensão das partes envolvidas, o que permitirá extrair daí os eventuais grupos de interesse relativamente ao caso.

Nesse sentido, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em seu art. 219, § 8º, dispõe que, admitido IRDR pelo órgão colegiado, retornarão

conferida por falta de um debate abrangente e exaustivo dos fundamentos que cercam a questão” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019, p. 55).

⁴⁵ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 1.037 [...] § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput. § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 235.

⁴⁷ Como registram Fredie Didier Jr. e Sofia Temer, “[n]ão bastará, contudo, identificar a questão jurídica, sem delimitar a situação fática que lhe está subjacente, ou seja, as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia, ou, ainda, a categoria fática para a qual a tese será aplicada” (DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 234-235).

os autos conclusos ao relator, que proferirá decisão na qual, entre outras providências, além de identificar “com precisão, a questão a ser submetida a julgamento” (inciso I), “identificará as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica” (inciso II).

Em igual linha, o art. 8º da Resolução nº 27, de 15 de maio de 2016, do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, estabelece que, selecionado o processo a ser encaminhado como representativo de controvérsia, o ofício dirigido ao presidente do tribunal deverá, além de “delimitar a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito dos arts. 976 e seguintes” (inciso II), “informar, objetivamente, a situação fática específica na qual surgiu a controvérsia” (inciso III).

Para além da delimitação da questão jurídica e das circunstâncias fáticas, é importante, no julgamento de casos repetitivos, a indicação dos dispositivos legais relacionados, bem como das teses dissonantes apresentadas. Tal medida terá especial relevância, sobretudo porque, conforme o enunciado nº 2 do FPPC, “[p]ara a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”. Justamente por isso, ela também tem utilidade no campo da intervenção de terceiros, na medida em que um dos filtros para que se admita a ampliação subjetiva do incidente reside justamente na contribuição argumentativa, como será desenvolvido nos tópicos seguintes.

3.7 CONTEÚDO DA DECISÃO: A NOTIFICAÇÃO ADEQUADA DO GRUPO E DOS SEUS MEMBROS

3.7.1 A objeção da coisa julgada *secundum eventum litis*

O estudo das *class actions* americanas revelou uma especial preocupação com o tema da notificação dos membros da coletividade, notadamente nas ações coletivas do tipo (b)(3) da Regra 23, fonte de inspiração da disciplina dos direitos individuais homogêneos pelo CDC.

Poder-se-ia dizer que, no Brasil, em razão do regime diferenciado da coisa julgada coletiva, cuja extensão aos particulares somente ocorre *secundum eventum*

litis (transporte *in utilibus*⁴⁸), não seria necessária a mesma preocupação em relação à notificação dos membros do grupo.

Essa conclusão é equivocada.

De início, é importante registrar que o regime de produção da coisa julgada, no julgamento de casos repetitivos, é *pro et contra*. Ou seja, a conclusão a que chegar o tribunal será aplicada aos processos sobrestados e terá a eficácia prospectiva de precedente vinculante independentemente de o resultado ser favorável ou prejudicial a um determinado grupo.

Quanto às ações coletivas brasileiras, não há dúvidas de que o seu modo de produção, em realidade, não segue a lógica *secundum eventum litis*, mas sim a sua extensão aos particulares.

Os incisos I e II do art. 103 do CDC dispõem que, em se tratando de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a coisa julgada não se formará no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, a revelar o regime de formação *secundum eventum probationis*. Isso significa que a improcedência do pedido por outro motivo que não a falta de provas impede o ajuizamento de novas ações coletivas com o mesmo objeto, muito embora, como disposto no art. 103, § 1º, fique ainda assegurado o ajuizamento de ações individuais pelos prejudicados que não intervieram no processo⁴⁹.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, a redação do inciso III é lacunosa, ao dispor que a coisa julgada operará “erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”. O dispositivo em

⁴⁸ Conforme disposto no art. 103, § 1º, do CDC, “[o]s efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

⁴⁹ Como esclarece Antonio Gidi, “[e]m caso de improcedência após instrução suficiente, a sentença coletiva fará coisa julgada para atingir o grupo titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 reproponha o mesmo processo coletivo pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido invocando a mesma causa de pedir. Demandas individuais, em defesa dos correspondentes direitos individuais, entretanto, continuam podendo ser propostas” (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 289). No mesmo sentido, registra Hugo Nigro Mazzilli, “a improcedência de uma ação civil pública por outro motivo que não a falta de provas impede o ajuizamento de novas ações civis públicas com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, conquanto não impeça o ajuizamento de ações individuais fundadas na mesma causa de pedir, exceto se o lesado interveio na ação civil pública como litisconsorte ou assistente litisconsorcial do legitimado ativo. Isso porque não se pode excluir do lesado individual seu direito de acesso à jurisdição, se não participou do julgamento da ação coletiva” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 686-687).

questão expõe apenas o regramento de extensão da coisa julgada para o plano individual. Surge, então, o seguinte questionamento: no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, seria possível ajuizar uma nova ação coletiva? Embora pareça bastante razoável a aplicação do mesmo regime *secundum eventum probationis* das categorias de direitos anteriormente mencionadas, prevalece que, no caso dos direitos individuais homogêneos, não seria possível o ajuizamento de uma nova ação coletiva, em razão da ausência de previsão expressa da exceção da coisa julgada quando insuficientes as provas⁵⁰. A coisa julgada *coletiva* se formaria, portanto, sob o regime *pro et contra*.

O quadro exposto revela que, em realidade, embora seja comum a afirmação de que a coisa julgada coletiva opera *secundum eventum litis*, esse regime não diz respeito à sua *formação*, mas sim à sua *extensão* aos particulares, o que somente ocorrerá para beneficiá-los (transporte *in utilibus*). Em outras palavras, existe um regime relativo à *formação* da coisa julgada no âmbito coletivo (*secundum eventum probationis* para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito; *pro et contra*, para os direitos individuais homogêneos) e um regime relativo à sua *extensão* aos particulares (*secundum eventum litis*)⁵¹.

3.7.2 A diversas funções do dever de notificação do grupo

Também preciso atentar que, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, a notificação adequada não serve apenas para permitir o direito de autoexclusão do membro do grupo. Essa constatação é facilmente extraída da leitura da *Federal Rule 23*, que ao disciplinar a *fair notice*, previu, a partir da reforma de 2003, a sua possibilidade também para as ações do tipo (b)(1) e (b)(2), em que, como regra, não existe o direito de autoexclusão⁵². Em tais casos, o objetivo maior é o de permitir a

⁵⁰ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 448.

⁵¹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117-118 e 126-127.

⁵² “Of the four types of class action, three are mandatory: the (b)(1)(A), (b)(1)(B) and (b)(2) class actions. In a mandatory class action, class members generally have no opt-out right; once the class is certified, they are powerless to remove themselves. Nor, at least until settlement, are they generally entitled to receive notice of the fact that they are members of the class. Indeed, it is possible that you have been a member of a mandatory class action and never know about it at the time” (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque:

fiscalização da condução do processo pelo legitimado extraordinário, inclusive por ocasião da celebração de acordos. Também no Brasil não há razão para a notificação adequada ocorrer apenas nas ações vocacionadas à proteção de direitos individuais homogêneos, cabendo ressaltar a possibilidade de liquidação e execução individual da sentença nos demais casos⁵³.

A bem da verdade, a notificação dos membros do grupo possui diversas finalidades, especialmente as seguintes: a) permitir o direito de autoexclusão (o que, no Brasil, ocorre mediante a notificação referida no art. 104, do CDC⁵⁴); b) possibilitar que os membros do grupo fiscalizem a atuação do legitimado coletivo; c) informar os interessados sobre a existência da demanda, para que intervenham no processo coletivo; d) permitir o acompanhamento de audiências públicas por interessados; e e) comunicar os membros do grupo a respeito do resultado do processo, de modo a permitir, se for o caso, a liquidação e execução individual do título formado.

No julgamento de casos repetitivos, com excessão do direito de autoexclusão (que não é permitido), essas finalidades também se fazem presentes. Servirá, ainda, para que a parte de uma ação em curso provoque o juiz da causa, requerendo a suspensão do seu processo, na hipótese de essa providência, por algum motivo, não ter sido adotada quando da instauração do incidente.

Cuida-se, portanto, de um instituto de extrema relevância, uma questão constitucional de respeito ao devido processo legal. Como pontua Antonio Gidi, de nada adianta o direito de propor demanda individual objetivando a liquidação de

Foundation Press, 2010, p. 378). Conquanto a *Federal Rule 23* disponha como facultativa a notificação para as *class actions* do tipo (b)(1) e (b)(2), ela será obrigatória quando da realização de acordo, conforme o seu tópico (e)(1).

⁵³ É o que registra Elton Venturi: “[d]estaque-se que mesmo em relação ao ajuizamento de ações coletivas para a tutela de direitos difusos e coletivos igualmente indispensável seria a ampla divulgação do resultado de procedência em função do que determina o art. 103, § 3º, do CDC, que viabiliza a liquidação e a execução individuais da sentença condenatória em benefício das vítimas e sucessores. Assim sendo, muito embora o art. 94 do CDC se refira à divulgação editalícia e pela mídia do ajuizamento de *ações de classe*, certamente há que se estender sua aplicabilidade a qualquer ação de natureza coletiva, ainda que originalmente ajuizada tendo como pedido mediato a tutela de direitos ontologicamente meta-individuais, como ocorre com a ação civil pública e a ação popular. Sempre que existir a viabilidade da extensão *erga omnes* e *in utilibus* do julgamento da ação coletiva, seja ela qual for, incide a garantia de adequada informação à sociedade [...]” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 399).

⁵⁴ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

danos ou mesmo o direito de intervir no processo coletivo para auxiliar e controlar a adequação do representante, se o membro do grupo (e os demais legitimados coletivos) não tem informação adequada sobre a existência da demanda coletiva⁵⁵.

3.7.3 A insuficiente regulamentação do dever de notificação no Brasil

A notificação dos membros do grupo, nas ações coletivas, encontra previsão nos seguintes dispositivos: a) art. 94 do CDC, que dispõe que, proposta a ação coletiva, “será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes”, prevendo ainda a possibilidade de “ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”; e b) art. 104 do CDC, que prevê a necessidade de que se dê ciência do ajuizamento da ação coletiva aos autores de ações individuais que compartilhem da mesma questão comum, para que, querendo, requeiram a suspensão do processo individual, caso pretendam aproveitar a sentença coletiva (*opt-in*), ou continuem com o trâmite da demanda individual, rejeitando o resultado da sentença coletiva (*opt-out*).

Há, ainda, regras relativas à necessidade de encaminhamento de informações aos órgãos competentes para a propositura da ação coletiva: a) art. 6º da LACP, ao dispor que “[q]ualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”; b) art. 7º da LACP, ao estabelecer que, “[s]e, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”; e c) art. 139, X, do CPC, que atribui aos juízes a tarefa de oficiar o Ministério Público, a

⁵⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 65. Nessa mesma linha, registram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que “a adequação da publicidade das ações coletivas é, certamente, um dos mais importantes aspectos a serem observados no desenvolvimento do devido processo legal coletivo” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 114). Paulo César Pinheiro Carneiro ressalta que “o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso, é tão importante como o de ter um advogado, um defensor que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores de seus direitos, querem exercê-los” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58).

Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados coletivos, nos casos em que se depararem “com diversas demandas individuais repetitivas a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

A disciplina do instituto da notificação adequada, no âmbito das ações coletivas, é particularmente tímida, em comparação com o julgamento de casos repetitivos, em que se destaca a regra do art. 979 do CPC, prevista no regramento geral do IRDR.

Referido dispositivo estabelece que “[a] instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Os seus §§ 1º e 2º acrescentam que os tribunais deverão manter um banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente (no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados), com comunicação ao CNJ. Por fim, o § 3º informa a aplicação do regramento da notificação adequada do IRDR também ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. Para finalizar, o § 2º do art. 985 estabelece ainda o dever de informar o resultado do julgamento do incidente ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente, se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado.

O quadro exposto revela a necessidade de comunicação entre as regras das ações coletivas e do julgamento de casos repetitivos, por integrarem o microssistema processual coletivo. Também o ajuizamento de ações coletivas deve resultar na “mais ampla e específica divulgação e publicidade”, que não deve se restringir à publicação de “edital no órgão oficial” (art. 94 do CDC).

3.7.4 Parâmetros para uma adequada notificação por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo

A experiência prática das ações coletivas, no Brasil, revela o absoluto descaso com o tema da notificação adequada, não se podendo considerar suficiente a mera

publicação no Diário Oficial. Como registra Elton Venturi, “nossa experiência demonstra que nem a publicação editalícia se revela suficiente, nem ocorrem quaisquer veiculações em tal sentido nos órgãos de imprensa”⁵⁶. Disso resultam os frequentes ajuizamentos de ações individuais na pendência de ação coletiva com o mesmo objeto, e até mesmo de ações coletivas idênticas, em diferentes regiões do país. Não se trata de um fenômeno isolado, mas sim de algo que ocorre com frequência, “em grande escala, em função da precariedade (quando não absoluta ausência) de comunicação a respeito seja do mero ajuizamento das ações coletivas, seja da publicação de sentenças de procedência”⁵⁷.

Delineado tal quadro, cabe definir aspectos importantes a respeito da notificação adequada dos membros dos grupos nos processos coletivos brasileiros, especialmente a definição do seu momento, da forma e dos agentes responsáveis, inclusive pelos seus custos.

No que diz respeito ao momento adequado, o ideal é que a medida ocorra antes mesmo da propositura da ação coletiva, na medida em que o devido processo legal coletivo impõe que a relação entre representação e participação da sociedade não se resuma ao âmbito intraprocessual, envolvendo também o campo extraprocessual.

Como defende Sérgio Cruz Arenhart, partindo-se da ideia de que a Justiça deve ser concebida como um serviço público⁵⁸, a prestação jurisdicional deve ser analisada numa perspectiva ampla, *panprocessual*, que leva em consideração também aspectos que são externos aos processos, adentrando-se nos campos legislativo, estrutural e cultural⁵⁹. As relações entre o grupo substituído e o legitimado coletivo, assim como entre os membros do grupo, conquanto externas ao

⁵⁶ O autor ressalta o déficit de atuação dos veículos de comunicação em massa. Ressalta que, “muito embora constitua princípio constitucional que a programação das emissoras de rádio e de televisão priorize finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (CF, art. 221, I), bem como sejam de competência do Poder Executivo a outorga e a renovação de concessões, permissões e autorizações par ao serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF, art. 223), não se tem verificado qualquer comprometimento da mídia, sobretudo da efetivamente *popular*, com a mínima informação sobre os direitos decorrentes da cidadania, como deveria ocorrer mediante a divulgação da propositura de ações coletivas e de seus respectivos julgamentos favoráveis, com potencial eficácia *erga omnes*” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 395-396).

⁵⁷ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 395.

⁵⁸ CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 389 e ss.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37 e ss.

processo, são extremamente relevantes para que se analise a adequação, em concreto, da participação e representação, partes integrantes do núcleo do devido processo legal coletivo⁶⁰.

Espera-se, portanto, que os legitimados coletivos fomentem a participação desde antes do ajuizamento da ação coletiva, o que dependerá da prévia notificação dos membros dos grupos envolvidos⁶¹.

De acordo com o art. 94 do CDC, a propositura da ação coletiva deve ser seguida da sua publicidade. Da mesma forma, o art. 979 do CPC determina a “mais ampla e específica divulgação e publicidade” tanto à instauração quanto ao julgamento dos incidentes de julgamento de casos repetitivos. De fato, uma vez ajuizada uma ação coletiva ou instaurado um IRDR/REER, o ideal é que a comunicação aos membros dos grupos envolvidos ocorra o quanto antes, logo no início do procedimento, para que eventuais interessados acompanham desde já o andamento do feito e, sendo o caso, formulem requerimentos interventivos.

Essa notificação, contudo, pode se revelar insuficiente.

Em atenção ao papel central da notificação adequada no devido processo legal coletivo, é razoável interpretar a regra do art. 979 do CPC como um dever mínimo, de modo que, em qualquer processo coletivo, essa comunicação ocorra ao menos em dois momentos: logo após a instauração e depois do julgamento (o que inclui o deferimento de tutelas provisórias).

Por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo coletivo, deverá o julgador (o relator, no caso dos IRDR/REER) analisar se a notificação realizada foi suficiente. Pode ocorrer, por exemplo, de ser necessária a designação de audiência pública, o que demandará nova publicidade ao ato, sendo claramente

⁶⁰ Edilson Vitorelli ressalta que, da perspectiva endoprocessual, não há grandes diferenças entre o devido processo legal individual e o devido processo legal coletivo. Assim, “a exata compreensão do problema exige que se adote uma perspectiva panprocessualista, compreendendo o alcance das garantias processuais para além da relação endoprocessual existente entre autor e réu” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161).

⁶¹ “Dos legitimados ativos, aos quais a lei imputa presunção de adequada representatividade social, seria razoável esperar-se que antes mesmo da propositura da ação coletiva já fomentassem alguma informação acerca da futura discussão judicial junto à coletividade, mediante assembleias, reuniões públicas, correspondências pessoais aos interessados – enfim, toda forma de comunicação hábil a gerar, quando menos, uma mínima e informal cientificação dos ‘titulares’ da pretensão material tutelada, prováveis destinatários do julgamento de procedência da demanda” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 397).

insuficiente a mera publicação da decisão no diário oficial. De igual modo, pode ocorrer de o julgador identificar, a partir da questão jurídica posta, a existência de um grupo particularmente afetado sem representação adequada nos autos, a atrair a necessidade não apenas de se identificar um possível legitimado coletivo para a defesa dos seus interesses, como também a de ser conferida ampla publicidade, notificando-se os membros do grupo “descoberto”. Não será rara essa ocorrência, sobretudo porque, por vezes, o conflito coletivo somente é integralmente compreendido em um momento posterior.

Quanto à forma da notificação, é importante que ela busque reunir ao máximo três características essenciais: economicidade, eficiência e abrangência⁶², não sendo necessária a identificação e comunicação individual a cada um dos membros do grupo.

Atualmente, em razão do desenvolvimento de ferramentas tecnológicas de comunicação em massa (especialmente por meio da internet), a depender do caso concreto, pode ser suficiente o mero encaminhamento de mensagens de e-mail, SMS, a divulgação em *websites* oficiais e contas em redes sociais (*Twitter*, *Instagram*) ou mesmo a comunicação via aplicativos como *Whatsapp* ou *Telegram*.

As formas de comunicação são múltiplas, assim como os seus responsáveis.

Imagine-se, por exemplo, o ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público em defesa dos interesses dos consumidores do serviço de internet móvel. Parece natural supor que o próprio órgão ministerial proceda à ampla divulgação da sua atuação, em sua página oficial na internet e nas redes sociais. De igual modo, parece acertada a conduta do Poder Judiciário, ao divulgar o recebimento da demanda.

Por outro lado, é razoável supor que, no caso de deferimento de tutela provisória em detrimento da parte ré, ela seja compelida a divulgar adequadamente a decisão, especialmente em razão da aparente viabilidade da tese autoral, ressalvada a hipótese de a parte autora poder fazê-lo de forma sensivelmente menos onerosa.

⁶² Nessa linha, o anteprojeto de Código de Processos Coletivos de Antonio Gidi sugere a adoção do seguinte regramento: “5. Na face inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto (*vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1*)” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59).

Por vezes, embora deferidas medidas liminares em favor das coletividades, impera o desconhecimento dos membros do grupo a respeito do seu conteúdo⁶³. Na hipótese citada, uma medida adequada seria a comunicação da decisão por meio de mensagem contida nas faturas encaminhadas aos usuários do serviço, o que, nos dias atuais, pode ser feito através de simples mensagem de e-mail.

Um exemplo emblemático de êxito quanto ao tema pode ser extraído do ajuizamento de uma série de ações coletivas pelo Ministério Público Federal em desfavor de instituições financeiras, objetivando coibir as filas excessivas nos caixas de atendimento ao público. Foi o caso da Ação Civil Pública nº 2006.61.08.005145-8, ajuizada perante a 1ª Vara Justiça Federal Bauru/SP. A tutela provisória deferida determinou aos acionados a obrigação de, no prazo de trinta dias, providenciar, em todas as agências dos municípios abrangidos pela subseção judiciária, o necessário para que o atendimento nas filas de caixa e outros serviços bancários seja realizado no prazo máximo de 15 (quinze) minutos em dias normais e de 30 (trinta) minutos no dia que anteceda feriado, bem assim no dia imediatamente seguinte⁶⁴.

Entre outros pontos, foi determinada ainda a obrigação de afixação de cartazes em locais de fácil visualização, esclarecendo ao público o teor da decisão. Além de consistir em uma inegável forma de fácil comunicação aos membros do grupo, a medida adotada estimulou pedagogicamente o cumprimento da decisão, ao facilitar o controle pelos usuários do serviço, com imediata comunicação ao Ministério Público, para fins de aplicação da multa cominatória.

Em síntese, a notificação adequada é algo a ser observado não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelas partes, o que, a depender do caso, pode ser feito de forma cooperativa (até mesmo mediante acordo entre os interessados) ou

⁶³ Exemplo disso ocorreu por ocasião do ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0007581-41.2013.4.01.3300 pela Defensoria Pública da União perante a Seção Judiciária da Bahia em desfavor da Caixa Econômica Federal (CEF), objetivando, entre outros pedidos, a condenação da referida empresa pública em obrigação de não fazer consistente na impossibilidade de cobrança de honorários advocatícios em renegociações extrajudiciais de dívidas vinculadas ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), em face da expressa vedação quanto à exigência do encargo na legislação que regula o programa. Embora deferido o pedido de tutela provisória satisfativa (que veio a ser mantido em sentença e, posteriormente, em acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região), a sua comunicação à coletividade afetada ocorreu unicamente por meio da divulgação no sítio virtual da Defensoria Pública da União, o que, na prática, comprometeu o conhecimento por parte de muitos assistidos, marcados pela vulnerabilidade social e assimetria informativa. Uma medida bastante efetiva seria a afixação de cartazes nas agências da instituição financeira, especialmente nos setores destinados ao atendimento ao público.

⁶⁴ Cf. https://www.conjur.com.br/2006-jun-10/juiz_estabelece_limite_15_minutos_fila_banco. Acesso em: 16 mai. 2019.

por determinação judicial.

Em qualquer caso, a decisão de saneamento e organização é um momento relevante para que o órgão julgador avalie sobre a adequação da publicidade atualmente existente, especialmente no caso de coletividades integradas por pessoas vulneráveis e em ambientes de elevada assimetria informativa.

No caso das ações coletivas, é de extrema relevância a análise do tipo de conflito.

No caso dos litígios globais, por exemplo, em que inexistente uma coletividade particularmente afetada, a mera divulgação em *websites* e perfis nas redes sociais pode se revelar suficiente.

Por outro lado, nos conflitos de difusão local, pode ocorrer de a coletividade envolvida se encontrar em situação de excessiva vulnerabilidade, com limitado acesso aos meios de comunicação em massa, além do distanciamento geográfico. É o caso das comunidades tradicionais mais isoladas. Em situações assim, devem-se buscar, a partir das características da coletividade, os meios mais adequados.

No que diz respeito aos conflitos de difusão irradiada, por seu turno, a existência de múltiplos grupos de interesse contribui para uma divulgação mais acelerada das informações a respeito do caso concreto. Apesar disso, é sempre relevante observar as características de cada grupo, de modo a serem empregadas ferramentas capazes de conduzir a informação mesmo no seio das comunidades mais vulneráveis.

3.8 CONTEÚDO DA DECISÃO: A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA

3.8.1 A disciplina da competência territorial absoluta nas ações coletivas

A competência para processamento e julgamento dos casos repetitivos não gera maiores controvérsias, por se tratar de incidentes originários de tribunais. No âmbito das ações coletivas, por outro lado, a disciplina da competência é alvo de constantes debates.

De acordo com o art. 2º da LACP, “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Não há dúvidas sobre a inadequação técnica do emprego da palavra “funcional” no dispositivo em questão⁶⁵, devendo o dispositivo ser interpretado como uma hipótese de competência territorial absoluta⁶⁶. Outros diplomas mais específicos, que versam sobre ações coletivas, seguiram a mesma técnica, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, art. 209) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003, art. 80).

Por seu turno, o art. 93 do CDC, além de estabelecer que a competência para processar e julgar as ações coletivas tem por parâmetro o local do dano, optou por estabelecer foros distintos, a depender da sua extensão. Assim, nos conflitos de âmbito meramente local, será competente o “foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano”. Por sua vez, para os danos de âmbito nacional ou regional, será competente, de forma concorrente⁶⁷, o “foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal”⁶⁸.

⁶⁵ É o que registram Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna: “Obviamente, não se trata aqui de competência ‘funcional’, mas de tentativa de afirmar que a competência em tela é *absoluta*, ainda que com certas peculiaridades, não admitindo derrogação pela vontade das partes, seja de forma tácita, seja por negócio processual” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 284). Nessa linha, acrescenta Ricardo de Barros Leonel que “o legislador foi expresso ao imprimir o caráter absoluto à hipótese, excluindo de forma peremptória a possibilidade de modificação ou convalidação se ajuizada a demanda coletiva em foro incompetente bem como, por consequente, estabelecendo a viabilidade de reconhecimento da incompetência *ex officio* pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 308).

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A expressão “competência funcional” no art. 2º da lei da ação civil pública. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-255. Por ocasião do julgamento dos EDcl no CC nº 138068, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento em questão, compreendendo ainda que o critério de competência territorial absoluta estabelecido é também aplicável às ações de improbidade administrativa. Como registrado pelo ministro Castro Meira, “a *ratio legis* da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram (CC 97.351/SP, DJe 10.6.2009), fixando orientação da qual não se tem motivos para dissentir” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, EDcl no CC nº 138068/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 7.3.2017).

⁶⁷ Muito se discutiu, no passado, sobre o juízo competente nas hipóteses de dano nacional. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do Conflito de Competência nº 26.842/DF. Relator: Ministro Waldemar Sveiter (DJ 5.8.2002), consolidou o entendimento no sentido de que, “[e]m se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal.”

⁶⁸ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito

Embora parte da doutrina compreenda que a disciplina do CDC tenha aplicação restrita às ações coletivas destinadas à proteção de direitos individuais homogêneos – permitindo-se, assim, que a demanda para a tutela dos direitos difusos ou coletivos em sentido estrito seja promovida em qualquer foro que sofra ou venha a sofrer os efeitos do dano ocorrido⁶⁹ –, não é esse o entendimento prevalecente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para quem os critérios estabelecidos pela LACP e pelo CDC são complementares, aplicando-se às ações coletivas como um todo⁷⁰. Não é outra a disposição do art. 21 da LACP, que prevê expressamente o diálogo normativo entre este diploma e o CDC⁷¹.

O regramento estabelecido pelo CDC parte da premissa de que a definição do juízo deve levar em consideração fatores como o acesso à justiça e a maior facilidade da instrução probatória, presumindo que ambos serão potencializados se o órgão julgador estiver mais próximo dos fatos ocorridos (e, conseqüentemente, das vítimas)⁷².

A despeito do caráter absoluto da competência territorial disciplinada, o parágrafo único do art. 2º da LACP estabelece uma peculiar regra de prevenção, ao dispor que a propositura da ação “prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”. De acordo com a regra em questão, ajuizada a primeira demanda, tem-se a prevenção para eventuais demandas futuras que possuam a mesma causa

Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

⁶⁹ Essa corrente é adotada por Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, para quem, “tratando-se de demanda para a tutela de direitos difusos ou coletivos, a ação pode ser ajuizada em qualquer foro que possa ter sofrido os efeitos do dano ocorrido ou que possa estar sujeito aos efeitos que se quer evitar. Pouco importa, aqui, que o foro esteja situado em capital de Estado ou não; basta para a fixação da competência que o local esteja abrangido pelo dano ao interesse difuso ou coletivo ou pela área presumida em que os efeitos da infração (presente ou futura) a esses direitos se faça sentir.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 285).

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp nº 1.018.214. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 15.6.2009.

⁷¹ Lei nº 7.347/1985: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

⁷² “A qualificação da competência jurisdicional para as ações civis públicas como *territorial-funcional* (absoluta, portanto) buscou assentar o interesse público presente na condução das demandas coletivas pelo órgão judicial mais próximo dos fatos, ou seja, aquele magistrado que, além de potencialmente ter contato direto com as partes, poderia, por si mesmo, melhor avaliar as conseqüências do dano difuso, coletivo ou individual homogêneo, viabilizando assim, teoricamente, uma maior qualidade e legitimidade da sentença judicial (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 267).

de pedir ou o mesmo pedido, recaindo sobre o mesmo juízo a tarefa de apreciá-las, pouco importando onde venha a ser ajuizadas, a exemplo da capital de outro Estado. O seu objetivo é claro: o de evitar a multiplicação de ações coletivas idênticas, em razão da concorrência de juízos igualmente competentes⁷³.

Boa parte da insatisfação doutrinária recai sobre o caráter fluido das expressões “dano local”, “dano regional” e “dano nacional”, além da própria ideia de “local do dano”⁷⁴. De um lado, parece razoável supor que um conflito que não ultrapasse os limites de uma determinada comarca ou subseção judiciária possa ser considerado “local”. Por outro, pode ser uma tarefa extremamente difícil, em determinados casos, diferenciar os danos regionais dos locais ou dos nacionais. Afinal, será possível considerar regional um conflito envolvendo apenas duas cidades vizinhas, porém de Estados diversos⁷⁵? E duas comarcas de um mesmo

⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 309.

⁷⁴ Ricardo de Barros Leonel propõe que a expressão “regional” seja compreendida no sentido aproximado de “estadual”. Assim, se a situação do dano atinge a maior parte ou número elevado de cidades de todo o Estado, ou ao menos número considerável de cidades distribuídas por todo o Estado, o dano será regional. Por seu turno, será “nacional” quando se a coletividade envolvida (lesada) está em grande extensão territorial, que supera as fronteiras de um Estado (mais de um Estado), atingindo-o (bem como outros Estados) quase que completamente. Assim, não configuraria dano “nacional” o mero fato de ele alcançar algumas cidades situadas em dois ou três Estados (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 273). No mesmo sentido entende Hugo Nigro Mazzilli que, em se tratando de “tutela coletiva que objetive a proteção a lesados em mais de uma comarca do mesmo Estado, mas sem que o dano alcance todo o território estadual, nem mesmo significativa extensão do território, o mais acertado é afirmar a competência segundo as regras de prevenção, reconhecendo-a em favor de uma das comarcas atingidas nesse Estado” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 361). Esse é também o entendimento de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 288).

⁷⁵ Esse questionamento é enfrentado por Elton Venturi: “quando se trata de fixar a competência para ações coletivas cujo objetivo seja apurar danos regionais ou nacionais, surge a dúvida: o dano considerado *regional* teria correlação com o critério geopolítico (seria, v.g., aquele ocorrido em mais de um Estado de uma mesma região geográfica), ou com o critério da divisão jurisdicional (seria o dano refletido no território de mais de uma comarca ou seção judiciária)? O dano *nacional*, da mesma forma, seria caracterizado pela que afetasse todo o território nacional, a maioria dele ou em mais de um Estado-membro (critério geopolítico), ou aquele que incidisse sobre o território de comarcas ou seções judiciárias pertencentes a Estados-membros diversos?” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 275). O autor revela profunda preocupação com o tema: “Condicionar-se, aliás, a plenitude do *due process of law* ao processamento de demandas coletivas de ‘maior repercussão’ nas Capitais dos Estados ou no Distrito Federal, para além de injustificável no contexto do globalizado século XXI, afeiçoa-se opção que em nada auxilia o aprimoramento do sistema de tutela coletiva, eis que, como adiante se destaca, pode criar sérios embaraços ao ajuizamento de ações coletivas sob a ótica dos legitimados ativos (ressalte-se, v.g., a migração do *poder* de propor demandas coletivas com reflexos regionais ou nacionais para certos membros do Ministério Público com atribuições nas Capitais ou no Distrito Federal)” (*ibid.*, p. 278).

Estado⁷⁶? Nesses casos, faz sentido que o juízo competente seja a capital de um Estado (possivelmente distante do “incidente”), em lugar de uma das comarcas ou subseções vizinhas (compreendidas como o “local do dano”)? E um conflito envolvendo apenas três Estados de uma região do país (ex.: nordeste)? Será ele nacional ou regional? E se um desses três Estados pertencerem a uma região diferente (ex.: sudeste)?⁷⁷

Em alguns casos, pode ocorrer de o local do dano sequer coincidir com o lugar onde domiciliadas as pessoas diretamente afetadas, o que coloca em dúvida as razões da opção legislativa⁷⁸. Também é possível que, conquanto necessária desde logo a propositura da demanda, a “extensão do dano” seja imprecisa ou parcialmente desconhecida nesse momento.

3.8.2 O desmembramento das pretensões de subgrupos e a convivência de ações coletivas em foros distintos: a tutela do princípio da competência adequada no Conflito de Competência nº 1.444.922/MG

Apesar do caráter absoluto da competência territorial, bem como da regra de prevenção estabelecida no parágrafo único do art. 2º da LACP, é possível identificar algumas flexibilizações possíveis, em nome *da competência adequada*. Aqui, mais uma vez, é sobrelevado o papel da decisão de saneamento e organização do processo coletivo.

Como já referido, por ocasião da decisão de saneamento e organização

⁷⁶ Para Hugo Nigro Mazzilli, não se confunde com “dano regional” aquele que se estende por apenas duas comarcas, caso em que, por se tratar de dano local, a prevenção será o critério de determinação da competência (CPC, art. 58), não havendo razão para ser ajuizada a ação na Capital do Estado, supostamente longe do local dos danos (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 360).

⁷⁷ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 266 e 278.

⁷⁸ Observação que merece destaque é a crítica realizada por Antonio Gidi, para quem muitos autores parecem partir do pressuposto (equivocado) de que, nos conflitos coletivos, há um lugar específico onde o dano ocorreu. “Isso acontece nos casos de ruptura de uma barragem, inundação, explosão nuclear, poluição de um lago por dejetos de uma fábrica, ato de corrupção, naufrágio de navio etc.”. Por outro lado, “muitas vezes o dano não ocorre em um local específico, como é o caso de publicidade enganosa de veiculação nacional, do produto ou serviço defeituosos de presença nacional, da poluição lançada em um rio que banha diversos Estados etc. Em muitos casos, sequer existe um 'local do dano', pois o dano ocorre em diversas localidades”. A complexidade das situações em que a tutela coletiva é cabível desafia os critérios legalmente estabelecidos (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 246).

processual, o órgão julgador, munido do panorama fático e jurídico delineado a partir dos contornos estabelecidos pela petição inicial e pela defesa, encontra-se em um momento estratégico para fazer com que seja observado o devido processo legal coletivo. Um dos seus aspectos consiste na análise da *competência adequada*, o que pode depender das particularidades do conflito em questão.

É sabido que o caráter nacional do dano não permite, como regra, fragmentar a demanda em diversas ações coletivas por danos locais. É possível identificar, contudo, especialmente nos conflitos de difusão irradiada, a existência de danos *particularmente* sofridos por uma determinada localidade, a motivar o afastamento da regra de prevenção de juízos concorrentes.

Essa questão foi enfrentada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência nº 1.444.922/MG, suscitado pela empresa Samarco Mineração S.A., em decorrência da tramitação de ações civis públicas aforadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, com o objetivo de determinar a distribuição de água mineral à população valadarense, em virtude da poluição do Rio Doce ocasionada com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG.

Reconhecida a competência da Justiça Federal para o processamento das ações civis públicas referidas no conflito, o STJ teve que decidir acerca do foro competente para o seu julgamento. Isso porque, muito embora o conflito positivo de competência tivesse sido instaurado entre o Juízo estadual e o Juízo federal de Governador Valadares, a Corte Superior identificou outras questões mais amplas a serem consideradas para que se possa definir, com a maior precisão possível, o foro federal em que devem ser julgadas as ações em comento (ou seja, a *competência adequada*).

De início, foi reconhecida a existência de múltiplos interesses coletivos, decorrentes todos eles de um único evento-base, qual seja, o desastre ambiental consistente no rompimento da barragem de Fundão, no dia 5 de novembro de 2015, ocorrido na unidade industrial de Germano, entre os distritos de Mariana e Ouro Preto (cerca de 100 km de Belo Horizonte). Um caso evidente de conflito de difusão irradiada.

No cenário processual estabelecido, foi identificada a convivência das

seguintes demandas: a) uma ação ação civil pública com escopo mais amplo (danos ambientais, danos pessoais e patrimoniais), em curso na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, na qual o Ministério Público Federal se habilitou, inclusive, como litisconsorte ativo (autos nº 60017-58.2015.4.01.3800); b) a Ação Popular nº 0060441-03.2015.04.01.3800 e a Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizadas perante o mesmo juízo, sendo partes nesta última a União e outros em face da Samarco Mineração S.A., tendo sido formulado pedido relativo à garantia de fornecimento de água à população dos municípios com abastecimento interrompido em função do rompimento da barragem, além do fornecimento de água para dessedentação dos animais nas áreas dos municípios atingidos pelo rompimento das barragens; e c) ações civis públicas manejadas em Governador Valadares/MG, com vistas ao abastecimento de água potável à população local.

Compreendeu o STJ que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais teria melhores condições de dirimir as controvérsias, pois, além de ser a capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já teria sob sua análise outros processos, visando não só à reparação ambiental, mas também à distribuição de água à população dos municípios atingidos, entre outras providências. Isso lhe propiciaria, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, com menor risco de serem neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos.

Ficaram ressalvadas contudo – e aqui reside um ponto de extrema relevância – as situações relativas a aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc.) ou mesmo abastecimento de água potável que exija *soluções peculiares ou locais*, às quais foi reconhecida a possibilidade de serem objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano.

As razões para tanto dizem respeito às circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, com fundamento na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em síntese, foi reconhecido que, em tais situações, o foro de Belo Horizonte, embora preventivo, não deveria prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à

justiça, marco fundante do microsistema processual coletivo⁷⁹.

Diante do aludido precedente, não apenas é possível conceber a convivência de múltiplas ações coletivas decorrentes de um mesmo evento-base em juízos diversos, mas também o *desmembramento* de uma ação coletiva mais abrangente em outras, em razão de particularidades de determinados subgrupos. Fazendo-se um paralelo com o modelo das *class actions*, é lícito ao órgão julgador, sobretudo na fase de saneamento e organização processual, proceder a uma limitação do grupo por “certificação” parcial (*issue class action*) ou à divisão em subgrupos (*subclasses*), remetendo-se aos juízos locais (“local do dano”) o julgamento de pretensões específicas, com base em critérios mais aderentes à realidade do conflito.

Para que o órgão julgador assim proceda, deverá primeiramente atentar à natureza do conflito, às questões fáticas e jurídicas comuns, bem como à definição do grupo (ou grupos) envolvido(s). Pode ocorrer de o legitimado coletivo, ao propor a demanda, pretender a tutela, de uma só vez, de múltiplos grupos de interesse, muitas vezes sem sequer perceber isso. É possível, ainda, que seja promovida uma indevida cumulação de litígios de diferentes naturezas em uma única demanda, cuja extensão do objeto pode vir a dificultar a efetividade da tutela jurisdicional. Tudo isso deve ser observado por ocasião do saneamento e da organização processual, permitindo-se o desmembramento de determinadas pretensões e o seu encaminhamento aos juízos mais aptos à solução das questões.

Vale repisar que, em apego ao caráter absoluto da competência territorial nas ações coletivas, essa exceção à regra da prevenção pressupõe a existência de foros concorrentes⁸⁰, não se podendo, ademais, proceder a um fracionamento discricionário de conflitos nacionais ou regionais em conflitos locais. É necessário, repita-se, que as circunstâncias fáticas ou jurídicas de um determinado grupo ou subgrupo sejam particulares a ponto de, em atenção à efetividade processual, serem interpretadas como uma espécie de *conflito local autônomo*.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, CC nº 144.922/MG. Relatora: Ministra Diva Malerbi, DJe 9.8.2016.

⁸⁰ Discorrendo acerca da cooperação judiciária nacional – particularmente quanto à reunião ou apensamento de processo e da centralização de processos repetitivos –, Edilton Meireles registra: “Nem por ato de cooperação judicial, portanto, poderá se declinar de feito de competência absoluta (material, em razão da pessoa ou funcional) para órgão que não detém idêntica competência” (MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 59-80, 2015).

3.9 CONTEÚDO DA DECISÃO: A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS

Como exposto no capítulo anterior, a experiência norte-americana revela, desde longa data, a centralidade da “representação adequada” (*adequacy of representation*) no devido processo legal coletivo. Cuida-se de requisito processual que norteia não apenas a fase judicial da tutela coletiva, mas também a atuação extrajudicial dos legitimados, influenciando aspectos como a celebração de acordos e a estratégia a ser adotada quando do ajuizamento da ação coletiva.

Qualquer que seja a sua espécie, não há como uma ferramenta de coletivização processual operar sem um mínimo sacrifício à participação individual⁸¹. É justamente esse o elemento diferenciador do devido processo legal coletivo, vocacionado à proteção dos ausentes. Tanto nas ações coletivas quanto no julgamento de casos repetitivos, o que se objetiva é a vinculação de pessoas a uma decisão de cuja composição não participou diretamente, mas sim por intermédio de alguma forma de representação do seu interesse. Não por acaso, por influência da experiência norte-americana, todos os principais anteprojetos de Código de Processo Coletivo Brasileiro excepcionam a vinculação do grupo e dos seus membros aos efeitos da coisa julgada, na hipótese de “representação inadequada dos direitos e interesses”⁸². Afinal, se nem o grupo nem seus membros se fazem presentes, nem tampouco há a adequada tutela dos seus interesses por um terceiro, como considerá-los como *partes* para fins de incidência dos efeitos de uma decisão desfavorável?⁸³

Não há dúvidas de que a decisão de saneamento e organização processual,

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 199.

⁸² GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 75.

⁸³ Ricardo de Barros Leonel sintetiza a importância do tema para a estabilização das decisões tomadas em processos coletivos: “A representatividade adequada é de crucial importância no exame da legitimação. Dela decorrem a regularidade do processo coletivo e sua aptidão à produção dos resultados desejados, especialmente os efeitos da coisa julgada transcendentes dos limites subjetivos da relação jurídica processual e os escopos da economia processual e da pacificação dos conflitos coletivos” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 196).

compreendida como uma espécie de “certificação” à brasileira, deve atentar a esse particular requisito dos processos coletivos.

A grande dificuldade quanto ao tema reside em definir os critérios que devem ser utilizados pelo Poder Judiciário por ocasião do controle da legitimação adequada. A proposta desenvolvida nos tópicos seguintes leva em consideração as premissas estabelecidas nos capítulos anteriores: as variadas espécies de conflitos coletivos e a experiência extraída do sistema das *class actions*, com as adaptações necessárias à harmonização com o sistema jurídico brasileiro.

3.9.1 O controle da legitimação adequada nas ações coletivas brasileiras: o estado da arte

O que antes era objeto de intensa discussão – talvez o mais polêmico tema da tutela coletiva brasileira – já se encontra pacificado. Também aqui, o requisito da representação adequada é amplamente reconhecido, por meio do controle judicial da legitimação coletiva, abraçado pela jurisprudência e doutrina nacionais.

De fato, uma breve análise do modelo norte-americano é suficiente para que se encontre, no Brasil, um fundamento constitucional a esse controle, tendo em vista que o princípio do devido processo legal é uma cláusula geral também prevista na Constituição brasileira, precisamente no seu art. 5º, LIV.

Poder-se-ia dizer que, em virtude regime diferenciado da coisa julgada coletiva brasileira – cuja extensão aos particulares somente ocorre *secundum eventum litis* (transporte *in utilibus*⁸⁴) –, não seria necessária a mesma preocupação em relação ao tema. Ocorre que, em relação às ações coletivas brasileiras, não há dúvidas de que o seu modo de *produção*, em realidade, não segue a lógica *secundum eventum litis*, mas sim a sua *extensão* aos particulares. Assim sendo, a sentença de improcedência de uma demanda coletiva, “se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada coletiva (material), vincula o grupo e impede a

⁸⁴ Conforme disposto no art. 103, § 1º, do CDC, “[o]s efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.”

propositura da mesma demanda coletiva”⁸⁵. Demais disso, o regime de produção da coisa julgada, no julgamento de casos repetitivos, é *pro et contra*. Ou seja, a conclusão a que chegar o tribunal será aplicada aos processos sobrestados e terá a eficácia prospectiva de precedente vinculante independentemente de o resultado ser favorável ou prejudicial a um determinado grupo.

É possível dizer que, apesar da inexistência de previsão legal expressa⁸⁶, “o juiz brasileiro não somente *pode* como *tem* o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo”⁸⁷. Detectando-se uma inadequação do representante, sobretudo em situações de conflito de interesses entre o legitimado coletivo e os membros do grupo, deverá o juiz conceder prazo para que o legitimado seja sucedido por outro. Caso isso somente seja observado após o julgamento do mérito da causa, é razoável que a sentença coletiva não produza coisa julgada material sobre o grupo indefeso, possibilitando-se que seja ajuizada novamente, por um legitimado adequado.

Embora não haja previsão expressa, no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei da Ação Civil Pública, do controle da adequação do legitimado coletivo, tal fato não parece relevante, em razão da relevância que deve ser concedida ao devido processo legal coletivo. Ora, tendo em vista que o “representante” obtém essa posição por manifestação da sua *própria* vontade, ao propor a ação em benefício da coletividade, o mínimo que se exige dele é a sua adequação⁸⁸.

Não por acaso, atualmente, diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça expressamente fazem referência ao requisito da “representatividade adequada”⁸⁹, cuja exigência tem sido feita sobre todos os legitimados coletivos, até mesmo as

⁸⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 93.

⁸⁶ Muito embora o art. 5º, V, “b”, da LACP, contemple regramento específico relativo à pertinência temática da demanda em relação às finalidades estatutárias das associações, cuida-se de dispositivo que, além de limitado a um dos legitimados coletivos, é bastante rudimentar, na medida em que, observada a literalidade da lei, bastaria a uma associação incluir qualquer tema em seu estatuto para letimar a atuação coletiva.

⁸⁷ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, n. 61, 2003. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 18 jun. 2018, p. 68.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁹ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp nº 1.405.657/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 8.10.2015; Primeira Turma, REsp nº 876.936/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 13.11.2008.

instituições públicas, a exemplo do Ministério Público⁹⁰ e da Defensoria Pública⁹¹.

É importante registrar que essa preocupação não se limita às ações coletivas, mas também ao julgamento de casos repetitivos.

Nesse sentido, invocando a garantia do devido processo legal, defendem Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna que, de modo a assegurar a correta proteção dos interesses objeto da tutela coletiva, “*por qualquer instrumento admissível (ou seja, por ações coletivas ou por outros mecanismos de coletivização)*”, é necessário que, para além da simples legitimação abstrata, prevista em lei, “haja a efetiva e concreta demonstração, por parte do sujeito que se coloca como representante da coletividade, de que realmente ele fala em nome daquela coletividade”⁹². Ausente tal requisito, corre-se o risco de condução de um incidente representativo – como o IRDR – cujo resultado não seria vinculante a uma série de indivíduos. Justamente por isso, o processo de escolha do caso-piloto é algo a ser realizado de forma cautelosa, bem como a identificação dos grupos diretamente interessados na controvérsia.

A dificuldade reside em saber quais seriam os critérios para a análise da representação adequada no Brasil. À luz das construções teóricas expostas, é possível concluir que a cláusula do devido processo legal demanda, ao menos, a análise do conflito de interesses e do vínculo de afinidade existente entre o legitimado e o grupo que será representado. Quanto a esse aspecto, cabe destacar que, nos incidentes de julgamento de casos repetitivos, normalmente não há uma manifestação voluntária de alguém objetivando atuar em nome da coletividade. Ao revés, a escolha do caso-piloto decorre das regras processuais definidas pela

⁹⁰ Quanto à legitimidade coletiva do Ministério Público, as controvérsias recaem particularmente sobre os limites da sua atuação na defesa dos direitos individuais homogêneos. No julgamento do REsp repetitivo nº 1.682.836, sob a relatoria do ministro Og Fernandes (DJe 30.4.2018), a Primeira Seção decidiu: “A fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, tratando-se de direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei específica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei nº 8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).”

⁹¹ Entende o Superior Tribunal de Justiça que a Defensoria Pública é parte legítima para a defesa dos interesses coletivos de grupos de “necessitados”, expressão interpretada de forma ampla (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, AgInt no REsp nº 1.694.547/ES. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Dje 23.5.2018).

⁹² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 196-197.

legislação. Justamente por isso, cabe ao órgão julgador atentar à existência de eventuais grupos diretamente interessados na solução da questão comum, mas que porventura diverjam em relação à tese das partes do caso representativo.

Além disso, tanto nas ações coletivas quanto no julgamento de casos repetitivos, é importante atentar ao vigor da atuação técnica do advogado do representante. Mesmo na hipótese de ações propostas por instituições públicas, a exemplo do Ministério Público, “é possível que um determinado agente reúna melhores chances de defender adequadamente certo interesse do que outro integrante da mesma instituição”⁹³. Em tal situação, embora essa análise seja de difícil consideração, é ao menos importante que as instituições elaborem mecanismos, de modo a permitir a designação de outros membros em caráter auxiliar⁹⁴.

3.9.2 Proposta de roteiro de controle da legitimação adequada nas ações coletivas brasileiras

Existe uma relação direta entre a definição dos grupos e a verificação da adequação do seu representante, atividades que, conquanto diversas, são interdependentes. Apresentada a defesa, o órgão julgador é capaz de identificar não apenas os grupos diretamente interessados no feito, mas também a qualidade daqueles que se apresentam como legitimados coletivos.

Para que possa assim proceder, o juiz deve inicialmente atentar ao *tipo de conflito* em tratativa, a evidenciar o nível de complexidade e de conflituosidade do caso.

Em se tratando de um conflito de natureza global, em que não é possível identificar uma coletividade particularmente interessada, o controle da legitimação coletiva se torna algo mais simples, na medida em que um único legitimado será

⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 214.

⁹⁴ É o caso da Portaria nº 183, de 18 de março de 2016, da Procuradoria-Geral da República, cujo art. 3º prevê a possibilidade da designação de membros do Ministério Público com conhecimento na área a que se refere o tema debatido, de modo a colaborar com a elaboração de manifestações escritas ou orais, na atuação de casos repetitivos. É prevista também a possibilidade de criação de grupos de trabalho, encarregados de acompanhar a discussão de questões relevantes.

suficiente para a defesa da coletividade.

Nos litígios de difusão local, por seu turno, em que há um grupo mais próximo da lesão ou ameaça de lesão – e, portanto, com maior interesse, se comparado com outras coletividades –, essa tarefa pode se tornar um pouco mais difícil, por exigir a atenção quanto à existência de excessiva litigiosidade interna ao grupo, o que pode resultar em conflitos de interesses entre o legitimado coletivo e os subgrupos existentes, afastando a adequação do representante.

Por fim, nos litígios de difusão irradiada, as elevadas complexidades e conflituosidade podem conduzir à atuação de mais de um legitimado coletivo, ou, a depender do caso, um legitimado único, mas cujas atribuições possuam maior amplitude, de modo a estabelecer um vínculo entre os variados grupos de interesse.

Identificado o tipo de conflito, o julgador deve seguir para o exame da *pertinência temática*, assim compreendido o “nexo entre o perfil institucional do legitimado que propõe a ação e o objeto do litígio coletivo”⁹⁵. Em se tratando de uma instituição pública, essa tarefa pode ser realizada sem dificuldades, bastando uma análise da sua disciplina constitucional e legal. Por outro lado, se o legitimado coletivo for uma associação, deve-se atentar à sua pré-constituição há pelo menos um ano e às suas finalidades estatutárias (art. 5º, V, “a” e “b”, da LACP).

Constatada a pertinência temática, passa-se ao exame relativo à existência de *conflitos de interesses* entre o legitimado coletivo e o grupo. Seria o caso, por exemplo, de uma ação de improbidade administrativa ajuizada por um município contra o seu ex-gestor, na hipótese de o agente político retomar o mandato durante o curso do processo. Nessa situação, por ser o réu o chefe da pessoa jurídica que o processa, é possível presumir a existência de conflito de interesses entre o legitimado coletivo e a coletividade. Em realidade, esse filtro pode ser observado a partir das mais variadas nuances do caso concreto, que podem ser informadas ao

⁹⁵ Ricardo de Barros Leonel sintetiza a importância do tema para a estabilização das decisões tomadas em processos coletivos: “A representatividade adequada é de crucial importância no exame da legitimação. Dela decorrem a regularidade do processo coletivo e sua aptidão à produção dos resultados desejados, especialmente os efeitos da coisa julgada transcendentes dos limites subjetivos da relação jurídica processual e os escopos da economia processual e da pacificação dos conflitos coletivos”. O autor cita como exemplo de ausência de pertinência temática o ajuizamento de uma ação coletiva pelo Ministério Público em defesa de moradores de condomínio residencial em razão de interesse individual homogêneo decorrente do aumento do valor da mensalidade do condomínio, ou mesmo a hipótese de um município ajuizar uma ação com o objetivo de proteger o patrimônio público da União (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 207).

Poder Judiciário até mesmo pelos membros do grupo, após a regular notificação. Além disso, especialmente no caso de o legitimado coletivo atuar por meio de um advogado, é importante que esse controle também recaia sobre a sua pessoa, observadas as causas de impedimento e suspeição, no caso dos membros do Ministério Público.

Não tendo sido constatado nenhum conflito de interesses, um importante filtro consiste no exame do *histórico de atuação do legitimado coletivo*, que reúne considerações múltiplas, a exemplo do tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo, a sua conduta em outros processos coletivos, bem como a sua capacidade, credibilidade e experiência. Esse filtro é particularmente relevante em relação às associações, na medida em que, abstratamente, qualquer entidade associativa pode inserir o objetivo que quiser dentro das suas finalidades institucionais. Imagine-se a existência de um diretório acadêmico – em uma determinada instituição de ensino superior – que, organizando-se sob a forma de associação, resolva inserir a “proteção do regime democrático” entre as suas finalidades estatutárias. Essa situação já havia sido percebida por Márcio Flávio Mafra Leal⁹⁶ e Ricardo de Barros Leonel⁹⁷. Também aqui, é possível que o filtro seja exercido em relação ao advogado do legitimado coletivo, observada a prudência necessária.

Não se deve perder de vista que o exercício do controle em questão não deve implicar a inviabilidade do ajuizamento das ações coletivas. Em outras palavras, é necessário que o órgão julgador, sobretudo no que concerne ao último filtro, seja prudente, não se valendo de um grau de exigência desproporcional, a ponto de prejudicar o acesso à justiça.

Além disso, na hipótese de se constatar a inadequação da atuação do

⁹⁶ Ao discorrer acerca da legitimidade coletiva das associações, o autor revela o caráter insatisfatório da disciplina legal, registrando que, pela sua literalidade, “basta se inserir no estatuto social a finalidade de defesa do consumidor e do meio ambiente para que esteja ela apta a litigar coletivamente”, de modo que “não se exige um trabalho efetivo e representativo desses interesses, como publicações ou serviços jurídicos ou de atendimento ao público, nem mesmo um número mínimo de associados” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 215).

⁹⁷ Para Ricardo Leonel, a lei cria uma presunção de adequação de representação quanto às associações, “[m]as essa presunção não é absoluta, e pode ser afastada no caso concreto. Se isso ocorrer (o juiz constata que a associação não tem, em realidade, aptidão técnica para bem representar a coletividade), será cabível a extinção do feito sem exame de mérito, por falta de legitimação decorrente da inadequação *concreta* da representação” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 207-208).

legitimado coletivo, apenas excepcionalmente deverá ser extinto o feito sem resolução de mérito. O caminho natural será a *sucessão processual*, aplicando-se analogicamente a regra do art. 5º, § 3º, da LACP, ao dispor que “[e]m caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”. Essa providência também está em harmonia com o disposto no art. 4º do CPC, ao estabelecer que “[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Cuida-se do princípio da primazia da decisão de mérito, norma processual fundamental que possui especial relevância nos processos coletivos⁹⁸.

3.9.3 A escolha da causa-piloto nos incidentes de julgamento por amostragem

Diferentemente do que ocorre nas ações coletivas, os incidentes que compõem o julgamento de casos repetitivos não se iniciam por meio de uma representação direta e voluntária manifestada por um legitimado coletivo. Ao revés, existe um mecanismo representativo indireto, que parte da escolha da causa-piloto.

Embora, como visto, possuam procedimentos distintos, tanto o IRDR quanto o REER contemplam uma fase de “escolha” de um determinado processo representativo para instrução e julgamento. De início, cabe registrar que o incidente pode se iniciar de ofício, por iniciativa do Ministério Público ou das partes, as quais não podem “escolher” nenhuma causa, mas apenas solicitar que o incidente seja instaurado a partir do processo em que figuram como autor ou réu⁹⁹. No caso de REER, por força do parágrafo primeiro do art. 1.036 do CPC, caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar dois ou mais recursos e os encaminhar ao tribunal superior, escolha essa que “não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia” (§ 4º). Cuida-se, portanto, também de um tema a ser considerado na decisão de organização do julgamento de casos repetitivos.

⁹⁸ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 220-221.

⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 41.

A primeira questão a ser levantada reside no número de causas a serem escolhidas. De acordo com a regra exposta, o tribunal deva escolher ao menos dois recursos, não se contentando a seleção de apenas uma causa-piloto. É, portanto, possível que vários processos sejam selecionados para afetação e julgamento, a depender não apenas da complexidade da questão, mas também da amplitude das linhas argumentativas existentes para a sua solução.

Como registra Antonio do Passo Cabral, essa seleção terá uma crucial importância na efetividade do julgamento do incidente. De um lado, escolhidos processos inadequados, a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com impacto sistêmico deletério decorrente da multiplicação da conclusão a todos os outros processos, sobretudo quando deixados de lado determinados grupos interessados, os quais tenderão a questionar a eficácia da decisão sobre si, em razão do déficit de contraditório.

Por outro lado, litigantes habituais podem estrategicamente optar por um de muitos processos para fins de provocação do incidente, abrindo-se espaço para o direcionamento da cognição em favor de um determinado interesse.

Justamente por isso, uma preocupação fundamental recai sobre os critérios que permitam inadmitir a tramitação ou corrigir a seleção das causas, decorrente de uma inadequada escolha do processo-piloto¹⁰⁰. Esses critérios não foram suficientemente estabelecidos pelo CPC de 1973 – que já contemplava a sistemática de recursos repetitivos –, nem no CPC de 2015, cujo art. 1.036, § 6º, limita-se a dispor que “[s]omente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”. Tal cenário motivou o desenvolvimento de relevantes trabalhos acadêmicos a seu respeito¹⁰¹, bem como, inicialmente de forma ainda bastante tímida, o exercício do poder normativo pelos tribunais¹⁰².

¹⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 44-45.

¹⁰¹ Destacam-se, entre outros trabalhos pioneiros, as contribuições de Vitor Toffoli (TOFFOLI, Vitor). Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 197, 2011, p. 271-294).

¹⁰² Cabe referir ao pioneirismo da Resolução nº 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça, que, disciplinando os recursos especiais repetitivos, estabeleceu que “[s]erão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial” (art. 1º, § 1º). Após a emenda

Não se pode negar o protagonismo das partes do processo originário, a começar com a regra do art. 984 do CPC, que lhes atribui o uso da palavra, na sessão de julgamento, por tempo igual àquele destinado para *todos* os demais interessados, de forma conjunta. A regra em questão revela que a escolha da causa impacta até mesmo sobre as prerrogativas dos sujeitos processuais, devendo a decisão de afetação, também por isso, ser dotada de motivação específica, indicando-se as razões que conduziram à preferência sobre determinados processos¹⁰³.

Quais seriam então os critérios a serem adotados para a escolha dos processos representativos? Partindo-se das contribuições de Antonio do Passo Cabral, é possível identificar dois vetores fundamentais para essa atividade: a *amplitude do contraditório* e a *pluralidade e representatividade dos sujeitos* do processo originário¹⁰⁴.

3.9.3.1 Primeiro vetor: a amplitude do contraditório no processo originário

Quanto ao primeiro vetor, os parâmetros a serem analisados para fins de otimização da escolha são alguns.

De início, é importante considerar a *completude da discussão* (ou maior *quantidade* de argumentos). É importante que, no julgamento de casos repetitivos, sejam analisados os principais pontos de vista relevantes para a solução da

regimental havida em 2016, o Regimento Interno do STJ, estabeleceu, em seus arts. 256 e 256-X, a disciplina do recurso representativo da controvérsia, dispondo que a seleção devera considerar “a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial”, bem como “a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto.”

¹⁰³ “Tendo como uma das diretrizes o preceito constitucional que garante a razoável duração do processo nessa reforma do Código de Processo buscou-se a necessária alteração do sistema processual brasileiro com o objetivo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. Forte também é o inc. IX do art. 93 da CF/1988 (LGL\1988\3), que prevê que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Por essa razão é imprescindível que, ao realizar a escolha do recurso representativo com fundamento em idêntica questão a teor da lei, devem os presidentes dos tribunais fundamentar quais os motivos pelos quais, dentre outros vários recursos existentes, optaram por remeter aquele específico ao STJ” (TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais*, v. 191, 2011, p. 161-185).

¹⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 48.

controvérsia, sob pena de sujeição a dois grandes riscos. O primeiro risco consiste na possibilidade de a solução para o caso simplesmente vir a se revelar equivocada, exatamente porque um dos argumentos relevantes, que poderia conduzir o tribunal a uma solução diversa, não estava compreendido na causa-piloto. O segundo risco consiste na menor eficiência do incidente, na medida em que, omitindo-se a respeito de determinados argumentos relevantes, poderá permitir futuras objeções no sentido de se afastar a aplicação da sua conclusão, por distinção (*distinguishing*)¹⁰⁵.

Também a *qualidade da argumentação* é algo relevante. Aqui, o critério não seria quantitativo – quantidade de argumentos –, mas sim qualitativo, exigindo-se que as argumentações existentes sejam suficientemente articuladas, dotadas de clareza, logicidade e conclusão¹⁰⁶.

Um critério anteriormente fixado no projeto do art. 1.036, § 6º, do novo CPC – mas que acabou sendo vetado – compreendia a *diversidade de argumentos*. Embora não tenha sido contemplado pelo novo diploma, o parâmetro é bem-vindo. De fato, “é louvável que se pretenda não apenas que vários pontos de vista sejam considerados, mas também que argumentos diferentes sejam levados à cognição do tribunal julgador”¹⁰⁷. Essa diversidade deve ser extraída não apenas das petições das partes, mas também do conteúdo das decisões judiciais. Desse modo, existindo acórdãos que tenham soluções opostas sobre a mesma questão jurídica, deverão ser selecionados processos diversos como paradigmas¹⁰⁸.

Também o *contraditório efetivo* é algo a ser considerado aqui, rejeitando-se a seleção de processos em que tenha ocorrido a revelia, bem como aqueles em que, embora apresentada a contestação, a sua argumentação seja dotada de baixa

¹⁰⁵ “Neste caso, o *distinguishing* teria fundamento na omissão do Tribunal julgador em considerar certos argumentos que, não debatidos, impediriam que a tese jurídica fosse aplicada porque aquele caso seria ‘diverso’, devendo ser apreciado à luz daqueles argumentos não analisados quando do julgamento do incidente” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 49).

¹⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral no recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 54, 2007, p. 61.

¹⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 52. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, 2008, p. 28-49.

¹⁰⁸ TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 197, 2011, p. 271-294.

densidade argumentativa. É importante ainda que os debates realizados pelas partes tenham sido analiticamente enfrentados pelo juiz, a revelar o *amadurecimento* da causa pela via do contraditório efetivo.

Por fim, ainda no o primeiro vetor, é relevante que o procedimento da causa-piloto escolhida *não apresente restrições relativas à cognição e à prova*. Devem ser evitados, como regra, os casos em que a cognição apresente restrição no plano horizontal – a exemplo das ações de embargos de terceiro, desapropriação, consignação em pagamento etc. –, bem como no vertical – a exemplo das medidas de urgência. Quanto às limitações probatórias, Antonio do Passo Cabral compreende que tal “parâmetro só se aplica, a toda evidência, para os incidentes de processos repetitivos em que a questão comum possa ser uma questão de fato”¹⁰⁹, o que não é o caso do IRDR, nem dos REER. No particular, compreendemos que esse filtro deve ser levado em consideração ainda que a questão comum não seja fática, mas jurídica, como ocorre nos incidentes do CPC. Isso porque tais incidentes também são vocacionados à formação de precedentes vinculantes, cuja identificação e aplicação depende do prévio conhecimento das bases fáticas da causa¹¹⁰. Além disso, como aponta Hermes Zaneti Jr., são claras as dificuldades decorrentes da pretensão de isolamento da situação fática do direito aplicável, algo que decorre de uma perspectiva metodológica ultrapassada¹¹¹.

3.9.3.2 Segundo vetor: pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário

Como segundo vetor, a seleção da causa-piloto deve levar em consideração a

¹⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 56.

¹¹⁰ GOODHART, Arthur. Determining the *ratio decidendi* of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, 1930, p. 131-183.

¹¹¹ Segundo defende Hermes Zaneti Jr., a pretensão de isolamento das questões puramente jurídicas decorre de uma perspectiva metodológica de purificação do direito, com base em um formalismo-interpretativo que “exigia para a aplicação da norma aos fatos um juízo de mera subsunção (dedutivo), sem problematizar quais os fatos seriam relevantes para o direito, dado que apenas os fatos previstos como *fattispecie* (hipótese fática ou suporte fático) pela própria norma atrairiam sua incidência” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.337-1.338).

pluralidade e a representatividade dos sujeitos do processo originário. Cuida-se de medida vocacionada à valorização da participação do incidente, reduzindo-se o déficit de contraditório – que poderá afetar a sua efetividade, por meio de objeções futuras. Nesse campo, os parâmetros devem estar voltados não aos argumentos, mas sim às pessoas envolvidas – autores, réus e intervenientes.

Partindo-se dessa premissa, alguns parâmetros devem ser seguidos.

Inicialmente, devem ser *preferidas as demandas coletivas às individuais*. A seleção de uma ação coletiva para afetação certamente atribui ao incidente uma maior representatividade, na medida em que os legitimados coletivos atuam em defesas de grupos. Daí se extrai uma elevada “legitimação política e social, reduzindo os descontentamentos com o resultado e contribuindo para uma mais ampla aceitação e reconhecimento da vinculação decorrente da decisão final”¹¹². Esse entendimento encontra-se consolidado no enunciado nº 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo §6º”.

Na hipótese de haver variados processos coletivos em trâmite, deve-se dar preferência àqueles conduzidos por órgãos independentes (como o Ministério Público e a Defensoria Pública), bem como àqueles que atuem em defesa dos interesses das coletividades mais amplas, sob os aspectos geográfico e quantitativo. Nessa linha, as ações coletivas ajuizadas por associações de âmbito nacional devem ser preferidas às ações movidas por associações locais¹¹³.

Para além das ações coletivas, deve-se dar preferência às *causas com litisconsórcio*, especialmente àqueles em que a pluralidade subjetiva ocorre em ambos os polos da demanda. De igual modo, em apego à maior representatividade, os *processos com intervenção de terceiros* devem ser privilegiados, bem como aqueles nos quais tenha havido *audiências públicas*. O objetivo é o mesmo:

¹¹² CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 60. No mesmo sentido: CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 149.

¹¹³ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 61.

privilegiar os casos em que a participação é mais intensa, amadurecidas pelo exercício do contraditório por diferentes sujeitos.

3.10 CONTEÚDO DA DECISÃO: A PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS

3.10.1 Aspectos gerais: as formas de intervenção e a legitimidade ad actum

Em razão da natureza potencialmente multipolarizada dos processos coletivos, a envolver múltiplos agentes interessados, o seu campo permite uma variada e complexa gama de participações. Cuida-se de tema que também deve ser considerado na decisão de saneamento e organização do processo coletivo, autorizando-se, de forma objetiva, meios adequados de ampliação do debate, atentando-se para que não seja comprometida a duração razoável do processo.

Nesse sentido, ganham destaque ao menos 11 (onze) formas participativas:

- a) a intervenção de um colegitimado à propositura da ação coletiva como litisconsorte (art. 3º, § 5º, da Lei nº 7.853/1989, e art. 5º, § 2º, da LACP);
- b) a intervenção direta da própria coletividade em ação coletiva em curso (art. 232, *caput*, da CRFB/1988);
- c) a intervenção móvel da pessoa jurídica interessada na ação popular e na ação de improbidade administrativa (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/1992, e art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965);
- d) a intervenção dos membros do grupo “como litisconsortes” nas ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC);
- e) a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, em todos os processos coletivos (art. 176, art. 976, § 2º, e 1.038, III, do CPC; art. 5º, § 2º, da LACP; e art. 92 do CDC);
- f) a participação de *experts* durante audiências públicas (art. 983, § 1º, e 1.038, II, do CPC);

- g) a intervenção dos *amici curiae* (art. 138 do CPC);
- h) a participação das partes das causas-piloto, nos incidentes de julgamento por amostragem (arts. 983 e 984, II, “a”, do CPC);
- i) a participação dos terceiros intervenientes nas demandas escolhidas como causas-piloto (arts. 983 e 984, II, “b”, e art. 1.038, I, do CPC);
- j) a intervenção dos membros de grupo partes dos processos sobrestados (arts. 983 e 984, II, “b”, e art. 1.038, I, do CPC);
- k) a intervenção de interessados na formação do precedente judicial (arts. 983 e 984, II, “b”, e art. 1.038, I, do CPC).

Cada uma das aludidas formas demanda uma análise particularizada, levando-se em conta a espécie de processo coletivo em tratativa.

3.10.2 A participação nas ações coletivas

No âmbito das ações coletivas, merecem destaque ao menos 7 (sete) formas participativas, as quais serão mais ou menos intensas a depender da situação jurídica litigiosa (direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos), do tipo de conflito (local, global ou irradiado)¹¹⁴ e da efetiva contribuição para a solução do caso.

O cabimento ou não das intervenções é algo que deve ser preferencialmente decidido na fase de saneamento, após a apresentação de defesa, momento em que a demanda já possui ampla divulgação, contando com eventuais pedidos interventivos. Pode ocorrer, porém, de essas provocações somente ocorrerem em momento posterior, o que não impede a sua apreciação, ficando aquele que intervém com o ônus de receber os autos no estágio em que se encontrar.

3.10.2.1 A intervenção de coletivos

¹¹⁴ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 241-242.

A primeira forma participativa consiste na *intervenção dos demais legitimados coletivos em uma ação coletiva em curso*. Nessa situação, aquele que poderia ter ajuizado inicialmente a ação coletiva intervém como assistente da entidade que assim o fez antecipadamente.

Cuida-se de previsão contida no art. 3º, § 5º, da Lei nº 7.853/1989, que disciplina a ação civil pública para a tutela dos direitos relativos às pessoas portadoras de deficiência¹¹⁵.

No mesmo sentido, o art. 5º, § 2º, da LACP, faculta “ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

Essa intervenção também está prevista no art. 6º, § 5º, da LAP, que faculta “a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular”¹¹⁶.

Como observam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., essa modalidade interventiva também pode ser extraída do art. 5º, § 3º, da LACP, pelo que autoriza o Ministério Público ou outro legitimado a assumir a titularidade ativa em caso de desistência infundada ou abandono da ação¹¹⁷.

O primeiro ponto relevante reside em saber a natureza jurídica dessa forma de intervenção. Quanto a isso, já existe consenso doutrinário no sentido se tratar de uma forma de *assistência litisconsorcial*, ensejando um *litisconsórcio unitário ulterior facultativo*¹¹⁸. Isso ocorre porque, qualquer que seja o legitimado coletivo, a relação jurídica material que justifica a sua atuação é a mesma, o que atrai a disciplina do

¹¹⁵ Lei nº 7.853/1989: “Art. 3º [...] § 5º Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles.”

¹¹⁶ Essa intervenção do indivíduo ocorre como *legitimado coletivo* e não como *membro do grupo*. Como registram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., nas causas que versam sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, não pode o indivíduo intervir como membro do grupo. Essa intervenção, “que só poderia ser aceita na qualidade de assistência simpls, além de problemas de ordem prática, não se justifica pela absoluta ausência de interesse, pois o resultado do processo não pode ser-lhe desfavorável: a coisa julgada coletiva só é transportada para a esfera particular *in utilibus*” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 243). Nesse sentido: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54-55.

¹¹⁷ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 244.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 244.

art. 124 do CPC¹¹⁹.

O segundo questionamento recai sobre a viabilidade da intervenção. Pergunta-se: em qualquer caso, o colegitimado poderá intervir em ação em curso?

A resposta é negativa.

Para que se permita qualquer intervenção nos processos coletivos, é relevante examinar dois elementos: a) a relação do interveniente com o conflito concreto; e b) a sua potencial contribuição para a solução do caso.

Quanto à relação do interveniente com o conflito em questão, basta imaginar um pedido formulado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul de intervenção em ação civil pública ambiental proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia, em razão de dano ambiental causado neste Estado. De igual modo, imagine-se o pedido de um cidadão do município de Tefé, Amazonas, para intervir em ação popular proposta por cidadão de Barreiras, Bahia, objetivando impugnar ato administrativo praticado pelo prefeito local. Em situações dessa natureza, muito embora os pretensos intervenientes sejam abstratamente previstos, na lei, como legitimados coletivos, o manifesto distanciamento em relação ao conflito deve obstar a intervenção.

Cuida-se de juízo a ser exercido não apenas sobre o legitimado coletivo, mas também sobre o grupo que ele representa, que pode não possuir relevante interesse jurídico em relação ao caso. Imagine-se, a título exemplificativo, o pedido formulado por uma associação que representa determinados grupos religiosos de matriz judaico-cristã, objetivando a intervenção em ação civil pública movida em defesa de um grupo formado por praticantes de uma nova religião, objetivando o reconhecimento da incidência da imunidade tributária de templos em seu favor (art. 150, VI, da CRFB/1988).

Em tal caso, a eventual oposição de interesses do grupo que pretende a intervenção não o aproxima do conflito, limitando-se ao campo da moral. Ausente interesse jurídico direto – em razão do distanciamento em relação ao conflito –, não deve ser autorizada a intervenção. Não se nega que a discussão sobre se a nova religião deve ser reconhecida como tal pode vir a ser enriquecida a partir das

¹¹⁹ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”

contribuições argumentativas (até mesmo teológicas) das religiões já existentes. Contudo, essa intervenção, por não derivar de um interesse jurídico direto, deve ser diminuta, por meio da figura do *amicus curiae*, se acaso demonstrada a relevância da contribuição. Entendimento diverso resultaria na permissão de indiscriminadas intervenções processuais, comprometendo-se a efetividade da tutela jurisdicional.

Essa particular observação deve ser levada em conta nos conflitos de difusão irradiada, em que são múltiplos os interesses coletivos, privilegiando-se a participação das coletividades que estejam mais próximas da lesão sofrida.

O terceiro aspecto a ser observado para fins de admissão da intervenção consiste na relevância da contribuição para o debate processual. Essa preocupação ganha destaque nas hipóteses em que mais de um legitimado se propõe a defender os interesses de um mesmo grupo¹²⁰.

Por vezes, o ajuizamento de uma ação coletiva com ampla repercussão nos meios de comunicação em massa atrai as atenções de instituições que pretendem, pelos diversos motivos, participar do debate. Foi o que ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus nº 143641*, impetrado por advogados membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) diretamente no Supremo Tribunal Federal, em benefício das mulheres gestantes submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

Durante o processamento da referida ação, as defensorias públicas de 22 (vinte e dois) Estados, além da Defensoria Pública do Distrito Federal, requereram a intervenção no feito, o que, se acaso deferido na qualidade de colegitimadas, resultaria na existência de 24 (vinte e quatro) legitimados coletivos na defesa de uma única coletividade. Ironicamente, em tal situação, para além da impraticabilidade do litisconsórcio relativamente aos membros do grupo, também haveria essa impraticabilidade em relação aos legitimados coletivos, com riscos de comprometimento da duração razoável do processo e da economia da justiça, o que poderia vir a prejudicar o próprio grupo substituído.

¹²⁰ Nessa linha, entende Ricardo de Barros Leonel que o fator determinante da ocorrência, ou não, da intervenção é a existência (e demonstração) de interesse que se apresente como juridicamente relevante para aquele que pretende participar, marcado pela potencialidade de repercussão na sentença coletiva (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 310-311).

Cuida-se de situação em que a potencialidade de repercussão da participação na sentença é mínima, permitindo-se a aplicação, por analogia, da regra do art. 113, § 1º, do CPC, que permite ao juiz “limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio”.

Justamente por isso, no caso em comento, os pedidos de intervenção foram todos deferidos como *amici curiae*, o que também não escapa de críticas, diante da inevitável repetição argumentativa de órgãos integrantes de uma instituição marcada pela unidade e indivisibilidade¹²¹.

3.10.2.2 A participação direta do grupo nas ações coletivas

A disciplina das ações coletivas brasileiras, como regra, não permite a intervenção direta da própria coletividade em juízo, devendo se valer de um legitimado coletivo que defenda os seus interesses.

De forma excepcional, o art. 232 da Constituição da República estabelece que “[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Cuida-se de dispositivo que prestigia o acesso à justiça de grupo hipervulnerável, como forma de facilitação da tutela de direitos. Como já registrado pelo Supremo Tribunal Federal, a regra em tratativa possui finalidade “fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias”¹²².

A possibilidade de a comunidade indígena intervir diretamente em uma ação coletiva que envolva os seus interesses é concebida, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como um estímulo à “concretização constitucional do valor da inclusão

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 20.2.2018.

¹²² *Id.* Supremo Tribunal Federal, Petição nº 3.388. Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 19.3.2009, DJE de 1º.7.2010.

comunitária pela via da identidade étnica”, prestigiando-se a sua autonomia¹²³.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento da Petição nº 3.388, referida Corte resolveu questão de ordem, admitindo o ingresso das comunidades indígenas Secó, Indígena Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai, todos na qualidade de assistentes litisconsorciais, ao lado da União, em ação popular ajuizada por cidadão com o objetivo de impugnar o processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, pretensão afastada pelo tribunal¹²⁴.

É preciso enfatizar que esse tipo de intervenção é limitada às hipóteses expressamente previstas em lei, hipóteses em que o legislador compreende necessário um particular reforço ao acesso à justiça. Nos demais casos, a intervenção direta do grupo não deve ser admitida, atuando na defesa de seus interesses um legitimado coletivo.

3.10.2.3 A intervenção móvel da pessoa jurídica interessada na ação popular e na ação de improbidade administrativa

Conforme disposto no art. 6º, § 3º, da LAP, a pessoa jurídica interessada, cujo ato seja objeto de impugnação, tem a opção de “abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

Esse dispositivo é também aplicável às ações de improbidade administrativa, por força do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/1992, ao dispor que “no caso de a ação de improbidade ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei no 4.717/1965”.

Cuida-se, assim, de regras que tratam da situação em que a pessoa jurídica interessada é *demandada* em ação popular ou ação de improbidade administrativa, figurando provisoriamente no polo passivo da ação por ocasião do seu ajuizamento. Ao tomar ciência da demanda, ela poderá, como primeira opção, apresentar defesa, opondo-se à pretensão da parte autora. Poderá, por outro lado, abster-se de se defender, deixando de se pronunciar sobre o ato impugnado, adotando uma postura

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

neutra. Por fim, se compreender que a ação coletiva prestigia o interesse público, terá a opção de aderir ao seu autor, deslocando-se para o polo ativo da demanda.

Essa *maleabilidade* prevista na lei é chamada de *intervenção móvel*, resultando em uma clara *despolarização* da demanda¹²⁵.

A questão que se põe resulta em saber se esse tipo de intervenção somente tem cabimento nas ações populares e nas ações de improbidade administrativa.

A resposta é negativa, por dois principais motivos¹²⁶.

Primeiramente, é importante notar que, embora possuam legitimados distintos, a ação popular e a ação civil pública (aqui tomada como ação coletiva comum) podem ter objeto idêntico, não sendo razoável a quebra da comunicação do microsistema processual coletivo.

Além disso, a necessidade de se flexibilizar a estabilidade é da lógica dos processos coletivos, cabendo especialmente à pessoa jurídica que exerce funções públicas a identificação da posição que atenda ao interesse público.

Por fim, o art. 5º, § 2º, da LACP, contempla dispositivo geral que dispõe ser “facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

Com fundamento na citada regra, ao apreciar o Recurso Especial nº 791.042/PR, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça compreendeu que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, a União poderia, ao mesmo tempo, figurar em ambos polos da demanda, atuando como autora quanto ao pedido de recomposição do erário, mas como ré em relação ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer. Tal precedente reforça o papel dos processos coletivos no giro da legitimidade *ad causam* para legitimidade *ad actum*, reduzindo-se o espectro de análise da “pertinência subjetiva” para a prática de cada ato

¹²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009.

¹²⁶ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem a extensão da regra a todo o microsistema do processo coletivo com base nos fundamentos citados (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 253).

processual isoladamente praticado¹²⁷.

Transcrevem-se, porque oportunas, as razões de decidir do Superior Tribunal de Justiça, registradas na ementa do caso em questão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. MICROSSISTEMA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA FIGURAR NOS PÓLOS PASSIVO E ATIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVER DE FISCALIZAR A ATUAÇÃO DOS DELEGATÁRIOS DO SUS. DIREITO À RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO DECORRENTE DO REPASSE DE VERBA.

1. As ações de defesa dos interesses transindividuais e que encerram proteção ao patrimônio público, notadamente por força do objeto mediato do pedido, apresentam regras diversas acerca da legitimação para causa, que as distingue da polarização das ações uti singuli, onde é possível evitar a 'confusão jurídica' identificando-se autor e réu e dando-lhes a alteração das posições na relação processual, por força do artigo 264 do CPC.

2. A ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo, por isso que regulam a legitimatio ad causam de forma especialíssima.

3. Nesse seguimento, ao Poder Público, muito embora legitimado passivo para a ação civil pública, nos termos do § 2º, do art. 5º, da lei 7347/85, fica facultado habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.

4. O art. 6º da lei da Ação Popular, por seu turno, dispõe que, muito embora a ação possa ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, bem como as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo, ressalva no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que, verbis: § 3º - A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

5. Essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjugar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no pólo passivo em relação aos demais.

6. In casu, a União é demandada para cumprir obrigação de fazer consistente na exação do dever de fiscalizar a atuação dos delegatários do SUS e, ao mesmo tempo, beneficiária do pedido formulado de recomposição de seu patrimônio por força de repasse de verbas.

7. Revelam-se notórios, o interesse e a legitimidade da União, quanto a esse outro pedido de reparação pecuniária, mercê de no mérito aferir-se se realmente a entidade federativa maior deve ser compelida à fazer o que consta do pedido do parquet.

8. Recurso especial desprovido para manter a União em ambos os pólos em relação aos pedidos distintos em face da mesma formulados.¹²⁸

¹²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009, p. 8.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp nº 791042/PR. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 19.10.2006, DJ 9.11.2006.

3.10.2.4 A intervenção dos membros do grupo “como litisconsortes” nas ações coletivas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos

A intervenção direta dos membros do grupo, nas ações em que veiculadas pretensões difusas ou coletivas em sentido estrito, não deve ser admitida.

Isso decorre de fundamentos de natureza variada. Primeiramente, sob o aspecto dogmático, a legislação não contempla a legitimidade do indivíduo para a tutela de tais pretensões, ressalvada a ação popular, de caráter excepcional. Além disso, agora sob o viés pragmático, é questionável a conveniência da intervenção, em razão dos efeitos deletérios de um eventual litisconsórcio multitudinário. Por fim, sob o viés político, parece ser mais conveniente o estímulo a que os indivíduos atuem ao lado dos legitimados coletivos extraprocessualmente, até mesmo para prevenir a apresentação de teses jurídicas contraditórias, fomentando-se uma cultura de engajamento social¹²⁹.

Ricardo de Barros Leonel compreende que a intervenção do membro do grupo, via de regra, não deve ser admitida para as ações que versam sobre direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, salvo se o interveniente for cidadão e se cabível, em tese, no mesmo caso, ação popular. Isso por conta da “área comum” que existe entre a ação popular e a ação civil pública. Muito embora o cidadão não possa propor ação civil pública e os colegitimados da LACP não possam propor ação popular, seria “viável admitir, reciprocamente, a ocorrência do litisconsórcio e da assistência”¹³⁰.

Consequentemente, para o citado autor, é possível que uma associação intervenha em ação popular ajuizada em defesa do meio ambiente, como poderá, em tese, qualquer cidadão intervir em ação civil pública proposta em defesa do erário.

Adotando uma corrente similar, Hugo Nigro Mazzilli defende que, conquanto

¹²⁹ VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da intervenção. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 271-274.

¹³⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 308.

não possuem legitimidade para a tutela de direitos metaindividuais, deve ser permitida, como regra, a intervenção dos indivíduos como assistentes litisconsorciais em ações que veiculem a defesa de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito¹³¹. No caso dos direitos difusos, contudo, isso somente seria possível nas ocasiões em que idêntico pedido puder ser formulado em ação popular.

Não compartilhamos de tal posicionamento, em razão de uma interpretação histórica realizada sobre a LAP, que data do ano de 1965. É preciso compreender que, quando da elaboração do citado diploma, não existia, no Brasil, um sistema processual de tutela coletiva, que só viria a nascer vinte anos depois, em 1985, quando da edição da LACP. A ação popular, antes de ser um instrumento voltado à tutela de direitos coletivos, nasceu com o propósito de ofertar aos cidadãos em geral o controle sobre os atos administrativos. Não por acaso, quando finalmente imaginado e construído o núcleo do microssistema processual coletivo brasileiro, integrado sobretudo pela LACP e pelo CDC, o desenho que o legislador destinou aos legitimados coletivos foi bastante distinto.

Além disso, parcela das concepções permissivas parte da premissa de que os direitos coletivos, quaisquer que sejam, seriam titularizados pelo próprio indivíduo, de modo que ele “sequer poderia ser considerado *terceiro*”¹³². Cuida-se de entendimento diverso daquele adotado no presente trabalho, que diferencia grupo e membro de grupo quanto à atribuição de direitos. Se o indivíduo fosse considerado o titular do direito coletivo (o que não parece dogmaticamente adequado), de fato, ficariam diminuídas as razões para impedir a sua intervenção, ressalvadas considerações a respeito da efetiva contribuição e da prevenção de litisconsórcios multitudinários, em prestígio à efetividade processual.

No campo dos direitos individuais homogêneos, contudo, a disciplina normativa é bastante diversa. O art. 94 do CDC, ao disciplinar as ações coletivas voltadas à tutela de tais direitos, dispõe que, proposta a ação, “será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como

¹³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 439. Na mesma linha, compreende Elton Venturi que, diante da legitimidade dos indivíduos para a propositura de ações populares, deve ser reconhecida amplamente a sua intervenção como assistentes litisconsorciais, nas ações coletivas em geral (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317-324).

¹³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 439. Para o citado autor, “o pedido nessas ações também diz respeito ao interesse direto do indivíduo que compartilha do interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.”

litisconsortes”.

Regra similar encontra previsão no art. 232 da CRFB/1988, objeto do tópico anterior, que atribui não apenas às comunidades indígenas, mas também aos seus membros a legitimidade para “ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”, em processos individuais ou coletivos.

Em relação a tais modalidades interventivas, mais uma vez, o primeiro questionamento relevante diz respeito à sua *natureza jurídica*.

Em ambos os dispositivos, é permitido ao *membro do grupo* que atue, ao lado do legitimado coletivo, na qualidade de *assistente litisconsorcial*. Isso porque o objeto litigioso também lhe diz respeito, na medida em que a solução para o conflito, inevitavelmente, atingirá relação jurídica entre ele e o adversário do assistido, como exige o art. 124 do CPC¹³³. O resultado será um *litisconsórcio unitário ulterior facultativo*.

A segunda questão reside em saber a *função* do membro do grupo ao integrar a lide. A sua intervenção é autorizada para que defenda direito próprio ou os interesses do grupo?

Quanto a isso, parece claro que a atuação do membro do grupo terá por objetivo a defesa do direito à solução da questão jurídica comum. Isso significa dizer que o particular atua, excepcionalmente, como *legitimado extraordinário*, em nome da coletividade, situação rara, que encontra paralelo nas ações populares¹³⁴. Para Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr., é possível cogitar aqui de uma legitimidade híbrida: o particular atuaria como “um legitimado extraordinário do grupo de vítimas, titular do direito discutido e, ao mesmo tempo, legitimado ordinário para a defesa do seu direito individual reflexamente atingido”. Isso porque, subjacente ao interesse coletivo na solução da questão comum, há um feixe de direitos individuais dos membros do grupo¹³⁵.

Um terceiro ponto relevante diz respeito à *utilidade* da intervenção. Afinal, à luz

¹³³ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”

¹³⁴ Embora o paralelo seja evidente, é preciso atentar ao fato de que, nas ações populares, defendem-se direitos difusos, situação diversa da disciplina do CDC, voltado à tutela dos direitos individuais homogêneos, marcados pela determinabilidade dos membros do grupo.

¹³⁵ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 246.

do art. 103, § 3º, do CDC, os efeitos da coisa julgada coletiva “não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente”.

Ora, se o particular não será prejudicado pelo resultado da ação coletiva (se acaso optar por não intervir), que motivo o levaria a nela intervir? Esse questionamento ganha força quando se percebe que, ao intervir no processo coletivo, inevitavelmente, o particular ficará vinculado à coisa julgada numa eventual improcedência do pedido, abrindo mão do benefício da extensão *secundum eventum litis*. De fato, o art. 103, § 2º, do CDC, dispõe que, em caso de improcedência do pedido, os interessados “que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”. Justamente por isso, é raro encontrar, na prática forense, casos de aplicação do art. 94 do CDC¹³⁶.

A utilidade de tal medida, ainda que pouco experimentada na prática, está no seu reconhecimento “como uma forma de estabelecer o diálogo entre o legitimado coletivo e membros do grupo cujos interesses pretende defender”¹³⁷. A proximidade do membro do grupo, além de permitir uma comunicação entre a comunidade e o juiz, abre margem para um controle sobre a atuação do legitimado extraordinário, podendo conferir maior legitimidade à solução do caso concreto.

É sabido, contudo, especialmente nos litígios multitudinários, que a abertura irrestrita do processo coletivo a sucessivas intervenções de membros do grupo pode implicar a configuração de um litisconsórcio excessivo, comprometendo a duração razoável do processo e, conseqüentemente, a eficiência da tutela coletiva. Conseqüentemente, não apenas o juiz, especialmente na fase de “certificação” coletiva, deve avaliar a conveniência da intervenção, como também o particular que tenha sido admitido poderá requerer a sua exclusão do processo, fundamentando-se nos princípios processuais citados¹³⁸.

¹³⁶ Em juízo crítico a respeito da regra do art. 94 do CDC, Antonio Gidi entende que “mais adequado seria se adotasse o mesmo tratamento que dispensou para os casos de defesa coletiva de direitos superindividuais (difuso e coletivo), em que vedou a intervenção do particular na ação coletiva, mas impediu a formação de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* nos casos de improcedência por insuficiência de provas” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 56).

¹³⁷ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 247.

¹³⁸ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 144.

3.10.2.5 A intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica

Nas ações coletivas em geral, na hipótese de optar por não atuar como legitimado coletivo, o Ministério Público participará como fiscal da ordem jurídica.

Cuida-se de uma regra que soa como uma espécie de mantra procedimental, diante das suas variadas fontes normativas. Conforme disposto no art. 5º, § 1º, da LACP, “[o] Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. O CDC, por seu turno, no art. 92, preceitua que “[o] Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”. Na mesma linha, o art. 6º, § 4º, da LAP estabelece que “[o] Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem”, vedando-lhe a possibilidade de assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores. Também a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 17, § 4º, dispõe que “[o] Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade”.

A mesma lógica é aplicável ao julgamento de casos repetitivos. De acordo com o art. 976, § 2º, do CPC, localizado no regramento do IRDR, “[s]e não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”. Por seu turno, o seu art. 1.038, III, incumbe ao relator, nos recursos especial ou extraordinário repetitivos, o dever de intimar o Ministério Público para manifestar-se acerca da tese discutida.

É notória, diante dos citados dispositivos, a preocupação do legislador em garantir a participação do Ministério Público em todos os processos coletivos, em atenção à sua vocação para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da CRFB/1988). Tais regras estão também de acordo com o que dispõe o art. 129, III, da CRFB/1988, que incumbe ao MP a tarefa de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A antiga expressão “fiscal da lei” foi substituída pelo CPC de 2015 por “fiscal da

ordem jurídica”. Cuida-se de uma mudança que, conquanto simbólica, revela a atualização do diploma com as modernas concepções acerca das fontes normativas. De fato, não apenas da lei emanarão normas, podendo haver outras espécies normativas, como é o caso da própria Constituição¹³⁹.

A atuação do Ministério Público, nos processos coletivos, é bastante dinâmica e complexa.

Quando atua como fiscal da ordem jurídica, o órgão não se vincula à defesa pragmática de um determinado grupo ou coletividade, ainda que vulnerável. Sua tarefa consiste na fiscalização dos atos das partes e do julgador, em atenção às regras e princípios processuais e materiais vigentes.

Cuida-se de missão que pode ser decomposta em dois aspectos: material e processual.

Materialmente, é possível compreender a atuação do MP como fiscal da ordem jurídica a partir de um paralelo com a regra do art. 926 do CPC, que impõe aos julgadores a tarefa de preservar a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Isso porque, ao atuar como fiscal, em uma perspectiva ampla, o órgão ministerial busca a tutela da isonomia, do direito enquanto *imperativo categórico*. Protege-se a consistência, a integridade e a coerência jurídicas, de modo que a solução a ser tomada não destoe dos precedentes anteriores (previsibilidade), nem se afaste da harmonia que se espera em relação ao ordenamento e à tradição jurídica como um todo¹⁴⁰. O seu fim, portanto, não se resume à mera “defesa da ordem objetiva”, sendo esse o instrumento de que se vale para a tutela do direito à igualdade na aplicação da lei.

Sob o aspecto *processual*, o Ministério Público possui a relevante tarefa de

¹³⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Comentários aos arts. 176 a 187 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 299.

¹⁴⁰ Ao abordar os deveres extraídos do art. 926 do CPC, Hermes Zaneti Jr., valendo-se das lições de Schauer, MacCormick e Dworkin, compreende que “[a] consistência/coerência em sentido estrito é o dever de não contradição da decisão em relação aos precedentes anteriores. A integridade/coerência é mais ampla, visa à integração da decisão com o ordenamento e a tradição jurídica como um todo (MacCormick), é mais que uma simples não contradição, revela a harmonia do precedente com os princípios mais gerais do direito em determinado ordenamento jurídico, extraídos dos precedentes anteriores, da unidade do ordenamento jurídico, da unidade da Constituição, no que poderíamos chamar de uma normatividade conglobante” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.323).

fiscalizar o respeito ao devido processo legal pelo juiz e pelas partes, podendo requerer o que entender conveniente para tanto e impugnar as decisões judiciais por meio de recursos e outros meios disponíveis, quando necessário. Cuida-se, aqui também, de uma preocupação com o princípio da isonomia, não no que concerne ao conteúdo da decisão judicial, mas sim quanto ao processo participativo de construção da norma individualizada.

No âmbito dos processos coletivos, o aspecto processual ganha especial relevância, devendo o órgão ministerial atentar à adequada “certificação” coletiva, fiscalizando a presença dos requisitos processuais e participando da organização dos atos processuais. É relevante que o MP identifique os grupos que possuem interesse jurídico direto no conflito, atentando se estão adequadamente representados nos autos. Para tanto, poderá exercer atividades fora do processo judicial, a exemplo da realização de audiências públicas e a instauração de procedimentos de acompanhamento ou inquérito civil, realizando até mesmo instrução complementar, se acaso necessário.

Ao perceber que determinado grupo não se encontra presente ou que a sua defesa é exercida de forma inadequada, o membro do Ministério Público tem a tarefa de sugerir a intimação de outro legitimado coletivo que compreender mais adequado ou, se julgar pertinente, assumir a defesa do grupo, passando a atuar como substituto processual.

Demais disso, em caso de desistência ou abandono por parte de um legitimado coletivo, incumbe-lhe o dever de sucedê-lo, conforme regramento estabelecido no art. 9^a da LAP¹⁴¹ e no art. 5, § 3^o, da LACP¹⁴². Idêntica previsão consta no art. 976, § 2^o, do CPC, que cuida IRDR, ao dispor que, se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

É importante notar que, mesmo quando atua como substituto processual, o órgão continua a exercer o dever de fiscalização, o que, como regra, dispensa o dever de intervenção de um novo membro do *parquet* como fiscal da ordem jurídica,

¹⁴¹ Lei nº 4.717/1965: “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.”

¹⁴² Lei nº 7.347/1985: “Art. 5º [...] § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

em atenção à unidade e indivisibilidade da atuação, respeitada a independência funcional. Nesse sentido, dispõe o art. 4º da Resolução CNMP nº 34/2016 que é “prescindível a atuação simultânea de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição”.

Poderá o órgão, portanto, ainda que em defesa de um determinado grupo, recorrer em benefício da parte adversa, em atenção à função fiscalizatória¹⁴³. Apenas em casos excepcionais, sobretudo diante de conflitos de elevada complexidade e conflituosidade, será possível cogitar da dupla intervenção, figurando um segundo membro do MP como fiscal da ordem jurídica¹⁴⁴.

3.10.2.6 A participação de experts durante audiências públicas

As audiências públicas consistem em sessões públicas, acessíveis à população em geral, realizadas com o objetivo de permitir o debate a respeito de algum tema juridicamente relevante. Cuida-se de instrumento de legitimação que se popularizou no Brasil a partir da década de 1990, possibilitando que pessoas de origens diversas contribuam para a exposição e enriquecimento dos variados pontos de vista sobre determinada questão social, auxiliando a tomada de decisões nos

¹⁴³ Embora possa parecer contraditória a atuação do MP, no processo civil, em benefício de uma coletividade, recorrendo em defesa dos interesses da parte adversa, cuida-se de postura bastante comum no processo penal, em que, com frequência, o órgão impetra ações de *habeas corpus* em favor de acusados. Essa conduta, no processo civil, não compromete a adequada representação do grupo; ao revés, reforça o compromisso ético que orienta o direito processual como um todo. Hugo Nigro Mazzilli alude à expressão “parte imparcial” ao abordar a atuação do Ministério Público no processo civil, explicando: “por *parte*, quer-se dizer que é um sujeito de ônus e faculdades na relação processual; por *imparcial*, quer-se dizer que conserva liberdade para emitir seu pronunciamento. Assim, se propuser uma ação em defesa de interesses globais da sociedade (v.g., uma ação ambiental ou uma arguição de inconstitucionalidade), apesar de sua posição formal de parte (como sujeito ativo da relação processual), nem por isso o Ministério Público deixará de zelar pela ordem pública; ao contrário. Nesse caso, não estará obrigado a postular a procedência do pedido, se ao fim da instrução se convencer de que não há justa causa para tanto” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 439).

¹⁴⁴ Como ressalta Fredie Didier Jr., “ninguém pode atuar, com imparcialidade, como fiscal de si próprio” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 416). Essa dupla intervenção tem lugar, sobretudo, nos casos de elevada complexidade, quando constatado que a função de fiscal da ordem jurídica pode ficar prejudicada em razão das atividades necessárias à defesa de um grupo específico, notadamente nos litígios de difusão irradiada, em que podem se fazer presentes múltiplos interesses, a atrair um maior zelo na atividade de fiscalização dos próprios atos.

âmbitos legislativo¹⁴⁵, administrativo, ministerial e judicial¹⁴⁶.

Participam ativamente das audiências públicas, além dos representantes de órgãos e instituições públicas (Poder Judiciário, Ministério Público, Administração Pública, parlamentares etc.), pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria, bem como aqueles que, de alguma forma, possam contribuir com o assunto, notadamente os membros das coletividades interessadas¹⁴⁷.

Esse instrumento pode ser utilizado com diferentes finalidades, judicial ou extrajudicialmente¹⁴⁸.

No que se refere à defesa de direitos coletivos, a audiência pública consiste em uma ferramenta cuja importância é amplamente reconhecida.

No campo extrajudicial, merece destaque o disposto no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/1993, que estabelece a atribuição do Ministério Público de promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, tema regulamentado pela Resolução nº 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

De acordo com a citada Resolução, as audiências públicas são um mecanismo pelo qual o cidadão e a sociedade organizada podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais ligadas ao zelo do interesse

¹⁴⁵ No âmbito do Poder Legislativo, destaca-se, entre outros dispositivos, o art. 24, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, cuja redação é idêntica à do art. 90, II, do Regimento Interno do Senado Federal, atribuindo às comissões parlamentares em geral o poder de “realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.”

¹⁴⁶ Em estudo pioneiro a respeito das audiências públicas brasileiras, Ronaldo Pinheiro de Queiroz divide as realizadas pelo Poder Público em quatro tipos, a depender do órgão ou instituição realizadora: legislativas, administrativas, ministeriais e judiciais (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 65, 2012).

¹⁴⁷ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 380.

¹⁴⁸ A Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal, dispõe, em seu art. 32, que, “[a]ntes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. Cuida-se, aqui, de uma faculdade a ser exercida, a critério da autoridade administrativa, diante da relevância da questão. Por outro lado, ainda no âmbito administrativo, as audiências públicas por vezes são previstas em lei como requisito de validade para a formalização de um ato ou contrato administrativo. É o caso do art. 39, da Lei nº 8.666/1993, que impõe a sua realização nos processos licitatórios que envolvam contratações de elevado valor. De igual modo, o art. 2º da Resolução nº 9/1987 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), ao tratar dos estudos de impacto ambiental e do respectivo relatório (EIA-RIMA), impõe a realização de audiências públicas pelo órgão licenciador, quando solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos.

público e à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral. Como registra Ronaldo Pinheiro de Queiroz, nem sempre é possível ao membro do *parquet* identificar com segurança o pensamento da sociedade civil em torno de determinados temas que lhe são caros¹⁴⁹.

No âmbito judicial, as audiências públicas são instrumentos facultativos, tendo se tornado bastante comum no campo do controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰.

Ignoradas pelo Código de Processo Civil de 1973, elas foram contempladas pelo diploma processual de 2015, sendo expressamente prevista a sua realização no IRDR (art. 983, § 1º)¹⁵¹ e nos REER (art. 1.038, II)¹⁵²⁻¹⁵³.

É fortemente recomendável que a decisão a respeito da necessidade da realização de audiências públicas seja tomada por ocasião do saneamento e

¹⁴⁹ O citado autor elenca ao menos três finalidades comuns às audiências ministeriais. A primeira delas está ligada à sua atividade típica, que é a de legitimar e subsidiar a tomada de decisão do membro do Ministério Público para o desempenho de sua atribuição institucional, notadamente quando há um desacordo moral razoável na sociedade a respeito de determinado tema. A segunda finalidade é a de promover a *accountability* das ações e das omissões relativas aos órgãos e serviços públicos em geral, por ser o Ministério Público brasileiro uma das principais agências de controle estatal, atuando também na função de ombudsman. Finalmente, as audiências ministeriais também servem ao propósito peculiar de convocar a sociedade civil para que possa, de forma legítima, identificar as variadas demandas sociais e definir as suas prioridades de atuação (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 77. 2012). Ainda sobre a relevância das audiências públicas ministeriais, conferir: GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328

¹⁵⁰ Tanto a Lei nº 9.868/1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade – quanto a Lei nº 9.882/1999 – que disciplina a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental – atribuem ao relator a faculdade, se entender necessário, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁵¹ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.”

¹⁵² Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 1.038. O relator poderá: [...] II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento.”

¹⁵³ É possível imaginar a sua aplicação até mesmo fora dos processos coletivos, sempre que a sua relevância e repercussão demandarem a participação de pessoas estranhas ao processo, com conhecimento e experiência para contribuir com o aprimoramento da decisão a ser tomada. Como ressaltam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., é o caso, por exemplo, dos processos estruturais ou dos processos que configuram um *leading case*, cuja *ratio* servirá de precedente para casos futuros. É o caso também do incidente de arguição de inconstitucionalidade e do incidente de assunção de competência (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 382).

organização do processo, integrando o rol de medidas ali tratadas¹⁵⁴.

Essa decisão, contudo, ao contrário do que pode parecer em uma leitura superficial, exige uma série de cautelas, especialmente se considerados os estudos empíricos a respeito das deficiências detectadas no âmbito das audiências públicas em geral.

Inicialmente, para que possa avaliar a sua, o órgão julgador deve se questionar a respeito da sua prévia realização na fase extrajudicial, bem como da representatividade das coletividades identificadas no caso concreto.

Isso porque, uma vez constatado que, fora do processo, foram suficientemente realizadas audiências públicas, presentes representantes adequados das coletividades envolvidas e adotada metodologia igualmente adequada, a sua repetição pode ser vista não apenas como um ato inútil (e, portanto, desnecessário), mas também contrário à duração razoável do processo e à economia processual.

É possível, porém, que determinadas coletividades venham a ser identificadas ou até mesmo formadas em um momento posterior, sendo relevante a realização de novo ato, de modo a enriquecer o debate. De igual modo, os atos podem ter sido praticados sob uma metodologia inadequada, prejudicando a participação dos grupos anteriormente definidos. Naturalmente, a repetição de audiências públicas, agora presididas pelo órgão judicial, demandará uma análise rigorosa da sua necessidade, para que a solução do conflito não se torne algo excessivamente moroso.

Na hipótese de o ato não ter sido realizado extrajudicialmente, é preciso refletir se o tipo de conflito exige a sua designação. Como ressalta Edilson Vitorelli, a audiência pública não é a solução adequada para todos os processos judiciais, e nem mesmo para todos os tipos de processo coletivo¹⁵⁵. Além disso, o instrumento pode assumir funções diversas, a depender do caso concreto.

Nos litígios globais, marcados pela ausência de grupos sociais afetados de

¹⁵⁴ Tal instrumento também representa uma importante ferramenta anterior à celebração de acordos coletivos, interferindo na forma de sua realização. Em relação aos direitos individuais homogêneos, a negativa do grupo ou parte do grupo em relação à autocomposição de direitos individuais homogêneos, manifestada durante a realização de audiências públicas ou qualquer outra forma participativa, sugere a adoção de acordos estruturados na forma *opt-in*, com aceitação individual por adesão.

¹⁵⁵ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 483.

modo diferenciado pelos efeitos da decisão, a audiência pública pode ser uma ferramenta útil, no âmbito extrajudicial, para que o legitimado coletivo preste contas à sociedade acerca da sua atuação. No âmbito judicial, contudo, sua serventia é baixa. Isso porque, por um lado, pode não haver utilidade nessa metodologia de abertura do diálogo (diante da ausência de coletividades particularizadas), e, por outro, não há ainda uma decisão definitiva a ser exposta à sociedade, como forma de prestação de contas pelo Poder Judiciário.

Particularmente nos litígios globais complexos, é possível cogitar do emprego de audiências públicas tanto no âmbito extrajudicial quanto judicial, com o objetivo de colher maiores informações técnicas de especialistas, notadamente quando cabíveis diversas soluções lícitas ao caso¹⁵⁶.

Nos litígios locais, por seu turno, marcados pela existência de um interesse qualificado de uma comunidade coesa, a realização de audiências públicas pode ser algo bastante útil e, muitas vezes, até mesmo indispensável. Tais litígios, como já referido, são marcados pela existência de conflituosidade em um grau mediano, na medida em que, conquanto a coletividade afetada seja marcada por características comuns (a exemplo de uma comunidade indígena), os seus traços culturais – e, portanto, a sua vontade – podem ser algo completamente alheio às referências valorativas do julgador.

Disso pode resultar a necessidade, por exemplo, de se ouvirem *experts* do campo da antropologia, como tradutores culturais, dadas as particulares visões de mundo que podem se revelar em determinados agrupamentos sociais¹⁵⁷.

¹⁵⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 483.

¹⁵⁷ De forma exemplificativa, registra Rita Laura Segato que o direito à vida, como tradicionalmente concebido na dogmática jurídica, possui uma construção bem diversa entre os entre os Yanomami, em cuja comunidade o nascimento biológico “não é a entrada na humanidade, pois, para que o último ocorra, deverá haver um ‘nascimento pós-parto’, isto é, produzido na cultura e dentro do tecido social”. Essa questão desencadeou embates a respeito do que se denominou, no seio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional brasileiro Congresso Nacional, de “infanticídio indígena” (SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores*. Direito. UnB, v. 1, 2014, p. 78). É particularmente pertinente a observação de Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, para quem Constituição de 1988 representa uma “clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades” (PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *O Estado Pluriétnico*. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMAN, Maria Barroso. *Além da Tutela: bases para uma política indigenista III*. São Paulo: Contra Capa, 2002. Disponível em: <http://laced.etc.br/site/arquivos/04-Alem-da-tutela.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018).

Além disso, também existem dissidências internas em grupos dessa natureza, devendo ser afastada a visão estereotípica das comunidades tradicionais, cujos membros, com frequência, possuem interesses com algum grau de divergência. A depender da situação concretamente posta, será necessário compreender essas divergências, que poderão resultar até mesmo na divisão da coletividade em subgrupos, com pretensões e representantes autônomos.

Essa preocupação ganha especial destaque nos litígios de difusão irradiada, em que presentes interesses de diversas pessoas ou segmentos que não compartilham a perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pela solução do conflito.

Constatada a necessidade de realização de audiências públicas, passa-se a uma outra questão: que metodologia deve ser empregada?

Além de não exigir a realização de audiências públicas como requisito de validade das decisões judiciais, o CPC não estabelece o procedimento para tanto, o que, mais uma vez, confere aos regimentos internos dos tribunais amplos poderes para disciplinar o tema. É o caso do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cujo art. 78-A estabelece um amplo regramento para o instituto¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: “Art. 78-A – O Relator poderá designar, de ofício ou a requerimento, audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato probando. § 1º – A audiência pública será convocada por edital, publicado na página do Tribunal na rede mundial de computadores, no Diário da Justiça eletrônico e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, tendo, ainda, ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário. § 2º – O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação. § 3º – A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência. § 4º – Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida. § 5º – O Ministério Público será intimado para participar da audiência. § 6º – A audiência pública será presidida pelo Relator, a quem cabe selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra. § 7º – Todos os membros do Órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes, devendo a Secretaria respectiva dar-lhes ciência dos termos do edital de convocação por ofício específico encaminhado ao gabinete com a mesma antecedência da publicação do edital. § 8º – A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, podendo ser realizada fora do horário normal de expediente forense. § 9º – O Relator poderá determinar a realização da audiência fora do prédio do Tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário à garantia do amplo comparecimento. § 10 - A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, bem como transmitida por meio da rede mundial de computadores e redes de televisão estatais, sempre que possível. § 11 - As questões levantadas durante a audiência pública, desde que relevantes para o julgamento da causa, deverão ser examinadas pelo Órgão julgador, na

Ausente lei federal a regular, de forma geral, o seu procedimento, caberá à lei estadual e aos regimentos internos essa tarefa, sendo possível cogitar também da aplicação analógica das regras do Regimento Interno do STF, de outros tribunais, bem como da Resolução CNMP nº 92/2012.

É de suma importância que a metodologia a ser empregada na audiência pública seja adequadamente definida, sendo recomendável a fixação de parâmetros mínimos na decisão de saneamento e organização processual¹⁵⁹.

A ausência de adequação metodológica é certamente um fator que tem conduzido ao insucesso de muitas audiências públicas. Como expõe Edilson Vitorelli, existem diversos problemas que, muitas vezes, resultam em um papel limitado do instituto: os baixos índices de comparecimento, muitas vezes resultantes da ausência de uma publicidade adequada; a ausência de exposição do tema de forma compreensível ao público em geral; a tendência ao autoritarismo na forma de condução dos eventos, cujas mesas de trabalho são monopolizadas por autoridades públicas que fazem uso da palavra de modo bem mais extenso e livre que os populares¹⁶⁰; definição da população impactada de forma muito restrita, dificultando a participação de vários grupos potencialmente lesados; realização apenas ao final do processo, convertendo-se a audiência em mera exposição¹⁶¹; excessiva abertura da participação dos interessados, o que inviabiliza uma discussão produtiva; indefinição do escopo do ato; realização em horários mais convenientes às autoridades públicas envolvidas e menos convenientes à sociedade em geral; ausência de controle do tempo do evento, consumido por longas apresentações

forma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil. § 12 – A audiência pública poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência, previstos nos arts. 216 a 230 deste Regimento, e poderá realizar-se em outros casos em que o Relator a reputar necessária.”

¹⁵⁹ A definição da metodologia empregada compreende quatro principais fases: convocação, habilitação dos participantes, realização dos trabalhos e registro (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 61-65. 2012).

¹⁶⁰ Esse problema em particular, entre outros, foi identificado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que realizou um estudo sobre a efetividade das audiências públicas do Governo Federal, relatando que, em muitos casos analisados, “a metodologia utilizada pouco contribuiu para um debate efetivo” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Potencial Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal*: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013, p. 89).

¹⁶¹ Cuida-se de aspecto observado no âmbito das audiências públicas realizadas por ocasião do licenciamento ambiental da usina hidrelétrica de Belo Monte, em que “predominou o caráter informativo e não estava aberta para discussão a viabilidade do projeto” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Potencial Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal*: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013, p. 112).

etc¹⁶².

De início, a sua *convocação* depende de ampla divulgação, recomendando-se a publicação de edital convocatório, com a antecedência necessária, não apenas no Diário da Justiça, mas também no sítio virtual do Tribunal e em outros veículos de comunicação que garantam o seu amplo conhecimento (rádio, televisão, internet etc.).

Além disso, como bem estabelece o § 2º do art. 78-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação. Quanto ao local, data e horário designados, é importante que seja considerada a sua maior comodidade para o público destinatário do ato, evitando-se o expediente de trabalho, bem como locais distantes da residência dos interessados.

Após a habilitação dos participantes, caberá ao órgão julgador (nos tribunais, ao relator) *selecionar* previamente as pessoas que serão ouvidas, garantindo que os representantes dos principais seguimentos sociais tenham uma participação mais significativa. Em seguida, a divulgação da lista de habilitados deve expor a ordem dos trabalhos e o tempo de manifestação de cada um, alertando-se para a necessidade de a discussão se restringir ao objeto preciso do ato, sob pena de ser cassada a palavra.

Fixadas e divulgadas as regras para a celebração do ato, a sua realização demandará uma considerável atenção do seu presidente, de modo a permitir a *participação* equânime dos interessados, garantindo-se a objetividade e a dinâmica do ato. Deverá também adotar as medidas necessárias para que o evento se desenvolva sob um espírito colaborativo, evitando que se estabeleça um clima de confronto, bem como a manipulação do tempo por aqueles que possuem maior capacidade de mobilização.

Por fim, quanto ao registro, é recomendável a gravação de todo o ato por meio audiovisual, com posterior acesso facilitado à população em geral. Essa observação

¹⁶² VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 476-493.

ganha especial relevo se considerada a ausência de determinado grupo de interesse por ocasião do ato, podendo os seus membros consultar as manifestações dos demais grupos, pare que então adote a estratégia que julgar mais conveniente.

3.10.2.7 A intervenção dos amici curiae

Coube ao novo CPC pacificar a controvérsia doutrinária a respeito da natureza do *amicus curiae*, agora expressamente concebido como uma forma de intervenção de terceiros cabível nos processos em geral. De acordo com o seu art. 138, *caput* e § 2º, o juiz (ou o relator, nos tribunais), diante da relevância da matéria, da especificidade do tema ou da sua repercussão social, poderá, por meio de decisão irrecorrível proferida de ofício ou a requerimento, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, fixando os seus poderes.

Cuida-se, portanto, de um terceiro que intervém com o objetivo de fornecer subsídios para imprimir maior qualidade à solução do caso.

Desde antes do novo diploma processual, o instituto já era previsto em leis esparsas, algumas delas relacionadas com a proteção de direitos coletivos. É o caso da intervenção obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nas ações relativas à proteção do mercado de capitais (art. 31, *caput*, da Lei nº 6.385/1976¹⁶³), bem como da intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nas ações relativas à proteção da concorrência (art. 118 da Lei nº 12.529/2011¹⁶⁴).

No âmbito dos processos coletivos, diante da relevância e da transcendência das variadas questões jurídicas que podem integrar o seu objeto, é inegável a importância dos *amici curiae*, como instrumento de estímulo ao debate público, colaborando para uma maior legitimidade da solução a ser adotada à situação

¹⁶³ Lei nº 6.385/1976: “Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.”

¹⁶⁴ Lei nº 12.529/2011: “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

concreta¹⁶⁵.

O instituto serve não apenas à ampliação do conhecimento sobre a questão por parte do órgão julgador, tendo também como destinatárias as partes envolvidas, sujeitos individuais ou coletivos, cujo comportamento pode ser influenciado pela ampliação do debate. É possível, por exemplo, que as contribuições trazidas pelo sujeito interveniente estimulem a autocomposição, a partir da identificação de questões antes desconhecidas pela parte a respeito do seu opositor.

Como já exposto, a abertura do contraditório ao extremo produz efeitos indesejados, notadamente nos processos coletivos, podendo chegar a inviabilizar o seu desenvolvimento. Justamente por isso, a figura do *amicus curiae* pode representar uma solução que, sem comprometer o andamento do feito, possibilite a ampliação do debate para além dos legitimados coletivos. Isso porque, como disposto no art. 138, § 2º, do CPC, o *amicus curiae* não possui os mesmos poderes das partes, cabendo ao juiz ou relator, ao admitir a sua intervenção, definir as suas faculdades. Além disso, os §§ 1º e 3º do citado dispositivo limitam o cabimento de recursos pelo interveniente aos embargos de declaração e à decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁶⁶.

Cabe então o questionamento: quem pode intervir como *amicus curiae* nos processos coletivos?

Segundo disposto no art. 138, *caput*, do CPC, pode ser admitidos como tais pessoas físicas ou jurídicas, órgão ou entidade especializada, desde que apresentem “representatividade adequada”.

Essa regra merece alguns esclarecimentos.

Inicialmente, é importante destacar que a exigência da “representatividade

¹⁶⁵ Nessa linha, informa o enunciado nº 619 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(arts. 6º, 138, 982, II, 983, §1º) O processo coletivo deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório, como a realização de audiências públicas, a participação de *amicus curiae* e outros meios de participação. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos coletivos).”

¹⁶⁶ Diante da integratividade do microsistema processual de julgamento de casos repetitivos, deve ser reconhecida também a possibilidade de recurso do *amicus curiae* para impugnar a decisão que julgar recursos repetitivos. Dispõe o enunciado nº 391 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 138, §3º) O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos. (Grupos: Litisconsórcio e intervenção de terceiros; Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência).”

adequada” dos *amici curiae* não se confunde com a legitimidade extraordinária¹⁶⁷. Essa expressão deve ser traduzida como o vínculo exigido entre o interveniente e a questão sob análise, não sendo necessária a concordância da coletividade para que haja a intervenção¹⁶⁸.

Basta imaginar as contribuições de um renomado antropólogo para um caso complexo envolvendo comunidades tradicionais. Nessa hipótese, embora não possa atuar como legitimado coletivo, a pessoa física poderá intervir como *amicus curiae*, expondo o seu conhecimento técnico, de modo a imprimir maior qualidade ao debate. Se a expressão “representatividade adequada” equivalesse à exigência de legitimação extraordinária, não faria sentido a permissão legal de que pessoas físicas intervenham nessa qualidade. Além disso, o art. 138 do CPC perderia a sua utilidade, pois, como visto, existem regras próprias que permitem a intervenção de legitimados coletivos como assistentes litisconsorciais, com amplos poderes.

Uma segunda observação diz respeito à relação existente entre o interveniente e a coletividade. Indaga-se: o *amicus curiae* pode ser um legitimado coletivo, um membro do grupo ou mesmo o grupo em si?

Valendo-se das contribuições de autores como Owen Fiss, o que se propõe é uma análise gradativa das diferentes formas de intervenção no processo coletivo. Como ressalta o citado autor, nem sempre o legitimado coletivo terá amplo conhecimento a respeito dos variados interesses da coletividade, razão pela qual deve ser admitida a notificação dos membros do grupo, ainda que por amostragem, para que participem do processo como *amici curiae*¹⁶⁹.

No âmbito do processo coletivo, podem figurar como intervenientes – observadas as limitações já expostas relativas ao tipo de pretensão deduzida e o tipo de conflito – o legitimado coletivo, o grupo¹⁷⁰, o membro do grupo, bem como a pessoa natural, jurídica, órgão ou instituição especializada com representatividade

¹⁶⁷ Abraçando esse entendimento, o enunciado nº 690 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe: “A representatividade adequada’ do *amicus curiae* não pressupõe legitimidade extraordinária.”

¹⁶⁸ Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

¹⁶⁹ FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60-62.

¹⁷⁰ Rememore-se que a intervenção processual do próprio grupo é hipótese excepcional, a depender de autorização legislativa expressa, a exemplo do art. 232 da CRFB/88, ao dispor que “[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

adequada.

Muito embora as intervenções previstas para o legitimado coletivo, o grupo e o membro do grupo normalmente ocorram a título de assistência litisconsorcial, é possível que, na situação concreta, não se faça presente, em um grau elevado, o requisito da relevância da contribuição para o debate processual.

Basta imaginar um caso em que os interesses da coletividade já estejam bem conduzidos por um ou mais legitimados coletivos, havendo dezenas de pedidos de intervenção de outros legitimados para exercer idêntica função. De igual modo, imagine-se, hipoteticamente, uma ação coletiva cujo objeto atraia os interesses de dezenas ou centenas de comunidades indígenas, tendo todas elas requerido a sua intervenção na qualidade de assistentes litisconsorciais. Em tais hipóteses, a excessiva intervenção dos legitimados coletivos ou dos grupos poderia inviabilizar a condução do processo. A mesma preocupação surgiria em uma ação coletiva em que veiculada pretensão individual homogênea, com repetidos pedidos de intervenção dos membros do grupo.

Com o objetivo de salvaguardar a efetividade do processo, o que se propõe é que o órgão julgador, diante do caso concreto, pondere, a partir de uma escala de interesse e relevância, as formas interventivas.

Por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo coletivo, o julgador pode se deparar com diferentes cenários. Poderá, diante da ampla publicidade já existente e da relevância da questão jurídica em tratativa, contar com diversos requerimentos de pessoas objetivando o ingresso nos autos, na qualidade de assistentes litisconsorciais ou *amicus curiae*. Por outro lado, pode ocorrer de a causa ainda não contar com a publicidade devida, ausente requerimentos de intervenção para o exercício de tais funções.

Seja como for, a decisão de saneamento e organização processual é o ambiente propício para que: a) sejam analisados os pedidos interventivos existentes; b) seja avaliada a necessidade de estímulo à participação, solicitando-se a manifestação de pessoas específicas; e c) seja ofertado, com ampla publicidade, prazo para a habilitação de interessados¹⁷¹.

¹⁷¹ É o que dispõe o enunciado nº 575 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):
“Verificada a relevância da matéria, a repercussão social da controvérsia ou a especificidade do

Em caso de serem formulados múltiplos pedidos interventivos por legitimados coletivos, grupos ou membros de grupos, observada a relevância do interesse, a potencial contribuição ao debate, bem como a necessidade de não comprometer a duração razoável do processo, poderá o juiz ou relator adotar, entre outros, os seguintes caminhos alternativos:

- a) admitir a intervenção dos legitimados coletivos, grupos ou membros dos grupos, na qualidade de assistentes litisconsorciais (observadas as limitações já expostas);
- b) admitir a intervenção dos legitimados coletivos, grupos ou membros dos grupos como *amici curiae*, fixando-lhes poderes limitados;
- c) admitir a intervenção dos intervenientes mais representativos como assistentes litisconsorciais e os demais como *amici curiae*;
- d) negar os pedidos de intervenção, mediante fundamentação qualificada, em que expostas as razões para se considerar a intervenção (v.g., a prévia existência de múltiplos legitimados coletivos, a ausência de representatividade adequada etc.).

É verdade que o pedido de intervenção como *amicus curiae* parte de uma lógica pretensamente altruísta, cujo interesse não é o clássico interesse jurídico, mas sim institucional.

Cuida-se de um interesse especialmente qualificado, “porque transcende o interesse individual das partes”¹⁷². Assim sendo, em uma primeira análise, não parece fazer sentido a intervenção do grupo ou do membro do grupo nessa qualidade. Ocorre que os caminhos propostos consistem no produto de um exercício de *ponderação*, como solução intermediária nas hipóteses em que tanto a intervenção como assistentes litisconsorciais quanto a inadmissão da intervenção forem medidas prejudiciais. Preservam-se, a um só tempo, o contraditório e a

tema objeto da demanda, o juiz poderá promover a ampla divulgação do processo, inclusive por meio dos cadastros eletrônicos dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, para incentivar a participação de mais sujeitos na qualidade de *amicus curiae*”. De igual modo, o enunciado nº 659 informa: “O relator do julgamento de casos repetitivos e do incidente de assunção de competência tem o dever de zelar pelo equilíbrio do contraditório, por exemplo solicitando a participação, na condição de *amicus curiae*, de pessoas, órgãos ou entidades capazes de sustentar diferentes pontos de vista.”

¹⁷² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 502-504.

duração razoável do processo.

3.10.3 A participação no julgamento de casos repetitivos

3.10.3.1 Déficit participativo no julgamento dos casos repetitivos

Também o relator, nos incidentes voltados ao julgamento de casos repetitivos, possui a relevante tarefa de saneá-los e organizá-los, decidindo a respeito das formas interventivas.

Tais incidentes, como visto, possuem natureza dúplice: servem, a um só tempo, à gestão de casos que ostentam questão jurídica repetitiva e à formação de precedente vinculante. É dizer, por meio da fixação de uma tese jurídica, não apenas são solucionadas as questões comuns que se apresentam nas causas pendentes, sendo também gestado um potencial precedente judicial, a partir da unidade fático-jurídica das causas-pilotos e da interpretação a que chegou o tribunal a respeito da questão jurídica¹⁷³.

Partindo-se dessa premissa, é possível constatar ao menos dois grupos de interessados na solução dessa questão comum: as partes dos processos sobrestados e os indivíduos interessados na formação do precedente¹⁷⁴.

Somem-se a isso dois fatos legislativos relevantes.

O primeiro consiste na constatação da ausência, em tais procedimentos, da mesma preocupação legislativa quanto à adequada representação dos grupos juridicamente interessados na solução da questão, como ocorre nas ações coletivas.

O segundo consiste na ausência de previsão de um direito de retirada (*right to opt-out*). Isso significa reconhecer que os membros dos grupos interessados na certificação da questão comum e na formação do precedente não podem optar por se afastar do resultado do julgamento do procedimento coletivo, como ocorre nas

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019, p. 54.

¹⁷⁴ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012, p. 162.

ações coletivas, em que a opção pela continuidade do julgamento da demanda individual gera a renúncia da eficácia da decisão coletiva.

O resultado dessa soma não pode ser outro: seja no IRDR, seja nos REER, é de extrema relevância a adoção de medidas tendentes à redução do déficit de contraditório durante o procedimento, sob pena de se ampliarem as objeções acerca dos efeitos do julgamento e da sua extensão subjetiva aos não participantes¹⁷⁵.

Nesse sentido, ressaltam Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves que, em tais instrumentos, as partes dos processos sobrestados estarão sujeitas à eficácia vinculativa *pro et contra* da tese jurídica, razão pela qual devem ser aprimorados os instrumentos participativos.

De igual modo, deve ser possibilitada a presença dos indivíduos que poderão ser afetados pela eficácia vinculante do precedente judicial, sob pena de ficarem sujeitos ao resultado da estabilização de uma determinada interpretação jurídica de cuja construção não participaram¹⁷⁶.

Cuida-se de uma imposição que deriva do contraditório como direito à participação pelo convencimento¹⁷⁷, podendo ser extraída, também, da regra de proibição de decisão-surpresa.

Essa regra encontra previsão no art. 10 do CPC, ao dispor que “[o] juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”.

A decisão-surpresa, como sabido, é nula em relação às partes, por violação ao

¹⁷⁵ É a preocupação de Antonio do Passo Cabral, para quem “devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório. Com isso, pensamos em neutralizar ou diminuir as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão objetiva aos não participantes” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 57).

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019, p. 54.

¹⁷⁷ Conforme estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, não apenas o direito de ser notificado da existência de um processo, mas também o de ser ouvido de forma apropriada à natureza do caso integram o núcleo do devido processo legal: “Many controversies have raged about the cryptic and abstract words of the Due Process Clause, but there can be no doubt that, at a minimum, they require that deprivation of life, liberty or property by adjudication be preceded by notice and opportunity for hearing appropriate to the nature of the case” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 339 U. S. 306, 1950).

contraditório¹⁷⁸. Via de regra, quem não é parte não precisa se preocupar com esse tipo de decisão, em razão da ineficácia quanto à sua pessoa (eficácia *inter partes* da coisa julgada). No julgamento de casos repetitivos, contudo, nem as partes dos processos sobrestados nem os terceiros interessados na formação do precedente são as partes da causa-piloto. Apesar disso, por se tratar de incidentes de natureza coletiva, ficarão sujeitos aos seus efeitos, razão pela qual é razoável considerar que a decisão também será ao menos ineficaz em relação aos grupos que não foram adequadamente representados.

Não por acaso, à luz do art. 979 do CPC, “[a] instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

Tal dispositivo revela um importante ponto de partida para fomentar a participação, a integrar a decisão de organização do julgamento de casos repetitivos: a adequada notificação¹⁷⁹. Caberá ao relator do caso, em tal decisão, não apenas decidir a respeito dos pedidos de intervenção porventura existentes, mas também sobre a necessidade de ofertar prazo para a habilitação de mais interessados, evitando-se a sub-representação dos interesses em jogo.

3.10.3.2 Formas interventivas comuns às ações coletivas

As formas interventivas citadas nas linhas anteriores, relativas às ações coletivas, também são aplicáveis ao julgamento de casos repetitivos, com fundamento nas regras indicadas, que integram o microssistema processual coletivo.

Assim, também aqui é admitida a intervenção de um colegitimado (art. 977, II e

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 28-29.

¹⁷⁹ Como revela Marinoni, “esta ampla e incisiva comunicação da instauração do incidente, quando conjugada a sua necessária interpretação conforme o devido processo legal, oferece aos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos oportunidade para intervir no processo como representantes adequados. Essa interpretação é conforme a Constituição, pois não há como ignorar a necessidade de os litigantes excluídos participarem mediante representantes adequados” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81).

III, do CPC¹⁸⁰), valendo-se as observações relativas à excepcional intervenção da própria coletividade, à intervenção móvel da pessoa jurídica interessada, à intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, à participação de *experts* durante audiências públicas e aos *amici curiae*.

Merecem destaque, por outro lado, formas interventivas próprias.

3.10.3.3 A intervenção dos membros de grupo partes dos processos sobrestados

Os procedimentos de julgamento de casos repetitivos possuem natureza multipolar, podendo contar não apenas com diferentes grupos interessados, mas também subgrupos. A existência de um direito à certificação da questão jurídica repetitiva, por meio da fixação de uma tese comum, não implica a existência de unidade acerca da interpretação a ser empregada.

Justamente por isso, a identificação dos grupos e subgrupos interessados é uma tarefa relevante, demandando uma análise criteriosa do caso pelo relator, tendo em vista que “quanto maior for a participação dos respectivos representantes dos subgrupos, maiores serão as chances de que todos os fundamentos que cercam a questão sejam analisados”¹⁸¹. Em consequência, menores serão as chances de rediscussão da questão por ausência de um debate qualificado sobre os seus variados fundamentos.

Convém atentar ao disposto no art. 984, § 2º, do CPC, pelo que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”. A necessidade de serem analisados todos os fundamentos suscitados parte da premissa segundo a qual quanto maior a amplitude do debate, maior segurança terá o precedente estabelecido.

Nessa linha, o art. 983, ao tratar das funções exercidas pelo relator no IRDR, estabelece que ele “ouvirá as partes e os demais interessados”, aí compreendidos

¹⁸⁰ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: [...] II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.”

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019, p. 55.

os membros dos grupos que atuam como parte nos processos sobrestados¹⁸². De igual modo, o 1.038, I, ao disciplinar as funções do relator no REER, estabelece o poder de “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”. Cuida-se de regras extremamente relevantes, de modo a contornar o déficit de contraditório no julgamento de casos repetitivos.

Diferentemente do *amicus curiae* – que atua com fundamento no chamado *interesse institucional*, de modo pretensamente altruista –, as partes nas demandas sobrestadas possuem interesse jurídico direto na certificação da questão comum. O objetivo da intervenção é bastante claro: tentar influenciar na fixação da tese jurídica que será aplicada em suas demandas. Assim – e diante do caráter genérico dos dispositivos acima referidos –, é relevante a definição da natureza (e, portanto, da extensão) dessa forma de participação.

Afastada a sua identificação como *amicus curiae*, o caminho natural seria cogitar o seu reconhecimento na qualidade de assistente litisconsorcial, como ocorre na intervenção dos membros do grupo nas ações coletivas relativas a pretensões individuais homogêneas.

A questão é controvertida.

De um lado, Bruno Dantas compreende que, ao se deparar com a suspensão de seu processo por força da instauração do IRDR, a parte “detém, *tout court*, interesse jurídico suficiente para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples”¹⁸³.

De outro lado, Edilton Meireles defende que os interessados na controvérsia devem ser admitidos como assistentes simples ou litisconsorciais¹⁸⁴.

¹⁸² Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a menção às “partes” se refere não apenas àqueles que assim figuram nas causas-piloto, mas também as partes dos processos sobrestados. Por outro lado, a menção aos “demais interessados” inclui as partes de *outros* processos, porventura não abrangidos no rol dos sobrestados, que contenham a mesma questão de direito objeto do IRDR (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 258).

¹⁸³ DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.438.

¹⁸⁴ “O interesse aqui há de ser entendido como o da pessoa que pode intervir no feito como assistente simples ou litisconsorcial” (MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 120).

Por fim, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves defendem se tratar de uma nova espécie de intervenção de terceiro. Tais autores partem da compreensão de que a assistência é uma modalidade de intervenção voluntária que decorre da existência de *interesse jurídico* do interveniente, aferido a partir da análise do direito *material* discutido em juízo. Assim, somente poderá intervir no processo quem possuir relação jurídica conexa ou dependente à relação que constitui objeto do processo em que pretende intervir.

Por um lado, a assistência *simples* tem lugar quando constatada a presença de interesse jurídico indireto do terceiro. De outro, o assistente *litisconsorcial* possui interesse jurídico direto na demanda.

Concluem os autores que classificar a intervenção dos membros do grupo como uma modalidade de assistência simples ou litisconsorcial não parece ser a opção mais adequada, na medida em que o IRDR e os REER não decidem as várias relações jurídicas decorrentes dos processos sobrestados, nem resolvem controvérsias que ainda nem foram levadas ao Poder Judiciário. Ao revés, com exceção do julgamento das causas-piloto, limitam-se à fixação de uma tese jurídica e à possível formação de um precedente judicial em relação à questão repetitiva de direito¹⁸⁵.

Em termos mais simples, inexistente vínculo com a relação jurídica que está sendo discutida. Com frequência, as demandas são totalmente dessemelhantes em relação às partes, causa de pedir ou pedido, a exemplo dos casos em que o incidente discute questões de direito processual.

Essa corrente é compartilhada por Lucas Buril de Macêdo, para quem não há que se falar em possibilidade de intervenção na qualidade de assistente, por não haver relação jurídica entre as partes dos processos em que se desenrola o incidente e as partes dos processos suspensos¹⁸⁶.

De fato, o interesse subjacente à intervenção não diz respeito à relação jurídica

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 10, n. 1, 2019, p. 60.

¹⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 453. No mesmo sentido, defende Sofia Temer que “[o] interesse não é justificado por qualquer vínculo de direito material (como na assistência), mas pelo vínculo do sujeito e sua esfera de direitos com o objeto do incidente, porque se trata da solução de uma questão de direito que (também) lhe diz respeito” (TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 180).

de direito material discutida nas causas-piloto, mas sim à situação jurídica coletiva existente e à vinculação que decorrerá do eventual precedente judicial firmado a respeito da questão comum.

É importante rememorar que, no dispositivo do acórdão que julga o IRDR ou o REER, o tribunal respectivo *resolverá o caso que lhe foi submetido*. O interesse que motiva a intervenção não reside na solução do caso concreto, mas sim na enunciação da tese jurídica objeto do incidente, elemento essencial do acórdão¹⁸⁷.

A lógica peculiar desse tipo de incidente, marcado pela *unidade cognitiva* seguida da *reprodução da tese* definida, revela a existência de um interesse jurídico igualmente peculiar do sujeito interveniente, diverso do interesse do membro do grupo que intervém nas ações coletivas que tenham por objeto pretensões individuais homogêneas¹⁸⁸.

Nem mesmo a redação do *caput* do art. 119 do CPC, que disciplina o instituto da assistência, parece contribuir, ao exigir que o terceiro que pretende auxiliar uma das partes seja “juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas”. Não é o caso. O terceiro aqui possui interesse na fixação da tese (que, como visto, pode se limitar a uma questão processual), não se vinculando ao direito material da causa a ser julgada.

Antes da entrada em vigor do novo CPC, que inovou ao prever expressamente a participação em seus arts. 983 e 1.038, I, parcela da doutrina buscava contornar o problema por meio da reconstrução do conceito de interesse jurídico¹⁸⁹, de modo a permitir a intervenção, por assistência simples, dos indivíduos interessados na fixação da tese ou na formação do precedente. Como reforço a esse entendimento,

¹⁸⁷ O art. 222 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é um importante referencial para a definição dos elementos essenciais do acórdão que julga o IRDR: “Art. 222 – São elementos essenciais do acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas ou o incidente de assunção de competência: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – a identificação das circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica; III – o índice com todos os fundamentos favoráveis e contrários à tese jurídica discutida; IV – a análise de todos os fundamentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida; V – os dispositivos normativos relacionados à questão discutida; VI – a enunciação da tese jurídica objeto do incidente; VII – a fundamentação para a solução do caso; VIII – o dispositivo, em que o Tribunal resolverá o caso que lhe foi submetido.”

¹⁸⁸ Em tais ações, o terceiro objetiva a defesa de uma parte específica, possuindo vínculo direto com o direito material discutido.

¹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 158, 2018, p. 279-281.

a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em razão alteração promovida pela Lei nº 13.015/2014, passou a prever a possibilidade de o relator “admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”, no julgamento dos recursos repetitivos.

Com o NCPC, contudo, somando-se a disciplina da assistência simples, do *amicus curiae* e as regras interventivas do julgamento de casos repetitivos, tornou-se não apenas desnecessário, mas também inadequado tratar essa forma de intervenção na modalidade assistência simples¹⁹⁰.

Cuida-se, portanto, de uma nova espécie de intervenção de terceiro.

Chegando-se a tal conclusão, permanece o questionamento: a intervenção dos interessados na formação do precedente judicial apresenta a mesma natureza? Quais são os limites à admissão e atuação dos intervenientes?

3.10.3.4 A intervenção de interessados na formação do precedente judicial

A diferença entre as partes dos processos sobrestados e os interessados na formação do precedente está no fato de que os membros do segundo grupo sequer ajuizaram suas respectivas demandas.

De forma exemplificativa, imagine-se um IRDR em que se discuta se os pressupostos para a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC, são cumulativos ou alternativos.

Nessa situação, as partes dos processos sobrestados já possuem uma demanda em curso, ou seja, um conflito a respeito de uma relação de direito material concreta cujo resultado depende diretamente da solução da questão jurídica comum. Por outro lado, é possível conceber a existências de indivíduos que, conquanto não discutam a questão comum em demanda em concurso, sejam potencialmente atingidos pelo precedente judicial a ser formado.

Também essas pessoas estão abrangidas pelos arts. 983 e 1.038, I, do CPC,

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019, p. 61.

sujeitas à mesma modalidade interventiva¹⁹¹.

Mesmo antes da previsão de tais dispositivos, inaugurados pelo CPC de 2015, já se concebia a intervenção dos terceiros juridicamente interessados na formação do precedente. Para Sérgio Cruz Arenhart, trata-se de uma interpretação ampliada do conceito de “interesse de intervenção”, que, em prestígio ao contraditório, permite a intervenção de indivíduos não apenas no julgamento de casos repetitivos, mas também em outros casos que possam resultar em um precedente judicial vinculante¹⁹².

Com o novo CPC, esse entendimento foi positivado no âmbito do julgamento de casos repetitivos.

Surge, então, o questionamento sobre se esse grupo estaria em segundo lugar na ordem de preferência para fins de intervenção de terceiros, em comparação ao primeiro grupo, formado pelas partes dos processos sobrestados. Em outras palavras, havendo múltiplos interessados em intervir no processo, as partes dos processos sobrestados devem ter prioridade sobre os interessados na formação do precedente?

Não se pode negar que os membros do grupo formado pelas partes dos processos sobrestados têm ao seu lado a presunção de maior proximidade com o núcleo do interesse. Isso porque eles serão afetados diretamente pelo julgamento, ficando sujeitos à tese fixada, o que poderá definir diretamente o sucesso em seu

¹⁹¹ Em análise à regra do art. 983, *caput*, do CPC, registra Antonio do Passo Cabral que por “interessado” devem-se compreender “pessoas, órgãos ou entidades que tenham interesse econômico ou indireto (e que, portanto, não configuraria o ‘interesse jurídico’ para fins de intervenções de terceiros, art. 119) e, bem assim, aqueles que demonstrarem *interesse na formação do precedente*, por exemplo, partes de processos individuais em que se discuta a questão comum objeto do incidente” (CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.460).

¹⁹² “É certo que a ampliação desavisada do conceito de ‘interesse de intervenção’ pode tornar inviável a solução da lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, no outro vértice da questão, a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes ‘terceiros’, que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, *efetivamente*, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, *de fato e de maneira concreta*, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, p. 436-437).

processo individual.

Essa percepção faz com que haja, em favor desse grupo, uma presunção de que seus membros “tenham maior interesse na controvérsia, e, conseqüentemente, também garante maior grau de participação durante o trâmite do IRDR/REER”¹⁹³.

Trata-se, porém, de uma presunção relativa, a atrair um maior ônus argumentativo para fins de demonstração da legitimidade interventiva por parte dos terceiros que não contem com demandas em trâmite.

A depender do caso concreto, o fato de alguém figurar como parte em um processo em curso, por si só, pode não ser suficiente para sobrepor os seus interesses em relação àqueles que não contam com ações ajuizadas. Basta imaginar um IRDR em que se discuta questão jurídica relativa a um determinado serviço no mercado de consumo, não sendo razoável supor que um consumidor eventual que figure como parte em uma demanda deva ter um tratamento privilegiado, em comparação a uma prestadora de serviço recém-constituída que ainda não tenha sido demandada, mas cuja atividade econômica principal dependa diretamente da solução dessa questão.

3.10.3.5 O controle da legitimidade ad actum pelo relator no julgamento de casos repetitivos

Por ocasião da decisão de organização do julgamento de casos repetitivos, poderá o relator definir critérios objetivos para a intervenção de interessados, sejam eles partes nos processos sobrestados ou não¹⁹⁴.

De forma exemplificativa, em um incidente em que se discuta se uma determinada atividade econômica configura ou não hipótese de incidência de um determinado tributo, é possível limitar a intervenção apenas a um determinado número de pessoas, compreendidos somente os contribuintes *habituais* do tributo

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 10, n. 1, 2019, p. 68.

¹⁹⁴ Segundo defende Sofia Temer, um dos possíveis critérios objetivos seria justamente a existência de processos pendentes (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 182). No particular, compreendemos que a admissibilidade de tal critério dependerá do caso concreto, como já exposto no tópico anterior.

em questão. Ficariam de fora, assim, os contribuintes eventuais, em razão do reduzido interesse em relação àqueles que rotineiramente desenvolvem atividades objeto da controvérsia. Tais limitações podem ter como parâmetro não apenas aspectos subjetivos, mas também o tipo de ato a ser praticado no processo.

Com o objetivo de evitar um tumulto procedimental decorrente de uma intervenção multitudinária, é recomendável que o controle da legitimidade interventiva seja realizado para cada ato que se pretenda praticar¹⁹⁵, por aplicação da noção de *legitimidade ad actum*¹⁹⁶. Assim, em vez de admitir a intervenção de uma única vez, ofertando, de forma irrestrita, a possibilidade de os membros do grupo praticarem todos os atos previstos em lei (manifestação escrita, juntada de documentos, requisição de diligências, realização de sustentação oral etc.), poderá o relator do IRDR ou REER exercer o controle da legitimidade em relação a cada ato que o membro pretenda praticar durante o trâmite do procedimento.

Dois são os principais parâmetros a serem utilizados pelo relator para admitir a intervenção: a *contribuição argumentativa* e o *grau de interesse* na controvérsia.

Inicialmente, caberá ao interveniente a demonstração da relevância da sua intervenção para o ato que pretende realizar, apresentando argumentos novos, que ainda não foram levantados pelas partes do incidente. A mera repetição de teses já discutidas demonstra a ausência de interesse-utilidade na intervenção, estando já adequadamente representado nos autos¹⁹⁷.

Ao analisar a contribuição argumentativa dos sujeitos intervenientes, é importante que o relator considere a possibilidade de participação de, ao menos, um representante de cada um dos grupos de interesse do processo multipolar. Tal medida servirá para que se concretize o disposto no art. 984, § 2º, do CPC, ao dispor que o conteúdo do acórdão “abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

A necessidade de se garantir a maior representatividade possível não apenas previne um possível descumprimento futuro – sob a alegação de existência de um

¹⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 10, n. 1, 2019, p. 65.

¹⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009, p. 8.

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 10, n. 1, 2019, p. 66.

argumento não apreciado no incidente, apto a alterar a conclusão alcançada –, como também auxilia a decisão de admissibilidade dos requerimentos de revisão da tese (art. 986), que poderá remeter ao acórdão, para indicar que o precedente no IRDR apreciou os argumentos do requerente, afastando-se a suposta novidade necessária à mudança de entendimento¹⁹⁸.

Para além da apresentação de novos argumentos e da necessidade de ser assegurada a adequada representação aos variados grupos de interesse, é possível que a *expertise* dos advogados seja considerada como parâmetro pelo relator, ao analisar o filtro da contribuição argumentativa. Isso poderá ocorrer especialmente nos casos em que um advogado possua comprovada experiência na controvérsia, nos moldes do sistema consagrado pela *Federal Rule 23*¹⁹⁹.

Também o grau de interesse na controvérsia serve de critério para a análise interventiva. Como já referido, a depender da questão jurídica posta, será possível identificar diferentes níveis de interesse. Como base nesse critério, poderá o relator definir os poderes dos intervenientes de forma mais restrita. É possível até mesmo fixá-los de forma desigual, de acordo com as características de cada um. Assim, *v.g.*, aos membros do grupo formado pelas partes nos processos sobrestados poderão ser ofertadas faculdades mais amplas, em relação aos sujeitos interessados na formação do precedente.

3.11 CONTEÚDO DA DECISÃO: A ATIVIDADE PROBATÓRIA NOS PROCESSOS COLETIVOS

3.11.1 Aspectos gerais: a produção da prova e a tipologia de conflitos coletivos

É sabido que, no âmbito das ações coletivas, a instrução probatória encontra particularidades bastante relevantes, notadamente nos conflitos de difusão irradiada,

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.463.

¹⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. *Op. cit.*, p. 67.

marcados pela elevada complexidade. Daí surgem diversas preocupações a respeito de temas como a inversão do ônus da prova, o seu financiamento, a cooperação entre juízos na atividade probatória e a produção coletiva da prova²⁰⁰.

Essas preocupações, por outro lado, não aparecem no julgamento de casos repetitivos, tendo em vista que, tanto no IRDR quanto nos REER, o seu objeto é restrito à solução de questões “unicamente de direito” (art. 976, I, e art. 1.036, *caput*, ambos do CPC).

Diante disso, a decisão de saneamento e organização processual, nas ações coletivas, representa o momento adequado para que o julgador, para além de “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (art. 357, II, do CPC), decida sobre outros pontos relevantes, concernentes à instrução do feito.

Essa atividade, conforme disposto no art. 357, § 3º, do CPC, poderá ser realizada de forma compartilhada, com participação ativa dos legitimados coletivos, o que, em apego ao contraditório, confere maior legitimidade ao processo²⁰¹.

Tal regramento ganha especial destaque nas demandas complexas, cuja compreensão integral depende de um esforço coletivo e cooperativo, não sendo recomendável a adoção de uma postura excessivamente concentrada por parte do órgão julgador.

Nos conflitos coletivos de difusão global e local, por seu turno, embora também bem-vinda a técnica de saneamento compartilhado, sendo menor a complexidade, menos questões deverão ser decididas quanto à organização da atividade probatória, seja pela ausência de múltiplos grupos de interesse, seja pela tendência

²⁰⁰ A respeito das particularidades da produção da prova nos processos coletivos, conferir: LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

²⁰¹ Conforme estabelece referido dispositivo legal, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. É importante notar, porém, que a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes pode ocorrer independentemente da complexidade processual. Não parece razoável limitar o ambiente cooperativo apenas aos casos mais complexos. Nesse sentido, o enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”. Em complementação o enunciado nº 299 estabelece que “[o] juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão.”

de concentração territorial do conflito.

3.11.2 A modificação do ônus da prova

Antes da entrada em vigor do CPC de 2015, muito se discutia nos tribunais a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova nos processos coletivos, por aplicação da regra do art. 6º, VIII, do CDC²⁰², diploma que integra o núcleo do microsistema processual coletivo.

Não por acaso, todos os principais anteprojetos de códigos de processo coletivo – o anteprojeto de Antonio Gidi, o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, o Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP e o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa – contemplam regras de distribuição dinâmica do ônus da prova²⁰³.

Em outubro de 2018, essa discussão resultou na edição do enunciado nº 618 da Súmula do STJ, ao dispor que “[a] inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

Com o novo CPC, o tema ganhou um outro rumo. O diploma estabeleceu genericamente, em seu art. 373, § 1º, a possibilidade de o juiz, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo na forma legalmente estabelecida, proceder à redistribuição do ônus da prova, “desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi

²⁰² Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]”

²⁰³ Conforme disposto no art. 11, *caput*, do anteprojeto de Antonio Gidi, “Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis”. O anteprojeto do Instituto Ibero-Americano, por seu turno, dispõe que o juiz “esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova”. O anteprojeto da USP estabelece que “o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”, o que é repetido pelo anteprojeto da UERJ/Unesa (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 124).

atribuído”²⁰⁴.

Cuida-se da chamada *distribuição dinâmica do ônus da prova*.

Para além disso, foi mantida a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes (art. 373, § 3º).

O momento ideal para esse tema seja enfrentado é certamente a fase de saneamento e organização do processo, conforme previsto no art. 357, III, do CPC²⁰⁵. Isso não significa, porém, que seja vedado ao juiz fazê-lo em outro momento, desde que possibilite às partes a oportunidade de se desincumbirem do ônus que lhes foi atribuído²⁰⁶.

O importante, pois, é que as partes conheçam de antemão as condutas que delas se esperam no processo²⁰⁷, evitando-se que sejam surpreendidas e informadas a respeito dos seus encargos quando da prolação da sentença²⁰⁸.

²⁰⁴ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 373. [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. [...]”

²⁰⁵ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; [...]”

²⁰⁶ Compreende Ricardo de Barros Leonel que “não haveria, em princípio necessidade de prévia advertência às partes quanto ao emprego da regra de inversão, pois, constando do ordenamento, poderia ser prevista pelos contedores, não havendo surpresa ou violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”. O autor adverte, porém, que “como a ocorrência de surpresa poderia, eventualmente, ser extraída a partir das peculiaridades do caso concreto, seria sempre recomendável que o juiz advertisse as partes, preferencialmente na decisão de saneamento (antes, portanto, da atividade instrutória), quanto à possibilidade de aplicação da regra de inversão” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 445).

²⁰⁷ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 146.

²⁰⁸ Cuida-se de entendimento há muito consolidado na doutrina. Como registra Paulo Henrique dos Santos Lucon, “[n]o tocante à fase processual para que se dê a *dinamização do ônus da prova*, deve ela preferencialmente ocorrer em momento anterior ao início da fase instrutória, pois assim adequadamente se ofertará à parte que foi atribuído esse novo ônus a possibilidade efetiva de dele se desincumbir sem que isso provoque uma demora excessiva no processo. Não obstante, caso a dinamização ocorra durante a fase instrutória, ou mesmo depois de seu encerramento, deve-se observar o contraditório e permitir que novo momento instrutório ocorra. Se assim não for, a parte será surpreendida muito provavelmente com um julgamento desfavorável sem que a ela tenha sido concedida a oportunidade de se desincumbir de um ônus que ela não sabia lhe competir. E, como se sabe, não podem ser admitidas decisões surpresas sem a observância do contraditório. O processo não é um palco de armadilhas” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 373. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.).

É inegável a relação existente entre as regras que disciplinam o ônus da prova e o direito fundamental de acesso à justiça²⁰⁹.

Uma disciplina inadequada a respeito de quem deve ser responsabilizar pela prova de determinadas questões fáticas é capaz de impedir a parte interessada de, em última análise, buscar a tutela jurisdicional para ver resguardado o seu direito. Não por acaso, o art. 373, § 3º, II, do CPC, veda a realização de convenções sobre o ônus da prova, na hipótese de “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

No caso dos processos coletivos, cujo escopo maior reside exatamente na ampliação do acesso à justiça, os efeitos deletérios de uma disciplina inadequada podem significar a negativa de acesso à justiça a uma massa composta por inúmeras pessoas interessadas.

A técnica adotada pelo CPC enfrenta críticas, normalmente atribuídas aos adeptos do *garantismo processual* no campo do processo civil²¹⁰. Parcela da doutrina compreende que a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova representaria um exercício autoritário dos poderes instrutórios do órgão julgador, “convertendo em ganhador aquele que perdeu conforme as normas tidas como vigentes pelos contendores”²¹¹.

Cuida-se de raciocínio que pode ser desenvolvido também em relação à produção de provas de ofício pelo órgão julgador, devendo ser afastado por meio de um raciocínio análogo.

Isso porque, de fato, nos processos que veiculam direitos disponíveis, presentes partes adequadamente representadas/assistidas, não há sentido em que

Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 578-579).

²⁰⁹ Como registra Robson Godinho, “[s]e em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos alegados pelas partes perante o judiciário, a produção de provas assume particular importância no resultado do processo e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão” (GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 188-189).

²¹⁰ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 148.

²¹¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 31.

o juiz assuma uma postura ativa, produzindo provas de ofício, de modo a preencher eventuais omissões do autor ou réu. Isso poderia representar não apenas violação ao princípio da isonomia, mas também o comprometimento da imparcialidade do julgador, favorecendo-se pessoa a quem já havia sido assegurado o acesso à justiça.

Por outro lado, em processos envolvendo coletividades ou pessoas incapazes, bem como naqueles que veiculam direitos indisponíveis, é justificada a adoção de uma postura *corretiva*, em maior ou menor grau, a depender das circunstâncias do caso concreto, em atenção ao princípio da isonomia, que impõe a observância de uma técnica distinta em relação aos ausentes e vulneráveis²¹².

Da mesma forma, ausente alguma peculiaridade objetiva ou subjetiva da demanda, carece de sentido a distribuição do ônus da prova de forma diversa da regra geral estabelecida pelos incisos I e II do art. 373, do CPC. Justamente por isso, o seu § 1º estabelece pressupostos para que, mediante decisão fundamentada, o juiz assim decida, notadamente as “peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo”.

A crítica, portanto, parece desconsiderar a necessidade de adequação subjetiva e objetiva da tutela jurisdicional, respeitando-se as garantias constitucionais.

Também no campo do processo coletivo, a distribuição dinâmica do ônus da prova é reconhecidamente um instrumento de promoção da igualdade processual, especialmente nos casos em que se constata uma *assimetria de informações* entre as partes envolvidas, uma com mais informações que a outra. Essa circunstância é facilmente observada em causas envolvendo a proteção do consumidor e ao meio-ambiente²¹³.

Em situações assim, é importante que o órgão julgador, por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo coletivo, observe se a prova de determinada questão de fato depende de conhecimentos técnicos ou de informações

²¹² Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem que, nos processos coletivos, predominam os aspectos de um modelo inquisitivo de processo (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, v. 4, p. 132).

²¹³ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 126-127.

que apenas uma das partes dispõe *ou deveria dispor*, assumindo até mesmo o risco da inesclarecibilidade²¹⁴. De igual modo, se uma das partes possuir *maior facilidade* na obtenção da prova, por uma questão de economia processual, não há razão para que se atribua à outra essa tarefa.

Para além disso, é importante que a decisão de saneamento e organização do processo coletivo discipline também o *ônus de custear a prova*. Isso porque, como sabido, o ônus da prova é algo diverso do ônus do seu *custeio*²¹⁵. Em havendo a redistribuição do ônus da prova pelo órgão julgador, deverá também esclarecer sobre quem se responsabilizará pelo pagamento, observadas as regras próprias do microsistema processual coletivo.

3.11.3 A cooperação jurídica nacional: atos concertados em matéria probatória

Uma novidade do CPC de 2015 foi a disciplina das ferramentas de cooperação entre órgãos do Poder Judiciário nacional. As regras estabelecidas nos artigos 67 a 69 possibilitam que esses órgãos cooperem entre si, por meio de instrumentos como

²¹⁴ Nesse sentido, registram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que as particularidades do direito material podem demonstrar que a situação de dúvida não deve ser suportada pelo autor ou pelo réu, como ocorre nos “casos comuns”. Nas chamadas “situações de inesclarecibilidade”, em que sequer é possível chegar a uma convicção a respeito da verossimilhança, é importante saber se o direito material não atribui a alguma das partes a assunção do risco relativo à dificuldade de elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2015, p. 268). Essa compreensão possui especial aplicação no campo da responsabilidade por dano ambiental, marcada pelos princípios da prevenção e da precaução, exigindo-se dos agentes poluidores não apenas o dever de não causar danos ao meio-ambiente, mas também o de informação e esclarecimento a respeito do impacto das suas atividades sobre a coletividade. Em tais casos, não deve ser aplicada a regra do art. 373, § 2º, do CPC, que impede a distribuição dinâmica do ônus da prova na “situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Isso porque, como referido, o ônus da inesclarecibilidade é anterior, sendo extraído das relações de direito material.

²¹⁵ Esclarece Paulo Henrique dos Santos Lucon que “[o] ônus da prova não se confunde com o ônus de custear a prova. São dois fenômenos distintos. O primeiro diz respeito ao encargo que as partes têm de prova as suas alegações de acordo com as regras aplicáveis (regra geral: CPC de 1973, art. 333; CPC de 2015, art. 373). O segundo refere-se ao custo da prova, principalmente pericial, normalmente dispendiosa, e pode ou não ter relação com o ônus da prova. Normalmente, o ônus da prova está atrelado ao custo da prova, ou seja, aquele que tem o ônus de provar tem o ônus de custear a prova. A parte pode, no entanto, custear a prova de determinado fato, embora esse ônus seja da contraparte, com a finalidade de influenciar legitimamente o magistrado sobre a certeza contrária àquela versão apresentada pelo adversário.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 373. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 579).

o auxílio direto, a reunião ou apensamento de processos, a prestação de informações e a prática de atos concertados, entre outros. Embora o *caput* do art. 67 aluda aos “órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum”, é possível até mesmo pensar na prática de atos de cooperação entre juízos estatal e arbitral.

A preocupação da processualística com o desenvolvimento de novas soluções para os problemas relacionados com a eficiência do processo civil brasileiro foi determinante para isso²¹⁶.

Partindo-se da ideia de que a atuação cooperativa não deve se restringir ao âmbito interno do processo²¹⁷, foram pensados novos instrumentos voltados à prática adequada dos atos processuais, criando-se uma *comunidade de trabalho externa*, capaz de imprimir maior *eficiência* processual²¹⁸.

Embora a (tímida) disciplina do CPC seja nova, a cooperação nacional já era

²¹⁶ Cf. FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2019.

²¹⁷ “A ideia de uma *atuação cooperativa* não deve ficar adstrita apenas ao âmbito interno do processo, enquanto orientadora da conduta das partes e do juiz na prática dos atos processuais. Não por outra razão, os arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil preveem regras que compõem o rol da chamada ‘cooperação nacional’, com a previsão de ferramentas para colaboração entre juízos de competências diversas, para a implementação de medidas voltadas à prática adequada dos atos processuais” (LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 166-167). Nessa mesma linha, registra Sérgio Cruz Arenhart: “A eficiência da prestação jurisdicional, portanto, precisa ser avaliada não apenas em sua dimensão ‘endoprocessual’, ou seja, como efetividade da prestação jurisdicional para o caso concreto. É também imprescindível que ela seja vista em seu aspecto ‘panprocessual’, vale dizer, diante de todo o volume de demandas que estão postas à apreciação do Estado-juiz. Afinal, como bem pondera o art. 1º, das Regras de Processo Civil inglesas, é necessário que os tribunais lidem com as controvérsias de forma justa e com um custo proporcional. E isso demanda, na medida do possível, ‘alocar ao caso uma parcela apropriada dos recursos da Corte, tomando em conta a necessidade de alocar recursos para outros casos’. Logicamente, quem se preocupa apenas em atingir a maior efetividade dentro de um processo, acaba por desconsiderar que isso só se faz a custa do mesmo grau de efetividade em diversos outros processos. Portanto, é necessária a avaliação dos recursos disponíveis, otimizando seu emprego, de forma a tomar o melhor resultado possível para o maior número de causas possíveis” (ARENHART, Sérgio Cuz. Acesso à justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, p. 15-26, 2017).

²¹⁸ Como destaca Edilton Meireles, “[b]usca-se, com a disciplina da cooperação judiciária nacional, dotar os juízes e tribunais de poderes de melhor gestão processual, de modo que realizem a prestação jurisdicional de forma mais eficiente. Atribui-se ao magistrado maiores poderes para que possa, na busca da maior eficiência, diante do caso concreto, gerir a demanda para obter a efetividade da decisão judicial de forma mais célere. Busca-se, de modo geral e mais amplo, a eficiência do Poder Judiciário. Para tanto dota os órgãos do Poder Judiciário de poderes para ‘formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual’ (art. 68 do CPC/2015)” (MEIRELES, Edilton. *Cooperação judiciária nacional*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 59-80, 2015).

ferramenta utilizada e até mesmo recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação nº 38/2011²¹⁹.

A prática de atos concertados possui inegável influência do instituto norte-americano do *Multidistrict Litigation* (MDL), com disciplina no Título 8 do *United States Code*²²⁰, enorme referência no campo das técnicas processuais de gerenciamento de casos (*case management*).

É importante notar, porém, tal como ocorre no MDL, que o instituto foi pensado sobretudo para lidar com o problema das múltiplas demandas com questões repetitivas. A sua principal inovação reside na possibilidade de reunião, perante um único órgão jurisdicional, de atos comuns de interesse de vários processos, como medida de economia processual. O foco está na gestão de múltiplos casos.

Evita-se, com isso, a repetição de um mesmo ato processual em processos distintos, de modo a economizar não apenas o tempo, recursos humanos e financeiros do Poder Público, mas também das partes. Prestigia-se, ainda, o princípio da isonomia, ao se conferir um tratamento isonômico na prática do ato processual comum²²¹. É o caso da reunião dos atos de instrução relativos a vários

²¹⁹ Uma experiência de êxito consistiu na criação da chamada “Vara-VASP” pela Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que concentrou os atos de execução decorrentes de ações contra a Companhia Aérea VASP, junto ao Juízo Auxiliar em Execução daquele Tribunal (ARENHART, Sérgio Cuz. Acesso à justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, p. 15-26, 2017). Antonio do Passo Cabral refere também à prática de perícias conjuntas para diversas ações no Juízo Federal de Volta Redonda/RJ (CABRAL, Antonio. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento de cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017, p. 683).

²²⁰ 28 U.S. Code § 1407: “Multidistrict litigation: (a)When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated: Provided, however, That the panel may separate any claim, cross-claim, counter-claim, or third-party claim and remand any of such claims before the remainder of the action is remanded.”

²²¹ Nesse mesmo sentido, explica Sérgio Cruz Arenhart que “[a] reunião, perante um único órgão jurisdicional, de atos comuns de interesse de vários processos sem dúvida é importante medida de economia de recursos públicos. Ao evitar a repetição inútil do mesmo ato em processos distintos, economiza-se tempo, recursos humanos e financeiros do Poder Judiciário e das partes, velando-se ainda pela isonomia e homogeneidade de solução. Ao se permitir, por outro lado, a concentração de casos repetitivos perante um único órgão, prestigia-se a administração concentrada das controvérsias seriais, com a oportunidade de criar lógica própria de sua tramitação e solução” (ARENHART, Sérgio Cuz. Acesso à justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, p. 15-26, 2017).

processos (com questão fática comum) em um único juízo.

Apesar de particularmente útil para o caso da litigância de massa, a prática de atos concertados também serve à descentralização de atos processuais originários de um único processo. A técnica pode ser extremamente útil nos conflitos coletivos de âmbito regional ou nacional, notadamente nos litígios de difusão global e irradiada.

Como já referido, o art. 93 do CDC estabeleceu que a competência para processar e julgar as ações coletivas tem por parâmetro o local do dano. Assim, nos conflitos de âmbito meramente local, será competente o “foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano”. Por sua vez, para os danos de âmbito nacional ou regional, será competente o “foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal”.

Daí pode ocorrer, por exemplo, como frequentemente experimentado, o ajuizamento de ação coletiva na capital de um Estado, em razão da ocorrência de um dano ambiental em uma particular região sua, consideravelmente distante da capital.

Nos juízos federais, em que uma única subseção judiciária pode abranger dezenas de municípios, é frequente o ajuizamento de ações coletivas tendo por objeto danos ocorridos a muitos quilômetros de distância da sede do juízo. Em se tratando de um conflito envolvendo dano nacional, essa preocupação é ainda maior, sendo bastante comum o elevado distanciamento entre a sede do juízo e o local do dano.

Independentemente da existência de múltiplos grupos de interesse (como nos litígios de difusão irradiada), o mero distanciamento da sede do juízo em relação ao local do dano, ou mesmo o espraiamento do dano sobre diversas regiões, pode motivar a prática da cooperação jurisdicional em ações coletivas, notadamente por meio de prestação de informações (v.g., informações sobre ações individuais ajuizadas em outras localidades, com fundamento em questão fática ou jurídica comum) e atos concertados.

Neste último caso, é possível cogitar a descentralização da produção da prova (a exemplo da realização de perícias, inspeção judicial e a oitiva de testemunhas).

A avaliação a respeito da sua necessidade demandará uma prévia compreensão da controvérsia jurídica, após a apresentação de defesa, sendo a

decisão de saneamento e organização do processo um momento adequado para que o pedido de cooperação seja formulado pelo juízo competente.

4 CONCLUSÃO

Ao final do exposto, apresentam-se as seguintes conclusões, sem prejuízo de outras ilações realizadas ao longo do texto:

É possível conceituar o processo coletivo de forma ampla, tendo por particularidade o fato de nele ser postulado um direito coletivo em sentido amplo (situação jurídica coletiva ativa) ou a existência de uma situação jurídica coletiva passiva.

Consequentemente, inserem-se nesse conceito tanto as ações coletivas quanto os incidentes de julgamento de casos repetitivos.

No campo da tutela coletiva, a prévia e adequada compreensão a respeito dos conceitos de grupo, membro de grupo e condutor do processo coletivo consiste em premissa relevante, possuindo amplas repercussões sobre os institutos aplicáveis aos processos coletivos (competência, legitimidade, intervenção de terceiros, coisa julgada, atos de cooperação jurídica etc.).

Em apego ao devido processo legal coletivo, as formas de organização dos processos coletivos demandam uma investigação a respeito dos tipos de litígio, sendo conveniente a adoção de uma tipologia sociologicamente orientada que os divide em três categorias: litígios de difusão global, local e irradiada.

Tanto o IRDR quanto os REER possuem natureza dúplice, integrando, ao mesmo tempo, o microssistema de gestão e julgamento de questões repetitivas e o microssistema de formação de precedentes obrigatórios

Ainda quanto a eles, deve ser afastada a corrente que o concebe como um conjunto de incidentes marcados pela “dessubjetivação”, sendo relevante a adoção de medidas tendentes à correção do déficit de contraditório. Com isso, devem ser reconhecidos ao menos dois grupos interessados na solução da questão jurídica comum: o primeiro, composto por pessoas cujos processos foram sobrestados; o segundo, pelos interessados na formação do precedente.

A *class certification* é um instituto exitoso na experiência jurídica das ações coletivas norte-americanas, destinado à rigorosa verificação dos requisitos processuais para o processamento de uma demanda na forma coletiva, bem como à

organização processual. O estudo decisão proferida nessa fase processual pode fornecer relevantes contribuições para os processos coletivos brasileiros, partindo-se, em especial, da sua dimensão relativa à definição dos contornos do grupo (*class definition*).

A partir das premissas estabelecidas, as regras que disciplinam o saneamento e a organização do processo no CPC, somadas às normas do microsistema processual coletivo brasileiro – que inclui o julgamento de casos repetitivos –, complementadas pelos regimentos internos dos tribunais, servem de fonte normativa para o reconhecimento de uma decisão de “certificação” à brasileira.

Essa decisão – proferida pelo juiz, nas ações coletivas, e pelo relator, no IRDR ou REER – ocupa uma posição central no âmbito do devido processo legal coletivo, sobretudo por assegurar a proteção dos ausentes, imprimindo mais legitimidade e estabilidade à decisão final.

O conteúdo da decisão de saneamento e organização dos processos coletivos dependerá das particularidades do caso concreto, sendo possível cogitar de medidas como:

- a) a aferição da presença dos requisitos processuais próprios das ações coletivas ou do julgamento de casos repetitivos, em especial a representação adequada;
- b) a definição da questão jurídica objeto da controvérsia, bem como das circunstâncias fáticas, com descrição genérica dos grupos envolvidos;
- c) a notificação adequada do grupo;
- d) o desmembramento de eventuais pretensões cumuladas, remetendo-se ao juízo mais próximo do local do dano, se necessário for, nas ações coletivas;
- e) a prática de atos cooperação jurídica nacional, a exemplo de atos concertados;
- f) a prática de atos de cooperação jurídica internacional, nas ações coletivas transnacionais;
- g) a fixação das diretrizes para a participação, avaliando-se a designação de audiência públicas e a comunicação a outros legitimados coletivos e *amici*

curiae, para fins interventivos;

- h) a homologação de eventuais acordos parciais;
- i) a organização da atividade probatória, inclusive no que concerne à inversão do ônus da prova, no caso das ações coletivas.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARCOVERDE, Léo. *Cinco meses após decisão do STF, 1.325 mulheres grávidas ou com filhos pequenos seguem presas em SP*. Globo News, São Paulo, 8. jul 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/08/cinco-meses-apos-decisao-do-stf-1325-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-seguem-presas-em-sp.ghtml>. Acesso em: 30 jan. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, [S.l.], v. 6, p. 15-26, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2010, v. 186.

BAUMAN, Lori Irish. Class Certification and Interlocutory Review: Rule 23(f) in the Courts. *Journal of Appellate Practice and Process*, v. 9, 2007, p. 205-218.

BELKIN, Elizabeth Honnet. Class Actions in the Seventh Circuit: Appealability of an Interlocutory Order Denying Class Status. *Chicago-Kent Law Review*, v. 53, 1976, p. 462-474.

BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*. London: Hunt and Clarke, v. 3, 1827. p. 579. Disponível em: <https://catalog.hathitrust.org/Record/001624652>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BERRY, Stephen. Ending substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive revision of the Class Damage Action. *Columbia Law Review*, São Paulo, v. 80, n. 2, 1980. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1121922?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 2 mai. 2018.

BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016.

BLOCH, Marc. From the royal court to the court of Rome: the suit of the serfs of Rosny-sous-Bois. In: THRUPP, Sylvia L. (coord.). *Change in medieval society*. Toronto: University of Toronto Press, 1988. p. 3-13. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=KGv8e8gdb2IC&>. Acesso em: 1 mar. 2019.

BOSHAMMER, Susanne. *Gruppen, Recht, Gerechtigkeit: Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*. Berlim: Walter de Gruyter, 2003.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no plano do direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Certidões Expedidas às Comunidades Remanescentes de Quilombos (CRQS) atualizada até a Portaria nº 84, de 8 de junho de 2015*. Brasília: Fundação Palmares. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/09/C%C3%B3pia-de-Lista-das-CRQs-Certificadas-Portaria-n%C2%B0-84-08-06-2015.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF em São José dos Campos abre inquérito civil público para apurar vazamento de petróleo em campo do pré-sal*. São Paulo, 2012. Brasília, DF: Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/sala-de-imprensa/noticias_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Vice-PGE pede ao TSE julgamento em massa de ações sobre uso de transferência eletrônica em doações eleitorais. 26. mar. 2018. Brasília, DF: Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/vice-pge-pede-ao-tse-julgamento-em-massa-de-aco-esobre-uso-de-transferencia-eletronica-em-doacoes-eleitorais>. Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp repetitivo nº 1243887/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 12.12.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, CC nº 144.922/MG. Relatora: Ministra Diva Malerbi, DJe 9.8.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, EDcl no CC nº 138068/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 7.3.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, AgInt no REsp nº 1.694.547/ES. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, DJe 23.5.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp nº 791042/PR. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 19.10.2006, DJ 9.11.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp nº 876.936/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 13.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.695.519-MG. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 29.3.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp nº 1.018.214. Relator: Ministro Mauro Campbell, DJe 2.6.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp nº 1452660/ES. Relator: Ministro Og Fernandes, DJ 27.4.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp nº 1.405.657/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 8.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Petição nº 3.388. Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 19.3.2009, DJE de 1º.7.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 20.2.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE nº 573.232. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, rel. para acórdão ministro Marco Aurélio, DJe de 19.9.2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. Esclarecimentos e ajustes na decisão de saneamento e organização. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 231, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, n. 1, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento de cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 147, mai/2007.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claim resolution facilities* e sua

aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 287, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 243, 2015, p. 333-362.

CANADÁ. Ontario Law Reform Commission, Report on Class Actions, v. I, 1982. Disponível em: https://archive.org/stream/reportonclassact01onta/reportonclassact01onta_djvu.txt. Acesso em: 28 dez. 2018.

CAPONI, Remo. Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela. *Rivista di Diritto Processuale*, Milão, ano LXIII, n. 5, set./out., 2008.

CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite*. Milano: Gluffrè, 1971.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CERTIFICAR. Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/certificar>. Acesso em: 13.5.2019

CLINTON, Robert. The Rights of Indigenous People as Collective Groups Rights. *Arizona Law Review*, v. 32, n. 4, 1990.

COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO. Membros do CBHSF. Disponível em: <http://cbhsaofrancisco.org.br/2017/o-cbhsf/composicao/membros>. Acesso em: 13.5.2019.

CORLETT, J. Angelo. The Prlmem of Collective Moral Rights. *Canadian Journal of Law And Jurisprudence*, v. 7, n. 2, 1994.

COSER, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Ação da DPU obriga Correios a regularizarem entrega domiciliar em São Paulo*, Brasília, 17 out. 2017. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/noticias-sao-paulo/64-noticias-sp-geral/39888-acao-da-dpu-obriga-correios-a-regularizarem-entrega-em-bairros-de-sao-paulo>. Acesso em: 18 nov. 2018.

DICKEY, Bret M; RUBINFELD, Daniel L. Antitrust class certification: towards an economic framework. *NYU Annual Survey of American Law*, Nova Iorque, v. 66, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 158, abr./2018.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. *Civil Procedure Review*, [S.l.] v. 10, n. 1, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ERDELYI, Maria Fernanda. Juiz estabelece 15 minutos para fila de banco no interior de SP. *Consultor Jurídico*. 10. jun. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jun-10/juiz_estabelece_limite_15_minutos_fila_banco. Acesso em: 16 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 457 US 147, 159, 202 S Ct 2364, 1982.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Nono Circuito. 559 F2d 1151, 1977.

ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Norte de Illinois. 827 F. Supp. 477, 1993.

ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Nova Jersey. No. 01-1652 (JAG), 2008.

ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito do Sul de Indiana. 247 F. Supp. 2d 1071, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito Médio da Pensilvânia. 131 F. R. D. 136, 446, 1990.

ESTADOS UNIDOS. Corte Distrital do Distrito Oriental de Nova Iorque. *Dolgow v. Anderson*. 43 F.R.D. 472, 1968.

ESTADOS UNIDOS. Segundo Circuito de Cortes de Apelação. 391 F. 2d 555, 1968

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte da Califórnia. 19 Cal. 2d 807, 1942.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 339 U. S. 306, 1950.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 417 US 156, 1974

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 521 US 591, 1997.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 545 U.S. 323, 2005.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 299, 2011).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 564 U.S. 299, 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 569 U.S. 27, 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388, 1980.

FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *In: Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 13, 1996.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Estatuto Social da Federação Brasileira de Bancos, 2011. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf. Acesso em: 13.5.2019.

FERNANDES, Débora Chaves Martines. Small claims class actions: a comparative analysis of the Brazilian and American systems from the perspective of positive externalities. *Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2016, p. 140-180. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/19914/18094>. Acesso em: 3 jun. 2018.

FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2019.

FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANK, Thomas M. *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*. Oxford: Oxford Press, 1999.

GALENKAMP, Marlies. Collective Rights: Much Ado about Nothing. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 293, 1991.

GALENKAMP, Marlies. Collective Rights: Much Ado about Nothing. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 293, 1991. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nethqur24&div=37&id=&page=>. Acesso em: 15 nov. 2018.

GALLIGAN JR., Thomas C. Deterrence: The Legitimate Function of the Public Tort. *Washington and Lee Law Review*, v. 58, 2001. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1450&context=wlu>. Acesso em: 28 dez. 2018.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, n. 61, 2003. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 18 jun. 2018.

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

GIDI, Antonio. Issue Preclusion Effect of Class Certification Orders. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 63, 2011.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GILLES, Myriam. *Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action*. *Michigan Law Review*, v. 104, 2005. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=mlr>. Acesso em: 19 abr. 2018.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ley nº 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1>. Acesso em: 11 mai. 2019.

- GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, 1930, p. 131-183.
- GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, 2006, p. 37-65.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 8, n. 8, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Tradução livre. Madrid: Trotta, 1998.
- HARTNEY, Michael. Some Confusions Concerning Collective Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, 1991.
- HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand, 2000.
- HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena. The Globalization of Class Actions: An Overview. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 622, 2009.
- HERR, David F. *Multidistrict litigation manual: practice before the judicial panel on multidistrict litigation*. St Paul: West, 2013.
- HINES, Laura J. *The Dangerous Allure of the Issue Class Action*. Indiana Law Journal, Indiana, v. 79, 2004.
- HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 51-52.
- HODGES, Christopher. Multi-Party Actions: A European Approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, 2011, p. 321-354).
- HODGES, Christopher. Multi-Party Actions: A European Approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, 2011.
- HODGES, Christopher. VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress: New Technologies*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2018.
- HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- IACOBUCCI, Frank. What is access to justice in the context of class actions? *Supreme Court Law Review*, v. 53, Canadá, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Potencial Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal: Relatório de Pesquisa*. Brasília: Ipea, 2013.

JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012.

KITCHEN, Christopher A. Interlocutory Appeal of Class Action Certification Decisions under Federal Rule of Civil Procedure 23(f): A Proposal for a New Guideline. *Columbia Business Law Review*, v. 2004, p. 231-262.

KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 373. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. *Novo Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2015.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema de tutela coletiva. In: GOMES JR., Luiz Manoel (coord), *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 59-80, 2015.
- MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 211, 2012).
- MINNITI, Cindy Schmitt. The Fundamentals of Class Action Certification. In: MINNITI, Cindy Schmitt *et al. Recent trends in class action lawsuits*. Estados Unidos: Aspatore, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A expressão “competência funcional” no art. 2º da lei da ação civil pública. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, out-dez., 1985.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2004, p. 3
- NAGAREDA, Richard A. Class certification in the age of aggregate proof. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 84, 2009.

- NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991.
- NEWMAN, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004.
- NEWMAN, Dwight G. Theorizing Collective Indigenous Rights. *American Indian Law Review*, v. 31, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução de Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, 2001.
- NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo17.htm>. Acesso em: 19. abr. 2019.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Procesual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, 1993.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena “pensar” de novo? In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Obras de J. J. Calmon de Passos: ensaios e artigos*, v. II. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. *Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos*, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 256, 2016.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. O Estado Pluriétnico. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMAN, Maria Barroso. *Além da Tutela: bases para uma política indigenista III*. São Paulo: Contra Capa, 2002. Disponível em: <http://laced.etc.br/site/arquivos/04-Alem-da-tutela.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- PETERS, Edward. From medieval group litigation to modern class action by Stephen C. Yeazell. *The American Journal of Legal History*, Filadélfia, v. 34, n. 4, p. 429-431, out./dez. 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/845840>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford Press, 1988

RÉAUME, Denise. Individuals, Groups and Rights to Public Goods. *University of Toronto Law Journal*, v. 38, 1988

REINO UNIDO. Conselho de Justiça Civil. *Relatório n. 30*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/CJC+papers/CJC+Improving+Access+to+Justice+through+Collective+Actions.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

REINO UNIDO. Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales (Divisão Civil), Civ 1284, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. *Regimento Interno Consolidado do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/1865/RegimentoInterno_TRT-RJ.pdf?sequence=10&isAllowed=y. Acesso em: 13.5.2019.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Comentários aos arts. 176 a 187 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado para cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de casos repetitivos*, v. 10. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract*. Domínio público, p. 7. Disponível em: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2019.

SCHUWERK, Robert P. Future Class Actions. *Baylor Law Review*, v. 39, n. 63, 1987.

SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores*. Direito. UnB, v. 1, 2014.

SHEEHY, Paul. Blaming Them. *Journal of Social Philosophy*, v. 38, n. 3, p. 428–441, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, 2016, p. 435-460.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito Animal e Pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 14, 2013, p. 161-262.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; VIDA, Samuel Santana; SANTANA, Luciano Rocha; GORDILHO, Heron José de Santana. Habeas corpus impetrado em favor da

chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, 2005, p. 261-280.

SIMMEL, Georg, O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury). *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

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

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral no recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 54, 2007, p. 61

TAMIR, Yeal. Against Collective Rights. In: JOPPKE, Christian; LUKES, Steven. *Multicultural Questions*, n. 27. Oxford: Oxford University Press, 1999.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 284, 2018, p. 371-396.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional: fundamentos e amplitude da legitimação da Defensoria Pública na tutela dos direitos metaindividuais*. 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Constitucionalismo e Poder Doméstico: uma viagem pelas linhas constituintes ocultas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Inquérito civil na seara eleitoral: comentários à jurisprudência do TSE. *Jota*, jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inquerito-civil-na-seara-eleitoral-comentarios-jurisprudencia-do-tse-09012018>. Acesso em: 29 dez. 2018

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF: comentários ao julgamento do HC nº 143.641*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>. Acesso em: 30 jan. 2019.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 191, 2011

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

TIDMARSH, Jay. *Processos coletivos: ações transindividuais e homogeneizantes*. Porto Alegre: edição do autor, 2015.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, v. 87, n. 6, maio 2009. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/assets/archive/v87/issue6/tidmarsh.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010.

TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 197, 2011.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VILLONE, Massimo. La Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976.

VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da intervenção. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, 2018.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (coords.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Org.). *Coleção repercussões do novo CPC: Processo coletivo*, v. 8. Salvador: JusPODIVM, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 118, nov-dez./2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, 2008, p. 28-49.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

WOOLF, Lord. *Access to justice: Final Report* (1996). Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

ZANETI Jr., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI Jr., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2018.

ZANETI Jr., Hermes; BORGES, Orlindo Francisco; CARDOSO, Juliana Provedel. Ações coletivas transnacionais para tutela de direitos ambientais: caso Chevron (STJ, HSE 8.542). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, 1995.