

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**THAÍS AMOROSO PASCHOAL LUNARDI**

**COLETIVIZAÇÃO DA PROVA**

**Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**

**CURITIBA**

**2018**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**THAÍS AMOROSO PASCHOAL LUNARDI**

**COLETIVIZAÇÃO DA PROVA**

**Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**

Tese apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, setor Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Linha de pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

**CURITIBA**

**2018**

L961c

Lunardi, Thaís Amoroso Paschoal

Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual / Thaís Amoroso Paschoal Lunardi; orientador: Eduardo Talamini. – Curitiba, 2018.

328 p.

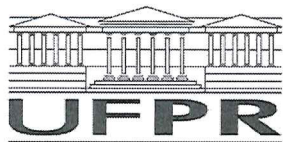
Bibliografia: p. 301-328.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Prova (Direito). 2. Tutela. 3. Processo civil. I. Talamini, Eduardo. II. Título.

CDU 347.94

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte e um de agosto de dois mil e dezoito às 10:15 horas, na sala Sala de Defesas, Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar PPGD, foram instalados os trabalhos de arguição da doutoranda **THAIS AMOROSO PASCHOAL LUNARDI** para a Defesa Pública de sua tese intitulada **COLETIVIZAÇÃO DA PROVATécnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EDUARDO TALAMINI (UFPR), SERGIO CRUZ ARENHART (UFPR), PAULA COSTA E SILVA (UL), WILLIAM SOARES PUGLIESE (UNIBRASIL), FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UFBA). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra a discente, para que a mesma expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. A aluna respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO (GRAU 10,0) da aluna. A doutoranda foi convidada a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EDUARDO TALAMINI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Curitiba, 21 de Agosto de 2018.

EDUARDO TALAMINI  
Presidente da Banca Examinadora

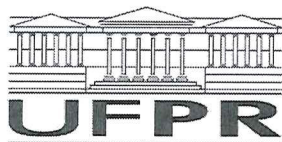
SERGIO CRUZ ARENHART  
Avaliador Interno

PAULA COSTA E SILVA  
Avaliador Externo

WILLIAM SOARES PUGLIESE  
Avaliador Externo

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
Avaliador Externo





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **THAIS AMOROSO PASCHOAL LUNARDI** intitulada: **COLETIVIZAÇÃO DA PROVA** técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO (GRN 10,0) no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 21 de Agosto de 2018.

EDUARDO TALAMINI  
Presidente da Banca Examinadora

SERGIO CRUZ ARENHART  
Avaliador Interno

PAULA COSTA E SILVA  
Avaliador Externo

WILLIAM SOARES PUGLIESE  
Avaliador Externo

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
Avaliador Externo



*A Sylvio e Néia, ainda e sempre, pelas raízes e pelas  
asas.*

*A Rafael, por unir suas asas às minhas e ao meu lado  
formar novas raízes.*

## AGRADECIMENTOS

Muitos fatos marcam essa trajetória de quatro anos intensamente vividos nessa Universidade que, ao lado da acolhedora Universidade Estadual de Londrina, escolhi para ser minha *alma mater*. Contados os anos dedicados ao Mestrado, encerrado em 2009 nesta mesma Instituição, foram sete anos. Se de um lado parece que tudo ocorreu há alguns dias, por outro a sensação é de ter vivido minha vida inteira aqui. Em especial, pela qualidade do aprendizado diário e pela quantidade de pessoas maravilhosas que, além de tudo, a UFPR me deu de presente. Não me refiro apenas aos amigos que fiz neste Programa de Pós-graduação e aos professores excepcionais com quem tive a honra de dividir horas de estudos e debates. Para muito além disso, se trata de todas as possibilidades que estar imersa nesse ambiente acolhedor me proporcionou, e que me levaram a encontrar espalhada por aí gente que eu nem sabia, mas que fazia falta em minha vida. Pessoas que hoje se agregam aos já amigos de ontem e de sempre, e que junto com eles contribuíram de todas as formas possíveis para que eu chegasse até aqui.

Assim, porque a palavra agora somente pode ser *gratidão*, e porque é sempre um bom momento para se falar de amor, não poderia deixar de dedicar algumas páginas para manifestar todo meu agradecimento e carinho por cada uma dessas pessoas que de forma tão especial contribuíram para que eu pudesse viver essa experiência incrível que, ao fim e ao cabo, resultou nesse trabalho, pedindo desde já desculpas caso me estenda demais em tão doce e importante empreitada.

Inicialmente, ao meu orientador, Professor Eduardo Talamini, com quem tive o prazer de compartilhar momentos muito agradáveis de discussões não só sobre o tema deste trabalho, como também de inúmeros outros que contribuíram para a elaboração desta tese e para meu desenvolvimento como processualista, incluindo a oportunidade de lhe acompanhar nas disciplinas ligadas à Prática em Docência I e II. Muito obrigada por toda a paciência, apoio, incentivo e pelo fundamental acolhimento.

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, pela generosidade com que nos recebeu (não só a mim, mas a todos nós, estudantes de direito processual civil) nesses quatro anos, compartilhando seu conhecimento e suas experiências, e contribuindo para a construção de muitas das ideias desenvolvidas neste trabalho. Muito obrigada pelos textos e livros indicados e emprestados, pela constante preocupação com o andamento da pesquisa e com a criação de espaços nos quais pudéssemos debater nossas ideias e curar nossas angústias. Ainda, pela oportunidade de participar do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil Comparado e, também nesse espaço, viabilizar uma leve e essencial troca de ideias sobre o Processo Civil.

Ao Professor Luiz Guilherme Marinoni, pelos excelentes debates desenvolvidos na disciplina Processo e Direitos Fundamentais, que igualmente contribuíram para este trabalho, em especial no que toca ao tema da coisa julgada.

Ao Professor Luís Fernando Lopes Pereira, coordenador do PPGD-UFPR nos primeiros anos do meu curso de doutoramento, e com quem tive a satisfação de cursar quatro incríveis disciplinas, dentre elas a de História do Pensamento Jurídico, na qual tive a oportunidade de instigar ainda mais minha curiosidade pelos temas afetos ao método de investigação histórica e todas suas possibilidades. Agradeço ainda pelas deliciosas tardes de quarta-feira quando, nas disciplinas de Prática em Docência I e II, nos vimos imersos em discussões fundamentais acerca da formação humanística do professor.

À Professora Clara Maria Roman Borges, atual coordenadora do PPGD-UFPR, agradeço pelo constante apoio e atenção, assim como por sua disponibilidade no atendimento das demandas que lhe são levadas pelo corpo discente.

À Professora Vera Karam de Chueiri, atual Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, um agradecimento que inicia em 2008, quanto tive a satisfação de cursar, ainda no Mestrado, sua disciplina de Teoria do Direito Constitucional, possibilitando não só o estudo dessa tão relevante ciência, como também que eu me tornasse professora de Jurisdição Constitucional e desenvolvesse pesquisas nessa área. Muito obrigada também pela oportunidade de participar do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas durante os quatro anos do Doutorado, com o desenvolvimento de atividades fundamentais à minha formação.

Ainda, à Professora Katya Kozik e aos Professores Clémerson Merlin Clève, Fabrício Tomio, Celso Luís Ludwig, pelos espaços de singulares debates e aprendizados desenvolvidos em suas disciplinas durante o curso de Doutorado.

Ao Professor Elton Venturi, pela generosidade com que proporcionou aos doutorandos desse Programa a participação, em 2015, de importante evento na Universidade de Lisboa, no qual tive a oportunidade de apresentar aquilo que ainda era um embrião da pesquisa que resultou neste trabalho.

A todos os servidores desta Faculdade de Direito, da secretaria do PPGD, da secretaria da graduação, da biblioteca, da recepção e de todos os demais setores, a quem agradeço na pessoa da Vanessa Sayuri Umebala Hoshina, pela contribuição diária para que esta Instituição seja um espaço agradável e adequado para o desenvolvimento de nossos estudos. Muito obrigada pela gentileza com que em todas as situações atenderam prontamente nossas necessidades.

À Neide Lopes Chuinski, querida bibliotecária da Ordem dos Advogados do Brasil, responsável pela Biblioteca Egas Moniz de Aragão, em especial por tornar aquele lugar um ambiente tranquilo e muito agradável para os estudos, além de auxiliar na busca das raríssimas obras que o prof. Egas, com tanta generosidade, doou para a comunidade jurídica paranaense. A esse grande Professor, igualmente, um especial agradecimento por tamanha gentileza, que acabou por contribuir com importante parte da pesquisa realizada.

A Gabriel Schulman, por uma amizade que nasceu na sala de espera da banca de seleção para o Mestrado em 2006, para nunca mais se desfazer. Muito obrigada pelos momentos de descontração, pelo constante apoio e pela ajuda com o compartilhamento de informações dos casos afetos ao direito à saúde, que tanto contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos que a UFPR me deu de presente: André Luiz Arnt Ramos, Emerson Luis Dal Pozzo, Felipe Hasson, Fernanda Fujiwara, Frederico Augusto Gomes, Gustavo Osna, Jordão Violin, José Arthur Castillo de Macedo, Marcela Ferraro, Maurício Doutor, Melina Fauz Kletemberg, Paula Pereira Pessoa, Paulo Mazini, Rogéria Dotti, Ricardo Alexandre da Silva, Ricardo Menezes, Rogério Rudinik e Viviane Lemes pela parceria, pelos constantes apoio, trocas de ideias e momentos de descontração e amizade, quando nos abraçamos e nos solidarizamos. Já sinto (muitas) saudades dos nossos maravilhosos momentos juntos.

À doce Anissara Toscan, pelo incentivo desde o ingresso neste Doutorado, e presença constante em especial neste momento final. Muito obrigada pela amizade, pelo carinho, pelos cafés, pelos livros emprestados, trocas de ideias e pela atenta e imprescindível revisão deste trabalho.

Ao amigo Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, presença constante durante todos esses anos de estudo. Além de uma grande amizade, muito obrigada pelas longas horas de ligações telefônicas de São Paulo para Curitiba com valiosas trocas de ideias essenciais para o presente trabalho.

À Professora Denise Weiss de Paula Machado. Se estou aqui hoje, defendendo uma tese em Processo Civil, é porque você me inspirou no estudo dessa ciência e me contagiou com seu amor por ela no 3º ano de minha graduação na Universidade Estadual de Londrina. Serei sempre muito grata por isso e por toda a dedicação com que você me presenteou, não só naquele ano como em todos os demais que se seguiram, desde a orientação em meu Trabalho de Conclusão de Curso até o início de minha carreira como professora, para o que você também foi grande fonte de inspiração.

Ao Professor Fredie Didier Jr., grande incentivador das novas gerações de processualistas, pelas trocas de ideias e sugestões generosamente oferecidas desde meu primeiro ano de ingresso no curso de doutoramento, que contribuíram não só para a elaboração deste trabalho como para minha formação como processualista.

À maravilhosa equipe do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Positivo, que, não à toa, recebeu o carinhoso apelido de “NPJ da alegria (e do amor)”. A todos, muito obrigada pelo apoio em especial nessa reta final, por toda a dedicação a esse trabalho tão lindo que todos os dias desenvolvemos no NPJ, e por me ensinarem todos os dias que, se não pudermos fazer tudo, ao menos temos que tentar fazer tudo o que pudermos. A Dayane Cordeiro dos Santos, Marcelo Diego da Silva Lima e Günther Kalbermatter Boell, agradeço pela compreensão nos momentos de ausência e contribuição direta para que tudo corresse bem enquanto estive imersa no desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Roberto Di Benedetto, coordenador do curso de Direito da Universidade Positivo até 2016 e hoje Diretor do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas daquela Instituição, pelo apoio e incentivo desde o processo seletivo para ingresso no curso de Doutorado. Às Professoras Thaís Goveia Pascoaloto Venturi e Clarissa Bueno Wandscheer e ao Professor Alexandre Hedlund, coordenadores atuais do curso de Direito da Universidade Positivo, por igualmente apoiarem o desenvolvimento deste trabalho. Ainda, aos amigos do Núcleo Docente Estruturante, com quem tenho a satisfação de dividir as tardes das terças-feiras, pelo apoio e torcida constantes, em especial nessa reta final. Além dos coordenadores que o integram, já citados, Carlos Luiz Strapazzon, Diogo Saavedra, Glenda Gonçalves Gondim (com um destacado agradecimento pelo apoio constante, em especial por aquele carinho especial vindo diretamente de Fátima), Marcelo Melek.

A Leandro Ribeiro Cordeiro, coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos do Fórum Descentralizado da Cidade Industrial, amigo querido e excelente profissional, muito obrigada pela amizade, apoio, torcida, acolhimento e preocupação, além da dedicação aos nossos Projetos comuns, mesmo nos momentos em que não pude estar presente.

À minha família, cujo incentivo e apoio incondicional em todos os momentos de minha vida me fez chegar até aqui. Pelo amor, carinho e paciência, quando deixei de lhes dar atenção para me dedicar aos estudos. Aos meus pais, Sylvio e Néia, por tudo isso, e pela compreensão com meu afastamento físico e a falta dos nossos abraços diários, para que eu pudesse alçar novos voos. Pelo suporte material e psicológico durante todos esses anos, em especial neste período final. Ao Rafael, agradeço a parceria em todos os momentos. Pelo amor, amizade, companheirismo, paciência e pelo carinhoso e diário acolhimento, cuidado, preocupação.

A Felipe Amoroso, por tudo o que acerca de minha família já disse no parágrafo anterior, com um agradecimento especial pelo suporte mesmo no seu período de estudos na Coréia do Sul, além do auxílio na revisão do abstract.

A Patrícia Ayub da Costa, pela amizade de uma vida, por ser minha irmã de coração, por me dar a Carolina, por mesmo de longe se fazer sempre presente, incentivando, apoiando, trocando ideias, tirando cópia de livros impossíveis de se encontrar e pela generosidade em doar parte de seu tempo para a leitura deste trabalho.

Ao Professor Guilherme Corrêa, parceiro no Processo Civil, amigo para todas as horas. Muito obrigada pela constante troca de ideias sobre tantos temas, em especial os afetos ao Processo Civil, mas não apenas eles, pelo apoio em vários momentos no exercício da docência e por acompanhar tão de perto a evolução desse trabalho, sempre a postos para ajudar no que fosse preciso.

Às queridas Ana Cláudia Finger e Karina Magatão, que igualmente acompanharam de forma carinhosa e preocupada a elaboração deste trabalho, acolhendo minhas angústias, trocando ideias e se fazendo sempre presentes.

A Daniela Peretti D'Ávila, Melissa Abramovici Pilotto, Patrícia Bezerra Tourinho e Suelen Mariana Henk, por terem sido o mais puro e carinhoso acolhimento quando cheguei em Curitiba e, desde então, em todos os momentos, inclusive durante a elaboração deste trabalho. À Paty, por tudo isso, e pelo acolhimento em seu cantinho em São Paulo, com todos os cuidados que isso representou (e representa).

A Michelle Susin, amiga querida, por compreender e acalantar, tranquilizar e compartilhar, segurar na mão e ajudar no caminhar. Obrigada pelas horas dedicadas naquele especial momento que representou uma importante virada no caminho que me fez chegar até aqui.

Àquelas mulheres, amigas e profissionais maravilhosas que chegaram mais recentemente, ocupando um lugar enorme no meu coração. Que mesmo em cantos diferentes do país estão sempre por perto, acolhendo, apoiando, tornando os dias mais alegres e me fazendo morrer de saudades. Muito obrigada pelo apoio, pelas conversas que me faziam retomar, manter a calma, me animar e acreditar: Cristina Motta, Gisele Welsch e Jéssica Galvão.

Ao Professor e amigo Daniel Mitidiero, pelo compartilhamento de ideias, dicas de obras, empréstimos de livros e parceria em inúmeros momentos que tanto contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Às amigas e amigos, de longe e de perto, cada um à sua maneira, por todo o apoio em todos os momentos. Pelas palavras de incentivo, mensagens de apoio e motivação, orações,

constantes preocupações, por aguentarem meus desabafos e suportarem minhas angústias, pelas trocas de ideias sobre pontos fundamentais deste trabalho, pela paciência, pelos livros emprestados e artigos enviados, canetas, post its, chocolates e demais mimos ou mesmo pela torcida sempre presente e pelas boas energias compartilhadas: Adriana Inomata, Alessandra Neusa Sambugaro de Matos, Ana Cândida Ribeiro Falaguasta, Ana Paula Vasconcelos, Anderson M. dos Santos, Bruna de Oliveira Cordeiro Hanthome, Carolina Uzeda Libardoni, Érika Ximenes, Fernanda Hortense, Francisco Crivelaro, Henrique Ávila, Izabela Morelli, Katia Rovaris de Agostini, Leandro Rutano, Leonardo García Jaramillo, Lia Carolina Batista Cintra, Paulo Osternack Amaral, Rita Vasconcelos, Rodrigo Parreira, Rui Carlo Dissenha, Susana Cadore Nunes, Thaís Mariana Cardoso, William Pugliese.

A Giulia Zanetti, Guilherme Luiz Lima, Danielle Cardoso e Ana Luiza Krieger, pelo engajamento nas pesquisas desenvolvidas em nosso grupo de pesquisa sobre tutela coletiva na Universidade Positivo, com a oportunidade de uma troca de ideias que acompanhou a fase final de elaboração deste trabalho. À querida Giulia, em especial, pelo auxílio com pesquisas que muito contribuíram para este trabalho. Em nome deles agradeço ainda a todos os alunos que, com tanto carinho, proferiram palavras de incentivo, compreenderam eventuais falhas e contribuíram para excelentes trocas de ideias sobre o Processo Civil. Aprendo com vocês todos os dias.

A Cláudia Klotz, que reúne, além de muitas outras, duas competências essenciais para o exercício de qualquer profissão: o profissionalismo e a empatia. Muito obrigada por estar ao meu lado em todas as importantes transições, pelo acolhimento, por me ajudar no meu processo de apropriação e a desenvolver os “ganchos de competência” que tanto me ajudaram a chegar até aqui.

À Jolie, companheirinha de todos os momentos, por acalantar todas as minhas horas de estudo e de produção deste trabalho, e por me cobrir de carinho e um amor sem tamanho.

Termino, como não poderia deixar de ser, mais uma vez falando de amor, com uma frase de uma música do Osvaldo Montenegro, inspirada num post da querida Lia, que reflete muito bem o que cada um de vocês me proporcionou nesse período: “Cabe ao amor te aliviar do que te cansa”. Muito obrigada, meus queridos!

*Only where things can be seen by many in a variety of aspects without changing their identity, so that those who are gathered around them know they see sameness in utter diversity, can worldly reality truly and reliably appear.*

(Hanna Arendt – The Human Condition)

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar propostas de técnicas voltadas à produção coletiva da prova e seu aproveitamento individual. Serão, basicamente, três as técnicas apresentadas. Em primeiro lugar, a concertação de atos para produção de uma única prova, com fundamento no art. 69, §2º, II e VI, do CPC, a partir da reunião de processos individuais com questão de fato comum. Defende-se também a possibilidade de produção antecipada coletiva da prova, de iniciativa de qualquer um dos legitimados previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, desde que presente a representação adequada. Por fim, admite-se a produção antecipada negociada da prova, inclusive extrajudicialmente, tendo em vista a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pelos legitimados coletivos, desde que voltados à garantia de tutela adequada aos direitos coletivos e coletivizáveis. Será também analisado o aproveitamento da prova produzida com as técnicas coletivas propostas, sob duas perspectivas. Inicialmente, por meio do empréstimo da prova, nos casos em que não houver decisão sobre a questão de fato comum. Quando a questão comum fundada na prova for objeto de decisão judicial e caracterizar uma questão prejudicial, o transporte *in utilibus* da coisa julgada que se formará sobre a decisão da questão poderá beneficiar os titulares de direitos individuais fundados nessa questão. Por fim, apresenta-se proposta que possibilita, em alguns casos, a atribuição de uma maior estabilidade à prova, em especial com fundamento nas condutas processuais da parte, com o consequente aproveitamento individual da prova produzida coletivamente.

**Palavras-chave:** Prova; Tutela Coletiva; Concertação de atos; Negócios jurídicos processuais.

## ABSTRACT

This work intends to present technical proposals about the collective production of evidence and its individual exploitation. There will be presented, basically, three techniques. Firstly, the concertation of acts in order to produce a unique proof, substantiated by the article 69, §2º, II and VI, of the CPC, coming from the reunion of individual processes with the matter of common fact. It also stands up for the possibility of anticipated collective evidence production, whose initiative is of anyone legitimized, listed by the articles 5º of the LACP and 82 of the CDC, since the proper representation is made. Finally, it is allowed the anticipated negotiated production of evidence, including extrajudicially, in view of the possibility to hold processual legal transactions by the legitimated collectives, since it regards with the guarantee of adequate protection to the collective and potentially collective rights. It will also be analyzed the exploitation of the evidence produced through the proposed collective techniques, under two perspectives. Initially, through the evidence lending, in the cases that there are no decisions about the common fact matter. When the common matter founded in the evidence is object of judicial decision and characterizes a prejudicial matter, the transportation *in utilibus* of the res judicata that will form over the decision of this matter, will be able to benefit the individual rights holders founded in this matter. Lastly, a proposal is presented that allows, in some cases, the attribution of greater stability to the evidence, especially based on the procedural conduct of the party, with the consequent individual use of the evidence produced collectively.

**Keywords:** Aggregate litigation; Evidence; Contract Procedure.

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>17</b>  |
| As hipóteses, a tese e as teses.....  | 17         |
| Estrutura do trabalho.....  | 21         |
| Metodologia.....  | 22         |
| <b>1. POR UMA NOVA JURISDIÇÃO COLETIVA.....</b>   | <b>25</b>  |
| <b>1.1. Sobre a Jurisdição.....</b>   | <b>25</b>  |
| 1.1.1. Jurisdição e eficiência: um olhar sobre a gestão de casos judiciais.....   | 25         |
| 1.1.2. Segue. A gestão processual fundada na participação.....  | 36         |
| <b>1.2. Por uma jurisdição verdadeiramente coletiva.....</b>  | <b>42</b>  |
| 1.2.1. Uma diversa racionalidade.....   | 42         |
| 1.2.2. De onde partimos: o microsistema processual coletivo.....  | 56         |
| 1.2.3. Direitos coletivos e direitos coletivizáveis. Afinal, <i>a quem serve</i> a tutela coletiva?.....  | 61         |
| 1.2.4. Segue. Os interesses individuais e a tutela coletivizada. Para além dos direitos individuais homogêneos.....   | 63         |
| 1.2.5. Técnicas de coletivização.....   | 73         |
| 1.2.5.1. Novos caminhos para a tutela coletiva. O tratamento de litígios complexos e a coletivização de questões comuns.....  | 73         |
| 1.2.5.2. Segue. O <i>multidistrict litigation</i> do direito norte americano: a reunião de demandas com questões comuns de fato, inclusive para fins probatórios..... | 83         |
| 1.2.6. O problema da legitimidade coletiva.....   | 87         |
| 1.2.6.1. Segue. Participação no procedimento. A representação adequada dos interesses coletivizáveis.....   | 93         |
| 1.2.7. Eficácia e autoridade subjetiva da sentença na tutela coletiva de direitos individuais.....  | 103        |
| <b>2. TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO DA PROVA.....</b>   | <b>108</b> |
| <b>2.1. Alguns apontamentos sobre a prova no Processo Civil.....</b>  | <b>108</b> |
| 2.1.1. O direito fundamental e autônomo à prova e sua gestão adequada.....  | 108        |
| 2.1.2. A finalidade da prova.....   | 112        |

|  |            |
|--|------------|
| 2.1.3. Objeto. A prova na perspectiva de sua admissibilidade.....  | 120        |
| 2.1.4. A valoração da prova.....   | 128        |
| 2.1.5. Poderes instrutórios do juiz.....   | 136        |
| 2.1.6. Segue. O CPC de 2015 e a adequação procedimental probatória.....  | 143        |
| 2.1.7. A modificação do ônus da prova.....   | 145        |
| <b>2.2. A produção coletiva da prova.....</b>  | <b>150</b> |
| 2.2.1. Colocação do problema: o tratamento coletivo da prova.....  | 150        |
| 2.2.2. O objeto da prova coletiva: a definição da questão comum de fato.....   | 154        |
| 2.2.3. Concertação de atos para produção coletivizada da prova.....  | 160        |
| 2.2.3.1. Da conexidade à afinidade de questões: a agregação para produção de prova de questão comum de fato no Código de Processo Civil de 2015.....                 | 160        |
| 2.2.3.2. A cooperação nacional no Código de Processo Civil de 2015.....  | 166        |
| 2.2.3.3. Segue. A prática de atos concertados entre juízes cooperantes. Em especial, a concertação de atos para produção de prova de questão comum de fato.....      | 173        |
| 2.2.3.4. O procedimento.....   | 177        |
| 2.2.3.5. Segue. A atuação dos Núcleos e Juízes de Cooperação, e dos Comitês Executivos Nacional e Estaduais. O importante papel do Conselho Nacional de Justiça..... | 180        |
| 2.2.3.6. O respeito ao juiz natural.....   | 185        |
| 2.2.3.7. O respeito ao direito fundamental à prova e ao contraditório: a atuação do representante adequado e a participação de terceiros no procedimento.....        | 190        |
| 2.2.4. A produção coletiva e antecipada da prova.....  | 194        |
| 2.2.4.1. Por que produzir uma prova coletiva antecipadamente?.....   | 194        |
| 2.2.4.2. O novo paradigma instituído pelo CPC/2015: a admissibilidade da produção antecipada da prova para além dos casos de urgência.....                           | 196        |
| 2.2.4.3. Especificamente, a admissibilidade da produção antecipada de caráter coletivo. Para além do inquérito civil.....  | 204        |
| 2.2.4.4. A legitimidade coletiva para a produção antecipada da prova e a participação no procedimento.....   | 209        |
| 2.2.4.5. Os meios de prova e o uso de técnicas de incentivo à sua produção.....  | 213        |
| 2.2.4.6. Resultado: a produção da prova e a estabilidade do acerto quanto à sua regularidade.....  | 215        |

|   |            |
|---|------------|
| 2.2.4.7. A produção antecipada da prova de caráter coletivo passivo.....  | 222        |
| 2.2.5. Produção coletiva negociada da prova.....  | 227        |
| 2.2.5.1. A autocomposição em conflitos coletivos.....   | 227        |
| 2.2.5.2. A admissão de negócios jurídicos processuais coletivos.....  | 234        |
| 2.2.5.3. Segue. Convenção processual coletiva para antecipação da prova.....  | 239        |
| 2.2.5.4. Negociação para produção extrajudicial coletiva da prova.....  | 241        |
| <b>3. O TRANSPORTE IN UTILIBUS DA PROVA PRODUZIDA COLETIVAMENTE.....</b>  | <b>244</b> |
| <b>3.1. Colocação do problema: o aproveitamento da prova coletiva.....</b>  | <b>244</b> |
| <b>3.2. A convivência entre ações individuais e formas de tutela coletiva no microsistema processual coletivo brasileiro.....</b> | <b>245</b> |
| <b>3.3. O aproveitamento da prova produzida coletivamente.....</b>  | <b>253</b> |
| 3.3.1. A prova emprestada.....  | 253        |
| 3.3.2. Prova coletiva emprestada e contraditório.....   | 257        |
| <b>3.4. O transporte da decisão coletiva sobre questão fundada na prova.....</b>  | <b>262</b> |
| 3.4.1. Colocação do problema.....   | 262        |
| 3.4.2. Coisa julgada sobre questão: do <i>estoppel by record</i> à <i>collateral estoppel</i> .....                               | 263        |
| 3.4.3. O novo paradigma estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto aos limites objetivos da coisa julgada.....     | 270        |
| 3.4.4. Segue. Os limites subjetivos da coisa julgada no CPC de 2015: <i>non mutual collateral estoppel</i> ?.....                 | 276        |
| 3.4.5. A decisão sobre questão em ação coletiva e seus reflexos sobre demandas individuais.....                                   | 278        |
| 3.4.6. O específico caso da falsidade documental.....   | 281        |
| 3.4.7. A estabilidade da prova de repercussão coletiva: segurança jurídica e boa-fé para além da coisa julgada.....               | 287        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>297</b> |
| Propostas de <i>lege lata</i> .....   | 297        |
| Propostas de <i>lege ferenda</i> .....  | 299        |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>  | <b>301</b> |

## INTRODUÇÃO

*As hipóteses, a tese e as teses*

A citação de Hanna Arendt na epígrafe deste trabalho revela uma comum e histórica contraposição entre o individual e o coletivo. A discussão perpassa as mais variadas ciências e teorias, inquietando muitos pensadores do Direito, da Filosofia e da Sociologia.

Em obra clássica lançada em 1895, Émile Durkheim, um dos fundadores da sociologia moderna, defende a prevalência da sociedade sobre o indivíduo, com fundamento na coletividade da consciência, afastando-se de noções individualistas para a consideração do bem comum<sup>1</sup>.

Embora com vertente diversa, o utilitarismo também valoriza o coletivo, defendendo o princípio da utilidade ou da felicidade de maior número. Essa premissa aparece logo no início do Tratado das Provas de Jeremy Bentham, um dos mais famosos e importantes teóricos utilitaristas, ao afirmar que o objeto das leis é “produzir, no mais alto grau possível, a felicidade do maior número”<sup>2</sup>. No âmbito do próprio utilitarismo, Stuart Mill apresenta diferente perspectiva, defendendo a liberdade individual a partir de considerações utilitaristas baseadas nos interesses permanentes do homem como ser em evolução. Em suma, o direito à liberdade individual maximiza a felicidade humana<sup>3</sup>.

H. L. A. Hart, da geração dos “novos utilitaristas”, coloca essa vertente como um princípio maximizante e coletivo, fundado na preocupação com a promoção do bem estar geral, ainda que em detrimento das liberdades individuais<sup>4</sup>.

Em contraposição, e na medida em que o utilitarismo dá preferência ao coletivo sobre o individual, a corrente é fortemente criticada por Ronald Dworkin, que defende um conceito *antiutilitário*, já que o interesse geral não pode se sobrepor aos direitos individuais das pessoas<sup>5</sup>.

O tema é também recorrente na Educação. Tsunessaburo Makiguti, educador e fundador da Soka Gakkai, no início do século XX desenvolveu método educacional focado na educação como caminho para a felicidade. Além da realização individual, o elemento

---

<sup>1</sup> DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillièrre Et., 1895.

<sup>2</sup> BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, v. I. E. Dumont (org.). Trad. C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825, p. 1.

<sup>3</sup> MILL, John Stuart. *On liberty*. Penguin Classics, 1985, p. 14.

<sup>4</sup> HART, H. L. A. *Utilitarianism and Natural Rights*. In *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Clarendon Press – Oxford, 2001, p. 183-184.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 269.

fundamental para esta teoria reside no “comprometimento total com a vida em sociedade” para a elaboração de qualquer conceito genuíno de felicidade, de modo que “a verdadeira felicidade só é alcançada compartilhando-se as tentativas e sucessos dos outros membros da comunidade”<sup>6</sup>.

Haveria muitos outros exemplos a citar. Essa brevíssima síntese, de todo modo, já é suficiente para evidenciar a existência de um claro contraponto entre o coletivo e o individual. É, porém, na sua reciprocidade que se encontra espaço para a constatação de que nada há de paradoxal nesses interesses. Pelo contrário: trata-se de categorias complementares e conexas<sup>7</sup>. Essa complementariedade decorre justamente da inevitável imbricação dialética entre indivíduo e sociedade<sup>8</sup>, possibilitando, a partir da identidade de cada membro e da variedade de aspectos presentes nesse todo, um olhar sobre as necessidades que permeiam a coletividade. “A condição humana e a socialidade do homem estão necessariamente entrelaçadas”, dizia Calmon de Passos, pois a humanização do indivíduo “só se cumpre sendo ele *um com os outros*”<sup>9</sup>.

Este trabalho não se volta ao estudo de aspectos sociológicos das relações entre os indivíduos, nem da tese utilitarista e seus desdobramentos em face da tese liberal de Ronald Dworkin. A ciência de que se ocupa este trabalho é o Processo Civil. Há aí, porém, um importante aspecto sociológico a se considerar. Afinal, o Processo se desenvolve a partir das relações entre as pessoas de uma comunidade, operando como meio ou *instrumento* de solução dos mais variados problemas apresentados na sociedade, e apenas se legitimando quando concretizados esses fins<sup>10</sup>. Não por outra razão, o Processo Civil não pode ser considerado uma ciência socialmente neutra<sup>11</sup>. Significa dizer que, para além de um olhar meramente técnico, o Processo deve se preocupar com seus fins sociais, enquanto ferramenta contributiva para a correta e produtiva inter-relação entre indivíduo e sociedade.

---

<sup>6</sup> MAKIGUTI, Tsunessaburo. *Educação para uma vida criativa*, 2ª ed. Trad. Eliane Carpenter Fraga Lourenço. Rio de Janeiro: Record, 1994, p. 42.

<sup>7</sup> “En esta relación entre una sociedad instituida que sobrepasa infinitamente la totalidad de los individuos que la ‘componen’, pero no puede ser efectivamente más que en estado ‘realizado’ en los individuos que ella fabrica, y en estos individuos puede verse un tipo de relación inédita y original, imposible de pensar bajo las categorías del todo y las partes, del conjunto y los elementos, de lo universal y lo particular etc. Creándose, la sociedad crea al individuo y los individuos en y por los cuales sólo puede ser efectivamente. Pero la sociedad no es una propiedad de composición, ni un todo conteniendo otra cosa y algo más que sus partes - no sería más que por ello que sus ‘partes’ son llamadas al ser, y a ‘ser as’, por ese ‘todo’ que, en consecuencia, no puede ser más que por ellas, en un tipo de relación sin analogía en ningún otro lugar, que debe ser pensada por ‘ella misma’, a partir de ‘ella misma’ como modelo de ‘sí misma’” (CASTORIADIS, Cornelius. *El mundo fragmentado*. La Plata: Terramar, 2008, p. 88).

<sup>8</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 42-43.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 150.

<sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da Administração da Justiça*. In Revista Crítica de Ciências Sociais n. 21, nov/1986, p. 18.

Sabe-se, porém, que por muito tempo predominou o caráter individualista do Processo. De fato, esse instrumento, mesmo com toda a carga sociológica que carrega, foi tradicionalmente voltado à solução de conflitos puramente individuais. Era suficiente. Afinal, não havia ainda uma preocupação com os direitos de terceira geração, para os quais o modelo tradicional e individual de processo revelou-se pouco a pouco insuficiente, inaptidão que se ampliou também para outros direitos, decorrentes da evolução da sociedade de massa. Uma massa que revela não só um aglomerado de pessoas, mas que é composta por minorias<sup>12</sup> que a tangenciam, constituindo sua própria massa social. Mais uma vez, a questão coloca em evidência a existência do indivíduo imerso em uma coletividade com características muito peculiares, colocando em aparente contraposição os interesses individuais e os coletivos.

A percepção dessa massa composta por indivíduos titulares de sua própria diversidade, mas ligados por características comuns, ajuda a compreender a insuficiência de algumas teorias para explicar a interação coletividade–individualidade e, em especial, para garantir a devida e concomitante proteção a ambas. Esse olhar possibilita a conclusão de que a coletividade pode ser tutelada sem prejuízo dos direitos individuais dos membros que compõem a massa social<sup>13</sup>. Para além disso, é muitas vezes a preocupação com os direitos individuais de cada sujeito inserido nesse grupo que possibilita um olhar global sobre um problema que, ultrapassando o âmbito estritamente individual, afeta toda a coletividade.

É especialmente com essa categoria de direitos – que chamaremos de individuais *coletizáveis* – que nos preocupamos neste trabalho, a partir da premissa de que a tutela coletiva de direitos e interesses individuais é ferramenta para a construção de decisões legítimas e efetivas que garantam a proteção adequada aos direitos individuais e também à coletividade. Surge neste ponto outra premissa essencial para o que se desenvolverá logo mais: o necessário caráter *universal* da Jurisdição, em grande medida viabilizado pelo tratamento coletivo de interesses, possibilitando seu endereçamento “à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não-jurisdicionizáveis”<sup>14</sup>.

Atentos a isso, alguns ordenamentos há algum tempo se preocupam com a criação e aperfeiçoamento de técnicas voltadas ao tratamento coletivo de interesses. Há, na grande maioria deles, a previsão de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, mas

---

<sup>12</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. México: La guillotina, 2010, p. 14.

<sup>13</sup> “Just as those who belong to an organization or a group can be presumed to have a common interest, so they obviously also have purely individual interests, different from those of the others in the organization or group” (OLSON, Mancur. *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2002, p. 8).

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 204.

também de técnicas especificamente voltadas para a solução de questões comuns de fato ou de direito. Algumas dessas ferramentas preocupam-se especialmente com a produção da prova de questões de fato individuais, mas com repercussão sobre um incontável número de demandas. Desponta aí o caráter instrumental da prova, e seu potencial para possibilitar o maior grau possível de conhecimento sobre os problemas afetos ao indivíduo e à coletividade, numa dimensão suficiente à tutela adequada dos direitos.

Sob esse aspecto, a técnica coletiva possibilita uma análise conjunta das questões fáticas subjacentes ao direito. O tratamento isonômico passa pelo manejo conjunto da prova de questões fáticas. Evita-se, assim, a construção de diversas verdades sobre a mesma questão de fato, não só afastando o risco de decisões conflitantes, como também prevenindo a incompatibilidade lógica entre decisões proferidas em ações individuais diversas, que é, em última análise, uma manifestação anti-isonômica.

Tratar coletivamente a prova no processo, portanto, significa possibilitar um tratamento isonômico e eficiente desse instrumento, viabilizando o cumprimento da finalidade da Jurisdição. Se a prova é instrumento para a formação do convencimento dos sujeitos processuais, a partir de um certo grau de verdade construída no processo, é fundamental que seu manejo eficiente possibilite a formação desse convencimento de modo uniforme, evitando a existência de perspectivas diversas sobre uma mesma questão de fato.

Nisso consiste a tese aqui proposta. Sua construção tem por objetivo a confirmação das seguintes hipóteses: (i) A tratamento coletivo de direitos individuais garante uma tutela universal, adequada e efetiva, com respeito à isonomia e à eficiência; (ii) As técnicas coletivas garantem uma melhor instrumentalização da prova no processo, de forma a possibilitar o atendimento aos fins da Jurisdição, ou seja, a prestação de uma tutela jurisdicional adequada com eficiência e isonomia; (iii) A prova produzida coletivamente deve ser aproveitada no maior grau possível, a fim de garantir o alcance dos fins da Jurisdição.

O fio condutor das propostas apresentadas está no caráter instrumental da prova que, aliado à natureza igualmente instrumental da tutela coletiva, viabiliza a consecução dos já citados fins da Jurisdição. Ele perpassa todas as propostas que serão construídas neste trabalho.

Uma tese, porém, não é construída a partir de uma ideia única. Para muito além disso, ela deve ser estruturada sobre premissas sólidas que garantam a sustentação das propostas apresentadas. Como não poderia deixar de ser, essas premissas serão buscadas naquilo que a doutrina processual civil há muito vem construindo, tanto no que se refere aos institutos tradicionais do Processo Civil, como a partir daquilo que mais modernamente tem sido desenvolvido, em especial após a edição do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Há,

a despeito de sua aparente obviedade, necessárias releituras ou ao menos manifestações da posição que a respeito delas se adota neste trabalho. Elas compõem várias proposições que serão formuladas ao longo do texto, sem propriamente um caráter inédito, mas evidenciando um específico olhar sobre alguns institutos e técnicas e, por isso, caracterizando de certo modo o desenvolvimento também de algumas *teses*. É o que ocorre, por exemplo, com a representatividade adequada dos entes coletivos. Embora o tema seja debatido por respeitável parcela da doutrina, não sendo, portanto, propriamente inédito, sentiu-se a necessidade de um desenvolvimento mais pontual e aprofundado a seu respeito, em especial por se tratar de importante alicerce para as ideias aqui desenvolvidas.

Ainda assim, há um claro *recorte*. Apenas temas que interessam diretamente ao desenvolvimento das propostas serão enfrentados, em especial naqueles casos em que se mostre necessário apresentar uma posição crítica a seu respeito.

As propostas, como se verá, terão como objetivo potencializar algumas ferramentas processuais já previstas no Código de Processo Civil de 2015, a partir da consideração de que “a história da norma não acaba no momento em que se põe em vigor: ao contrário, desse momento em diante é que ela verdadeiramente começa a viver”<sup>15</sup>. Nesse ponto, são propostas de *lege lata*, sem a necessidade de alterações legislativas, em especial com o objetivo de buscar o melhor aproveitamento das previsões do Código recém aprovado<sup>16</sup> e possibilitar, de certo modo, a aplicação prática imediata das ideias aqui propostas.

Paralelamente a isso, e com o objetivo de contribuir mais intensamente para o *estado da arte* do tema que se propôs a pesquisar, haverá também a apresentação de propostas de *lege ferenda*, com o intuito de contribuir para, quiçá, futuras revisitações legislativas dos temas aqui discutidos. Críticas ao sistema que está posto, portanto, serão também e inevitavelmente formuladas.

### *Estrutura do trabalho*

O trabalho foi dividido em três capítulos. Em cada um deles serão inicialmente estabelecidos os *pontos de partida* necessários ao desenvolvimento de sua ideia principal.

---

<sup>15</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação de modelos jurídicos*. In Temas de direito processual civil, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 266.

<sup>16</sup> “(...) esta é, de fato, a missão do estudioso do Direito: tentar forçar as palavras contidas no texto legal ao seu limite máximo, extraíndo delas todo o seu sumo e permitindo que venham a colaborar, da forma mais prestimosa possível, para a manutenção da ordem e da paz sociais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 428).

Trata-se de premissas cuja compreensão é fundamental para o desenvolvimento das propostas apresentadas.

No primeiro capítulo busca-se, a partir de uma reconstrução dos fins da Jurisdição, estabelecer elementos que possam contribuir para um novo olhar sobre a Jurisdição Coletiva. Aparecem aí os quatro pilares que justificam toda e qualquer atuação jurisdicional e, em especial, da Jurisdição Coletiva: *universalização, adequação e efetividade da tutela, eficiência e isonomia*.

Nesse contexto, a defesa de uma *jurisdição efetivamente coletiva* será desenvolvida com dois objetivos. Em primeiro lugar, para que fique clara a necessidade de se pensar a prestação da tutela jurisdicional de forma coletivizada. Além disso, de forma a justificar e incentivar um olhar diferenciado sobre os instrumentos colocados à disposição pelo sistema, tendo como norte a efetividade da tutela coletiva e seu necessário aperfeiçoamento.

O segundo capítulo inicia-se com o estudo da prova, com a apresentação inicial de algumas premissas necessárias à compreensão de seu manejo coletivo. Trabalha-se, assim, com todos os conceitos e ferramentas probatórios importantes para aquilo que se pretende propor dentro da ideia de coletivização da prova. A partir dessas balizas, inicia-se a apresentação das propostas que caracterizam propriamente a *tese principal*, aí incluídas a concertação de atos para produção coletivizada da prova de questões individuais e a produção antecipada da prova de caráter coletivo, inclusive de forma negociada e extrajudicial.

Por fim, no terceiro capítulo analisam-se os reflexos da prova produzida coletivamente – inclusive no âmbito de ações coletivas – sobre eventuais ações ou direitos individuais. Analisa-se, portanto, o aproveitamento da prova produzida coletivamente. Com isso, arremata-se o fio condutor que norteou as proposições apresentadas, de forma a viabilizar a plena instrumentalização da prova por meio de sua produção coletiva, garantindo-se o atendimento aos fins da Jurisdição, calcados na concretização de uma tutela adequada e efetiva aos direitos, com isonomia e eficiência.

### *Metodologia*

Qualquer proposta que tenha por objetivo apresentar soluções voltadas ao aprimoramento do sistema de justiça – para além, portanto, de um modelo apenas crítico-descritivo –, pode ser construída de forma mais adequada a partir da análise de dados

estatísticos<sup>17</sup>. Em clássico trabalho, Barbosa Moreira, a respeito de algumas reformas processuais, lembrava-se com razão da necessidade de se proceder a um “diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam”<sup>18</sup>.

É por isso que se preocupou, no decorrer deste trabalho, com a consideração de dados que direcionassem um diagnóstico mais seguro dos problemas do Judiciário e da capacidade das propostas apresentadas para contribuir com seu aperfeiçoamento e a melhor prestação jurisdicional<sup>19</sup>. Partiu-se de pesquisas realizadas por alguns órgãos e pesquisadores especializados na análise do Poder Judiciário, como o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada e o próprio CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa realizada pela SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público sobre ações coletivas no Brasil, além de pesquisas mais específicas, também apresentaram dados relevantes para embasar as propostas ora apresentadas. Além disso, foi realizada uma espécie de *survey* com juízes indicados pelo Conselho Nacional de Justiça para compor os núcleos e demais órgãos de cooperação, e com o próprio CNJ, via Ouvidoria, com o objetivo de verificar quantitativa e qualitativamente a

---

<sup>17</sup> Egas Moniz de Aragão, em 1999, já destacava a necessidade de preocupação com a “estatística judicial, que permitirá radiografar e diagnosticar os males que afligem e entram a justiça” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *As tendências do processo civil contemporâneo*. In *Gênese - Revista de Direito Processual Civil*, v. 11, jan-março/99, p. 155). Em outro trabalho, escrito a partir de pesquisa realizada por Maria Tereza Sadek, conhecida socióloga e estudiosa do Poder Judiciário, o autor ressalta “a necessidade de realizar pesquisas estatísticas a respeito do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil, no que tange à distribuição de justiça, matéria que parece não despertar a atenção das autoridades, que não só poderiam, como deveriam promover tal investigação e por seu intermédio fazer diagnóstico confiável da situação reinante no País, a fim de cogitar de remédios para o grave mal com que todos se defrontam” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Estatística Judiciária*. In *Revista de Processo* n. 110, ano 28, abril.junho/2003, p. 9). No mesmo sentido, Arruda Alvim: “[...] em todos os campos — mas, isto vale de uma forma absoluta e plena para a atividade do Judiciário e para um reequacionamento do direito processual —, colocam-se como indispensáveis estatísticas idôneas e outros instrumentos de cognição real da realidade, porquanto, quaisquer reformas ficarão sempre muito a desejar, na medida em que a realidade indesejada e que se pretende modificar não esteja corretamente representada perante quem colime reformá-la. O não conhecimento da realidade conduz a reformas baseadas em meras intuições sempre unilaterais, calcadas num empirismo primário, ‘com o risco sério, senão que quase certo de inevitável fracasso, com o que, aquilo que estava imprestável, continuará a não prestar ou não vir a ser bom, como se esperava. É só o pleno e verdadeiro conhecimento da realidade que enseja condições para que se possa reformar para o bom’ - mesmo com a consciência de que não se irá, ‘ao menos a curto prazo’, atingir o ideal” (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - Sua evolução ao lado do direito material*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão da Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 184).

<sup>18</sup> “Se o nosso intuito, v. g., é o de acelerar a máquina da Justiça, necessitamos saber quais as peças que estão recebendo menos, e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma. Corremos o risco de sair a atacar moinhos de vento, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. In *Temas de Direito Processual Civil*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11).

<sup>19</sup> “A estatística é uma filha da probabilidade. Em parte é um instrumento que mostra aos cientistas em que medida o resultado de suas pesquisas é seguro, e, assim, quanto suas asserções são dignas de confiança” (KERLINGER, Fred Nichols. *Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual*. Trad. Helena Mendes Rotundo. São Paulo: EPU, 1910, p. 75).

aplicação dos atos de cooperação previstos nos arts. 67 e ss. do Código de Processo Civil de 2015, ferramentas fundamentais para algumas das propostas apresentadas neste trabalho.

O mesmo mote levou à análise de casos – extraídos do direito nacional e estrangeiro – que pudessem evidenciar a atual interpretação dada pelos Tribunais a muitos dos institutos aqui analisados, assim como auxiliar na realização de diagnóstico acerca dos problemas que justificam as técnicas aqui propostas. O exame de algumas ações coletivas e de situações que ensejaram uma multiplicidade de demandas individuais muito contribuiu para esse diagnóstico.

Da mesma forma, algumas técnicas extraídas do direito estrangeiro são apresentadas, sem a intenção de propor sua incorporação no ordenamento brasileiro. Os institutos estrangeiros são utilizados apenas ilustrativamente, podendo servir de incentivo e exemplo quanto à viabilidade das propostas aqui apresentadas, que serão desenvolvidas sempre à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Sob este aspecto, não se trata, parece estar claro, de um trabalho de direito comparado.

Por fim, a respeito das questões formais, é preciso ressaltar-se a adoção de algumas opções metodológicas: (i) as citações em língua estrangeira foram, em sua maioria, mantidas no original, de forma a viabilizar a correta compreensão da ideia do autor. Quando, porém, a obra utilizada já configura uma tradução, a citação será traduzida para o português; (ii) em sua maioria, as citações foram inseridas em rodapé, de forma a evitar a quebra na leitura do texto e no desenvolvimento das ideias apresentadas; (iii) buscou-se, salvo algumas exceções, a última e original edição das obras citadas; (iv) todas as vezes em que se utiliza a denominação Código de Processo Civil está-se a referir ao Código de Processo Civil de 2015. Quando houver menção a Códigos anteriores, haverá expressa indicação da norma de que se trata; (v) todos os elementos formais do trabalho obedeceram às regras da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

## 1. POR UMA NOVA JURISDIÇÃO COLETIVA

### 1.1. Sobre a Jurisdição

#### 1.1.1. Jurisdição e eficiência: um olhar sobre a gestão de casos judiciais

Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em 2011 buscou elencar os motivos da ineficiência do primeiro grau na Justiça Estadual brasileira<sup>20</sup> que, segundo os últimos relatórios do CNJ, é responsável pela maior quantidade de processos e por significativa parte da ineficiência do Judiciário. A pesquisa utilizou a base de dados “Justiça Aberta”<sup>21</sup>, organizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que contém relatórios de produção de serventias judiciais estaduais de primeira instância.

“A conclusão mais importante deste estudo”, revela o pesquisador do IPEA, “é que parcela significativa da variação do desempenho jurisdicional pode ser explicada pela variação na eficiência técnica, e não pela variação da utilização de insumos produtivos”<sup>22</sup>. Segundo se constatou, “o Brasil tem um Judiciário caro, mas que não tem logrado seu objetivo de resolução de conflitos de forma célere, violando cláusula pétreia inscrita no artigo 5o, inciso LXXVIII, do Pacto Fundamental”. Consequentemente, “a questão relevante para os formuladores de política é: como melhorar o desempenho do sistema, dados seus custos? Isto é: seria possível melhorar o desempenho sem adicionar recursos?”<sup>23</sup> A conclusão final é de que essa melhora é possível, a partir de adequações na administração judicial, com a mesma quantidade de recursos<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> O objetivo da pesquisa é “com base no diagnóstico quantitativo apresentado, propiciar aos formuladores de políticas para o Judiciário, tanto no nível nacional quanto no estadual – particularmente o CNJ, o Ministério da Justiça e os TJs –, uma maior compreensão da natureza dos problemas dos sistemas de justiça estaduais e, como consequência, induzir o aperfeiçoamento de proposições de reforma das instituições judiciárias” (CASTRO, Alexandre Samy. *Indicadores básicos e desempenho da Justiça Estadual de primeiro grau no Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada, 2011, p. 42).

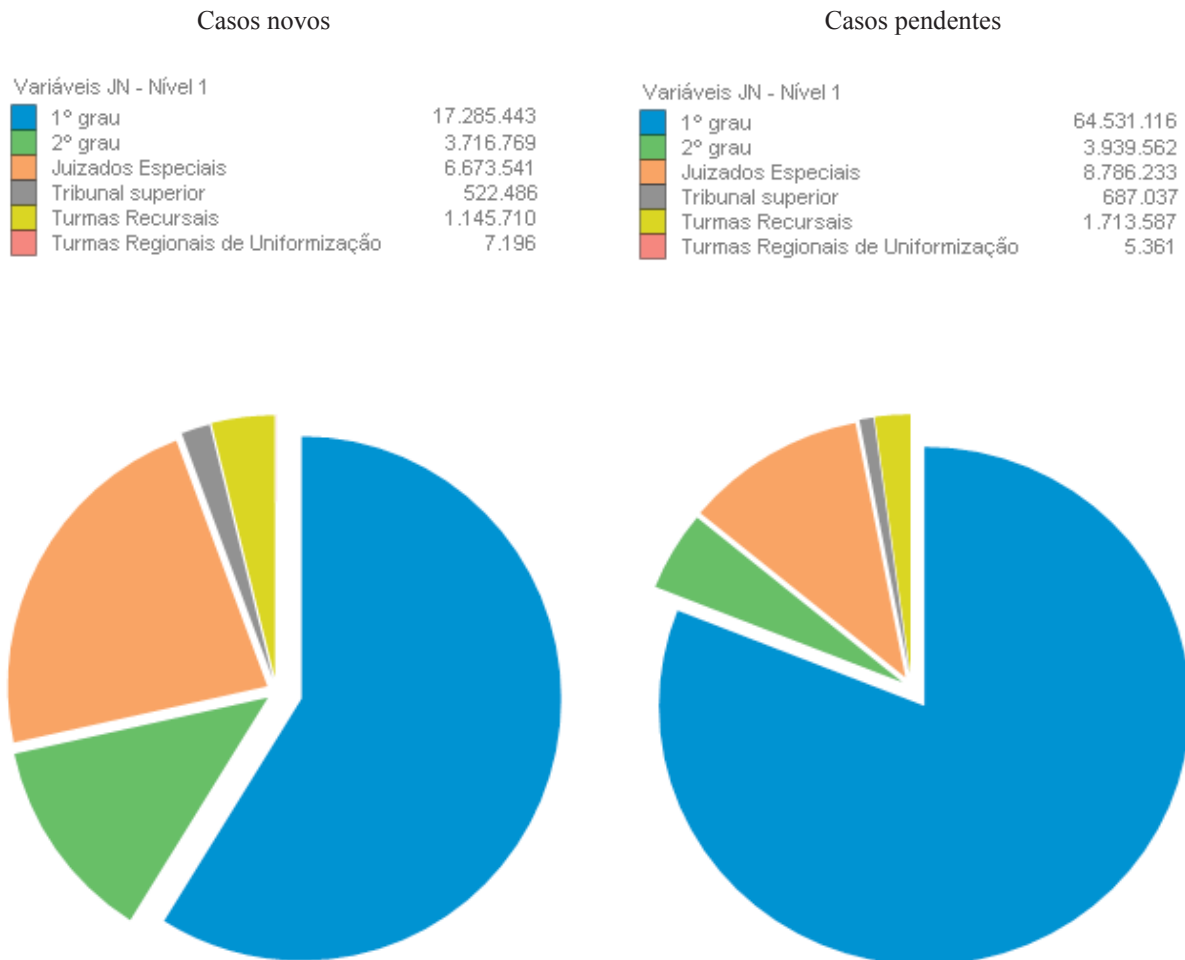
<sup>21</sup> Como se extrai do endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, “O Justiça Aberta é um sistema de consulta que facilita o acesso dos cidadãos a informações sobre a localização de varas cíveis, tribunais, cartórios e outras instituições a serviço do sistema judiciário do Brasil e sobre relatórios de produtividade das secretarias processuais. O banco de dados simplifica o acesso às instâncias judiciárias do país e é gerenciado pela Corregedoria Nacional de Justiça”. Fonte: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-aberta> Acesso 04.07.2018.

<sup>22</sup> “A ineficiência técnica depende de um vetor de características das serventias – os tipos de casos e a situação dos juízes e funcionários perante a serventia –, de variáveis “ambientais”, incluindo geografia e classificação da jurisdição (comarca), e da qualidade da administração judicial no nível local, medida pelo modelo de provisão dos serviços locais de notários e registro (privatizados versus oficializados). O desempenho da vara de justiça é influenciado também por variáveis socioeconômicas, geográficas e políticas, que exercem influência sobre a qualidade e a celeridade da prestação jurisdicional” (CASTRO, Alexandre Samy. *Indicadores básicos...* op. cit., p. 5).

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 11.

Embora produzida em 2011, o resultado dessa pesquisa é ainda atual. O Relatório Justiça em Números produzido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, com referência ao ano de 2016, indica que o “primeiro grau de jurisdição concentra 94,2% dos casos pendentes, 85,5% dos casos novos, 83,6% dos servidores e 86,1% dos magistrados”<sup>25</sup>. Os gráficos abaixo, produzidos pelo próprio CNJ<sup>26</sup>, deixam claro o impacto que o 1º grau gera tanto no que se refere aos casos novos (que compõem mais de 58% do total), quanto aos pendentes:



Mesmo excluindo-se as execuções (que geram impacto significativo nesse número), bem como os processos suspensos, sobrestados e em arquivo provisório, a taxa líquida de

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017, p. 182. Embora apresente dados relativos às matérias mais recorrentes, o relatório infelizmente não separa os temas específicos de cada ação. Ainda assim o relatório é útil pois o que se pretende neste momento é demonstrar que o 1º grau, em especial a fase de conhecimento, apresenta impacto significativo no número de processos em trâmite perante o Judiciário, evidenciando a necessidade de uma atenção especial para as técnicas que podem contribuir de forma adequada para a redução desse número.

<sup>26</sup>Fonte:

[https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true](https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true) Acesso 14.07.2018.

congestionamento<sup>27</sup> (que foi fixada em 73% em 2016) chegaria a 62% na fase de conhecimento em 1º grau<sup>28</sup>.

Pesquisa realizada pelo grupo de pesquisa “Direito e Política” da Universidade Federal do Paraná revela ser “no 1º grau da jurisdição que as taxas [de congestionamento] são mais elevadas, exatamente a instância que mais recepciona casos novos no Judiciário estadual”. O quadro é preocupante: “No 1º grau da jurisdição, a taxa de congestionamento indica que, para o passivo ser zerado, seriam necessários quatro anos sem o ingresso de casos novos. Nas outras instâncias esse período se aproxima de um ano”<sup>29</sup>.

Os dados extraídos do relatório anualmente elaborado pelo CNJ, em especial as estatísticas reveladas no Relatório Justiça em Números de 2013<sup>30</sup>, deram ensejo à Política de Priorização do Primeiro Grau da Justiça, criada pela Resolução CNJ n. 194, de junho de 2014, com foco no diagnóstico e possíveis estratégias para a solução dos problemas indicados para o primeiro grau de Jurisdição. Desde então, planos de ação foram desenvolvidos pelos Tribunais de cada Estado e Região, com a apresentação de propostas para melhora desse quadro<sup>31</sup>. O plano de ação apresentado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, inclui dentre as estratégias sugeridas um plano de “Prevenção e Racionalização de Litígios”, com foco na conciliação e meios pré-processuais de solução de conflitos.

O ponto tem relação direta com uma recente e relevantíssima função que tem sido atribuída à Jurisdição. Essa nova compreensão toca diretamente à forma como os diversos instrumentos processuais devem ser manejados na busca da concretização de seu objetivo essencial: a prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva à tutela dos direitos. Agrega-se a isso a necessidade de que essa tutela seja prestada de modo *eficiente*.

Essa exigência já era extraível do ordenamento jurídico anterior ao Código de Processo Civil de 2015, pela previsão do art. 37 da Constituição Federal (inserido pela EC 19/98) dentre

---

<sup>27</sup> A taxa de congestionamento é calculada a partir da consideração de casos novos, casos pendentes e casos resolvidos pelo Judiciário. Relatório elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça em novembro de 2011 indicava que, no Brasil, a taxa de congestionamento era de 70%, contra uma média de 47%, calculada com base em 30 países europeus (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf) Acesso 24.08.2016.

<sup>28</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017...* op. cit., p. 123.

<sup>29</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. *Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos*. In CONTI, José Maurício (coord.). Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2017, v. I, p. 268.

<sup>30</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília: CNJ, 2013.

<sup>31</sup> Todos os planos estão disponíveis no endereço eletrônico do CNJ: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/planos-de-acao> Acesso 18.06.2018.

os princípios norteadores da Administração Pública<sup>32</sup>, bem como nos arts. 74, 126 e 144, decorrendo também da garantia do devido processo legal<sup>33</sup>. Foi, porém, reforçada com sua inserção no art. 8º do CPC, como um dos princípios que integram as normas fundamentais do Processo Civil.

A eficiência será aqui compreendida como um fator de adequação entre os meios de que se vale a Jurisdição para a concretização de seus fins<sup>34-35</sup>. Em outras palavras, será medida de acordo com a capacidade de a Jurisdição efetivar uma tutela legítima<sup>36</sup> e universal que seja adequada às necessidades do direito material<sup>37</sup>, com o menor custo possível, concretizando os

---

<sup>32</sup> Para uma análise acerca do significado da eficiência prevista no dispositivo constitucional, com ampla pesquisa doutrinária, em especial no âmbito do Direito Administrativo: JOBIM, Marco Felix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 22-36.

<sup>33</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. In DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). Normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 377; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I, 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 127.

<sup>34</sup> Como explica Leonardo Carneiro da Cunha, a eficiência “mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível”. Diferencia-se da eficácia, compreendida como aptidão ou capacidade para produzir efeitos, e da efetividade, que “constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma” (CUNHA, Leonardo Carneiro. *O princípio da eficiência...* op. cit., p. 367).

<sup>35</sup> Logo na introdução de obra na qual investiga o Processo Civil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, Robert Bone, considerando que o desenho das regras processuais implica enigmas filosóficos profundos, ressalta que o desafio do Processo Civil é encontrar, justamente, um equilíbrio entre benefícios e custos (BONE, Robert. *Civil Procedure. The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 1-2). Está aí a essência do conceito de eficiência.

<sup>36</sup> Sob o ponto de vista da tutela dos direitos, o exercício da Jurisdição será legítimo quando respeitar o direito à adequada participação, garantir o uso da técnica adequada à tutela do direito material e resultar em uma decisão que respeite os direitos fundamentais (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil - teoria do processo civil*, v. 1, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 521).

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 124.

valores públicos<sup>38</sup> garantidos na Constituição Federal, dentre eles o acesso à Justiça, a isonomia e a participação democrática<sup>39</sup>.

A questão envolve aspectos quantitativos e qualitativos<sup>40</sup>. Significa dizer que a pretensão à eficiência não deve ser fundamentada apenas na celeridade, consubstanciando-se de forma muito mais pertinente no princípio da razoável duração do processo (arts. 5º, LXXVIII CF e 4º CPC 2015) e na já conhecida fórmula segundo a qual o processo deve tramitar o tempo necessário para que a tutela jurisdicional seja bem prestada<sup>41</sup>. Em outras palavras, um Poder

---

<sup>38</sup> Owen Fiss conceitua Jurisdição (*adjudication*) como “the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression” (FISS, Owen. *The Social and Political Foundations of Adjudication*. In *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, 1982, p. 121). Ao posicionar a concretização de valores públicos como centro da Jurisdição, Owen Fiss possibilita uma virada de paradigma que tem como resultado a adaptação das técnicas processuais ao alcance dessa finalidade. É a partir dessas bases que introduz o conceito de reforma estrutural, com a necessidade de se revisitar o modelo tradicional de processo e possibilitar o seu desenvolvimento a partir da transformação das instituições envolvidas no problema carente de solução jurisdicional (FISS, Owen. *The forms of Justice*. In *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, p. 2). Do mesmo autor: Fiss, Owen M. *The Allure of Individualism*. In *Iowa Law Review* v. 78, 1992/1993, p. 965-979). [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1332](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1332). Acesso 10.02.2018. Em linhas gerais, o processo estrutural, voltado à solução de litígios complexos, promove a construção de uma decisão a partir da consideração das possibilidades de todos os envolvidos, inclusive possibilitando resultado diverso daquele pleiteado inicialmente, sem que isso caracterize ofensa aos princípios da demanda e da congruência. A técnica acaba por permitir que o Judiciário adentre nas estruturas burocráticas das instituições, a fim de propiciar a construção das medidas mais adequadas à prestação da tutela aos direitos. Para Francisco Verbic, “la denominación ‘estructural’ de las sentencias dictadas en estos procesos viene dada por el hecho que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran en la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole. Es importante destacar que, como regla general, en este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida en la decisión. En cambio, lo que suelen hacer es indicar los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, establecer los criterios generales que deben respetarse al efecto. Los modos para conseguir la finalidad especificada en la decisión se dejan librados a la discreción del obligado, o bien del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y en lugar del obligado” (VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65-66). Ainda sobre o tema: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 39-41; JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Para uma análise do processo estrutural no direito brasileiro, ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão*. In GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015).

<sup>39</sup> Referindo-se à atuação do Supremo Tribunal Federal, Rodrigo Brandão destaca que “com cada vez menor vinculação do juiz a normas prévias e claras, a atuação judicial precisa manter referibilidade à vontade do povo, para preservar a sua neutralidade política” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 231). A exigência é aplicável a qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive em primeiro grau, em especial quando se trata de tutela com caráter universal, como é o caso da tutela coletiva.

<sup>40</sup> Acerca da eficiência sob esses dois aspectos, JOBIM, Marco Felix. *As funções da eficiência...* op. cit., p. 137-139.

<sup>41</sup> Comentando o princípio da razoável duração do processo e afirmando não se tratar de sinônimo de celeridade, Cassio Scarpinella Bueno destaca que a norma revela a necessidade de “verificar como ‘economizar’ a atividade jurisdicional no sentido da redução dessa atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados,

Judiciário que possibilite a prestação de uma tutela jurisdicional no tempo necessário para a efetivação do direito material será um Judiciário eficiente<sup>42</sup>. A equação pressupõe uma relação de complementariedade entre o tempo do processo e a qualidade da decisão. Vista de outro modo, a eficiência da prestação jurisdicional não pode resultar em perda de efetividade do processo<sup>43</sup>.

Vários elementos, como se vê, devem ser agregados para que esse ideal se concretize:

a) o uso adequado da técnica processual<sup>44</sup>, contribuindo para boas e bem fundamentadas decisões, em especial porque proferidas em um ambiente que possibilita um olhar diferenciado para direitos que necessitam de uma tutela igualmente diferenciada; b) ainda no que se refere à técnica, a gestão interna do processo<sup>45</sup> pelos sujeitos processuais em colaboração, de forma a

---

otimizados, tornados mais eficientes (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda a atividade estatal, consoante se extrai do caput do art. 37 da CF e do ‘princípio da eficiência’ lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há porque recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como ‘princípio da eficiência da atividade jurisdicional’” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50).

<sup>42</sup> Analisando a relação entre celeridade e qualidade das decisões, na tentativa de encontrar um conceito de eficiência, Michele Taruffo expõe duas possíveis vertentes para a questão. Primeiro, aquela que defende a celeridade a qualquer custo, importando apenas que as disputas sejam resolvidas rapidamente, independentemente do acerto e legalidade da decisão. A outra, que possibilita uma interação entre a celeridade e a qualidade, de modo que “a system of litigation is efficient when it is reasonably quick and inexpensive, but also when it is structurally oriented to reach fully informed, accurate and reliable decisions on the whole merits of the case”. Embora parta da premissa de que o objetivo do processo civil é resolver controvérsias por meio de decisões precisas, completas e justas, ressalta que pode haver uma relação inversamente proporcional entre eles, ou seja, a eficiência sob o aspecto da celeridade minimizaria a possibilidade de qualidade das decisões (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (coords.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad de Valencia, 2008, p. 187). Como se verá logo mais, na nota 49, pesquisa realizada por pesquisador do IPEA revelou, ao menos dentro do recorte pre-estabelecido, que não há relação de contradição entre celeridade e qualidade.

<sup>43</sup> Para Fredie Didier Jr., “efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu-se o fim ‘realização do direito’ de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. I, op. cit., p. 132).

<sup>44</sup> “Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114). “A correta compreensão dos fundamentos da técnica processual é uma das premissas fundamentais à efetividade do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31).

<sup>45</sup> “O princípio da eficiência, aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional” que, desse modo, “é visto como um administrador de um determinado processo”, recebendo da lei, para tanto, “poderes de condução (gestão) do processo” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. I, op. cit., p. 129-130). Afirmando que as técnicas de gestão processual decorrem da garantia do acesso à justiça, independentemente de previsão legal expressa, Cláudia Cahali aponta as seguintes ferramentas de gestão: “1) racionalização do serviço mediante a adoção de técnicas que promovam a eficiência e a efetividade da marcha processual, por exemplo, a elaboração de um cronograma dos atos e dos prazos processuais; 2) flexibilização do procedimento; 3) utilização de meios alternativos de conflito em conjunto com a solução judicial ou com a exclusão desta” (CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais – em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 45).

criar alternativas procedimentais para o bom desenvolvimento do processo, tanto pela via dos negócios processuais, quanto pelos poderes de adequação procedimental colocados à disposição do juiz<sup>46</sup>; c) já no aspecto da gestão externa, a prestação racional da tutela jurisdicional, inserida num contexto global, de gestão adequada de casos judiciais; d) ainda neste contexto, a gestão administrativa das serventias judiciais<sup>47</sup>; e e) o custo do Poder Judiciário<sup>48</sup>.

Todos esses fatores possibilitam o alcance da eficiência sem que seja necessário abrir mão da qualidade<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> O Código de Processo Civil português, Lei 41, de 26 de junho de 2013, institui um dever de gestão processual em seu art. 6º, dispondo: “Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”. O art. 139 do Código de Processo Civil brasileiro inclui dentre os poderes do juiz o de “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

<sup>47</sup> A pesquisa desenvolvida pelo IPEA, citada no início deste item, realizou uma análise nas serventias judiciais de primeiro grau no Brasil, concluindo que “parcela significativa da variação do desempenho jurisdicional pode ser explicada pela variação na eficiência técnica, e não pela variação da utilização de insumos produtivos”, bem como que “um amplo conjunto de fatores institucionais e ambientais é importante para explicar a eficiência produtiva da serventia judicial”. Ainda: “Os dados e as estimativas econométricas parecem corroborar a ideia de que a presença de distorções na alocação de recursos, além de falhas no modelo de supervisão de cartórios e juizes, são fatores preponderantes para explicar um desempenho judicial insatisfatório. Este conjunto de resultados indica que, em geral, a escassez de recursos não constitui justificativa para a ineficiência jurisdicional. Muitas daquelas serventias que apresentam desempenho ruim trabalham com o mesmo volume de recursos produtivos de outras com desempenho muito superior” (CASTRO, Alexandre Samy. *Indicadores básicos...* op. cit., p. 66-67).

<sup>48</sup> As pesquisas desenvolvidas anualmente pelo CNJ com resultado apresentado nos relatórios Justiça em Números também apontam o alto custo da Justiça, com destaque para a Justiça Estadual. “No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% e, considerando o quinquênio 2011-2015, um crescimento médio na ordem de 3,8% ao ano. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios ou a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento, conforme o Gráfico 3.2. Na Justiça Estadual, segmento mais representativo, e que abarca 80% dos processos em tramitação, está alocada 56,4% das despesas” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016...* op. cit., p. 33). Já em 2016, “as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 84,8 bilhões, o que representou crescimento de 0,4% em relação ao último ano e uma média de 3,9% ao ano desde 2011” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017...* op. cit., p. 53).

<sup>49</sup> Em tese de doutorado em economia desenvolvida a partir de pesquisas empíricas junto ao Poder Judiciário de Minas Gerais, Alexandre Samy de Castro avaliou a inter-relação entre “a dimensão ‘eficiência’ e a dimensão ‘justeza’ (fairness) - definida como a observância às garantias processuais”. Basicamente, o objeto da pesquisa consistiu em verificar “se existe um dilema - e assim, qual seria a ‘taxa de troca’ entre os dois - isto é - o quanto é necessário abrir mão dos direitos processuais para garantir a eficiência”, ou, de outro lado, se haveria uma relação de complementariedade, “no sentido de que a observância das garantias processuais não implica em perda de eficiência” (CASTRO, Alexandre Samy de. *Ensaio sobre o poder judiciário no Brasil*. Tese (doutorado). Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 65). Para aferir a qualidade da decisão judicial, o pesquisador do IPEA considerou uma variável binária: uma decisão judicial será de alta qualidade se e somente se for confirmada, ainda que parcialmente, no segundo grau. Caso contrário, ela será de baixa qualidade. Seria possível, ainda, considerar que uma decisão é de média qualidade, quando ela é parcialmente reformada pelo Tribunal de segundo grau (Ibid., p. 66/67). A hipótese da pesquisa era a seguinte: “Dado o grau de dificuldade do caso, uma maior demora em julgar pressupõe uma deliberação mais cuidadosa e, portanto, uma decisão de melhor qualidade” (Ibid., p. 70). A conclusão foi a de que “não há dilema entre se julgar rápido e se julgar de forma correta”, já que “a demora processual está associada à decisões de pior qualidade, no sentido de que têm mais chances de serem reformadas em instância superior. Dito de outra forma, a celeridade processual caminha de mãos dadas com a qualidade processual”. Concluiu-se também que “por trás da complementariedade entre celeridade e qualidade, estão fatores

Isso, porém, não é tarefa fácil. Em especial no momento atual, em que cada demanda deve ser pensada não mais individualmente, mas como parte de um contexto maior, compondo, como já se disse, um Judiciário com uma das maiores taxas de congestionamento do mundo<sup>50</sup>. É por isso que atrelada ao conceito de Jurisdição está a potencialidade de uma gestão racional e eficiente não só *do processo*, como também *dos processos*, numa perspectiva de proporcionalidade panprocessual, “como critério de valoração do emprego de certo recurso para a obtenção de um processo eficiente”. Em outras palavras, para possibilitar “a consecução de um ponto de equilíbrio entre a proteção dos interesses individuais envolvidos em cada acontecimento processual e a proteção dos interesses coletivos à gestão racional do conjunto dos processos”<sup>51</sup>.

Trata-se, em síntese, da necessidade de utilização de ferramentas que permitam o uso adequado das técnicas e instrumentos processuais, bem como da *gestão do conjunto de processos*<sup>52</sup>, levando-se em conta que “a eficiência da composição de cada controvérsia não deve perder de vista a eficiência na gestão da massa dos processos”<sup>53</sup>. A proporcionalidade panprocessual possibilita justamente esse olhar sobre o processo à luz dos demais processos<sup>54</sup>.

---

como a ineficiência gerencial, o retrabalho e congestionamento de varas judiciais. Tais fatores parecem comprometer concomitantemente a celeridade processual e a qualidade da decisão judicial” (Ibid., p. 78-79).

<sup>50</sup> Não por outra razão, Remo Caponi afirma que a Jurisdição não pode ser concebida apenas como uma função do Estado voltada à atuação do Direito no caso concreto, mas principalmente como “serviço público orientado à composição das controvérsias segundo a Justiça (ou seja, com a aplicação de critérios de julgamento objetivos e predeterminados)”, olhar que possibilita que a Justiça seja voltada hoje a “responder às expectativas de eficiência provenientes dos usuários do serviço judiciário” (CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na Justiça Civil*. In Revista de Processo, São Paulo, v. 192, fev.2011, p. 401).

<sup>51</sup> Ibid., p. 400. Para uma ampla e aprofundada análise sobre a proporcionalidade panprocessual e, em especial, sua relação com os interesses tuteláveis na via coletiva, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26 e ss.

<sup>52</sup> Buscando conciliar os interesses disponíveis das partes no processo com sua função pública e a consequente necessidade de equilíbrio dos direitos processuais das partes com a eficiência, em especial porque exercidos “dentro de un marco orgánico-procedimental de una función pública y por onde existe un todo inherente a su ejercicio que no puede ser desconsiderado”, Álvaro Pérez Ragone afirma: “El pensamiento en eficiencia del proceso civil contempla la adecuada gestión de los recursos en un proceso considerado y considerando al mismo en el contexto de todos los otros procesos existentes y aquellos que podrían ocupar su lugar [...] Además la dirección justa y eficiente del proceso implica una economía en el ingreso de causas, en el costo y tiempo de duración para la obtención de una sentencia lo más legitimada y ajustada a lo justo” (RAGONE, Álvaro J. D. Pérez. *Retrato del revisionismo garantista en el proceso civil a través de Klein y Wach: algunas precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*. In Revista de Processo v. 233, pp. 241-269, jul/2014).

<sup>53</sup> Trata-se de relevante sugestão apresentada por Andrea Proto Pisani em Projeto de Código de Processo Civil italiano, incluindo, dentre seus princípios fundamentais, o da Efficienza del processo civile: “È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi” (PISANI, Andrea Proto. *Per un nuovo codice di procedura civile*, in Foro Italiano, 1987, gennaio 2009, p. 10).

<sup>54</sup> Acerca do tema, Sérgio Cruz Arenhart destaca que o princípio da proporcionalidade “deve considerar as garantias constitucionais (processuais) das partes, de um lado, e o interesse na eficiência da administração da justiça, no outro”. Em outras palavras: “a questão deve considerar os interesses daquele que age (ou se defende) em um processo específico, em um dos vértices do problema, e no outro, os interesses como um todo, dos terceiros

A *gestão de casos judiciais* deve ser compreendida nesse contexto, à luz do princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal e como forma de viabilizar uma prestação jurisdicional adequada. Gerir casos judiciais<sup>55</sup> significa conduzir o processo com o olhar voltado aos inúmeros casos pendentes de julgamento, buscando soluções que possibilitem a prestação da tutela jurisdicional adequada e racional. Atende-se, assim, à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e ao mesmo tempo se permite, num contexto global, a maior eficiência do Judiciário, por meio de medidas que mobilizem menores custos humanos e financeiros, com a adequada alocação de recursos e esforços. Todos esses fatores devem ser conjugados para que se obtenha do Judiciário a melhor prestação jurisdicional, considerando o conjunto de casos judiciais<sup>56</sup>, possibilitando-se o alcance do escopo da atividade jurisdicional “com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível”<sup>57</sup>.

Esse objetivo é, há muito, foco da preocupação dos Estados Unidos e da Inglaterra<sup>58</sup>, que adotam o *case management*<sup>59</sup> com vistas à garantia de um melhor desempenho na administração da atividade jurisdicional.

---

em relação a esse processo, que são potenciais usuários do mesmo serviço judiciário” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* op. cit., p. 46).

<sup>55</sup> O ‘gerenciamento de processos’ pode ser compreendido como planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35).

<sup>56</sup> “A adequada disponibilidade de recursos tem pouca serventia se não é acompanhada da capacidade e da competência profissional em organizar de forma eficiente o seu emprego” (CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil...* op. cit., p. 403).

<sup>57</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo...* op. cit., p. 50.

<sup>58</sup> “Nas *Civil Procedure Rules* inglesas, o objetivo prioritário de tratar a causa conforme a justiça significa, entre outras coisas, na medida do possível, tratar a causa de modo proporcional ao seu valor, à sua importância, à complexidade das questões que ela apresenta, à situação econômica de cada uma das partes, além de atribuir a ela uma quota adequada de recursos do juiz, tendo em conta a necessidade de reservar recursos às outras causas. As *Civil Procedure Rules* codificam, assim, em seu primeiro parágrafo, o princípio da proporcionalidade no emprego dos recursos do juiz, sob um duplo aspecto: em relação às características próprias de cada causa, e em face da relação entre cada uma delas e as demais. Sob a ótica do objetivo prioritário de tratar as causas conforme a justiça, o juiz é obrigado a observar o princípio da proporcionalidade, seja na interpretação das normas, seja no exercício dos seus poderes discricionários” (CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade...* op. cit., p. 405).

<sup>59</sup> “Judicial case management would mean not only that the court could control the progress of proceedings, but also that the court could determine how much of the court’s resources should be allotted to the resolution of a particular case and that all of this would be achieved primarily through the allocation of cases to a case management track with case management by the courts thereafter” (GERLIS, Stephen M.; LOUGHLIN, Paula. *Civil Procedure*. London: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 5).

Na Inglaterra, esse movimento efetivou-se com o advento, em 1998, das *Civil Procedure Rules*<sup>60</sup>, prevendo vários mecanismos de gestão de casos judiciais<sup>61-62</sup>.

As CPR elencam uma série de regras voltadas ao adequado desenvolvimento dessa prática. Desde sua edição, a gestão de casos judiciais adquiriu certa habitualidade no direito inglês, representando um cuidado do Judiciário com a redução de custos, observância da duração razoável do processo e facilitação na obtenção de resultados. Para Neil Andrews, a gestão de processos pode ser vista a partir de três funções essenciais: o encorajamento às partes no empenho pelo consenso; o cuidado na tramitação mais célere do processo, e na sua eficiência; a garantia de que os recursos judiciais serão utilizados de forma proporcional, fazendo com que as partes levem em conta a existência de demandas que “disputam o mesmo espaço e outros litigantes que também pretendem obter acesso aos juízes, cuja disponibilidade de espaço para julgamento demonstra bem o quanto são escassas as efetivas possibilidades dos tribunais”<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> A aprovação das CPR foi precedida de relatório elaborado pelo magistrado Lord Woolf, a pedido do Lord Chancellor, que resultou na indicação dos seguintes problemas no até então atual sistema judicial inglês: “The defects I identified in our present system were that it is too expensive in that the costs often exceed the value of the claim; too slow in bringing cases to a conclusion and too unequal: there is a lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under resourced litigant. It is too uncertain: the difficulty of forecasting what litigation will cost and how long it will last induces the fear of the unknown; and it is incomprehensible to many litigants. Above all it is too fragmented in the way it is organised since there is no one with clear overall responsibility for the administration of civil justice; and too adversarial as cases are run by the parties, not by the courts and the rules of court, all too often, are ignored by the parties and not enforced by the court” (Lord Woolf. *Access to Justice - Final Report*. Disponível em <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> Acesso 07.09.2016).

<sup>61</sup>“Predomina agora a ideia do *active case management*, que implica a concessão de amplos poderes de direção do processo ao juiz. Conta-se, a par disso, com a colaboração das partes e de seus advogados” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A revolução processual inglesa*. In Temas de Direito Processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83).

<sup>62</sup> Em artigo em que analisam os resultados das CPRs, John Peysner e Mary Seneviratne concluem que o novo sistema contribui para a eficiência na prestação jurisdicional, destacando: “The case management machinery introduced under the CPR has been successful in reducing delays, making the process more predictable and certain and shifting control from the parties (or, as is often the case, from their representatives) to the court. This is a positive development, as the primary focus of litigators is on their client's interests and the court is in a better position to hold the balance and look to the public interest. This is important as the court system is a vital public service and its relatively scarce resources need to be used as effectively and efficiently as possible” (PEYSNER, John; SENEVIRATNE, Mary. *The management of civil cases: a snapshot*, in Civil Justice Quarterly 2006, p. 9 ([http://irep.ntu.ac.uk/2891/1/187909\\_5541%20Seneviratne%20Publisher.pdf](http://irep.ntu.ac.uk/2891/1/187909_5541%20Seneviratne%20Publisher.pdf) Acesso 07.09.2016).

<sup>63</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

Da mesma forma ocorreu nos Estados Unidos, em que o *case management* está previsto nas *Federal Rules of Civil Procedure* há mais de 30 anos, voltando-se, basicamente, à redução de custos e atrasos indevidos na prestação jurisdicional<sup>64-65</sup>.

A correta concepção de Jurisdição, portanto, deve levar em conta a necessidade de gestão de casos judiciais, equilibrando-se as garantias processuais das partes e a eficiência na administração da justiça, sem descuidar da imprescindível concretização de valores públicos.

Nesse contexto, pode-se definir o Processo como ambiente da prestação de uma tutela jurisdicional adequada, que garanta a efetiva proteção ao direito material e que concretize os valores constitucionais, o que deve ser realizado a partir de um olhar global sobre a totalidade dos casos judiciais, possibilitando sua adequada gestão. Essa gestão adequada não proporciona apenas a racionalização da prestação jurisdicional com a redução do tempo, custo ou número de processos. Para muito além disso, trata-se de ferramenta que contribui para a própria adequação da tutela jurisdicional aos fins do Estado Democrático de Direito, de forma efetiva e universalizada.

A Jurisdição, portanto, deve ser vista numa perspectiva *interna e externa*. Interessa à Jurisdição a solução adequada do conflito individualmente considerado, o que indubitavelmente exige que a prestação da tutela seja igualmente adequada e efetiva. Aí aparece a perspectiva da *efetividade* do processo. No seu aspecto externo, o exercício da atividade jurisdicional deve se

---

<sup>64</sup> William Schwarzer, juiz diretor do Federal Judicial Center de 1990 a 1995, explica que a medida envolve, basicamente, “trial judges using the tools at their disposal with fairness and common sense (and in a way that fits their personalities and styles) in order to achieve the goal described in Rule 1” (SCHWARZER, William W. *The Elements of Case Management: a Pocket Guide for Judges*. Federal Judicial Center, 2006, p. 1. Disponível em <http://www2.fjc.gov/sites/default/files/2012/eleme02.pdf> Acesso 07.09.2016). “Rule 1 of the Federal Rules of Civil Procedure describes the goal of the judicial system: “to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action.” If judges are to achieve this goal in the face of scarce judicial resources and the rising cost of litigation, they must manage the litigation process”. O mais relevante para a o sucesso da medida, segundo afirma Jeffrey Peck, “is user involvement in the establishment and promulgation of policies for the management of litigation in the federal courts” (PECK, Jeffrey J. “*Users United*”: *The Civil Justice Reform Act of 1990*, in *Law and Contemporary Problems*, v. 54, n. 3, p. 105. Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4102&context=lcp> Acesso 07.09.2016). Para uma crítica ao instituto, considerando, dentre outras coisas, a ausência de preocupação com a justiça dos casos, MULLENIX, Linda. *The Counter-Reformation in Procedural Justice*. In *Minnesota Law Review*, v. 77:375, 2002, p. 440. Ainda, em detalhada análise em que indica pontos críticos do sistema, considerando imprescindível que a gestão processual seja inserida em um contexto mais amplo, que possibilite um olhar sobre o papel dos juízes, a própria concepção de Jurisdição e o desenho do sistema processual: GENSLER, Steven S. *Judicial case management: caught in the crossfire*. *Duke Law Journal*. Dec/2010.

<sup>65</sup> Eduardo Luiz Cavalcanti Campos lembra que, além do *case management*, ou seja, a criação de mecanismos processuais, houve também a implantação do *court management*, com novas políticas de gerenciamento administrativo (CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 129). Trazendo a diferenciação para o direito brasileiro, afirma que o Conselho Nacional de Justiça deveria se preocupar apenas com o *court management*, e não com o gerenciamento dos processos (*case management*), “considerando que o emprego das técnicas de gestão processual diz respeito ao exercício da própria atividade jurisdicional e não decorrem da autonomia institucional do Poder Judiciário, mas da própria independência funcional do juiz”, lembrando que o tema tem relação direta com o “conflito entre a independência funcional e a necessidade de accountability da atividade judicial” (Ibid., p. 139).

preocupar com a eficiência, a partir da consideração de que cada processo faz parte de um conjunto de processos que integram o amplo espectro de atuação do Poder Judiciário brasileiro. A eficiência, nesse ponto, de modo algum pode estar desatrelada da *qualidade* da prestação da tutela jurisdicional. Eficiência com qualidade, à luz da proporcionalidade panprocessual é, portanto, importante elemento para a concretização da mais atual função da Jurisdição.

### 1.1.2. Segue. A gestão processual fundada na participação

Já se disse que a participação democrática compõe o rol de fatores que garantem a legitimidade da Jurisdição. Esse elemento se concretiza por meio do exercício do contraditório, compreendido, à luz do Código de Processo Civil de 2015, como *dever de consulta*<sup>66</sup>, ou seja, o dever de se oportunizar às partes o direito de manifestação sobre todos os atos processuais capazes de lhes causar prejuízo<sup>67</sup>.

Esse dever aparece de forma especialmente incisiva no novo Código, ao prever, nos arts. 9º e 10º, o *contraditório estendido*, ou seja, a vedação às *decisões surpresa*, sendo imprescindível que o juiz ouça as partes antes de proferir qualquer decisão, ainda que se trate de matérias que possam ser conhecidas de ofício<sup>68-69</sup>.

<sup>66</sup> “O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...*, v. 1, op. cit., p. 160-161).

<sup>67</sup> Como explica Fredie Didier Jr., “a condução do processo deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, op. cit, p. 156).

<sup>68</sup> Essa necessária observância do dever de diálogo insere-se na perspectiva de um modelo de processo civil democrático, que valoriza o contraditório em seu sentido substancial, enquanto direito não só de ser ouvido, como também de ter suas manifestações consideradas pelo órgão julgador. Exige do juiz um cuidado no sentido de observar o contraditório até mesmo em situações nas quais poderá decidir de ofício. “Contraditório em sua dimensão mais plena”, como destaca Eduardo Talamini, não se justificando “que as partes sejam surpreendidas por decisões de ofício acerca de matéria sobre as quais, até então, não haviam desenvolvido alegações”, o que deve ser observado em qualquer momento do processo (TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*. In Revista de Processo, v. 86, abril/1997, p. 76). Marco Gradi, em trabalho específico sobre o contraditório e aquilo que no direito italiano se convencionou chamar de “nullità della sentenza della terza via”, destaca o papel primordial dessa garantia no processo: “[...] la possibilità di partecipare in concreto alla formazione del convincimento del giudice favorisce senza dubbio il formarsi di decisioni ‘giusti’, tanto che, come è stato osservato, laddove non vi sia la possibilità del contraddittorio, no può nemmeno propriamente parlarsi di processo” (GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*. In Rivista di Diritto Processuale, ano LXV, n. 4, luglio-agosto 2010, p. 827).

<sup>69</sup> Acerca da possibilidade de limitações ao contraditório, afirma Sérgio Cruz Arenhart: “Pode o contraditório (e o direito à defesa contra o ato judicial) ser protraído, como ocorre, aliás, na execução, nas liminares em procedimento cautelar e em outros tipos de processo, em que, eventualmente, não é recomendável aguardar a oportunidade de defesa para a efetivação do ato judicial. Deveras, apontar para a injustiça de certa decisão judicial, tomada à revelia do prejudicado (que não teve oportunidade para manifestar-se) é simples, fácil e corriqueiro; entretanto, a mesma

Ao lado de outros deveres correlatos<sup>70</sup>, o dever de consulta é decorrência direta do dever de cooperação, previsto no art. 6º do CPC/2015, que impõe a observância de condutas colaborativas pelos sujeitos processuais<sup>71</sup>, possibilitando a formação de uma “comunidade de trabalho”<sup>72</sup> (*Arbeitsgemeinschaft*)<sup>73</sup> responsável pelo correto desenvolvimento dos atos do procedimento, com a conseqüente prestação madura e adequada da tutela jurisdicional.

---

injustiça pode ser detectada em casos nos quais – para dar cumprimento à garantia do contraditório e da ampla defesa – protela-se a outorga da tutela jurisdicional, mutilando-se ou se anulando os efeitos concretos da decisão judicial favorável ao requerente” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 356).

<sup>70</sup> Fala-se em quatro deveres correlatos ao princípio da cooperação, e que necessariamente devem ser observados pelo juiz no processo: a) o *dever de prevenção ou advertência*, impondo ao juiz que possibilite às partes a correção de eventuais irregularidades processuais, antes de declarar a nulidade dos atos. O CPC/2015 incorpora essa ideia, ao prever em inúmeros dispositivos a necessidade de o Tribunal intimar a parte recorrente para regularização, em caso de vícios que prejudiquem o conhecimento dos recursos; b) o *dever de esclarecimento*, determinando que o juiz sempre busque compreender as alegações de fato e de direito formuladas pelas partes; c) o *dever de consulta*, decorrência direta do contraditório, manifestação máxima do dever de diálogo, impondo ao juiz que ouça as partes antes de proferir qualquer decisão; d) por fim, o *dever de auxílio*, que impõe ao órgão julgador um esforço no sentido de apoiar as partes no cumprimento de seus direitos, ônus e deveres, auxiliando-as na superação de eventuais obstáculos, o que, no CPC/2015, pode ser extraído, dentre outros, do parágrafo único do art. 373 e da previsão de modificação dinâmica do ônus da prova (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65). Do mesmo autor: SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que conseqüências?* in [https://www.academia.edu/10210886/M. TEIXEIRA DE SOUSA Omiss%C3%A3o do dever de coopera%C3%A7%C3%A3o do tribunal que consequ%C3%Aancias\\_01.2015](https://www.academia.edu/10210886/M._TEIXEIRA_DE_SOUSA_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015). Acesso em 01.09.2015). O autor inclui ainda o *dever de inquisitorialidade*, consistente no uso dos poderes inquisitórios do juiz, como por exemplo no caso em que determina a oitiva de uma testemunha que não tenha sido arrolada pelas partes, mas que se mostre relevante para o esclarecimento dos fatos (Loc.cit.).

<sup>71</sup> Para Fredie Didier Jr., “O princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. Donde se conclui que é possível cogitar de situações jurídicas processuais atípicas decorrentes da eficácia direta com função integrativa do princípio da cooperação. Há, porém, regras que servem à concretização do princípio da cooperação” (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 52). Daí porque, para o autor, trata-se de cláusula geral com eficácia preceptiva direta. Para Paula Costa e Silva, o princípio “vem a reflectir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam uma actuação colaborante ao longo do processo”, sendo seu conteúdo “estritamente aquele que resultar da justaposição do conteúdo dos deveres em que se manifesta. Pelo que o tribunal deverá adoptar uma conduta interventiva sempre que a lei lhe imponha topicamente essa intervenção. No entanto, só serão legítimas as intervenções que tenham essa mesma afirmação tópica. Isso significa que o tribunal não pode adoptar uma qualquer conduta interventiva que seja imediatamente justificada pela justa composição do litígio. Deverá encontrar-se um patamar permissivo/impositivo intermédio (qualquer um dos restantes deveres adjectivos) para a intervenção. E este é o enorme empobrecimento a que o princípio da cooperação fica sujeito. Ao exigir-se uma norma de concretização do princípio geral, amputa-se este princípio do seu espaço natural de actuação: o de impor a intervenção justificada directamente por uma justa composição do litígio” (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 590-591).

<sup>72</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

<sup>73</sup> A expressão é atribuída por José Lebre de Freitas a Leo Rosenberg (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil...* op. cit., p. 153). Em texto no qual analisa a origem história do princípio da cooperação, Ronaldo Kochem explica que o termo (*kooperationsmaxime*) foi utilizado na Alemanha pela primeira vez por Karl August Bettermann, em 1972, em artigo sobre a concepção social do processo (*kooperationsmaxime in zivilprozess*). Já o conceito de “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) teria sido introduzido por Rudolf Wassermann, em 1978, na obra *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat* (KOCHEM, Ronaldo. *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)*. In Revista de Processo v. 251, jan/2016, p. 92 e 102).

O contraditório, portanto, assume um importante papel na concretização do caráter colaborativo do processo<sup>74</sup>, enquanto exercício do *dever de diálogo* do juiz para com as partes<sup>75</sup>, possibilitando a integração dos sujeitos processuais em colaboração<sup>76-77</sup>.

Como se vê, a cooperação acrescenta ao processo um *conteúdo mínimo*, fundado na participação. Além disso, e sob o aspecto da atuação recíproca das partes, representa a necessidade de observância da *boa-fé*<sup>78</sup>, revelada na exigência de condutas fundadas na lealdade e na vedação a comportamentos contraditórios<sup>79</sup>, o que está diretamente ligado à proteção à confiança no processo, gerando reflexos em inúmeros instrumentos processuais. Um exemplo é a prova, em especial nos casos em que a conduta processual das partes influencia diretamente a decisão judicial, seja por caracterizar o elemento principal do próprio meio de prova (como ocorre no depoimento pessoal e na confissão), seja nos casos em que opera como argumento de prova ou importa para a caracterização de um fato indiciário. Em qualquer desses casos, não se admite, salvo nas hipóteses de comprovado vício de consentimento, que as partes ajam deliberadamente de forma contraditória, ainda que se trate de processos diversos. Sob esse aspecto, o *venire contra factum proprium* assume especial configuração no espaço das provas.

<sup>74</sup> Daniel Mitidiero explica que o contraditório assume “o papel de um verdadeiro ‘cardine della ricerca dialettica’, pela justiça do caso concreto, funcionando como uma norma de absoluta imprescindibilidade para a formação da decisão judicial”, a partir da outorga do “direito a influir na construção da decisão” e do “correlato dever de debate cometido ao órgão jurisdicional” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 144).

<sup>75</sup> “Também pelo diálogo o juiz participa em contraditório. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejulgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que o juiz não perde a equidistância entre as partes quando tenta concilia-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de provar melhor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* v. 1, op. cit., p. 224-225).

<sup>76</sup> “Teniendo como cornisa la concepción de democracia participativa y deliberativa, el principio del contradictorio puede ser definido como derecho de influenciar el ejercicio del poder del Estado” (CABRAL, Antonio do Passo. *El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate*. In Revista Peruana de Derecho Procesal, v. 16, año XIV, 2010, p. 262).

<sup>77</sup> Para Cândido Rangel Dinamarco, o contraditório “significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* v. 1, op. cit., p. 344).

<sup>78</sup> Para Fredie Didier Jr., o princípio da boa-fé – extraído de uma cláusula geral processual, que possibilita a orientação de todas as situações que podem surgir ao longo do processo – “é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas” (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...* op. cit., p. 80-81).

<sup>79</sup> Nesse sentido: “Com a consideração do processo como ambiente de colaboração, passou-se a exigir comportamentos coerentes dos sujeitos do processo: a eles é vedado sinalizar uma conduta em determinado sentido e depois contradizer a expectativa criada com o comportamento anterior” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 128).

Tudo isso evidencia que a cooperação não é incompatível com o modelo dispositivo ou com o modelo inquisitivo de processo<sup>80</sup>, servindo de parâmetro para a conduta dos sujeitos processuais dentro de cada um desses modelos, ou seja, como fator de legitimação de atos dispositivos ou inquisitivos praticados pelos sujeitos processuais. Na realidade, sequer se pode afirmar haver um modelo puramente inquisitivo (não adversarial) ou dispositivo (adversarial) de processo<sup>81</sup>. Embora possa haver em cada ordenamento a prevalência de um modelo em detrimento do outro, não é possível afirmar em absoluto que a previsão de regras representativas de um modelo neutraliza a adoção do outro por determinado sistema. No caso brasileiro, por exemplo, tem predominado, em especial nos Códigos de 1939 e 1973, o modelo inquisitivo, o que não impede que neles se encontrem também traços de dispositividade. Com o Código de Processo Civil de 2015, abre-se um espaço muito maior à dispositividade, sem que isso represente a inexistência de traços inquisitivos. Nos países de *common law*, de outro lado, em que prepondera o modelo adversarial, é comum encontrar-se espaço para a inquisitorialidade<sup>82</sup>.

Seja como for, o fato é que a cooperação, em especial após sua inclusão enquanto norma fundamental no Código de Processo Civil de 2015, agrega ao processo importante elemento catalisador da participação democrática. O processo será um instrumento mais efetivo à tutela de direitos quanto maior for o espaço democrático de debate. A cooperação entre os sujeitos processuais, portanto, instrumentaliza ainda mais o processo de todas as características necessárias para configurar verdadeira ferramenta de concretização dos direitos.

---

<sup>80</sup> “Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo (DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 208). Daniel Mitidiero diferencia os modelos nominando-os de isonômico e assimétrico (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* op. cit., p. 97-98).

<sup>81</sup> DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos...* op. cit., p. 209; DIDIER. JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...* op. cit., p. 44. No mesmo sentido, DAMASKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986, p. 3-6.

<sup>82</sup> Coaduna-se com esse entendimento o seguinte trecho da clássica obra de Jolowicz: “It seems desirable to stress at the outset, therefore, that no system of civil procedure can in the nature of things be wholly adversarial or wholly inquisitorial. It cannot be wholly inquisitorial because there is nothing to which a civil inquisitor can direct his enquiry unless and until one person has propounded a claim against another in more or less specific terms. It cannot be wholly adversarial because, even if we speak of the winner of a contest between the litigating parties, the winner of contested litigation cannot be determined objectively as can the winner of a race. Indeed, we neither expect nor require that the judge shall act as a human photo-electric device whose only function is to declare which of the litigants was in front when the contest ended. On the contrary, even in common law countries, we expect and require that the judge make use of his own knowledge and experience on matters of fact as well as of law - which means that he must enquire of himself - and we also expect, if we do not require, that he will enquire of others, as when he directs a question to a witness or engages in dialogue with counsel” (JOLOWICZ, J. A. *On Civil Procedure*. Cambridge University Press, 2000, p. 176).

Uma análise cautelosa do alcance desse princípio é fundamental. É importantíssimo analisar sua dimensão na perspectiva parte-parte, juiz-partes e partes-juiz<sup>83</sup>, e posicioná-lo enquanto norma justificadora de uma concepção de processo civil democrático que deve ser assumida por todos os sujeitos processuais. Sob este aspecto, ele se manifesta também no *dever de auxílio*<sup>84</sup> do juiz com as partes, ou mesmo das partes entre si.

Contraditório, portanto, é direito de participação e dever de diálogo, oportunizado e imposto a todos os sujeitos processuais com vistas a legitimar o exercício da Jurisdição e o processo. Afinal, enquanto instrumento de efetivação das garantias previstas na Constituição Federal, o processo deve observar os ideais do Estado Democrático de Direito. A democracia, nesse sentido, é ideal que deve ser concretizado em todos os âmbitos do Estado. Sob esse aspecto, a efetiva participação cumpre o papel fundamental de mecanismo legitimador das decisões judiciais. Se, como lembra Frank Michelman, uma condição que contribui fortemente para a confiabilidade das decisões é a exposição constante do intérprete a opiniões diversas<sup>85</sup>,

---

<sup>83</sup> Veja-se que tanto a previsão do novo CPC brasileiro, quanto o dispositivo português, impõem a cooperação entre os sujeitos do processo, aí incluídas as partes e o juiz. No âmbito da doutrina brasileira, porém, já existem discussões acerca da (im)possibilidade de se impor o dever de cooperação às partes. Daniel Mitidiero, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni entendem que as partes não têm o dever de cooperar entre si, na medida em que, no processo, possuem interesses divergentes. Ressalvam, contudo, que evidentemente as partes têm o dever de agir com boa-fé no processo, o que, porém, não se confunde com a colaboração (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 78-79). Em obra específica sobre o tema, Daniel Mitidiero defende a inexistência de deveres recíprocos para as partes por força da cooperação, pois “ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa”, de modo que “o conflito existente entre as partes impede que se estructure um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* op. cit., p. 70). Concordamos neste ponto com Fredie Didier Jr., que defende que o princípio da cooperação “é fonte direta de situações jurídicas ativas e passivas, típicas e atípicas, para todos os sujeitos processuais, inclusive para o órgão jurisdicional” (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação...*, op. cit., p. 109).

<sup>84</sup> Para Lúcio Grassi de Gouveia, o dever de auxílio consiste no “dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos e faculdades e no cumprimento de ônus e deveres processuais. Dessa forma, sempre que uma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, quando possível, providenciar a remoção do obstáculo (GOUVEIA. Lúcio Grassi de. *A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro*. In Revista de Processo, v. 172, Jun/2009, p. 32). Fredie Didier Jr. discorda da inclusão desse dever como decorrência da colaboração. Para o autor, embora no direito português a conclusão seja diversa, no direito brasileiro essa consideração não é possível porque “a tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Não só é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 131-132).

<sup>85</sup> MICHELMAN, Frank. I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton University Press, 1999, p. 19. Mark Tushnet, discorrendo sobre o que chamou de “revisão judicial dialógica”, como “parte de las herramientas del diseño constitucional” que “permite ver algunos elementos propios de ese viejo diseño desde una perspectiva diferente”, destaca tratar-se de modelo que “permite que las interpretaciones judiciales sean mantenidas porque los ciudadanos están de acuerdo com ellas” (TUSHNET, Mark. *Revisión Judicial Dialógica*. In GARGARELLA, Roberto (comp.). Por uma justiça dialógica – el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 106 e 115). Mais especificamente na perspectiva do processo civil, Antonio do Passo Cabral: “a lide terá a solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado

é possível afirmar que a racionalidade e legitimidade das decisões judiciais são tão maiores quanto mais se admita a participação da sociedade civil na tomada dessas decisões.

É evidente que no espaço do processo civil, enquanto “microcosmos democrático do Estado de Direito”<sup>86</sup>, essa garantia também deve ser observada. Não mais minimamente observada, como mero fator de legitimação do procedimento, mas como garantia efetiva de participação dos sujeitos processuais na construção da decisão e consequente prestação adequada da tutela jurisdicional. A consideração do contraditório a partir dessa perspectiva nada mais é, portanto, do que reflexo do ideal democrático no processo<sup>87</sup>.

Sob esse aspecto, as ações coletivas caracterizam importante ferramenta de democratização, concretizando o dever de diálogo a partir da criação de espaços para o constante debate com todas as instituições envolvidas no problema levado ao Judiciário, tanto aquelas aptas à defesa dos direitos, como aquelas responsáveis por sua reparação. Especialmente quando afeto a litígios coletivos, o processo estrutural é também um excelente espaço para essa atuação dialógica e cooperativa.

Por fim, vale frisar que a participação democrática no processo deve ser vista sob uma perspectiva de resultado. Mais do que uma garantia meramente formal, o devido processo legal deve ser concebido de forma a contribuir para o aprimoramento da decisão judicial, a partir da consideração de todos os argumentos acerca da questão decidida. Essa participação pode ser direta ou indireta, por meio de representantes adequados. O tema é relevante para o exame da participação democrática e o importante papel que desempenha na tutela coletiva. Mais do que o cumprimento de uma exigência constitucional, esse ponto de vista sobre o contraditório se compatibiliza com a necessidade de uma atuação judicial que leve em consideração as discussões estabelecidas no cerne da sociedade civil, concretizando substancialmente o direito à participação no processo. Entendimento em sentido diverso – ou seja, aquele que considera essencial a participação direta e individual de cada um no processo – decorre de concepções individualistas, que não se coadunam com os novos direitos (aí incluídos os direitos de massa) e sua tutela adequada, que somente pode ser bem realizada sob uma perspectiva social<sup>88</sup>.

---

quanto maior for a participação dos atores do processo” (CABRAL. Antonio do Passo. *O Contraditório como dever e a boa fé processual objetiva*. In Revista de Processo, v. 126, Ago/2005, p. 59).

<sup>86</sup> DINAMARCO, Cândido. *Instrumentalidade...* op. cit., p. 25.

<sup>87</sup> “La sociedad puede influenciar los actos decisórios estatales con la discusión argumentativa, y el contradictorio es el principio procesal que pone em práctica este procedimiento dialógico”, possibilitando, desse modo, a abertura do “palco jurisdicional al debate participativo y pluralista” (CABRAL, Antonio do Passo. *El principio del contradictorio...* op. cit., p. 269).

<sup>88</sup> “Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights [...] It does not give absolute control to each and every individual; it does not require a disregard for the social consequences of a procedural rule” (FISS, Owen M. *The Allure of Individualism...* op. cit., p. 979. Disponível em

## 1.2. Por uma Jurisdição verdadeiramente coletiva

### 1.2.1. Uma diversa racionalidade

Os dados apresentados no item anterior demonstram a necessidade de se desenvolver e potencializar os instrumentos processuais com um olhar eficiente sobre o primeiro grau, sem perder de vista os demais fundamentos da Jurisdição, calcados na universalização, efetividade, isonomia e participação democrática. Acredita-se que a tutela coletiva pode contribuir significativamente para a concretização desses escopos<sup>89</sup>.

Fica claro, afinal, que o conceito de Jurisdição, enquanto função voltada à prestação de uma tutela adequada às necessidades do direito material e à concretização de valores constitucionais, não se compatibiliza com o processo tradicional e suas técnicas. Em sua obra clássica, Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>90</sup> já apresentavam ondas renovatórias que indubitavelmente exigiram uma releitura do próprio processo, para se adequar à tutela dos

---

[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1332](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1332) Acesso 10.02.2018). A afirmação é realizada pelo autor a partir do conhecido caso dos bombeiros (Martin v. Wilkis 490 US 755 1989), que tinha por objeto a constitucionalidade de regra que obrigava a contratação de bombeiros negros. Aplicando-se a regra do *day in court*, a Corte entendeu que ninguém pode ser vinculado por uma sentença proferida em um litígio no qual não foi parte: “Joinder as a party, rather than knowledge of a lawsuit and an opportunity to intervene, is the method by which potential parties are subjected to the jurisdiction of the court and bound by a judgment or decree” (Fonte: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/755/> Acesso 10.02.2018). Criticando a decisão, afirma Owen Fiss: “I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a “right of representation”: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented. The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding. This means that finality can be conferred on a structural decree if, but only if, all the interests are adequately represented in the proceeding. If any interest is not adequately represented, then the decree remains vulnerable to a new challenge; if, however, that interest was fully represented in the proceeding that led to the entry of the decree, then the court could summarily dismiss the new challenge on the ground that it was already adjudicated—even though the challenger had not participated in the initial suit” (Ibid., p. 971). Em sentido semelhante, mas a partir da ideia da representação virtual, considerando que a garantia do devido processo deve ser compreendida sob o aspecto do resultado, afastando a necessária participação individual, BONE, Robert G. *Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion*. In *New York University Law Review* v. 67, pp. 193-292, 1992. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr67&div=15&id=&page=](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr67&div=15&id=&page=11.06.2018) Acesso 11.06.2018).

<sup>89</sup> “When individual suits are cost-justified, the class action serves at least three important functions: it saves litigation costs, achieves economies of scale, and avoids serious externalities associated with individual litigation”. Mais especificamente sob a perspectiva do réu, “by aggregating the class action helps align investment incentives and restore parity across the party line” (BONE, Robert. *Civil Procedure...* op. cit., p. 261-262). No mesmo sentido, considerando a tutela coletiva “uno strumento che rinviene la propria origine, e la propria ragion d’essere, nell’esigenza di predisporre una tecnica di protezione di situazioni giuridiche soggettive rilevanti quanto più possibile economica ed efficiente”, SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell’azione di classe*. In *Fondazione Centro Internazionale su Diritto Società e Economia Courmayeur*. Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 1-2 ottobre 2010. Milano: Giuffrè, 2011, p. 93-94.

<sup>90</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice, v. 1 – a World Survey. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – a general report*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 35-36.

direitos transindividuais, marcando a transição de uma tutela puramente individual para uma tutela coletiva de direitos. Exclui-se a participação individual como elemento nuclear do processo, para em seu lugar possibilitar a participação por meio da representação adequada de um grupo ou categoria, assumindo a prestação jurisdicional um caráter eminentemente coletivo.

Essa percepção parece ter se refletido nas últimas reformas processuais, incluindo a edição do Código de Processo Civil de 2015 e a criação de ferramentas que permitissem o atendimento à razoável duração do processo e à efetividade da prestação jurisdicional. Em muitas delas, vislumbra-se o necessário cuidado com o primeiro grau de Jurisdição, mas consideravelmente voltado à criação de técnicas para tratamento individual de conflitos<sup>91</sup> ou que, ao menos, exigem uma iniciativa individual para que a tutela jurisdicional seja provocada.

O ponto gera algumas preocupações. Em primeiro lugar, não garante a necessária universalidade do acesso à justiça, mantendo afastados muitos conflitos potencialmente jurisdicionáveis, em especial quando afetos a grupos sociais vulneráveis<sup>92</sup>, que desconhecem seus direitos<sup>93</sup> ou que são carentes da informação necessária ao exercício do

---

<sup>91</sup> Vincenzo Vigoriti, fazendo menção à filosofia liberal que norteou a “armadura conceitual” do Código de Processo Civil italiano e seus reflexos na legitimidade de agir, destaca: “Sul piano giurisdizionale il corollario naturale di tutto questo è una visione egoistica degli strumenti di tutela che risultano utilizzabili solo per la difesa di situazioni giuridiche singolari, e per di più nella misura e secondo la modalità volute dai privati” (VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 74). Isso implica a construção de uma legitimidade caracterizada por uma rigorosa correlação entre a titularidade de uma situação substancial e a legitimação para deduzi-la em juízo (Ibid., p. 77). É o que evidencia, por exemplo o art. 102 do Código de Processo Civil italiano, segundo o qual “Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di piu' parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcuno o contro alcuno soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito”, que é expressão “del più tradizionale ed inflessibile individualismo”. Afinal, “la partecipazione necessaria dei destinatari del provvedimento è stata pensata (ed in effetti è anche praticamente possibile) avendo come riferimento solo le situazioni soggettive strettamente individuali, o comunque le situazioni che riguardano un numero limitato di persone. Se riferito esclusivamente a tali situazioni l'indirizzo dottrinale appena esposto può essere anche condiviso, ma deve essere chiaro che quei criteri di determinazione dei legittimati valgono per la tutela giurisdizionale di situazioni di vantaggio strettamente individuali, e che, per questo, tali criteri non possono essere ritenuti di validità generale, ed applicabili anche a situazioni di vantaggio di dimensione superindividuale” (Ibid., p. 82-83).

<sup>92</sup> Relatório produzido após visita da Comissão de Direitos Humanos ao Brasil em 2004 apontou algumas deficiências do sistema de Justiça, em especial: “[...] problems with access to justice, its slowness and notorious delays, the fact that there are very few women or people of African descent or indigenous origin in top positions in the judiciary, a tendency towards nepotism and the non-use of competitive examinations to appoint judicial staff [...] Of all these shortcomings, the most serious is without doubt the first, since a large proportion of the brazilian population, for reasons of a economic, social or cultural nature or social exclusion, finds its access to judicial services blocked or is discriminated against in the delivery of those services [...] Delays in the administration of justice are another big problem, which in practice affects the right to judicial services or renders them ineffective. Judgements can take years, which leads to uncertainty in both civil and criminal matters and, often, to impunity” (UNITED NATIONS. *Civil and political rights, including the questions of independence of the judiciary, administration of justice, impunity*. New York: United Nations. 2005, p. 2 Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/Report-of-the-SR-on-the-independence-of-judges-and-lawyers-Mission-to-Brazil-2005.pdf> Acesso 10.07.2018 - destacamos).

<sup>93</sup> SADEK, Maria Tereza A. *Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma*. In Opinião Pública, Campinas, v. X, n. 1, Maio, 2004, p. 11.

direito ao acesso<sup>94</sup>, características próprias dos conflitos de massa<sup>95</sup>. Além disso, incentiva a propositura individual de demandas, com potencial reprodução de atos que poderiam ser praticados uma única vez, incentivando igualmente a participação individual, porém não inclusiva.

Tome-se como exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>96</sup>, previsto nos arts. 976 a 993 do CPC, cabível nos casos de efetiva repetição de processos que contenham

---

<sup>94</sup> “Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. Caplowitz (1963), por exemplo, concluiu que quanto mais baixo é o estrato social do consumidor maior é a probabilidade que desconheça os seus direitos no caso de compra de um produto defeituoso. Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal [...] o reconhecimento do problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de facto tomada. Quanto mais baixo é o estrato socio-económico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia...* op. cit., p. 20-21).

<sup>95</sup> “A complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações económicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Falsas informações divulgadas de uma sociedade por ações podem prejudicar a todos os adquirentes dos títulos acionários; atividade monopolística ou de concorrência desleal por parte de grandes sociedades comerciais pode lesar os interesses de todos os empreendedores concorrentes; um prestador de serviço que não observa uma cláusula de acordo coletivo pode violar o direito de todos os seus dependentes; resíduos poluentes despejados em um rio prejudicam os moradores ribeirinhos e todos aqueles que pretendiam usar da água não poluída daquele rio; a embalagem defeituosa ou não higiênica de um artigo do largo consumo leva prejuízo a todos os consumidores daquele bem... Os riscos de tais lesões, que afetam simultaneamente numerosas pessoas ou categorias inteiras de pessoas, constituem um fenómeno sempre muito vasto e frequente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível” (CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. In Revista de Processo, v. 05/1977, jan-mar/1977, p. 130).

<sup>96</sup> Relatório produzido em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça aponta que “desde a entrada em vigor do novo CPC em 2016, foram instaurados 164 IRDR e 41 incidentes de assunção de competência nos tribunais de todo o País. A grande maioria dos incidentes tramita na Justiça Estadual, são 130 IRDRs e 24 IACs. A Justiça do Trabalho, por sua vez, tem 23 IRDRs e 11 incidentes de assunção de competência instaurados. Por último, tem-se a Justiça Federal, com 11 IRDRs e somente 1 IAC”. O relatório apresenta, ainda, o seguinte detalhamento por Tribunal: “(i) o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com 33 incidentes instaurados, dos quais 4 já tiveram o mérito julgado e 29 aguardam decisão; (ii) o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com 15 IRDRs admitidos, dos quais 14 estão pendentes e 1 julgado; (iii) o Tribunal de Justiça de São Paulo, com 14 IRDRs admitidos, 6 julgados e 8 pendentes de decisão de mérito; (iv) o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que possui 9 Incidentes instaurados, com 3 já decididos; (v) o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que também já admitiu 9 IRDRs e ainda não decidiu o mérito de nenhum; e (vi) o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que tem os mesmos 9 IRDRs instaurados e ainda não decididos quanto ao mérito. O Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região é o primeiro da Justiça Federal a aparecer na lista dos que possuem mais IRDRs instaurados, com oito incidentes, estando um deles julgado” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório – causas recorrentes que incham e atrasam a justiça*. Brasília, 2018, p. 9).

controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976). Não obstante o Código de Processo Civil de 2015 tenha optado por dar à decisão proferida no incidente a natureza de precedente vinculante (inserido no rol do art. 927 do CPC), trata-se de técnica que resulta na agregação de questões de direito de caráter individual para uma solução única, que será aplicável a todas as ações individuais e coletivas que permanecerem suspensas durante sua tramitação, como também às ações futuras. Para além de ferramenta viabilizadora da formação de precedentes, portanto, tem-se aí evidente técnica de coletivização<sup>97</sup>, que de certo modo foi eleita pelo legislador como mais adequada do que o processo coletivo para o tratamento da litigação em massa. Veja-se que até mesmo as ações coletivas que tenham por objeto questão de direito objeto de IRDR deverão permanecer suspensas no aguardo da solução da questão repetitiva (art. 982, I, CPC).

A semelhança com a sistemática da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, como se vê, é significativa<sup>98</sup>. Há, contudo, relevantes diferenças. Alguns pontos, em especial, chamam a atenção. Em primeiro lugar, a decisão do IRDR poderá ser limitada ao território do Tribunal federal ou estadual que o decidir, já que a questão somente chegará aos Tribunais Superiores se houver recurso interposto por um dos legitimados para a instauração do incidente<sup>99</sup>. Além disso, a concretização do direito porventura reconhecido no incidente dependerá necessariamente da iniciativa do interessado em propor a respectiva ação individual, o que não só prejudica que a concretização do direito alcance todos seus titulares, como acaba por abarrotar o Judiciário de número elevado de processos. Por fim, se, de um lado, o incidente

---

<sup>97</sup> Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam tratar-se de “espécie de processo coletivo praticamente inteiramente regulada pelo CPC” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 62). Para Sofia Temer, “embora inegável que há uma dimensão coletiva no incidente [...] há elementos importantes que demonstram que este não é um meio processual propriamente coletivo, ou seja, não é uma técnica processual coletiva, e por isso, se distancia das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos”. A mais importante diferença, aponta a autora, decorre do fato de que o IRDR se preocupa com a tutela da ordem jurídica objetiva (“fixar uma tese abstrata e generalizável acerca de uma questão jurídica específica”), enquanto que as ações coletivas têm natureza de processo subjetivo (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 94-95).

<sup>98</sup> Discorrendo sobre os direitos individuais homogêneos, e da possibilidade de os titulares dos direitos individuais formarem um litisconsórcio facultativo, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. destacam: “Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente. Essas ações são um bom exemplo de demandas repetitivas que podem dar ensejo ao incidente de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC – incidente de resolução de demandas repetitivas ou recurso extraordinário e especial repetitivos). Tudo isso reforça a importância da ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos: evita a proliferação de causas ‘atômicas’, ‘molecularizando’ a solução do conflito e impedindo a proliferação de decisões divergentes. Justamente em razão disso o Código previu que quando o juiz se deparar com diversas demandas individuais repetitivas irá oficializar aos colegitimados para promover a propositura da ação coletiva respectiva (art. 139, X)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 82).

<sup>99</sup> Mais do que isso, poderá ocorrer a suspensão das ações individuais em todo o território nacional, na hipótese do art. 983, §3º, do CPC, e não ocorrer a interposição de recurso especial ou extraordinário, caso em que os processos que permanecerem suspensos durante a tramitação do IRDR, mas que não são de competência de juízos vinculados ao Tribunal do incidente, não serão afetados pela decisão.

de resolução de demandas repetitivas pode abarcar questões que não poderiam ser objeto de ações coletivas<sup>100</sup>, de outro o caráter universal do acesso à Justiça viabilizado pela tutela coletiva eleva a importância desse instrumento<sup>101</sup>.

Essa lógica individualista infelizmente parece ter permeado também a construção do processo coletivo brasileiro. Afinal, em última análise, o mesmo problema apontado para o IRDR – relativo à necessidade de propositura de ações individuais pelo titular do direito – é gerado pela necessidade de manejo de execuções individuais para a concretização do direito reconhecido na ação coletiva. Não obstante haja previsão de execução na modalidade coletiva (art. 100 CDC), ela tem finalidade muito diferente das execuções individuais, na medida em que os valores da condenação obtidos pela via da execução coletiva não se destinam aos lesionados. Não há, portanto, efetivamente um cumprimento *coletivo* da condenação, de modo a evitar a propositura das execuções individuais. Mais uma vez, a lógica individualista não inclusiva impede que o caráter universal da tutela coletiva seja concretizado, além de contribuir para o acúmulo excessivo e desnecessário de processos<sup>102</sup>. Vários outros problemas poderiam

---

<sup>100</sup> Sofia Temer destaca a maior amplitude do Incidente de Demandas Repetitivas frente às Ações Coletivas, insuficientes à tutela de todos os conflitos classificados como repetitivos: “o que classifica as demandas como repetitivas no contexto do CPC/2015, é a existência de questões comuns, de direito material ou processual, ainda que estas questões não representem nenhuma parcela significativa do conflito subjetivo a ser resolvido em juízo, e ainda que não haja, propriamente, demandas homogêneas. Em realidade, o IRDR visa a solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, op. cit., 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. 124; 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 (coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 185-188.

<sup>101</sup> “Tais procedimentos têm por finalidade evitar a multiplicação de processos, proporcionando isonomia, celeridade e segurança jurídica. Não está entre suas finalidades, todavia, promover o acesso à justiça, nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos e insuscetíveis de fracionamento – ou seja, difusos e coletivos stricto sensu. As ações coletivas, por outro lado, ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas, do ponto de vista individual, em um só processo, incrementam o acesso à justiça. Se um determinado réu proporciona danos individualmente ínfimos, mas que assumem significativa proporção global (pense-se, por exemplo, no caso em que uma fábrica comercialize cem gramas a menos do que consta em embalagens de sabão em pó, somente as ações coletivas funcionarão como instrumento idôneo de tutela. Além disso, muitas vezes os titulares dos direitos em discussão não possuem informação ou incentivos suficientes para litigar em juízo” (ROQUE, André Vasconcelos. *Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos*. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30).

<sup>102</sup> “A par disso, a imposição do ajuizamento dessas execuções individuais aporta consigo toda gama de dificuldades trazidas pela propositura de ação de execução em si considerada. A necessidade de contratação de advogado, a demora do processo de liquidação aliado à ulterior execução da sentença, o custo direto e indireto desse processo, a escassez de informação (que leva muitos a sequer saberem do direito à propositura desta execução individual) e outros tantos entraves fazem com que esta solução seja, às vezes, totalmente inadequada para a proteção de interesses individuais homogêneos [...] some-se a tudo isso os problemas naturais da inefetividade da execução que, conquanto diminuídos com as reformas processuais, ainda representam graves entraves” (ARENHART, Sérgio. *Tutela coletiva...* op. cit., p. 80-81).

ser ainda apontados<sup>103</sup>. A inadmissibilidade das ações coletivas para determinados direitos, como aqueles afetos a questões tributárias (art. 1º da Lei 7.347/85), a falta de seriedade de alguns entes legitimados e a ausência de controle concreto da representatividade adequada no Brasil, a ausência de regra que imponha a suspensão de ações individuais enquanto tramita ação coletiva de mesmo objeto, a restrição do art. 16 da LACP para o alcance da coisa julgada coletiva, a falta de preparo dos operadores do Direito para a aplicação de mecanismos que transcendem a lógica individual etc. Tudo isso resulta na ineficiência e falta de efetividade do modelo de tutela coletiva brasileiro<sup>104</sup>.

Os problemas, porém, não se limitam à tutela de direitos individuais homogêneos. Muito embora não sejam o foco deste trabalho, não é demais lembrar que a tutela de direitos propriamente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) se desenvolve por meio de procedimento que em muito pouco se diferencia daquele adotado para a tutela coletiva de direitos individuais. Não obstante a tendência mais atual seja tratar adequadamente cada tipo de conflito por meio de técnica que possibilite a atenção às peculiaridades do direito material, remanesce, para o processo coletivo, a previsão de um único procedimento para todos os tipos de direitos por meio dele tuteláveis, ainda que os casos concretos evidenciem a necessidade de tratamento diferenciado até mesmo para ações em que se discuta diversos direitos difusos<sup>105</sup>. É

---

<sup>103</sup> A respeito, TEMER, Sofia. *Incidente...* op. cit., p. 35-36; amplamente, ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela coletiva...* op. cit.

<sup>104</sup> A partir do elevado número de ações de massa apontadas nos relatórios do CNJ, Marcelo Abelha conclui, com acerto, que o intento que norteou a criação das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos não foi alcançado. Ressaltando que o insucesso não está na “qualidade jurídica das técnicas de tutela previstas no ‘microsistema’ coletivo”, aponta os seguintes fatores para essa ineficiência: o não reconhecimento do direito individual homogêneo como categoria autônoma de direito material; a falha da representatividade adequada dos titulares dos direitos individuais de massa; as restrições legislativas que reduziram o cabimento e fragmentaram a coisa julgada; a insegurança jurídica na coisa julgada *secundum eventum litis* das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos; a fase individual das ações para a defesa de direitos individuais homogêneos (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 109-128 *passim*).

<sup>105</sup> “Um acidente ambiental no meio do Oceano Atlântico e o rompimento da barragem da Samarco (Minas Gerais, Mariana, 2016) geram, ambos, ações coletivas que versam sobre direitos difusos; ambas as ações seguirão o mesmo procedimento, independentemente das profundas diferenças que existem entre ambos os casos. Ou seja: o Direito Processual Coletivo brasileiro – ao menos aquele que decorre das leis que compõem o respectivo microsistema – não se preocupou em construir modelos procedimentais adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos. É como se qualquer conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único modelo de procedimento comum, regulado pela Lei n. 7.347/1985. O princípio do devido processo legal coletivo impõe que se construa um processo adequado às peculiaridades do caso concreto. Um procedimento adequado apenas no plano legislativo, em tese, abstratamente, não concretiza suficientemente o princípio da adequação” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 90). Interessante proposta foi apresentada por Edilson Vitorelli nesse sentido, a partir de uma classificação dos direitos transindividuais que leve em conta o tipo de conflito que justifica a tutela coletiva. Para o autor, uma nova tipologia para esses direitos possibilita a compreensão do procedimento coletivo a partir da consideração de litígios transindividuais de difusão global, litígios transindividuais de difusão local, e litígios transindividuais de difusão irradiada. Para um aprofundamento a respeito, ver VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo – dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 76-94 *passim*).

claro que o procedimento criado para o tratamento coletivo de conflitos (regulado pelo microsistema processual coletivo) já configura um procedimento especial pensado para esses conflitos diferenciados. Porém, à luz do sistema coletivo, ele caracteriza um procedimento comum aplicável a todos os tipos de direitos coletivos e individuais homogêneos, com algumas peculiaridades previstas, para estes, no Código de Defesa do Consumidor. Isso provoca dois tipos diferentes de críticas. A primeira deve passar pela necessidade de adaptações no âmbito legislativo para adequação do procedimento. A criação, portanto, de procedimentos especiais aplicáveis a cada tipo de direito coletivo ou coletivizável é fundamental. Isso, porém, não esgota o problema, na medida em que ainda remanescerá a necessidade de que, em cada caso concreto, se verifique as necessidades procedimentais que, se atendidas, viabilizarão a mais adequada tutela aos direitos. Cabe aos operadores, assim, trabalhar com as ferramentas dispostas pelo sistema para buscar as adaptações procedimentais necessárias à tutela adequada desses direitos. Assume especial importância neste ponto o Código de Processo Civil de 2015 e algumas ferramentas perfeitamente aplicáveis ao processo coletivo, como é o caso dos arts. 69, IV, §2º e 139, VI, do CPC.

Há, portanto, muito o que evoluir. A busca de um elo que viabilize a harmônica e eficiente comunicação entre o tradicional sistema de tutela individual e os mecanismos voltados à tutela coletiva é medida impositiva para qualquer análise que se pretenda fazer da prestação jurisdicional a partir das perspectivas da eficiência e da efetividade.

O manejo de formas coletivas de tutela exige como premissa fundamental uma tomada de consciência: a de que não se está a tratar da mesma lógica que norteia os instrumentos individuais. Mesmo uma ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos não revela um amontoado de pretensões individuais e por essa razão não deve receber o tratamento que se daria, por exemplo, a uma ação com formação de litisconsórcio multitudinário. Não obstante muitas vezes a existência de um litisconsórcio multitudinário indique justamente a necessidade do tratamento coletivo, a depender do direito material, do número de envolvidos ou das questões em discussão, o fato é que a racionalidade necessária à condução e tratamento adequados de instrumentos coletivos de tutela é diversa daquela que norteia a lógica da tutela individual.

Essa percepção não parece estar disseminada. Interessante dado foi apresentado em relatório de pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público. Dentre outros itens, a pesquisa realizou um *survey* com juízes de determinados Tribunais dentro de um recorte pré-estabelecido. Uma das perguntas dizia respeito ao conhecimento dos juízes em matérias afetas aos direitos coletivos. O resultado: “Para cerca de 63,6% dos entrevistados, o conhecimento

dos magistrados sobre direitos coletivos é parcialmente suficiente”. Além disso, “25,7% das respostas disseram que tal conhecimento é insuficiente”. A conclusão foi a de que, “em termos gerais, 89,3% dos juízes ouvidos não consideram plenamente adequada a formação da magistratura em temas relacionados aos direitos coletivos e aos instrumentos processuais para tutelar tais direitos”<sup>106</sup>. A mesma conclusão foi obtida em resposta às perguntas afetas aos servidores públicos<sup>107</sup>.

A estrutura do Judiciário também integrou a pesquisa, apresentando, igualmente, resultados preocupantes<sup>108</sup>.

A investigação realizada pela SBDP, como se vê, já parte de um pressuposto interessante: as ações coletivas exigem uma lógica diversa, que as distancia das ações individuais em vários aspectos. Em especial no que se refere a direitos individuais homogêneos, esse problema se potencializa pela insistência em muitas vezes dar-se à ação coletiva o mesmo tratamento dado às ações individuais.

Grande parte dos problemas decorrem da má aplicação das técnicas processuais postas à disposição da tutela coletiva de direitos. Não por outra razão, “em grande parte, o volume de demandas seriais que chegam àquelas cortes e que tomam o tempo que poderia ser empregado na solução de outras controvérsias, é devido à interpretação que se tem dado aos institutos processuais coletivos”<sup>109</sup>.

A conclusão da pesquisa citada infelizmente se confirma na prática diária do Judiciário brasileiro. A falta de conhecimento, traquejo e tempo para lidar com as questões coletivas com o diferencial que seu tratamento exige aparece em várias demandas coletivas já julgadas pelo Judiciário brasileiro. Se, de um lado, a legislação apresenta falhas consideráveis que inviabilizam ou no mínimo dificultam o alcance universalizado e efetivo da tutela coletiva, de

---

<sup>106</sup> SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. *“Justiça em Pesquisa” Relatório Analítico Propositivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2017, p. 111. Ainda, indagados sobre a maior complexidade das ações coletivas, 18,3% discordaram. 2,8% dos entrevistados entendem que as ações coletivas não requerem tratamento diferenciado, enquanto que 97,2% acreditam que não há necessidade de tratamento diferenciado (Ibid., p. 80).

<sup>107</sup> “O ponto mais sensível, contudo, é a formação dos servidores em matéria de direitos coletivos. Para 78,7% dos entrevistados, o conhecimento do quadro de servidores do Judiciário nesse tema revela-se insuficiente. Se somarmos a este número as respostas que indicaram como “parcialmente suficiente” a formação dos servidores em questões de direitos coletivos, encontramos um cenário em que, para cerca de 97,8% dos juízes ouvidos, o conhecimento de seus funcionários não é totalmente adequado quando o assunto é tutela coletiva” (Ibid., p. 111).

<sup>108</sup> “Ao todo, para aproximadamente 95% dos magistrados ouvidos a estrutura do Judiciário não é adequada em alguma medida. Quando as decisões judiciais envolvem políticas públicas, o cenário é ainda mais crítico na percepção dos magistrados: 80,1% dos entrevistados responderam que a estrutura existente é insuficiente para acompanhar a implementação de tais decisões. Para 98,5% dos respondentes, a estrutura é insatisfatória de alguma maneira (Ibid.).

<sup>109</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...*, op. cit., p. 83-84.

outro o manejo inadequado dos instrumentos que aí estão frustram as poucas possibilidades de uma adequada proteção coletiva dos direitos<sup>110-111</sup>.

Também a gestão inadequada dos processos realizada pelo Poder Judiciário contribui para esse quadro. É evidente que a condução de uma ação coletiva exige, como regra, mais tempo do que a condução de uma ação individual. A estrutura do Judiciário também deve ser adequada, em especial quando se trata de fase de execução que revele a necessidade de adoção de medidas estruturais, não só pela atuação diferenciada que exigem, com a participação de todas as instituições envolvidas no problema, como principalmente pela necessidade de

---

<sup>110</sup> Algumas ações coletivas infundadas justificam essa preocupação. O Ministério Público de Minas Gerais e o Ministério Público do Trabalho da 3ª Região propuseram ação coletiva em face de empresário de futebol, sob o fundamento de que 19 (dezenove) menores de idade estavam em condições precárias de acomodação, saúde, alimentação e higiene, circunstância que violaria o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entendeu o STJ que no caso não haveria legitimidade do *parquet*, pois “o Ministério Público, no caso em apreço, não intentava debelar um problema social, mas sim fazer as vezes de um grupo reduzidíssimo de substituídos mediante a tutela coletiva de direitos” (Ag no Recurso Especial n. 1.379.509-MG; 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 18.08.2015; DJe 31.08.2015). Pensamos que a situação seria diversa se houvesse número significativo de crianças e adolescentes. No caso, porém, não parecia haver óbice à formação de litisconsórcio entre os 19 substituídos, o que inviabiliza a adoção da via coletiva. Em Curitiba/PR, uma associação propôs ação coletiva pleiteando o pagamento das diferenças de expurgos inflacionários em razão de planos econômicos apenas para um associado indicado na petição inicial. A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito e o Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento da apelação, ressaltou que “a propositura de ação civil pública, com base em direito individual homogêneo, deve visar uma tutela que ampare, necessariamente, diversas pessoas que se encontrem em situações de fato comuns e que tenham direitos idênticos. Não se admite seu ajuizamento, assim, sem que a situação tutelada seja pertencente a um número razoável de consumidores, impondo-se ao autor demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo lesados pelo fato de origem comum, sob pena de não ficar caracterizada a necessária homogeneidade do interesse individual tutelado” (TJPR; Apelação Cível 972.543-7; 14ª Câmara Cível; j. 10.04.2013; DJe 08.05.2013).

<sup>111</sup> No julgamento de Recurso Especial repetitivo interposto por instituição financeira tendo por objeto a definição do termo inicial de incidência de juros de mora – se a data da citação na ação coletiva ou das execuções individuais – o Min. Sidnei Beneti ressaltou: “Deve-se arrear firmemente a tentativa, disfarçada de mera discussão a respeito de início de fluência de juros de mora, de destruição do próprio instrumento da Ação Civil Pública brasileira, em verdadeira traição ao modelo da ‘Class Action’ criada pelo Direito Anglo-Americano exatamente para o amparo, entre outros, de direitos coletivos homogêneos, de modo a compô-los para todos os titulares de tais direitos, sem necessidade de ingresso de cada um deles em Juízo, para judicializar, individualmente, suas pretensões. Nessa ordem de considerações, repita-se, o sucesso do Recurso Especial ora sustentado pelo Recorrente fatalmente levará à pulverização das pretensões individuais homogêneas, obrigando-se os titulares de tais direitos, conquanto homogêneos, à busca do ajuizamento individual, quer dizer, mantendo-se a necessidade da judicialização multitudinária em massa, pela via oblíqua da obrigatoriedade do ajuizamento das execuções individuais [...] Em síntese, pretender que, na Ação Civil Pública, o termo inicial dos juros de mora seja a citação na fase de liquidação/execução individual da sentença ocasionará tragédia processual decomposta em dois atos e uma apoteose socialmente desonrosa: o abarrotamento do Judiciário com milhares de processos tecnicamente desnecessários, veículos do único objetivo de antecipar o dies a quo do acessório e, em regressão da História, a instauração da (re)processualização individual do processo coletivo, tudo desaguando, em ápice, no apequenar do acesso democrático e eficaz à Justiça”. O Recurso foi improvido por maioria, para se determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação na ação coletiva. Da ementa, extrai-se: “Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar (STJ; REsp 1.370.899-SP; Corte Especial; Rel. Min. Sidnei Beneti; j. 21.05.2014; DJe 16.10.2014).

acompanhamento da efetivação da decisão coletiva e de todos os possíveis ajustes que podem ser feitos durante a fase executiva<sup>112</sup>.

Existe, portanto, uma generalizada e preocupante falta de compreensão quanto às técnicas para manejo adequado dos instrumentos coletivos. Afinal, embora possam se fundar em alguns institutos tradicionais (como o litisconsórcio, a conexão etc.), os instrumentos de tutela coletiva são formados e se desenvolvem de forma muitas vezes mais arrojada do que aqueles criados sob a lógica individual. É necessário um olhar que permita seu maior aproveitamento, o que exige, além de conhecimento, uma certa dose de criatividade e boa vontade.

É disso que decorre a inserção, no título deste capítulo, da palavra *nova*. O desenvolvimento de propostas que possam resultar numa forma diferenciada de tutela fundada em técnicas igualmente diferenciadas, permeada por uma nova e diversa racionalidade, é essencial para a construção de uma Jurisdição efetiva e *verdadeiramente* coletiva. Essa revisitação passa necessariamente por dois aspectos. Em primeiro lugar, um repensar sobre a tutela coletiva de um modo geral, com a adequação dos institutos a partir de sua lógica coletiva, deixando-se de lado a racionalidade individual que permeia o sistema coletivo e sua aplicação. Além disso, o desenvolvimento de técnicas que, para além das ações coletivas, possam contribuir para a prestação de uma tutela universal, adequada e efetiva, com eficiência e isonomia.

Sob esse aspecto, a *coletivização* parece contribuir de forma significativa para a redução dos altos índices de congestionamento e a necessária prestação jurisdicional eficiente<sup>113</sup>. Coletivização, diga-se desde já, será aqui utilizada como forma de agregação de

---

<sup>112</sup> Tome-se como exemplo o caso da ACP do Carvão, em Criciúma, em que se buscou a construção de uma decisão que viabilizasse a solução do problema ambiental causado pelas carboníferas que atuam no local, sem prejudicar o desenvolvimento econômico da região, resultando na construção de um plano de ação a ser executado a curto, médio e longo prazo. A ação foi distribuída em 1993, sendo a sentença proferida em 2000. A decisão ainda está em fase de execução que, como ressaltou o próprio Juízo em despacho proferido em janeiro de 2018, “ainda irá perdurar por vários anos” (autos n. 93.8000533-4, da 1ª Vara da Circunscrição Judiciária de Criciúma/SC; j. 05.01.2000). Para uma compreensão do caso no contexto do Processo Estrutural: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão*, op. cit. É claro que nem toda ação coletiva apresenta as dificuldades verificadas nessa ação. É indubitável, porém, que o simples fato de reunir pretensões afetas a variadas pessoas ou grupos de pessoas e a adoção de mecanismos diferenciados impacta sobremaneira a forma de condução de uma ação coletiva.

<sup>113</sup> Enaltecendo as vantagens da tutela coletiva, a Suprema Corte do Canadá, no caso *Hollick v. Toronto (City)*, [2001], destacou: “Class actions provide three important advantages over a multiplicity of individual suits. First, by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis [the judicial economy goal]. Second, by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own [the access to justice goal]. Third, 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 [the behavior modification goal]” (*hollick v. toronto (city)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68). Semelhante apontamento foi

questões e pretensões individuais que apresentem um grau suficiente de homogeneidade a justificar seu tratamento conjunto, conceito que tem relação direta com a gestão de casos judiciais.

A percepção de que o sistema “ordinário” nem sempre é suficiente para o tratamento adequado de litígios considerados complexos é uma preocupação muito presente no sistema norte-americano<sup>114</sup>. Uma vez identificado que se está diante de um litígio complexo, o Tribunal se preocupará com a adoção de métodos diferenciados que sejam suficientes à sua solução, deixando de lado o “conservadorismo processual” e adotando técnicas inovadoras de condução do processo e solução do conflito<sup>115</sup>.

Basicamente, a definição de litígios complexos no direito norte-americano leva em consideração a forma de solução dos conflitos assim caracterizados, apontando elementos como a impossibilidade de observância do contraditório tal como construído tradicionalmente, a maior liberdade judicial no estabelecimento de procedimentos, suficientes a, inclusive, corrigir a disfunção gerada pela impossibilidade de atendimento ao contraditório; e a necessidade de se

---

feito pelo Tribunal Distrital da Califórnia: “In a complex society such as ours, the phenomenon of numerous persons suffering the same or similar injuries as a result of a single pattern of misconduct on the part of a defendant is becoming increasingly frequent. The judicial system’s response to such repetitive litigation has often been blind adherence to the common law’s traditional notion of civil litigation as necessarily private dispute resolution. In situations where this traditional mode of litigation threatens to leave large numbers of people without a speedy and practical means of redress and simultaneously threatens to expose defendants to continuing punishment for the same wrongful acts, the class action device is a powerful tool to accomplish its proclaimed goals of judicial economy and fairness” [US District Court for the Northern District of California - 526 F. Supp. 887 (N.D. Cal. 1981) November 5, 1981]. Para um necessário contraponto, a partir do exame de procedimentos coletivos na Croácia, UZELAC, Alan. *Why no class actions in Europe? A view from the side of dysfunctional justice systems*. In HARSÁGI, V.; RHEE, C. H. van (ed.). *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2014. O autor apresenta as seguintes e interessantes conclusões: “1. If a judicial system is not capable of securing litigation within a reasonable time in conventional, ‘one-on-one’ litigation, it will not be able to do any better in collective litigation. 2. If the effectiveness of judicial protection is limited due to the excessive availability of means of recourse that impede finality and prevent final enforcement, collective litigation cannot fulfil its main purpose. 3. If a civil justice system does not dispose of organizational and procedural mechanisms and case-management techniques for handling complex multi-party and multi-claim matters, any collective litigation device will be inappropriate and will be perceived as ‘legal irritant’” (Ibid., p. 61).

<sup>114</sup> “Complex cases are cases in which the procedural system that we have established does not function well to resolve a dispute. This intuitive understanding of complex litigation immediately puts ‘complex’ and ‘ordinary’ litigation into opposition” (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation – Problems in Advanced Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2002); “complex civil litigation involves cases which are “bigger” or more complicated” than the typical suit for which our adversarial procedures work tolerably well. The Microsoft antitrust litigation, *Brown v. Board of Education*, and the thousands of asbestos cases clogging court dockets are paradigms of complex civil litigation. At first blush, these cases have little in common. On reflection, however, all share a common feature: They have thrown the American procedural system an adversarial system originally designed for a far simpler type of lawsuit into crisis” (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*, 2ª ed. New York: Foundation Press, 2010, p. 2).

<sup>115</sup> “[...] the phrase ‘complex litigation’ has a magical quality; when a judge believes that a case is ‘complex’, procedural innovation often replaces procedural conservatism. Innovation might lead to a diferente result than the result that would have occurred under traditional procedures. An advocate wants to make sure that the judge applies the most favorable procedural rules; and that goal often requires a lawyer to convince a judge that the case is (or is not) ‘complex’” (Ibid., p. 35).

dar tratamento igual e eficiente a casos semelhantes<sup>116</sup>. A condução de um litígio complexo envolverá necessariamente uma atuação ativa do juiz e das partes<sup>117</sup>, incluindo-se no âmbito dos poderes de gestão de todos os sujeitos processuais. Ações coletivas de um modo geral – inclusive aquelas que tenham por objeto direitos transindividuais – também são incluídas pela doutrina norte-americana na categoria dos litígios complexos.

Embora a definição de litígios complexos seja ampla, incluindo qualquer demanda que exija tratamento processual diferenciado, pode-se considerar, em linhas gerais e para os fins deste trabalho, que ações que envolvem questões ou direitos pertencentes a centenas ou milhares de pessoas caracterizam litígios complexos em razão do especial procedimento a ser adotado para a solução dessas multiquestões ou pretensões<sup>118</sup>. Esse especial procedimento terá por foco a prestação adequada e efetiva da tutela a esses direitos, o tratamento isonômico que deve ser dado a todos eles, e a eficiência que norteará a agregação de todas as questões e direitos num único processo. A pluralidade de partes, quase sempre indefinida, portanto, é elemento

---

<sup>116</sup> “Litigation in an adversarial system in which the judicial power necessary to overcome the dysfunction of the lawyers, the jury, or the parties results in procedural disparities that cause substantively disparate outcomes among similarly situated parties, claims, or transactions. The definition contains three essential elements. The first element is dysfunction -the inability of the lawyers, jury, or parties to fulfill the responsibilities for rational adjudication assigned to them by the adversarial system. The second element is curative judicial power the ability of the judge to establish procedures that remedy this dysfunction and thus allow rational adjudication, albeit in a manner inconsistent with the adversarial model The third element is that like cases are treated unlike because of the tendency of the selected procedures to cause the nature and quality of evidence, and consequently the substantive outcome, to vary 1) among persons who have experienced the same or similar factual occurrences, (2) among cases seeking recovery under the same legal theory, or (3) among legal theories constituting a party's claim or defense” (Ibid., p. 47). “Nobody has devised a litmus test to determine whether a given case is properly labeled complex. The various editions of the federal judiciary's Manual for Complex Litigation have not offered a firm definition. As a starting point, it may be said that three characteristics serve, individually or together, to distinguish complex cases. First, they may involve difficult legal and factual issues (often technical or scientific Second, the sheer number of parties involved may make litigation complex where it would not be in a one-on-one litigation format. Third, the amount of money or the stakes involved may prompt litigation efforts of such dimension that a case that would otherwise not be complex becomes complex. Whatever the definition, complex litigation deserves study as a discrete area of dispute resolution” (MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. *Complex Litigation, Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*. West, 2010, p. 1).

<sup>117</sup> “Fair and efficient resolution of complex litigation requires at least that (1) the court exercise early and effective supervision (and, where necessary, control); (2) counsel act cooperatively and professionally; and (3) the judge and counsel collaborate to develop and carry out a comprehensive plan for the conduct of pretrial and trial proceedings” (UNITED STATES OF AMERICA. Federal Judicial Center. *Manual for Complex Litigation. Fourth*. West, 2004, p. 7).

<sup>118</sup> “The glue that ties the study of complex litigation together is more procedural than substantive, though at times it seems one can impact the other. Complex litigation involves the phenomenon of lawsuits that venture beyond the traditional one-on-one model of opposing litigants with a single case filed where they air their against one another. Complex litigation involves the procedural world's reaction to the actual or threatened possibility of cases with a multiplicity of parties and/or a multiplicity of different related lawsuits. It involves at a macro level attempts by courts, Congress, and rules drafters to anticipate and bring order out of the chaos of complex litigation. A multiplicity of parties happens when there are either a number of plaintiffs or defendants or a number of possible additional parties on the horizon. A multiplicity of cases happens when there are literally a number of related lawsuits pending or sometimes completely mirror-image duplicative lawsuits pending” (UNDERWOOD, James M. *Complex litigation – a context and practice casebook*. Durham: Carolina Academic Press, 2017, p. 3/4).

suficiente a evidenciar que se trata de um litígio complexo e, por isso, merece uma tutela diferenciada.

No exame dos litígios complexos, doutrina e jurisprudência norte-americanas partem da insuficiência do processo adversarial tradicional para a solução adequada do litígio, o que lhe outorga a caracterização de complexo. Essa insuficiência do processo tradicional parece ter sido identificada pelo direito brasileiro, embora a utilização dos instrumentos postos à disposição dos operadores para a tutela adequada desses litígios não revele, aqui, como já se demonstrou, o melhor aproveitamento que se pode dar a esses mecanismos de tutela.

Assim, dado o caráter universal da tutela coletiva, quando a percepção de alguns critérios revelar que o tratamento coletivo é, de fato, mais adequado, não há motivo para se optar pela propositura de múltiplas ações individuais.

É necessário, porém, que se estabeleçam algumas premissas essenciais.

Não se parte do pressuposto de que a tutela coletiva será sempre mais adequada. Essa adequação inevitavelmente dependerá do exame do caso concreto, a fim de se concluir, afinal, se será ela a melhor forma de proteção aos direitos ou solução das questões. Muitas vezes, a forma coletiva de tutela será mais prejudicial do que vantajosa. O importante é estabelecer-se os critérios que conduzirão à constatação de que se trata de forma de tutela adequada no caso<sup>119</sup>.

Também não se ignora o elevado tempo e a excessiva estrutura muitas vezes despendidos com uma ação ou procedimento coletivos. Algumas das ações que serão citadas no decorrer deste trabalho levaram 5, 10, 20 anos para serem julgadas. Muitas, mesmo que propostas há alguns anos, ainda não conseguiram ultrapassar a fase instrutória. Não se parte, portanto, de um olhar utópico que vê na tutela coletiva a solução para todos os problemas afetos à Justiça. Ao lado dessa releitura e da concepção de uma *nova* Jurisdição Coletiva, é imprescindível que sejam criadas e implementadas outras medidas igualmente voltadas à redução de processos<sup>120</sup>, solução dos casos em menor tempo, melhora na qualidade das

---

<sup>119</sup> “Quando se pensa em ‘caso concreto’, e assim em particularidades insuscetíveis de previsão, há que se tomar em conta uma técnica legislativa que não defina, em abstrato, o instrumento processual que deve ser utilizado, mas sim aquilo que pode ser usado conforme as necessidades do caso concreto. Nesse sentido, o legislador pode dar à parte ou ao magistrado o poder de adotar, entre várias, a técnica processual que reputar adequada às suas necessidades, ou ainda, o poder de utilizar técnica processual que dependa da demonstração de determinada circunstância capaz de ocorrer no caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, v. 3 – *tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50).

<sup>120</sup> Em interessante trabalho no qual analisa os principais fatores que contribuem para o elevado custo e o atraso na prestação jurisdicional mesmo após a *Civil Justice Review* de 1988, além de delinear uma estratégia para buscar a melhora desse quadro, Zuckerman lembra, com razão, que a potencialização do acesso à Justiça estimulará o litígio, impondo a necessidade de criação de formas justas e não discriminatórias de desincentivo às demandas (ZUCKERMAN, A.A.S. *A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure rather than Access to Justice*. In *Journal of Law and Society* v. 22, n. 2, June 1995, p. 158).

decisões, economia de custos, adequação da estrutura, capacitação dos servidores etc. A intensificação e boa prática dos meios consensuais de solução de conflitos, por exemplo, pode muito contribuir para isso. Seja como for, acreditamos que a tutela coletiva, quando cabível e bem utilizada, pode caracterizar uma das estratégias para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, nas perspectivas da efetividade, eficiência, universalização do acesso, democratização e isonomia.

A análise do cabimento e conveniência da adoção da tutela coletiva parte necessariamente de um aspecto qualitativo, para que se verifique, no caso concreto, se a tutela coletiva dos interesses individuais é mais adequada do que a tutela individual. A adequação, diga-se desde já, deve levar em consideração os fatores (i) *universalização*, ou seja, a maior vocação da tutela coletiva para o alcance das questões ou pretensões individuais<sup>121</sup>, com a consequente potencialização do acesso à Justiça<sup>122</sup>; (ii) *democratização*, com uma preocupação sobre a participação inclusiva no procedimento; (iii) *isonomia*, viabilizando um mesmo tratamento a questões ou pretensões iguais; (iv) *eficiência*, que nada mais é do que a percepção de que o tratamento coletivo trará mais benefícios, sob o aspecto da justiça enquanto serviço público, do que a múltipla tutela individual; e (v) *efetividade*, a partir do manejo das técnicas adequadas à concretização dos direitos.

É sobre essas bases que são construídas as propostas aqui apresentadas.

Sem prejuízo de haver sempre a possibilidade de aprimoramento legislativo, a maior parte dessas propostas parte daquilo que já está posto no sistema processual, tendo por objetivo sua potencialização e melhor aproveitamento. Indo um pouco mais além, adentra-se em algumas possibilidades que resultarão em propostas de *lege ferenda*, com o intuito, sempre necessário, de se evoluir na sistemática da tutela coletiva. Fato é, de todo modo, que à apresentação dessas propostas é imprescindível que se permita um novo olhar sobre o sistema de tutela coletiva e todas as suas possibilidades.

---

<sup>121</sup> “Quando se fala de liberdade fundamental dos grupos intermediários, que é exatamente o tema deste trabalho, a atenção do processualista é apreendida principalmente por um problema: o acesso à justiça. Teriam os grupos intermediários acesso à justiça? Em outras palavras: aquele direito fundamental, que se exprime essencialmente nos arts. 24 e 113 da Constituição italiana, e que, para o processualista é, por assim dizer, a liberdade fundamental por excelência, vale também, como e com quais implicações, para (e contra) os corpos intermediários? Vale, ainda, em particular, para (e contra) quais corpos intermediários, ou "formações sociais", nas quais, conforme exprime o art. 2.º da mesma Constituição, "se desenvolve a personalidade" do homem?” (CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais...* op. cit., p. 128).

<sup>122</sup> “Entre os múltiplos efeitos da Ação Civil Pública, dois chamam a atenção neste debate. Primeiro, o efeito aglutinador de demandas individuais, ou de possíveis demandas individuais. Segundo, o efeito de racionalização do acesso à justiça por meio da qual se estabelecem condições e estímulos à composição amigável” (STJ; REsp 1.370.899-SP; Corte Especial; Rel. Min. Sidnei Beneti; j. 21.05.2014; DJe 16.10.2014).

### 1.2.2. De onde partimos: o microsistema processual coletivo

A tutela coletiva é regulamentada por normas que integram o *microsistema processual coletivo*, composto inicialmente pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65)<sup>123</sup>, que regulamentou, de forma sistemática, instituto já previsto na Constituição Federal de 1934, ampliando a previsão da Constituição de 1946<sup>124</sup>, e pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)<sup>125</sup>, que criou a “ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico”. Com o advento da Constituição Federal de 1988, reforça-se a proteção a esses direitos<sup>126</sup>.

A tutela aos direitos individuais homogêneos surgiu apenas em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, possibilitando a tutela de todo e qualquer direito individual passível de tratamento coletivo por possuir características de homogeneidade.

Todas essas leis integram o microsistema processual coletivo, que tem como núcleo a proteção aos direitos coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e coletivizáveis (ou seja, aqueles que, embora individuais, podem ser tutelados coletivamente), com fundamento na universalização, eficiência e isonomia. Significa dizer que a interpretação e aplicação das normas que integram o microsistema deve ter como norte, sempre, o atendimento a seu objetivo nuclear. No caso do microsistema de tutela coletiva, esse núcleo está na garantia da adequada proteção aos direitos transindividuais e individuais homogêneos. Qualquer interpretação que se pretenda extrair das normas que compõem o microsistema processual coletivo, portanto, terá que viabilizar essa proteção. É por isso, por exemplo, que o entendimento do STJ a respeito da prescrição de 5 anos da pretensão coletiva deve ser criticado.

<sup>123</sup> Os direitos difusos já eram tutelados nas Constituições de 1934 e 1946, bem como em leis esparsas, como a revogada Lei 1.134/50, que regulamentava os direitos difusos atinentes aos funcionários públicos, ou a também revogada Lei 4.215/63, que disciplinava a representação coletiva dos advogados.

<sup>124</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. In Temas de Direito Processual – primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 114.

<sup>125</sup> Para Rodolfo de Camargo Mancuso, “a ação civil pública regradada na Lei 7.347/85 é o parâmetro processual básico para a tutela dos interesses metaindividuais, não somente daqueles nominados expressamente no seu art. 1º e incisos, mas também de outros, mesmo ainda não juspositivados, desde que socialmente relevantes [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55).

<sup>126</sup> “Veio a Constituição de 1988 e selou a matéria, incluindo expressamente essa cláusula genérica [a previsão de tutela de ‘outros direitos difusos e coletivos’, via ação civil pública, pelo Ministério Público] que, a rigor, até dispensaria tudo mais, porque, na verdade, os interesses relacionados com o meio-ambiente, os interesses relacionados com o patrimônio público e social e os próprios interesses relacionados com a proteção ao consumidor, desde que não digam respeito a lesões patrimoniais individualmente consideradas, mas sim aos fenômenos que abrangem ou que envolvam um número grande de pessoas, consideradas no seu conjunto, tudo isso entra no conceito de interesses difusos e coletivos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In Revista de Processo, v. 61, ano 16, janeiro-março/1991, p. 193-194).

A toda evidência, trata-se de entendimento que não só prejudica os direitos tuteláveis coletivamente, como aniquila boa parte deles<sup>127</sup>.

Embora, por definição, qualquer microsistema seja composto por leis especiais<sup>128-129</sup> que dialogam entre si viabilizando de forma harmônica a aplicação de suas normas ao que se pode chamar de *núcleo* do microsistema (no caso, a efetiva tutela aos direitos coletivos e coletivizáveis), o Código de Processo Civil de 2015, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973 (ao menos antes da reforma de 2005<sup>130</sup>), integra o microsistema processual coletivo<sup>131</sup>. Isso decorre do fato de ter criado técnicas de coletivização que, ao lado das técnicas coletivas já existentes, ampliam o espectro de alcance da tutela coletiva. Não se trata, é importante ressaltar, apenas de Código que serve de farol para a interpretação e adequação do microsistema às suas normas gerais. É claro que essa posição é também ocupada pelo Código, mas, para muito além disso, o Código de Processo Civil de 2015 completa o rol de instrumentos voltados a viabilizar o tratamento coletivo de determinadas questões e direitos. É o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, que, como já se destacou, caracteriza uma

<sup>127</sup> Essa orientação foi firmada no julgamento do Recurso Especial n. 1070896/SC, relativamente às ações coletivas de planos econômicos. A 2ª Seção do STJ entendeu, com fundamento no microsistema processual coletivo, que se aplicaria às ações civis públicas (pela ausência de previsão legal específica) o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei da Ação Popular (REsp 1070896/SC; 2ª Seção; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 14.04.2010; DJe 04.08.2010).

<sup>128</sup> Em trabalho anterior, escrito em co-autoria, discorreu-se: “nos microsistemas ocorre a particularização de determinadas matérias referentes a determinado conjunto de relações sociais, que, pelo seu próprio direcionamento, exigem um tratamento mais específico e adequado. Assim, não há que se falar em uma posição superior da norma geral com relação à norma especial, já que esta, na disciplina de determinadas relações, atua independentemente do que dispõe aquela” (AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *A constitucionalização do direito civil e a função do intérprete na aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados*. In Anais do IV Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da UEL - Repercussões da Hermenêutica do Novo Constitucionalismo para os Empreendimentos Econômicos. Londrina: UEL, 2013, p. 42).

<sup>129</sup> “Ao trazermos a concepção de microsistema estamos fazendo alusão ao fenômeno que ocorre quando leis especiais e extravagantes postas à margem do direito codificado – de modo ordenado – regulam questões que são marcadas pela especificidade da relação, de modo que não poderiam ser alcançadas pelo direito codificado (que, por sua essência, possuirá caráter mais amplo e geral). Às claras, existem “legislações de índole especial (= leis marginais à codificação) que não se limitam apenas à complementação das regras gerais impostas no Código, mas sim regulam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação”, fenômeno que faz com que surjam os chamados microsistemas” (SILVA, Francisco Carlos de Moraes; MAZZEI, Rodrigo. *O microsistema (autonomia) do direito portuário*. In Revista de Direito Privado v. 56, out-dez/2013, p. 268).

<sup>130</sup> Com a criação da sistemática do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, no então art. 543-C e ss.

<sup>131</sup> Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o Código “não está de costas para o microsistema da tutela coletiva: o CPC o abraça e o envolve, sendo a ponte entre o processo coletivo e a Constituição”, podendo-se dizer que “o CPC exerce papel relevantíssimo no sistema normativo de tutela jurisdicional coletiva”, sendo que “o fato de haver microsistema não elimina o papel de um Código na regulação jurídica da matéria” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 54).

técnica de coletivização de questões, integrando, portanto, o amplo espectro da tutela coletiva<sup>132</sup>.

Não se pode deixar de registrar, porém, que poderia o legislador ter caminhado um pouco mais, não só prevendo outras técnicas de tutela coletiva<sup>133</sup>, como viabilizando uma melhor comunicação entre os instrumentos individuais e sua aplicação na esfera coletiva. Há no Código, de todo modo, um único dispositivo que faz menção ao processo coletivo. Trata-se do art. 139, IX<sup>134</sup>, que inclui, dentre os poderes-deveres do juiz, a possibilidade de oficiar os entes legitimados à propositura de ações coletivas quando se deparar com demandas individuais repetitivas<sup>135</sup>, incentivando o diálogo entre juízes e órgãos legitimados para a adoção de medidas cabíveis à tutela adequada dos direitos.

---

<sup>132</sup> “Aos exemplos dessa eficácia direta no processo coletivo: o CPC-2015 o previu expressamente e cuidou de trazer normas jurídicas de processo coletivo: i) dever de comunicação judicial (art. 139, X, CPC, semelhante ao já previsto no art. 7º da Lei n. 7.347/1985), dispositivo que parece reforçar a existência de uma prioridade de julgamento de ação coletiva em relação à ação individual e às técnicas de julgamento de casos ou questões repetitivas; ii) previsão de Câmaras Administrativas para a solução consensual de conflitos, com expressa menção aos termos de ajustamento de conduta (art. 174, III, CPC); iii) previsão de intimação obrigatória do Ministério Público nas ações coletivas para a discussão de posse rural ou urbana (art. 178, III, CPC); iv) conversão da ação individual em ação coletiva (art. 333, CPC, que, embora vetado pela Presidente da República, não deixa se reafirmar a premissa do diálogo expresso do CPC com o microsistema); v) regulamentação da ação possessória coletiva passiva (art. 565, CPC); vi) suspensão dos processos coletivos em razão da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 982, I, CPC) e a aplicação da tese jurídica firmada também aos processos coletivos (art. 985, I, CPC); vii) a estruturação dos incidentes de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), que são uma espécie de processo coletivo praticamente inteiramente regulada pelo CPC” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 62).

<sup>133</sup> Interessante técnica – objeto do veto presidencial - era prevista no projeto do CPC de 2015. O art. 334 do projeto previa a possibilidade de conversão de ação individual em ação coletiva, quando “atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio”. A previsão insere no §2º do dispositivo do projeto, porém, reduzia significativamente a eficácia da técnica, na medida em que excluía expressamente de seu alcance a conversão que resultasse na “formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos”. Para um exame aprofundado do instituto e de várias questões afetas às ações pseudoindividuais num contexto de questões de massa, ver CADORE, Susana. *Ações pseudoindividuais e ações individuais com alcance coletivo diante do instituto da conversão da ação individual em ação coletiva* (dissertação de mestrado). Rio de Janeiro, 2015.

<sup>134</sup> A pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público por meio de *survey* com juízes de determinados tribunais aponta uma baixa utilidade do mecanismo previsto no dispositivo: “a esmagadora maioria dos juízes respondeu que nunca oficiou os legitimados em questão com base no dispositivo legal supracitado. Entre os que utilizam este ofício, a maior parte afirmou que o direciona ao Ministério Público. Apenas o MP foi oficiado ‘muito frequentemente’, mas por uma pequena parcela de respondentes (quase 2,8%). Enquanto a Defensoria Pública e a administração pública foram oficiadas ‘frequentemente’ por cerca de 2,9% dos magistrados, cada uma, as associações civis parecem ter sido preteridas pelos juízes” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. “*Justiça em Pesquisa*”... op. cit., p. 114).

<sup>135</sup> Eduardo Talamini destaca que, mais do que simplesmente remeter a solução da questão ao processo coletivo com eliminação dos processos individuais, a regra tem como preocupação possíveis direitos coletivos ou difusos subjacentes aos direitos individuais homogêneos, e que não poderiam ser tutelados pelo IRDR (TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*. In In ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 129).

Resta, assim, à doutrina e à jurisprudência, a construção dos liames necessários entre o microsistema de tutela coletiva e o Código de Processo Civil de 2015, viabilizando o diálogo e aproveitamento dos institutos da nova legislação à tutela coletiva<sup>136</sup>.

Por fim, e para que as opções metodológicas adotadas neste trabalho fiquem claras, alguns conceitos básicos utilizados merecem ser melhor compreendidos.

*Tutela coletiva* é expressão ampla que abrange todas as formas de tutela<sup>137</sup> que se instrumentalizam por meio de técnicas aptas a viabilizar o tratamento coletivo de questões ou de direitos, ou a proteção a direitos coletivos em sentido amplo<sup>138</sup>. A definição quanto a sua adoção – em lugar de técnicas individuais de solução dos conflitos – deve partir necessariamente da análise de sua adequação para a efetiva tutela aos direitos<sup>139</sup>. A questão tem relação direta com a necessária superação do *mito do procedimento uniforme*<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> Louvável iniciativa nesse sentido foi adotada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, que em 2019 chegará à 10ª edição. Pelo 3º ano consecutivo, o Fórum possui um grupo voltado exclusivamente à análise do necessário diálogo entre o Código de Processo Civil de 2015 e a tutela coletiva. Alguns dos enunciados já editados por esse grupo estão citados neste trabalho. Para acesso a todos os enunciados, com pertinentes e aprofundados comentários: PEIXOTO, Ravi (coord.). Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>137</sup> “Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*, 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 34).

<sup>138</sup> A relevante diferenciação entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos foi realizada por Teori Albino Zavascki, sendo inclusive o subtítulo de sua clássica obra sobre Processo Coletivo. A diferenciação parte do tratamento diverso que deve ser dado aos direitos transindividuais (aí incluídos os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos) e os direitos individuais homogêneos que, puramente individuais e divisíveis, tratados coletivamente para fins de efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, “cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40).

<sup>139</sup> “A ideia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos, para depois se compreender que o processo, como técnica indiferente ao direito material, é fechado em si mesmo, e, portanto, algo inservível” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, op. cit., p. 21).

<sup>140</sup> “[...] não há dúvida de que a suposição de que bastaria um único procedimento para todas as situações de direito material implica lamentável confusão entre autonomia e neutralidade do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 3, op. cit., p. 29). A expressão foi cunhada pelos autores no primeiro capítulo do volume 3 de seu curso, em que estabelecem as premissas voltadas à construção do procedimento e das técnicas adequadas ao caso concreto. Segundo afirmam, “a técnica processual não apenas deve resposta às diferentes necessidades de tutela do direito material, vistas em abstrato, mas especialmente às particularidades dos casos conflituos concretos. Quer-se dizer, com isto, que a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva depende da possibilidade do uso da técnica processual adequada às especificidades do caso concreto” (Ibid., p. 49). Sobre o necessário desenvolvimento de uma teoria dos procedimentos especiais, ver DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais – dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018. Ainda acerca da necessidade de procedimentos especiais que deem resposta adequada “à especialidade de determinadas situações de direito material, ou da condição dos litigantes ou ainda do material instrutório preexistente”, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil – procedimentos especiais e Juizados Especiais*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 36.

*Processo coletivo*<sup>141</sup>, por sua vez, é o instrumento que, fazendo uso das técnicas coletivas, viabiliza a prestação da tutela aos direitos coletivos ou coletivizáveis. Esse processo materializa uma ação coletiva<sup>142</sup>, que, por sua vez, se concretiza por meio de uma demanda coletiva. Ação civil pública (art. 1º da Lei 7.347/85) é espécie de ação coletiva. As ações coletivas, portanto, viabilizam a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, possibilitando o alcance da defesa dos interesses de um grupo, comunidade, ou mesmo de direitos individuais, mas com características de homogeneidade que os tornam aptos a serem coletivamente tutelados. No que se refere especificamente a esta última categoria de direitos, as ações coletivas surgem com a finalidade de propiciar maior efetividade à sua tutela, além de garantir o acesso à justiça de forma universalizada e o tratamento isonômico aos titulares de idêntica situação jurídica<sup>143</sup>.

*As técnicas coletivas* viabilizam o tratamento coletivo das questões ou dos direitos, ou a proteção a direitos transindividuais. Consideremos sua divisão em duas espécies: as técnicas (propriamente) coletivas, âmbito em que se incluem as ações coletivas de um modo geral; e as técnicas de coletivização, que, embora sem a finalidade de prestar diretamente uma tutela ao direito no caso concreto, viabilizam o tratamento coletivo de questões de fato ou de direito, com evidente repercussão na tutela aos direitos individuais. *Técnicas de tutela coletiva* é, portanto, expressão que abarca: a) as ações coletivas para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*; b) as ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos; c) os incidentes de coletivização, nos quais se incluem o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência e os recursos repetitivos, e o incidente que será proposto neste trabalho, voltado à coletivização para produção de provas. Tudo isso pode ser incluído

---

<sup>141</sup> “O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo. Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p.ex.) de titularidade de um grupo de pessoas” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 31).

<sup>142</sup> “Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas” (Ibid., p. 34).

<sup>143</sup> O objetivo, como lembra Kazuo Watanabe, “foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias” (WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In Revista de Processo n. 67, ano 17, julho.set/1992, p. 19).

naquilo que genericamente se denomina de *formas de coletivização* (ou, ainda, de *agregação*)<sup>144</sup>.

Qualquer instrumento apto à prestação de uma tutela coletiva – isto é, tanto as ações coletivas propriamente ditas quanto os incidentes de coletivização – valem-se de técnicas coletivas para sua efetivação.

Todas as técnicas que serão propostas neste trabalho partem de uma mesma premissa: têm como objetivo, a partir da interpretação adequada das normas do microsistema processual coletivo, garantir a devida e adequada tutela jurisdicional aos direitos, em especial aos coletivizáveis. Essa adequação é encontrada quando se alcança a tutela desses direitos de forma universal, isonômica, efetiva e eficiente, seja por meio de sua proteção direta pela via das ações coletivas, seja por meio do tratamento coletivo de questões individuais comuns que sirvam de base para a concretização de direitos.

### 1.2.3. Direitos coletivos e direitos coletivizáveis

#### **Afinal, a quem serve a tutela coletiva?**

O sistema de tutela coletiva brasileiro foi originalmente criado para a proteção de direitos que se diferenciam dos direitos individuais<sup>145</sup> por terem como titulares um grupo

---

<sup>144</sup> Ver, a este respeito, a crítica desenvolvida por Marcelo Abelha Rodrigues à substituição do que chama de técnicas coletivas de repercussão individual, aí incluída a ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos, por técnicas individuais de repercussão coletiva: “Por técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC) nos referimos a certos instrumentos processuais que, conquanto sejam aplicáveis a ações individuais, possibilitam que uma mesma questão de direito, que se repita em um grande número de processos, seja apreciada de uma única vez, por amostragem. Incidem, destarte, nas chamadas demandas repetitivas (litígios de massa), isto é, naqueles que, embora veiculem pretensões individuais, relacionam-se por afinidade, justamente pela reiteração de uma mesma questão jurídica [...] Já as técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI) são aquelas que tratam destes mesmos direitos singulares, repetitivos, sob a forma coletiva. Por meio delas, utiliza-se não o instrumental técnica individual previsto no Código de Processo Civil, mas sim aquele instituído pelo chamado microsistema processual coletivo, formado, sobretudo, pela Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (n. 8.078/90). Tutelam-se, destarte, direitos individuais (homogêneos) por uma perspectiva coletiva” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?* In ZANETTI JR., Hermes (coord). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 624/625).

<sup>145</sup> Mauro Capelletti, acerca da insuficiência da tutela individual, chama a atenção para os principais obstáculos verificados pelo “movimento reformador”, destacando o “obstáculo organizador”, por meio do qual “certos direitos ou interesses ‘coletivos ou difusos’ não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma ‘organização’ daqueles direitos ou interesses”. E complementa, citando o que chama de “obstáculo propriamente processual, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela” (CAPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. In *Revista de Processo*, v. 61, ano 16, janeiro.março/1991, p. 148). No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki: “Tornou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos novos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente

definido ou indefinido de pessoas. Em especial, surgiu como resposta à insuficiência do sistema tradicional para a proteção dos chamados direitos coletivos em sentido amplo, *metaindividuais* ou *transindividuais*. Adotemos aqui a definição do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: direitos difusos são direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos são 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. São, portanto, direitos *propriamente* coletivos, tuteláveis por meio de ações coletivas.

A tutela aos direitos individuais permanece garantida por meio do processo tradicional, mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor e a criação da categoria dos direitos individuais homogêneos. Embora a preocupação com a efetividade tenha norteado boa parte das reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973, não se tinha ainda uma efetiva preocupação com o tratamento coletivo dos interesses individuais.

Apenas a reforma de 2006<sup>146</sup>, com a criação do julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, aproximou-se de um tratamento coletivo de questões, ainda muito tímido, já que tendo por objeto apenas questões de direito que necessariamente devem ser judicializadas para que a tese firmada no caso paradigmático possa ser aplicada. A multiplicidade de ações repetitivas, portanto, permanece<sup>147</sup>.

---

individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo...* op. cit., p. 33).

<sup>146</sup> Lei 11.672, de 8 de maio de 2008, que “acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”.

<sup>147</sup> “Todos esses instrumentos pressupõem que o interessado se apresente em juízo, de modo a impor, sempre, a incoação de novas demandas. Não se pensa em mecanismos capazes de tornar desnecessária a presença da parte perante o Poder Judiciário, o que, ao invés de contribuir para diminuir o volume extraordinário de demandas, só favorece seu aumento exponencial” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...*, op. cit., p. 26).

Seja como for, não parece haver dúvidas acerca do tratamento diferenciado<sup>148</sup> que deve ser dado aos direitos transindividuais<sup>149</sup> e aos individuais homogêneos<sup>150</sup>. Embora alguns dos instrumentos colocados à disposição de sua tutela possam ser os mesmos – como ocorre com as ações coletivas – é certo que as técnicas adotadas são (e devem mesmo ser) diversas. Afinal, são categorias de direitos absolutamente distintos: os direitos transindividuais são *coletivos*; já os direitos individuais homogêneos são *coletivizáveis*, tuteláveis tanto pela via individual como pela via coletiva.

Diferentemente do que ocorre com os direitos transindividuais (com relação aos quais apenas a coletividade pode demandar), a tutela dos direitos individuais com características de homogeneidade apresenta uma dupla legitimidade. Tanto o indivíduo pode pleiteá-la por meio do manejo dos instrumentos individuais cabíveis, quanto a coletividade pode demandar a tutela coletivizada desses direitos, neste caso por meio de um representante adequado.

É com essa especial categoria de direitos e sua tutela que nos preocupamos neste trabalho. Um aprofundamento em sua natureza e formas de caracterização é, portanto, essencial.

#### **1.2.4. Segue. Os interesses individuais e a tutela coletivizada. Para além dos direitos individuais homogêneos**

A definição do Código de Defesa do Consumidor para os direitos individuais homogêneos é claramente insuficiente. Dizer que se trata de interesses ou direitos “decorrentes

---

<sup>148</sup> “Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos desse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que trouxe a consequência, a toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dará aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para a defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos direitos coletivos e difusos, lançando-se todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo...*, op. cit., p. 38).

<sup>149</sup> A respeito do tratamento diferenciado que deve ser dado aos direitos transindividuais, a depender do tipo de conflito, ver a nova tipologia proposta por Edilson Vítorelli, citada na nota n. 93, item 2.2.1.

<sup>150</sup> “Colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa, e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 226).

de origem comum”<sup>151</sup> de modo algum atende a necessidade de sua adequada conceituação e aplicação e, por consequência, não é capaz de refletir as inúmeras potencialidades dessa categoria<sup>152</sup>.

São o que, para Barbosa Moreira, denominam-se direitos “acidentalmente coletivos”, pois “não apresentam as mesmas características daqueles [os coletivos lato sensu], sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto”, sendo “impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa”<sup>153-154</sup>.

Assim, diferentemente da tutela aos direitos transindividuais (criada com vistas ao alcance de uma categoria de direitos que não eram suficientemente tutelados pelos instrumentos tradicionais, de caráter individual), a criação da categoria dos direitos individuais homogêneos<sup>155</sup> teve por finalidade o alcance da já referida dupla função da Jurisdição, calcada na prestação da tutela jurisdicional com isonomia e eficiência. São esses os objetivos que devem ser concretizados quando se busca a construção de uma correta definição dos direitos individuais homogêneos, de forma a possibilitar que a tutela aos direitos individuais seja feita de forma eficiente e equânime<sup>156</sup>.

<sup>151</sup> “Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorrem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Trata-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada. Essa circunstância genética produz um conjunto de direitos subjetivos com, pelo menos, três aspectos fundamentais de identidade: (a) o relacionado à própria existência da obrigação, (b) o que diz respeito à natureza da prestação devida e (c) o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comuns a todos eles” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* op. cit., p. 167).

<sup>152</sup> “Definição tão singela, quanto imprecisa, gera a impossibilidade de determinar exatamente o campo de aplicação desse conceito [...] não se tem como saber, a partir dessa definição, se a origem comum dos direitos está em alguma ‘relação jurídica base’, em algum fato cotidiano único, em circunstâncias semelhantes vivenciadas por cada indivíduo, na identidade de causa de pedir ou de pedido, na similaridade de situações de cada direito individual ou em algum outro elemento” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 53).

<sup>153</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988...* op. cit., p. 188.

<sup>154</sup> Interessante definição é dada por Fabio Santangeli e Pierpaolo Parisi, com base no art. 140 bis do Codice del Consumo italiano, “Si tratta di situazioni giuridiche attribuite ai membri di una classe, in cui i diritti dei singoli sono diversi e distinti tra di loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o diritto capace di rendere possibile un provvedimento giurisdizionale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell’origine comune e dell’omogeneità, come preminenza delle questioni comuni o collettive su quelle individuali” (PARISI, Pierpaolo; SANTANGELI, Fabio. *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria:*

*l’azione di classe dopo le recenti modifiche all’art. 140-bis cod. cons.* In *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, abril/2010, p. 8-9. Disponível em <http://www.judicium.it/il-nuovo-strumento-di-tutela-collettiva-risarcitoria/azione-di-classe-dopo-le-recenti-modifiche-allart-140-bis-cod-cons/> Acesso 15.05.2018).

<sup>155</sup> Para uma análise das visões acerca da natureza material ou processual dos direitos individuais homogêneos, concebendo-os, em lugar disso, como técnica de coletivização: OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos. Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69-89.

<sup>156</sup> “Pode-se fixar como premissa fundamental a ideia de que a tutela dos interesses individuais homogêneos, no ordenamento brasileiro, tinha duas finalidades essenciais: a) racionalizar o trabalho judiciário, tornando desnecessário que cada indivíduo lesado tivesse que burlar a tutela jurisdicional do Estado para si, em demanda própria; b) tratar de forma isonômica os interesses individuais de massa, diminuindo, na medida do possível, os

Além disso, a tutela coletiva de direitos individuais pode contribuir para a desejada universalização da Jurisdição, na medida em que viabiliza a tutela a pretensões que dificilmente seriam objeto de uma ação individual<sup>157</sup>, seja pela falta de informação necessária ao incentivo do titular do direito à busca dessa tutela (o que ocorre muito frequentemente quando se trata de grupos em situação de vulnerabilidade), seja porque, de tão ínfimo, o valor econômico gerado pelo reconhecimento do direito não justifica todo o esforço individual na sua concretização<sup>158</sup>.

Nesse cenário, a execução coletiva das decisões que tutelam direitos individuais homogêneos assume especial importância. Inexistindo execuções individuais em número suficiente à adequada reparação dos danos, sabe-se que o ente coletivo poderá dar início também à execução da decisão, com um importante detalhe: os valores obtidos por meio dessa execução serão revertidos ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, e não aos titulares do direito lesado<sup>159</sup>. Muito mais conveniente e adequada nesse sentido seria a previsão de um

---

riscos de decisões conflitantes a respeito do mesmo tema” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 87).

<sup>157</sup> “Em especial para causas seriais de pequena expressão econômica, não há dúvida de que, se tratadas de forma singular, elas jamais seriam levadas a conhecimento judicial. Os custos do processo e a demora natural para a prolação de uma decisão, quando contrastados com a menor expressão de alguns interesses, tornam evidentemente inviável que essas questões sejam examinadas pelo Poder Judiciário. Não obstante isso, parece razoável acreditar que, se no plano individual essas lesões se mostram insignificantes, se somadas podem atingir valores bastante elevados. Assim, embora o indivíduo não se sinta estimulado a levar a questão para a análise do Poder Judiciário – em razão do pequeno ganho que terá para si – o tema, tomado em sentido macroscópico, merece atenção do Estado, sob pena de um grande locupletamento indevido em favor do violador e contra toda a coletividade. Ademais, não fosse a tutela coletiva, esses interesses não teriam condições de ser levados ao conhecimento do Judiciário. Por uma barreira prática, a tutela individual desses direitos é inviável, o que, não fosse a via coletiva, implicaria clara violação à garantia do acesso à justiça” (Ibid., p. 131-132).

<sup>158</sup> Interessante crítica é formulada neste ponto por Susan M.C. Gibbons, em trabalho no qual investiga o alcance dos objetivos fundamentais para o regime de justiça pluripartidária inglesa, apresentados no Relatório Final sobre o Acesso à Justiça de Lord Woolf. O primeiro objetivo é garantir o acesso à Justiça, nos casos em que, embora de numeroso alcance, os danos sofridos são tão pequenos que não justificam a propositura de ações individuais. Incluem-se nestes casos as disputas sobre defeitos em produtos de consumo baratos mas amplamente comercializados, assim como casos envolvendo pequenos erros no cálculo de taxas ou pagamentos de benefícios, que igualmente alcançam grande número de pessoas (chamados de Tipo B). Acerca desse ponto, afirma a autora: “In terms of procedural principles, not only access to justice but also finality in litigation and systemic efficiency may be promoted where Type B group actions help to resolve multi-party disputes comprehensively by embracing as many disputants as possible. Certainly, group treatment may be more efficient and economical than duplicative, separate handling of multiple similar claims—even allowing for the extra costs, delays and complexity that group management inevitably entails. Yet, where Type B claimants (including those who know that they have causes of action) would not bother to litigate at all, but for lawyers initiating a group action, Lord Woolf’s first objective would appear to conflict with both the principle of judicial economy and the overriding objective’s proportionality principle. This conflict, associated with the fomenting of litigation, is a fourth difficulty with Lord Woolf’s first objective. Writing in the class action context, Labowitz has suggested that it is a mistake to apply judicial resources so fully where most (if not all) class members are only slightly injured, and they have little or no interest in proceeding. This reflects the traditional view that compensation is the principal goal of collective actions. However, as noted above, facilitating access to justice for Type B cases may carry social utility in other respects, above and beyond (or even without) compensating the immediate claimants” (GIBBONS, Susan M.C. *Group Litigation, Class Actions and Lord Woolf’s Three Objectives - A Critical Analysis*. In *Civil Justice Quarterly* v. 27, 2008, p. 217).

<sup>159</sup> É para essas situações, aliás, que no contexto das *class actions for damages* do direito norte-americano, existe a previsão da *fluid recovery*, que consiste em uma “reparação fluida” para os casos em que o resíduo da condenação não é reclamado pelos titulares, utilizada para fins não ressarcitórios, mas pedagógicos e conexos com os interesses

mecanismo de execução coletiva que possibilitasse a posterior reversão dos valores aos titulares, de modo a conciliar a efetividade da tutela coletiva com o princípio da eficiência<sup>160</sup>.

Também não se pode perder de vista que, mesmo sendo tratados coletivamente, e ainda que com isso adquiram um grau de indisponibilidade próprio dos direitos que são tutelados pela via coletiva, os direitos individuais homogêneos continuam sendo *individuais*. O tratamento desses direitos pela via coletiva não desnatura sua titularidade individual e o consequente resultado igualmente individual que será alcançado, viabilizando a conclusão de que tanto na ação coletiva quanto na ação individual está-se diante de direitos com a mesma natureza. Várias consequências decorrem dessa conclusão, dentre as quais o necessário reconhecimento de litispendência entre ações coletivas e individuais de mesmo objeto (opção não adotada pelo sistema brasileiro, a teor do art. 104 do CDC), e a necessária interrupção da prescrição individual pela propositura de ação coletiva para a tutela do direito individual<sup>161</sup>.

---

da coletividade, como por exemplo para fins gerais de tutela dos consumidores ou do meio ambiente. A respeito, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 893. ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013, p. 461/462. Em artigo que aguarda publicação, defendemos que, muito embora o art. 100 do CDC caracterize no Brasil a manifestação da *fluid recovery*, o dispositivo deve ser interpretado restritivamente. Pensamos que a reparação fluida somente terá aplicação nos casos em que não houver identificação dos titulares e se trate de valores irrisórios, quando individualmente considerados. Nestes casos, o valor da condenação (a reparação fluida) será revertido ao Fundo previsto na Lei 7.347/85. Nos demais casos, porém, a *fluid recovery* não poderá ser aplicada, permitindo-se, com fundamento no art. 97 do CDC, que a execução seja iniciada pelo ente coletivo (que possui, neste caso, legitimação concorrente), mas com a destinação dos valores aos titulares dos direitos, sem a possibilidade de reversão ao fundo, garantindo, desse modo, a efetividade da tutela coletiva (LUNARDI, Thais A. Paschoal. *A fluid recovery no microsistema processual coletivo brasileiro: possibilidades para a execução coletiva de sentenças que tutelem direitos individuais homogêneos*. No prelo). Como se destacou naquela oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça chegou muito perto de realizar essa diferenciação, no julgamento de recurso especial em que discutiu o cabimento de execução coletiva de sentença que tutelava direitos individuais homogêneos (REsp 1187632/DF; 4ª Turma; Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; j. em 05.06.2012; DJe de 06/06/2013).

<sup>160</sup> “Não é correto o pedido de recolhimento da indenização ao Fundo, sendo censurável o acolhimento desse mesmo pedido: o pedido indenizatório, em casos que tais, inscreve-se na tutela de interesses individuais homogêneos, de modo que o recolhimento ao Fundo prejudica o direito às indenizações pessoais dos consumidores que quiserem habilitar-se à reparação individual” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor...* op.cit., p. 894). Atentos a isso, os autores do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual inseriram no texto do art. 36, § 4o, a previsão de que “enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido”.

<sup>161</sup> A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que “o ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo” (REsp 1.641.167/RS; 1ª Seção; Rel. Min. Nancy Andrichi; j. 13.03.2018; DJe 20.03.2018). A decisão evidencia uma evolução jurisprudencial no tratamento da tutela coletiva. Poderia o STJ, porém, ter feito muito mais. Não há razão para se entender que a prescrição da pretensão individual não poderá ser interrompida também (e principalmente) quando se tratar de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Essa ressalva, aliás, foi feita no Acórdão citado, em que se mencionou o entendimento da doutrina a respeito, ali representada por Sérgio Cruz Arenhart: “Recorde-se que, no sistema atual, proposta a ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos, os autores de ações individuais já ajuizadas devem ser comunicados para que possam exercer o pedido de suspensão de suas demandas, a fim de se beneficiar da sentença coletiva (art. 104, do CDC). Já quanto àqueles que não propuseram ainda sua ação individual, a ação coletiva resulta em coisa julgada, apenas no caso de procedência, não prejudicando o indivíduo no caso de improcedência da demanda coletiva (art. 103, III, e § 2º, do CDC). Desse modo, em relação aos titulares de direito individual que não

Outra consequência importante desta percepção é a de que haverá espaços de heterogeneidade entre os direitos que integram a coletividade<sup>162</sup>. Não se fala, portanto, em identidade, mas sim em homogeneidade, algo muito diverso<sup>163</sup>. Isso de modo algum obsta seu tratamento coletivo. Havendo questão comum com grau de homogeneidade suficiente ao tratamento coletivo, autorizado estará o manejo da tutela coletiva.

Ademais, o tratamento coletivo de direitos individuais pode revelar a necessidade de uma tutela que transcenda os interesses meramente individuais<sup>164</sup>, com caráter nitidamente

---

propuseram ação própria para demandar seus interesses, pode-se reconhecer um regime especial de “suspensão de pretensão”. Afinal, sua pretensão está sendo exercida na ação coletiva, pelo legitimado extraordinário, de modo que, em caso de sucesso desta demanda, a pretensão individual estará satisfeita; em caso, porém, de insucesso, não há prejuízo ao indivíduo, que pode buscar por via própria a satisfação de seu interesse. Essa “condicionalidade” a que está sujeita a pretensão individual faz com que, ao menos até o julgamento (final) da ação coletiva, tal pretensão se mantenha em estado latente, no aguardo da manifestação judicial. Apenas se recusada a tutela no plano coletivo, é que haverá novamente o interesse do indivíduo em buscar, por demanda própria, a satisfação de sua pretensão. Isso implica a necessária suspensão do prazo prescricional, para estes interesses, na pendência da ação coletiva (ARENHART, Sérgio Cruz. *O regime da prescrição em ações coletivas*. In *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 05 abr. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/20-volume-1-numero-3-trimestre-01-04-2010-a-30-06-2010/100-o-regime-da-prescricao-em-acoes-coletivas> Acesso 29.04.2018). Ainda, do mesmo autor, comentando a questão à luz do julgamento do AgRg 382.298, no qual, no âmbito de ação rescisória, extinguiu-se por ilegitimidade ação coletiva tendo por objeto a restituição pela União dos valores pagos na época da vigência do empréstimo compulsório sobre combustíveis: “[...] o indivíduo que não ajuizou sua ação própria o fez em confiança à ação coletiva e ao trato que esta recebia do Poder Judiciário; penalizá-lo, agora, com a perda da sua pretensão (e, conseqüentemente, a frustração de seu direito), porque na última instância da ação rescisória, concluiu-se pela inviabilidade da ação coletiva é violar o princípio da confiança, da boa-fé e da moralidade”. A consequência desse tipo de situação é extremamente prejudicial à consolidação de um sistema de tutela coletiva adequado, na medida em que “porque não se sabe se o ajuizamento da ação coletiva redundará na suspensão do prazo prescricional para as ações individuais, o particular é estimulado a propor, também ele, sua demanda própria em juízo, e não a esperar o resultado da ação coletiva. Com isso, tem-se mais um instrumento de multiplicação de demandas em série o que, como visto, a partir do princípio da proporcionalidade panprocessual, não se justifica do ponto de vista constitucional” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 60).

<sup>162</sup> Sergio Menchini chama a atenção para esse ponto. Destaca que, muito embora haja uma pluralidade de direitos individuais homogêneos (o ressarcimento do dano, a repetição do valor pago, a redução da taxa etc.), “essi sono diversi l'uno dall'altro, ancorché originati dal medesimo fatto costitutivo”. Isso decorre, em linhas gerais, do fato de as regras de responsabilidade civil contratual e extracontratual, a recupeção de valores e outros instrumentos estarem alicerçados sobre o modelo individual, com a conseqüente necessidade de reparação integral dos danos sofridos, que somente pode ser individual. Assim, “rispetto a ciascun diritto, assumono valore, oltre all'elemento in comune, temi individuali: le voci di danno, gli importi da ripetere hanno carattere personale, non sono gli stessi riguardo a tutti i soggetti, ma variano da caso a caso, in quanto sono parametrati sulla concreta lesione subita da ciascuno di essi”. De outro lado, “spostando l'attenzione sul momento processuale, si ha una pluralità di azioni distinte, connesse per identità del fatto costitutivo e/o delle questioni da risolvere. Le domande sono diverse, perché hanno ad oggetto diritti che, sebbene paralleli, sono differenti, nella titolarità attiva e, a volte, anche passiva di soggetti distinti; esse presentano, però, un collegamento o di tipo causale (identità del titolo) o di carattere improprio (identità di questione)” [MENCHINI, Sergio. *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*. In MENCHINI, Sergio (a cura di). *Le azioni seriali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 57-58].

<sup>163</sup> SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Risarcimento del dano...* op. cit., p. 95.

<sup>164</sup> Em texto escrito pouco tempo após a edição do Código de Defesa do Consumidor, Alcides Munhoz da Cunha vislumbrou nesses direitos “uma peculiar modalidade de interesses difusos ou coletivos” não se situando propriamente “como um tertium genus dos interesses meta-individuais”. Segundo o autor, “a despeito deste nome in iuris, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que tem origem comum”. Desse modo, “se forem indeterminados os sujeitos, poder-se-á dizer

social<sup>165</sup>, na medida em que viabiliza um olhar global sobre as violações aos direitos<sup>166</sup>, justificando a adoção de políticas voltadas à solução coletiva<sup>167</sup>. Essa é, aliás, uma das grandes

---

que se está diante de interesses difusos sob a modalidade de interesses individuais homogêneos. Assim, por exemplo, o pedido de condenação genérica em favor das vítimas de uma propaganda enganosa não deixa de ser difuso, para ser também individual homogêneo; o pedido de condenação genérica para as vítimas de um vazamento de gás (Césio 137) em virtude da imprudência dos empregados de uma empresa; o pedido de condenação genérica do fabricante de um medicamento ('Talidomida') em favor das vítimas mutiladas pela droga. Enquanto se pedisse apenas a cessação da propaganda enganosa, bem como a interdição do estabelecimento sob o risco de vazamento do gás ou a proibição de circulação do medicamento nocivo estar-se-ia diante de interesses difusos puros; todavia, quando se deduz o pedido de condenação genérica em favor das vítimas, o interesse difuso já recebe o atributo de individual homogêneo" (MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. *A evolução das ações coletivas no Brasil*. In Revista de Processo v. 77, n. 9, 1995, p. 233-234).

<sup>165</sup> A questão comumente surge nos casos em que se discute a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. É o que se extrai da seguinte decisão: "No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado [...] Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações (STF; RE 631.111; Rel. Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, j. 07.08.2014, DJ 29.10.2014). Ainda, em ação coletiva tendo por objeto práticas abusivas nos descontos em folha de pagamento dos servidores do Estado do Rio Grande do Sul, proveniente de entidades que possuem os denominados 'canais de consignação' junto à Secretaria Estadual da Fazenda, "O interesse tutelado nesta 'ação coletiva de consumo', além de sua relevância social, transcende a esfera de interesses dos efetivos contratantes, tendo reflexo em uma universalidade de potenciais consumidores indetermináveis de plano, que podem, igualmente de forma sistemática e reiterada, ser afetados pela prática apontada como abusiva, massificando o conflito. Alcança, portanto, direitos individuais homogêneos e difusos" (AgRg no REsp 932994/RS; 4ª T. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; j. 15.09.2016; DJE 22.09.2016).

<sup>166</sup> Miguel Teixeira de Sousa faz interessante colocação a respeito dos reflexos que uma tutela individual pode gerar sobre um direito difuso. Ressaltando o equívoco de se afirmar que os direitos difusos somente podem ser tutelados pela via coletiva, destaca o autor que "da procedência de uma vulgar acção individual também pode decorrer a tutela daqueles interesses. Isso sucede principalmente na tutela de tipo inibitório: pense-se, por exemplo, que alguém, invocando o seu direito à saúde, propõe uma acção para obrigar uma fábrica a baixar o nível de poluição que ela produz; é claro que qualquer outro vizinho da fábrica se beneficia da diminuição daquela poluição. Portanto, uma acção individual também pode servir, de modo reflexo, de meio de tutela de interesses difusos" (SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. In Revista de Processo, v. 128, p. 79-108, out/2005). Discorrendo sobre o caráter transindividual dos direitos individuais homogêneos, Marcelo Abelha, embasando-se nos 150 mil moradores de Colatina, no interior do Espírito Santo, que ficaram sem água tratada por 15 dias em razão do acidente ambiental provocado pela Samarco, ocasionando a poluição do Rio Doce, que abastece a região, destaca tratar-se "de uma miríade de sujeitos que se encontram na mesma situação de fato e de direito. Os fatos vividos por cada um pela falta de água certamente foram diferentes, uns enfrentaram mais filas, estavam mais ou menos ansiosos, caminharam mais ou menos para obter o precioso bem, mas regra geral essas diferenças não são suficientes para que sejam tratados de modo diferenciado nesta sociedade de direitos individuais de massa". Ao mesmo tempo, a identificação de um "rótudo padrão ["moradores da cidade sem água"] que agasalhará cada um, e todos, é indiscutivelmente coletiva". Em torno desse rótulo "se aglutinam todos que viveram o mesmo problema" (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, op. cit., p. 51).

<sup>167</sup> O já citado *survey* realizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público também indagou aos juízes se para a solução de questões ligadas a políticas públicas seria mais eficiente a adoção da via individual ou coletiva. O resultado chama a atenção: "Também indagamos aos magistrados se, de acordo com sua experiência, ações individuais tendem a obter mais sucesso, com sentenças favoráveis ao pedido, do que ações coletivas em casos que envolvem acesso a políticas/bens públicos (tais como medicamentos, creches e etc). Essa probabilidade maior de sucesso nos casos individuais é apontada por parte da literatura. Como pode ser visto no gráfico 5.2.5, a maioria

vantagens da tutela coletiva. Ao permitir um olhar global sobre o problema, abre-se aos sujeitos processuais a possibilidade de construção de uma solução mais adequada à situação que deu ensejo às violações aos direitos por meio de decisões estruturais, em especial (mas não apenas) quando se trata da implementação de políticas públicas, para o que as ações individuais são, a toda evidência, insuficientes<sup>168</sup>.

Tudo isso deixa clara a importância da previsão de uma tutela e de técnicas diferenciadas para o tratamento desses direitos. E evidencia também a necessária cautela que deve permear a análise dos requisitos autorizadores do seu tratamento coletivizado. Afinal, se não houver alguma *afinidade* entre eles, sua tutela pela via coletiva não será apenas inadequada, mas também causa de grandes transtornos e prejuízos à Jurisdição. Veja-se, por exemplo, que o manejo da técnica coletiva quando possível a formação do litisconsórcio sem qualquer prejuízo à tutela jurisdicional resulta em clara *banalização* de instrumento cujo objetivo transcende a mera agregação de pretensões.

É importantíssimo, portanto, definir-se adequadamente o significado da *homogeneidade* inserta no citado dispositivo do Código de Defesa do Consumidor.

Para Sergio Cruz Arenhart, são três os elementos que devem ser aferidos para a caracterização dessa homogeneidade e, conseqüentemente, a possibilidade de tratamento coletivo aos direitos individuais: a) a afinidade de questões; b) a inviabilidade de propositura de uma ação comum com formação do litisconsórcio; e c) a utilidade predominante para as partes e para o Judiciário no tratamento coletivo dos interesses individuais<sup>169</sup>.

Verifica-se que o critério autorizador para o tratamento coletivo de direitos individuais deve ser extraído das hipóteses de litisconsórcio facultativo<sup>170</sup>. Em outras palavras, a

---

dos juízes (62,4%) confirmou essa visão, respondendo que “Ações individuais solicitando acesso a políticas/bens públicos têm mais sucesso do que ações coletivas”, ao passo que apenas 8,5% afirmaram o contrário, ou seja, que ações coletivas são mais bem-sucedidas. Para 23,4%, não há diferença quanto à probabilidade de julgamento favorável entre ações coletivas e individuais que envolvem acesso a políticas/bens públicos” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICA. “*Justiça em Pesquisa*”... op. cit., p. 82).

<sup>168</sup> Em artigo em que analisa a efetivação de direitos sociais, Mark Tushnet, avaliando as ações individuais como instrumento para tanto, afirma: “One commonly noted difficulty with direct individual actions is that the problems individuals face often flow from systemic failings of public agencies. So, for example, in the “right to drugs” cases, the problem might be that the national medical care agency has done a bad job of identifying the most cost-effective drugs to treatment specific conditions. Or, a government may be failing to provide access to food that it has on hand because its mechanism for distributing the food is corrupted, either in the ordinary sense or in the sense used by computer programmers to describe badly designed systems. Direct individual actions do almost nothing directly to address these systemic failings” (TUSHNET, Mark. *Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century*. In NUJS Law Review v. 177, april-june/2011, p. 6. Disponível em <http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf> Acesso 08.05.2018).

<sup>169</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, op. cit., p. 153.

<sup>170</sup> “[...] e são direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum (inciso III). A esses últimos poder-se-ia adicionar, para melhor compreensão, os qualificativos do art. 46 do CPC: direitos derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito (inciso II) ou que tenham, entre si, relação de afinidade por um ponto comum de

homogeneidade, decorrente de origem comum, que viabiliza a coletivização desses direitos será a mesma que possibilita a formação do litisconsórcio. Será necessário, neste caso, que: a) se esteja diante de uma das hipóteses previstas no art. 113 do CPC<sup>171</sup>; b) não seja viável a formação do litisconsórcio, seja pela elevada quantidade de pessoas representadas por advogados diversos e, por isso, causa de grande tumulto processual, seja porque os titulares dos direitos individuais encontram-se espalhados em territórios diversos, o que acarreta a existência de vários juízos competentes para suas ações.

Não há motivo para não se vislumbrar nessas hipóteses elementos que autorizam a tutela coletiva de interesses individuais. Afinal, nestes casos, por economia processual e a fim de evitar decisões conflitantes, o Código possibilita a formação do litisconsórcio<sup>172</sup>, desde que com isso não se comprometa a rápida solução do litígio ou se dificulte a defesa ou o cumprimento da sentença (art. 113, §1º). Havendo esse comprometimento, será o caso de se pleitear sua tutela pela via coletiva. Não são outras as finalidades da agregação (aí incluído o litisconsórcio e o tratamento coletivo de questões) senão a eficiência<sup>173</sup> e a isonomia<sup>174</sup>, daí porque suas hipóteses justificam o tratamento coletivo de direitos individuais<sup>175</sup>.

---

fato ou de direito (inciso IV)” (STF; RE 631.111; Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 07.08.2014, DJ 29.10.2014).

<sup>171</sup> São elas: comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. Relativamente à primeira hipótese, o Código de Processo Civil de 1939 considerava possível o litisconsórcio havendo “comunhão de interesses” (art. 88). Sobre essa expressão, e importando-se com a diferença entre ela e aquela posteriormente adotada no CPC de 1973, Guilherme Estellita ressalta: “Havendo comunhão de direitos ou obrigações há também, em regra, comunhão de interesses, sendo aquela uma modalidade desta, isto é, a modalidade de interesses harmônicos. Já a recíproca não é verdadeira: Nem sempre que haja comunhão de interesses, haverá comunhão de direitos. O que se pode dizer é que, às vezes, na comunhão de interesses se poderá encontrar também uma comunhão de direitos ou de obrigações. Consideradas as duas situações sob o aspecto lógico da expressão, pode-se dizer: a comunhão de direitos ou obrigações é de âmbito mais restrito, de compreensão menor do que a comunhão de interesses. Por outras palavras, a comunhão de direitos se contém sempre na comunhão de interesses, mas esta nem sempre se reduz àquela” (ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 134).

<sup>172</sup> “Os direitos individuais que serão reunidos nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 113, III, CPC)” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, p. 82).

<sup>173</sup> “Permitiu o progresso da ciência processual cogitar-se de dar mais extensa aplicação a um dos mais antigos princípios gerais orientadores e disciplinadores da atividade judiciária. Sobretudo no empenho de aproveitá-la em seu máximo rendimento - o chamado princípio da economia processual. Tirar o maior resultado possível da série de esforços e despesas a que obrigam a propor, defender, instruir e decidir um processo judicial. Toda a considerável soma de atividades que se impõe aos diversos componentes do aparelho judiciário (órgãos julgadores e seus auxiliares, partes, advogados, testemunhas etc.), toda a série de despesas que essa atividade acarreta, tudo isso deve ser aproveitado ao máximo. Daí a ideia de reunir-se, num único processo, as demandas que por aproximação ou semelhança apresentem elementos comuns, cuja apuração e decisão possa ser obtida mediante o dispêndio de uma única atividade judiciária” (ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio...*, op. cit., p. 19).

<sup>174</sup> “Reunião cuja vantagem não é apenas a indicada, mas também uma outra, de relevante alcance social – impedir decisões discordantes na apreciação dos mesmos fatos ou questões jurídicas, suscitados em causas diversas e por isso mesmo podendo ter soluções diferentes” (Loc. cit.).

<sup>175</sup> “Il requisito della commonality può invece essere sufficientemente assicurato dalla identità delle voci di danno e dalla omogeneità dei criteri di calcolo: in altre parole, la determinazione delle somme spettanti a ciascuno degli

Essa amplitude na concepção dos interesses individuais homogêneos possibilita um olhar ainda mais útil para o tratamento coletivizado de conflitos. Em especial – e é o que neste trabalho se pretende propor – estabelecido que a homogeneidade é extraída das hipóteses de litisconsórcio facultativo, é possível propor técnicas aptas a viabilizar o tratamento coletivo de questões comuns de fato, ainda que as pretensões que as tenham como base sejam diversas<sup>176</sup>. Interessa-nos, portanto, em especial, a hipótese prevista no inciso III do art. 113, que autoriza a formação do litisconsórcio quando houver afinidade de questões, em decorrência de um ponto comum de fato ou de direito<sup>177</sup>.

Veja-se que, neste caso, não se impõe a existência de uma mesma pretensão, mas sim de questões de fato ou de direito que deverão ser solucionadas de uma mesma forma para todos<sup>178</sup>. Atente-se, ainda, para o fato de que não se exige identidade entre todas as questões.

---

aderenti deve avvenire facendo ricorso a metodi e a principi identici per tutti. Esemplificando, se l'azione di classe concerne le pretese risarcitorie di più consumatori, queste debbono riguardare non soltanto lo stesso tipo di danno, ma anche le medesime voci; ancora, se si tratta di crediti restitutori, la loro quantificazione deve poter essere effettuata mediante calcoli che i basano su criteri applicabili in maniera identica rispetto a tutti gli interessati” (SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Risarcimento del danno...* op. cit., p. 107-108).

<sup>176</sup> Acerca do litisconsórcio por afinidade de questões, explica Guilherme Estellita que “causas relacionadas por afinidade de questões são aquelas em que cada uma das quais se invocam direitos ou se exigem obrigações em tudo e por tudo independentes dos reclamados nas outras, mas cuja decisão dependerá da resolução de idênticas ou análogas questões, de direito, ou de fato, suscitadas nas outras causas [...] a aproximação que entre eles existe estará na circunstância de se basearem as respectivas demandas no mesmo fato ou em estipulação contratual, disposição de lei ou princípio jurídico, idênticos ou análogos” (ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio...*, op. cit., p. 186-188).

<sup>177</sup> “Justifica-se a permissão do litisconsórcio neste caso pela simples conveniência do aproveitamento para a instrução e decisão de duas ou mais causas, da atividade jurisdicional despendida na investigação de um fato ou na resolução de uma questão de direito. Aqui não há necessidade de reunir autores ou réus porque entre eles haja comunhão de direitos ou obrigações que devam ser decididas pela justiça dum mesmo modo, podendo ocorrer até a hipótese de só poderem ver a lide decidida em face de todos. Também não se verifica o caso de as demandas serem conexas porque fundadas em direitos ou obrigações distintos, mas ligadas as causas pelo fato de terem objeto ou causa de pedir entre si relacionados, circunstância esta que ensejaria possivelmente decisões contraditórias, pela repercussão de uma sobre a outra. Nada disto. Aqui, a justificativa da concessão da lei processual é somente aquela do aproveitamento da atividade judiciária, embora não seja despicienda a conveniência de evitar que uma mesma questão de direito ou de fato possa, numa demanda ser solucionada num certo sentido e, noutra demanda, em sentido diverso (Ibid., p. 182).

<sup>178</sup> O Tribunal Regional da 4ª Região entendeu pela ilegitimidade de Sindicato para a propositura de ação coletiva que tinha por objeto a condenação do Instituto réu ao pagamento de benefícios diversos já reconhecidos administrativamente para vários servidores públicos, sob o fundamento de que “se as circunstâncias fáticas que formam a causa de pedir da pretensão de cada um dos substituídos não possuem origem comum, constituindo único ponto de convergência o reconhecimento pela Administração e a existência de valores a receber, condicionados como despesas de exercícios anteriores, não há como fazer a sua defesa coletiva, por meio de substituição processual, porquanto necessária a produção de prova individualizada para a formação de um juízo correto acerca do momento de sua constituição” (TRF4; Apelação Cível n. 5002731-21.2014.4.04.7120/RS; 4ª T. Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha; j. 13.07.2016; DJ 18.07.2016). Analisando caso em que se pleiteava a concessão de benefícios a militares e ex-militares de forças armadas acometidos por doença mental, o Superior Tribunal de Justiça igualmente entendeu pela inexistência de homogeneidade suficiente a justificar a tutela coletiva: “[...] cingindo-se a pretensão autoral ao reconhecimento do direito de reforma ex officio àqueles militares e ex-militares acometidos de doença mental durante a prestação do serviço militar, quando julgados incapazes, definitivamente, para o serviço castrense, mesmo quando a moléstia for anterior ao ingresso nas Forças Armadas, não há que se falar em tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, isto porque tal pretensão não decorre de uma origem comum, inexistindo, desse modo, uma relação jurídica base a uni-los, já que cada militar

Uma única questão idêntica de fato ou de direito é suficiente para justificar a agregação pela via do litisconsórcio ou por meio da técnica coletiva<sup>179</sup>. Neste caso, o objeto do procedimento será a questão comum, ainda que posteriormente seja necessária a propositura de ações ou liquidações individuais para que sejam analisadas as questões e pretensões próprias a cada titular<sup>180</sup>. O que importa para agregação é a afinidade de questões, que não se equipara à conexão, gerando, contudo, o mesmo resultado<sup>181</sup>.

O(s) fato(s) que podem dar ensejo a esse tratamento conjunto das questões podem ser de duas ordens diversas. É possível que se trate de um fato comum, de ocorrência idêntica e simultânea para todos os possíveis titulares do direito, como por exemplo o caso de um acidente que resultou em várias vítimas. Ou ainda fatos semelhantes, de ocorrência não concomitante no tempo ou no espaço<sup>182</sup>. É o caso, por exemplo, de uma questão afeta a uma cláusula contratual inserida em contrato de adesão celebrado por várias pessoas em diversos Estados brasileiros.

A tutela de interesses coletizáveis, como se vê, atende aos fins da Jurisdição, na medida em que viabiliza a prestação de uma tutela adequada com universalidade, eficiência e

---

foi alvo de uma decisão administrativa específica que, analisando particularmente a sua situação, deliberou pelo seu licenciamento e não por sua reforma”. Em voto vencido, o Min. Og Fernandes considerou que “a controvérsia diz respeito à idoneidade da presente ação civil pública, cuja pretensão de direito material envolve a possibilidade da reforma dos militares acometidos de doença mental, quando incapazes, definitivamente, para o serviço ativo dentro das instituições militares [...] a atuação do Ministério Público destina-se a garantir a eficácia dos direitos e interesses de toda a categoria dos militares, incluindo-se os conscritos, os temporários e os de carreira. Trata-se, portanto, de direitos individuais homogêneos, diante da excepcional natureza jurídica que os reveste” (STJ; EDcl no REsp 1447705/RS; 2ª T. Rel. Og Fernandes; Rel. p/ Acórdão Mauro Campbell Marques; j. 17.09.2015; DJe 04.12.2015).

<sup>179</sup> “A tutela coletiva de direitos individuais, como se viu, não se afasta da lógica de agregar litígios individuais autônomos para tratamento conjunto. Ora, se, perante o direito nacional, essa agregação – mesmo no processo tradicional – exige apenas a presença da ‘afinidade de questões, por um ponto comum de fato ou de direito’, nenhuma justificativa haveria para ser diferente no plano coletivo” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 158).

<sup>180</sup> Já decidiu, a este respeito, o Superior Tribunal de Justiça: “Trata-se de hipótese que se enquadra no conceito de direito individual homogêneo. O fato ou origem comum apontado pelo recorrente é a licença para tratamento da saúde que, em sua concepção, permite o direito a isenção do IRPF e restituição de valores efetivamente descontados indevidamente dos integrantes da categoria. Portando, os titulares do direito são identificáveis e o objeto é divisível. A análise da situação individual de cada um dos integrantes da categoria não desnatura a possibilidade de tutela coletiva do interesse. Havendo formação de título executivo com conteúdo favorável, eventual titular do direito deverá demonstrar que se enquadra na hipótese descrita no título em liquidação de sentença, sendo que a necessidade de dilação probatória não impede que a tutela se dê de forma coletiva” (REsp 1.560.766/MG, 2ª T. Rel. Min. Herman Benjamin; j. 01.03.2016, DJe 19/05/2016). Em sentido diverso, atribuindo interpretação mais restritiva aos direitos individuais homogêneos: “a ação referente a interesses individuais [...] só admite feição coletiva porque – e enquanto – a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam desprezadas e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado. Tornando-se relevante, porém, para o julgamento do feito, à vista da demanda, verificar aspectos pessoais e diferenciados dos titulares dos direitos individuais, a tutela coletiva torna-se absolutamente inviável” (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120-121).

<sup>181</sup> Por ter ligação direta com a primeira técnica que será proposta neste trabalho, o tema será objeto de aprofundamento no próximo capítulo.

<sup>182</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 158.

isonomia. Em última análise, sempre que a técnica coletiva for mais eficiente e adequada do que a individual para a solução de centenas ou milhares de pretensões, o tratamento coletivo das questões ou direitos será recomendado. Essa adequação deve ser medida a partir da afinidade de questões e da impossibilidade de formação de litisconsórcio, devendo levar em conta os fatores universalização, eficiência, isonomia e democratização. A adoção da técnica, desse modo, se justifica tanto por viabilizar o tratamento isonômico das pretensões e das questões que serão decididas coletivamente, como por garantir a eficiência da prestação jurisdicional, a partir da perspectiva da proporcionalidade panprocessual de que já se tratou<sup>183</sup>.

## **1.2.5 Técnicas de coletivização**

### **1.2.5.1. Novos caminhos para a tutela coletiva. O tratamento de litígios complexos e a coletivização de questões comuns**

A efetividade do sistema de tutela coletiva de interesses individuais exige a percepção de que as ações coletivas não são os únicos instrumentos postos à disposição para a proteção coletiva desses direitos. Nos casos em que essas demandas não puderem adequadamente servir de ferramenta à tutela desses direitos (pela inexistência, por exemplo, de pretensões individuais com grau suficiente de homogeneidade), técnicas de tutela coletiva devem ser colocadas à disposição, a fim de viabilizar, naquilo que for minimamente possível, um tratamento homogêneo a questões comuns ou ao menos um aproveitamento de atos que poderiam ser reproduzidos em várias demandas individuais.

O sistema norte-americano apresenta soluções muito interessantes para essas situações, a partir de um regime voltado, como já se disse, ao tratamento diferenciado de “litígios complexos”.

---

<sup>183</sup> “Há, então, que se fazer uma valoração sobre os custos, as dificuldades e as vantagens do tratamento coletivo das causas individuais. Sempre que os aspectos positivos preponderem sobre os negativos, justifica-se a coletivização da tutela. Ao contrário, sempre que esses benefícios forem eclipsados pelas desvantagens, deve-se preferir a tutela individual dos direitos”. Neste caso, porém, “não se pode fazer uma avaliação linear entre a complexidade da causa coletiva e a complexidade da causa individual, já que esta sempre será mais simples de ser resolvida. A questão deve ser examinada do ponto de vista macroscópico, ou seja, as vicissitudes da ação coletiva em relação à dificuldade da tramitação de todas as demandas individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 160).

Assim, ao lado das *class actions*<sup>184</sup> (e até como decorrência das dificuldades reconhecidas naquele país quanto ao seu manejo<sup>185</sup>), o sistema prevê instrumentos voltados à conjugação de ações individuais para, em especial, viabilizar o tratamento coletivo de questões de massa. Alguns dos casos mais paradigmáticos que serviram de base à criação desses instrumentos eram relativos ao amianto<sup>186</sup>. Linda Mullenix, em texto no qual analisa especificamente o impacto que as ações por reparação de danos decorrentes do amianto causaram na estruturação do *case management*, lembra que em 1º de janeiro de 1990 29.466 casos de amianto tramitavam em todos os distritos do sistema judicial federal<sup>187</sup>. Vários estudos

<sup>184</sup> “Class actions are a visible but probably not dominant form of aggregation” (RESNIK, Judith. *From “Cases” to “Litigation”*. In Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1991. Paper 904, p. 22. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/904](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/904) Acesso em 12.01.2018).

<sup>185</sup> MARCUS, Richard L. *Confronting the Consolidation Conundrum*. In. JOHNSON, Kevin R. et al. *Complex litigation – cases and materials on litigating for social change*. Durhan: Carolina Academic Press, 2009, p. 226.

<sup>186</sup> “Consider asbestos litigation. The docket congestion created by thousands of pending asbestos cases produces extremely high delay costs for cases that happen to end up late in the trial queue, delay costs that can eat up much of the plaintiff’s recovery. Under these circumstances, cases early in the trial queue in effect create delay externalities for later cases. This is one of the arguments made for aggregative treatment of asbestos cases in the form of large class actions. But courts, while receptive to the concerns, have not yet been willing to recognize this kind of externality as a reason by itself for class certification” (BONE, Robert. *Civil Procedure...* op. cit., p. 265, nota n. 73).

<sup>187</sup> MULLENIX, Linda S. *Beyond Consolidation: Postaggregative Procedure in Asbestos Mass Tort Litigation*. In William & Mary Law Review 32 (1991), p. 477. Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol32/iss3/2> Acesso 20.04.2018. Para Linda Mullenix, o cerne do problema no contencioso do amianto é a repetição de milhares de casos altamente semelhantes envolvendo prova duplicada de reclamações. Assim, o que torna esses casos complexos é a consolidação de milhares de casos semelhantes apresentado contra múltiplos réus (Ibid., p. 566). O artigo tem por objetivo analisar as técnicas utilizadas por dois juízes em duas ações certificadas pela *rule 23*: o juiz Robert M. Parker no caso *Cimino v. Raymark Industries*, e o juiz James McGirr Kelly no caso *School Asbestos Litigation*, os dois primeiros casos de amianto totalmente julgados sob regras de ação de classe, fornecendo dois exemplos muito diferentes para o tratamento dessas ações. O primeiro foi uma ação de classe de âmbito distrital, que reuniu mais de 3.000 alegações de danos pessoais causados pelo amianto. Já o caso *Asbestos* representa uma ação coletiva que discutia a presença de amianto em escolas públicas e privadas, envolvendo mais de 35.000 reivindicações. A autora descreve os diferentes estilos de gestão judicial adotados pelos juízes em cada caso. O juiz Parker assumiu uma postura altamente ativista, de um juiz gerencial, enquanto o juiz Kelly assumiu uma posição reativa, não intervencionista. Cada juiz utilizou abordagens filosóficas e práticas diversas para lidar com sua respectiva ação de classe, o que afetou o curso desses litígios (Ibid., p. 486). Ambos buscaram incentivar uma solução consensual para os conflitos, constatando, porém, a dificuldade em se alcançar uma solução universal (Ibid., p. 570-571). Os casos evidenciaram que certos problemas comuns podem ser certificados para solução pela via da ação de classe. Para casos de amianto, essas questões comuns incluem, por exemplo, negligência grosseira e conspiração para suprimir o conhecimento acerca dos perigos do amianto. O juiz Parker expressou grande decepção com a *discovery*, afirmando que se conduzisse outra ação coletiva semelhante limitaria a participação nessa fase aos representantes de classe, ao invés de permitir a participação de cada reclamante. Em *Cimino*, ele limitou depoimentos a quarenta e cinco minutos e exames médicos a um período de oito horas. Da mesma forma, o juiz Kelly impôs restrições de tempo e lugar às testemunhas especializadas na fase da *discovery* no *School Asbestos Litigation* (Ibid., p. 571). O caso *Cimino* merece um destaque especial, ainda, pelo uso da prova estatística. Entendeu-se que os danos médios para cada categoria de doença relacionada ao amianto poderiam ser aplicados a autores que não eram membros da amostra estatística objeto da prova, sem ofender o devido processo, pois os testes estatísticos indicaram um nível de conferência de 99% nos resultados médios e a probabilidade de que muitos dos casos não puderam ser julgados. Para uma análise completa dos casos: United States District Court, E.D. Texas, Beaumont Division. Claude Cimino, et al. v. Raymark Industries, Inc., et al. No. B-86-0456-CA. Nov. 12, 1990. Disponível em [http://www2.law.columbia.edu/fagan/courses/law\\_socialscience/documents/Spring\\_2006/Class%2014-Damages/Cimino.pdf](http://www2.law.columbia.edu/fagan/courses/law_socialscience/documents/Spring_2006/Class%2014-Damages/Cimino.pdf) Acesso 13.07.2018; *School Asbestos Litigation* No. 8-0268 (ED. Pa. filed Jan. 17, 1983), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/620/873/1456539/> Acesso 13.07.2018. Para uma análise

passaram a ser desenvolvidos acerca do problema da litigação em massa, com a instauração de um Comitê, em 1988, pelo *Judicial Improvements and Access to Justice Act*, para examinar problemas e questões enfrentados pelos tribunais federais. O comitê era composto por 15 membros, juízes, membros do Congresso e advogados, resultando na apresentação de inúmeras recomendações tanto ao Congresso quanto aos Tribunais Federais, levando a várias mudanças legais e administrativas<sup>188</sup>.

A definição de um *mass tort*, a justificar o tratamento coletivo, pode decorrer tanto do alcance de um grande número de pessoas, quanto da natureza da violação. Independentemente do número a se considerar<sup>189</sup>, o importante é a compreensão de que o grupo de direitos violados exige um tratamento adequado, com o consequente e diferenciado gerenciamento (coletivo) dos casos, sejam eles decorrentes de um evento comum ou não<sup>190</sup>. Todos os conflitos de massa enquadráveis nessa categoria<sup>191</sup> têm como característica principal a existência de um grande

---

da decisão de certificação da classe: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c317add7b049347c3d10> Acesso 13.07.2018.

<sup>188</sup> Com relação às *complex and multi-party disputes* duas importantes recomendações foram apresentadas: (i) “Congress should amend the multi-district litigation statute to permit consolidated trials as well as... pretrial proceedings and should create a special federal diversity jurisdiction, based on the minimal diversity authority conferred by Article III, to make possible the consolidation of major multi-party, multi-forum litigation”; (ii) “for the small number of instances in which extraordinarily high numbers of injuries may have been caused by a single product or event, the courts should explore, and the Federal Judicial Center should analyze and disseminate information about, tailored procedures to avoid undue re-litigation of pertinent issues and otherwise facilitate prompt, economical and just disposition of claims” (UNITED STATES OF AMERICA. The Federal Courts Study Committee. *Report of the Federal Courts Study Committee*. Federal Courts Study Committee, 1990, p. 44-46. Disponível em <https://www.fjc.gov/content/report-federal-courts-study-committee-0> Acesso 12.07.2018).

<sup>189</sup> “Some argue that 10,000 claims represent a threshold will mass torts that require special management; others argue that 100 suits suffice. A 1999 report by the Working Group on Mass Torts considered fifty distinct groups of mass tort cases, representing a spectrum ranging from hundreds to hundreds of thousands of claims” (UNITED STATES OF AMERICA. Federal Judicial Center. *Manual for Complex Litigation*, op. cit., p. 343).

<sup>190</sup> Relatório apresentado em 1999 pelo *Civil Rules Advisory Committee*, aponta interessantes questões a respeito das ações de massa: “Dispersed mass torts, in contrast, pose problems never anticipated by the present mechanisms for resolving torts. Consequently, dispersed mass torts strain existing procedural mechanisms and judicial capabilities. Because exposure may occur over many years, with injury often appearing years after exposure, and because causation may be uncertain, the number of persons who have been injured or who could claim injury is unknown and their identification is difficult. Ambiguities of causation and identification occur not only when conduct is repeated over time or a product is used by many consumers, but also when a single-event tort affects an uncertain number of victims—for example, when a nuclear power plant accident releases a harmful agent whose precise effects are difficult to detect over long periods of time and uncertain distances. *The crucial point is not whether the underlying tort itself is a single event, but whether its consequences are dispersed*” (destacamos) (UNITED STATES OF AMERICA. Advisory Committee on Civil Rules. *Report on Mass Tort Litigation*. Washington: Federal Judicial Center, 1999. Disponível em [https://judicialstudies.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/mass\\_tort\\_litigation\\_report\\_1999.pdf](https://judicialstudies.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/mass_tort_litigation_report_1999.pdf) Acesso 28.05.2018).

<sup>191</sup> O Manual de Litígios Complexos, editado pelo *Federal Judicial Center*, cita alguns exemplos de violações de massa que podem receber tratamento coletivo: incêndio em hotel, colapso de uma estrutura, acidente de avião, uma grande descarga ou explosão química, derramamento de óleo, ações envolvendo amianto, incidentes com dispositivos intrauterinos ou próteses de silicone, com medicamentos para dieta etc. (UNITED STATES OF AMERICA. Federal Judicial Center. *Manual for Complex Litigation*, op. cit., p. 343-344).

volume de litígios repetitivos envolvendo produto idêntico ou similar, com danos afetos a um grupo incerto de potenciais demandantes<sup>192</sup>.

Esse ponto revela alguns dados importantes. A começar, o tratamento coletivo de litígios de massa decorrerá, em qualquer caso, da homogeneidade dos direitos ou das questões individuais, de acordo com o que a esse respeito se discorreu no item anterior. A origem comum que enseja a coletivização pode decorrer de um ponto comum de fato ou de direito, caracterizado a partir da ocorrência de um fato comum e único a todos os indivíduos ou de fatos semelhantes.

Essa tutela diferenciada é prestada por meio do que genericamente se pode chamar de *agregação*. Processos agregados são, portanto, aqueles que envolvem direitos e interesses de inúmeras pessoas (incluindo questões repetitivas afetas a inúmeras pessoas)<sup>193</sup>.

Em clássica obra produzida pelo American Law Institute com o objetivo de definir as bases para os processos agregados, são apontadas três espécies de técnicas agregativas: a) aquela que engloba pretensões de múltiplas partes ou pessoas representadas; b) a agregação administrativa, que ocorre quando há a reunião de ações afins, coletivas ou não; e c) a agregação privada, espécie de reunião extrajudicial de pretensões de múltiplas partes ou pessoas representadas<sup>194</sup>.

Nicholas M. Pace<sup>195</sup>, em trabalho no qual analisa as formas de agregação nos Estados Unidos, resume de forma pontual cada um desses instrumentos que, ao lado das *class actions*, viabilizam o julgamento consolidado de casos ou questões. Cita-se aqui apenas aqueles que

---

<sup>192</sup> Ibid., p. 344.

<sup>193</sup> “All aggregate proceedings encompass the interests of multiple persons, but some are much larger than others. A typical automobile- accident case in which an injured driver and passenger sue as coplaintiffs is a multiparty lawsuit, but the number of persons is small and existing procedures handle this type of case well. Other aggregate proceedings are massive. Lawsuits alleging product defects, securities fraud, or other wrongs may include tens, hundreds, thousands, or even millions of claimants, and may involve many respondents as well. These large cases, which present significant management problems entail significant costs, and pose serious risks of underrepresentation, his project. Although many techniques have evolved are the focus of to help ha: due these cases, experience with them has been mis and serious e sages remain Notice procedures in damages class acticne provide a example. It must be clear to everyone that notice has hitle cha2nce G converting class members with small interests into active participants in class actions. Sending these claimants notices wastes money and time. Even so, the practice continues, reflecting a well-intentioned belief that the apparent potential for individual participation len greater legitimacy to the aggregate proceeding” (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the law – aggregate litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010, p. 1).

<sup>194</sup> Ibid., p. 10.

<sup>195</sup> PACE, Nicholas M. *Group and Aggregate Litigation in the United States*. The Annals of the American Academy of Political and Social Science v. 622, The Globalization of Class Actions (Mar. 2009), p. 33-35. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/40375848> Acesso em 28.05.2018).

interessam mais diretamente para este trabalho<sup>196</sup>: a) *Joinder*<sup>197</sup>, viabilizando a inclusão de várias pessoas na mesma ação, quando houver questões de fato ou de direito comuns, e se seus direitos estiverem relacionados ou decorrerem do mesmo evento<sup>198</sup>. É instituto equivalente ao litisconsórcio no direito brasileiro, não admitindo, ao menos em princípio, o alcance de pessoas que não litiguem pessoalmente; b) *Consolidation*<sup>199</sup>, que possibilita a reunião de casos já

---

<sup>196</sup> Além destes, o autor cita também: “(i) Bankruptcy. In terms of aggregate numbers of claims affected, one of the most widely used of the non-FRCP 23 aggregation devices has been corporate reorganization under Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code. A company faced with overwhelming exposure can seek bankruptcy protection from past judgments, current lawsuits, and anticipated future claims. Three primary mechanisms provide for protection in a mass litigation context. First, the filing of a petition in bankruptcy court triggers an “automatic stay” which suspends all collection activities against the debtor and its properties (including activities arising from cases that already resulted in a verdict or other judgment) and freezes ongoing litigation. Second, the court has the ability to collect existing cases in state or federal court that are related to the bankruptcy. This includes cases filed against the debtor as well as those in which the debtor was not a party but where the outcome might affect the debtor’s estate. The court can then consolidate some or all such claims into a mass trial to determine common questions or other issues. Third, the reorganization plan itself can include the creation of a claim resolution or creditor’s trust. Such trusts, often used in the context of mass tort liability, can administratively adjudicate the value of claims as well as manage assets such as liability insurance proceeds or contributions by joint tortfeasors; (ii) “Attorney inventories. Plaintiffs’ attorneys can collect large inventories of clients, sometimes across multiple jurisdictions, who have similar claims against one or a handful of defendants. Even when such claims have not been filed as lawsuits or formally aggregated through joinder, consolidation, MDL, or FRCP 23 class actions, an informal group resolution can nevertheless be negotiated with the defendants. Calculation of the recoveries in these large-scale settlements can vary from a flat fee for each claimant regardless of individual losses to the development of complicated matrices that adjust the level of compensation by a variety of factors” (Loc.cit).

<sup>197</sup> “Rule 20 – Permissive Joinder of Parties: (a) Persons Who May Join or Be Joined. (1) Plaintiffs. Persons may join in one action as plaintiffs if: (A) they assert any right to relief jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences; and (B) any question of law or fact common to all plaintiffs will arise in the action. (2) Defendants. Persons—as well as a vessel, cargo, or other property subject to admiralty process in rem—may be joined in one action as defendants if: (A) any right to relief is asserted against them jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences; and (B) any question of law or fact common to all defendants will arise in the action”.

<sup>198</sup> No caso *Mosley v. General Motors Corp.*, de 1974, dez pessoas ingressaram, como representantes de classe, contra a General Motors alegando terem seus direitos violados em razão de sua cor e raça. Anteriormente à propositura da ação, cada um dos autores apresentou uma reclamação à Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego (EEOC), declarando os fatos relativos à discriminação sofrida. Proposta a ação, o Tribunal Distrital considerou que cada um dos ofendidos deveria manejar sua ação individual, desmembrando a ação em dez ações individuais, decisão reformada pela Suprema Corte que, aplicando a *Rule 20*, entendeu que os requisitos autorizadores do *joinder* estariam presentes: “The right to relief here depends on the ability to demonstrate that each of the plaintiffs was wronged by racially discriminatory policies on the part of the defendants General Motors and the Union. The discriminatory character of the defendants’ conduct is thus basic to each plaintiff’s recovery. The fact that each plaintiff may have suffered different effects from the alleged discrimination is immaterial for the purposes of determining the common question of law or fact. Thus, we conclude that the second requisite for joinder under Rule 20(a) is also met by the complaint. For the reasons set forth above, we conclude that the district court abused its discretion in severing the joined actions. The difficulties in ultimately adjudicating damages to the various plaintiffs are not so overwhelming as to require such severance. If appropriate, separate trials may be granted as to any particular issue after the determination of common questions” (MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. *Complex Litigation, Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, op. cit., p. 19).

<sup>199</sup> Rule 42 – “(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”.

iniciados no âmbito de um mesmo Tribunal, com as mesmas questões de fato ou de direito. A consolidação dos casos pode ter por objeto pequenos grupos<sup>200</sup> e ser determinada sempre que for conveniente sob a perspectiva da justiça e da eficiência, viabilizando o julgamento dos casos ou apenas a produção de provas ou a solução de alguma questão de fato ou de direito, desde que os casos tramitem num mesmo Tribunal<sup>201</sup>; c) *Federal multidistrict processing*<sup>202</sup>, instrumento que viabiliza a agregação de casos em trâmite perante Tribunais diversos, com questões comuns de fato, para a consolidação de atos praticados na fase de pré-julgamento<sup>203</sup>. O *multidistrict* é uma forma de consolidação, diferenciando-se da *consolidation* apenas pela abrangência da agregação. Em ambos os casos, as técnicas viabilizam a reunião de ações, sendo considerada por alguns como um substituto adequado às *class actions* para conflitos de massa, que incomodavam os juízes em razão de seus pré-requisitos e limitações<sup>204</sup>.

O direito inglês também conhece alguns procedimentos de agregação, configurando o English *multi-party litigation*, que inclui, segundo aponta Neil Andrews<sup>205</sup>, as seguintes técnicas: a) *test case litigation*, em que um grande número de ações individuais relacionadas poderão ser suspensas no aguardo do resultado de um caso teste a ser decidido pela Corte

---

<sup>200</sup> “Courts tailor consolidated trials as they see fit perhaps by dividing up the plaintiffs into much smaller “bell wether” trials with small numbers of related plaintiffs (such as by the type of claimed damages), either to determine crosscutting issues such as liability or to provide benchmarks for subsequent settlements or bifurcating the trial into two parts, with phase involving questions of law and fact common to the defendants and a subsequent causation/damages phase either involving questions common to all the each individually” (PACE, Nicholas M. *Group and Aggregate Litigation...*, op. cit., p. 33-35).

<sup>201</sup> Richard L. Marcus lembra que a consolidação de casos foi introduzida na Inglaterra no século XVIII por Lord Mansfield, sendo autorizada pela primeira vez nos tribunais federais por um estatuto de 1813, representando um dos primeiros exemplos de gestão de casos, “and it was viewed in American jurisprudence as an inseparable aspect of the powers possessed by common-law and equity courts” (MARCUS, Richard L. *Confronting the Consolidation Conundrum...* op. cit., p. 226).

<sup>202</sup> 28 USC 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 [...]” Fonte: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title28-section1407&num=0&edition=prelim> Acesso 29/05/2018.

<sup>203</sup> “The cases have to share at least some common questions of fact, and the transfer must economy and the collective convenience of witnesses” (PACE, Nicholas M. *Group and Aggregate Litigation in the United States...* op. cit., p. 33-35).

<sup>204</sup> MARCUS, Richard L. *Confronting the Consolidation Conundrum*, op. cit., p. 228.

<sup>205</sup> ANDREWS, Neil. *Multi-Party Litigation in England*. In University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n. 39/2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2330329> Acesso 28.05.2018.

Suprema<sup>206</sup>; b) *consolidated litigation* ou *joinder*<sup>207</sup>, que possibilita a reunião de várias ações, não havendo limite para o número de correclamantes que podem lançar mão desta forma de procedimento; c) *representative proceedings*, as ações de classe, com o sistema *opt out*; d) *numerous claims under a Group Litigation Order*<sup>208</sup>, cabível para o julgamento comum de questões de fato e de direito, no qual prevalece a regra do *opt in*<sup>209</sup>.

Procedimento semelhante foi adotado na Alemanha, como solução para o acúmulo de pretensões seriadas ligadas ao mercado de capitais. O *Musterverfahren*, hoje incorporado à ZPO e que inspirou a adoção do IRDR no Brasil<sup>210</sup>, surgiu após a propositura de 2.650 ações por 17.000 acionistas contra a Telekom em 2001 e 2002 no Tribunal Regional de Frankfurt, com origem na emissão de 500 milhões de ações que perderam valor continuamente, principalmente devido a aquisições fracassadas, más decisões de investimento e má publicidade, atingindo a baixa histórica de € 8,14 em junho de 2002<sup>211</sup>. O procedimento tem finalidade semelhante às técnicas de agregação do sistema norte-americano: possibilita um tratamento conjunto de questões<sup>212</sup>, sem os empecilhos criados pelos rigorosos critérios necessários ao manejo das

---

<sup>206</sup> O autor aponta o seguinte exemplo: “in the bank charges litigation the English courts were asked to pronounce on a point of law. The huge financial importance of the issue, and the banks’ determination to defeat the challenge to their charges, led to successive appeals from the High Court to the Court of Appeal and the Supreme Court. In this test case a governmental agency, which is responsible for consumer protection and regulation of trading practices, invoked its statutory powers to seek a judicial declaration. It was hoped (although this hope proved to be misplaced) that this declaration would provide the legal basis for a vast number of bank customers to obtain relief in respect of alleged over-charging on their bank accounts. These charges, onerous and harsh, are imposed under contract when the customer exceeds a specified credit limit on her current banking account. But the test case failed when the Supreme Court held that the alleged over-charging could not be struck down under the relevant contractual regulations. This was because the contractual conditions fell within the prohibited zone of contractual freedom, as defined by the relevant legislation” (Ibid., p. 2).

<sup>207</sup> “In *Weir v. Secretary of State for Transport (No 1)*, the ‘Railtrack’ case, a group of claimants, formed an ‘action committee’. This committee brought a single action in which a very large group of co-claimants (nearly 50,000 shareholders in that case) were full parties to the proceedings. These claimants sought monetary redress against a defendant company. Consolidated procedure is an opt-in system of multi-party litigation” (Ibid., p. 3).

<sup>208</sup> “Rule 19.10 A Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’)”.

<sup>209</sup> MULHERON, Rachel. *The class action in common law legal systems – a comparative perspective*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 99.

<sup>210</sup> Para uma análise acerca das significativas diferenças entre o procedimento-modelo alemão e o IRDR: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução...* op. cit., p. 99-101.

<sup>211</sup> BAKOWITZ, Michael. *The german experience with group actions – the verbandsklage and the capital markets model case act (kapmug)*. In HARSÁGI, V.; RHEE, C. H. van (ed.). *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2014, p. 156. Sobre os rumos do caso, relata o autor: “In 2012 and 2013, respectively, the two model cases were decided upon. The court ruled that the sales prospectuses neither contained any errors nor had been misleading. In both cases, as one would expect by now, appeals are pending. It can hardly be predicted when this case, which commenced more than ten years ago, will come to an end. This is especially true for the stayed individual cases waiting for the Model Case Rulings to become binding. The Local Court of Frankfurt will probably be occupied with processing the individual cases for several years” (Ibid., p. 163-164).

<sup>212</sup> “Em linhas gerais, o escopo do julgamento do procedimento-modelo (*Musterverfahren*), previsto para os litígios relacionados ao mercado de capitais (*KapMug*), é formar uma decisão coletiva acerca das questões comuns extraídas dos litígios individuais, com a seleção e o julgamento do caso-modelo, que servirá como paradigma para os demais processos individuais. O procedimento-modelo objetiva um julgamento unitário acerca de determinada

ações coletivas<sup>213-214</sup>. O objeto do procedimento não é a tutela direta a direitos, mas a solução de questões fáticas ou jurídicas que interessem àquela tutela<sup>215</sup>.

É interessante notar que, uma vez instaurado o procedimento perante o Tribunal competente para julgamento, haverá a escolha de um representante<sup>216</sup> tanto dos autores, como dos réus, responsáveis pela condução do procedimento e definição das estratégias necessárias.

Como se vê, esses instrumentos de coletivização<sup>217</sup> têm como característica comum o fato de possibilitarem a produção de provas, a solução de inúmeras questões (de fato ou de direito) ou de pretensões idênticas ou semelhantes de uma única vez, otimizando a prestação jurisdicional e contribuindo para o tratamento eficiente e isonômico dos conflitos. Embora esses aspectos revelem sua importância para o tratamento de conflitos de massa, parte da doutrina norte-americana manifesta uma preocupação quanto à sua real adequação, sugerindo certa cautela no uso dessas medidas<sup>218</sup>.

---

questão de direito ou de fato controvertidas em diversas demandas isomórficas” (CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo...* op. cit., p. 43). Ainda sobre o procedimento-modelo alemão, CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56-81 *passim*).

<sup>213</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In Revista de Processo v. 147, 2007, p. 132.

<sup>214</sup> Ressaltando que a *Verbandsklagen* é uma “action brought by a Verband (an association) on behalf of a group of victims”, Michael Bakowitz destaca que a ferramenta, embora não atraia muita atenção, tem uma importante função, em especial para a defesa do consumidor. E conclui: “The Verbandsklage is brought on behalf of others and covers prohibitory injunctions in different areas of law, namely consumer protection and competition law. As a means of regulation and market control it has proven its worth” (BAKOWITZ, Michael. *The german experience with group actions...* op. cit., p. 153-154 e 165).

<sup>215</sup> “[...] no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (Streitpunkte) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Varfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual” (Loc. cit.). No mesmo sentido, explicando as três fases do procedimento e, ao final, a devolução dos casos para julgamento individual: “A party to an action for damages can make a request for a model case to be commenced. The court will submit a specific subject matter to the respective Higher Regional Court if the prerequisites are met. In phase 2, the Higher Regional Court decides on the contended subject matter and delivers a binding ruling. In phase 3, the subject matter returns to the Regional Court, where cases are dealt with on an individual basis” (BAKOWITZ, Michael. *The german experience with group actions...* op. cit., p. 159).

<sup>216</sup> “La Corte d’Appello sceglie fra le istanze pendenti l’azione modello, in altre parole decide chi debba essere l’attore rappresentativo la ‘comunità litisconsortile’ e nel far ciò dovrà tener in debito conto sia l’importanza dei rispettivi danni reclamati che gli eventuali accordi intercorsi tra i vari attori su chi debba essere il loro rappresentante. Gli attore ed i convenuti di tutte le altre cause assumeranno il ruolo di terzi intervenienti coatti ed avranno facoltà di presentare difese e partecipare attivamente alle udienze” (GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 179).

<sup>217</sup> Para uma análise geral de inúmeros outros sistemas: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe...* op. cit., p. 57 e ss. *passim*.

<sup>218</sup> “If mass tort litigation, for example, generates thousands of filings, the mere numerosity of complaints risks undercutting access to the courts. However, consolidation of the suits risks sacrificing principles of litigation, abandoning the incremental development of substantive law, complicating the manageability of suits, or distorting development of remedies. While these stresses are quite real, one might yet wonder whether the stress on the legal system in either of the above responses is reason enough to leave victims of mass tort without remedy. Managing the relationship between complex litigation and significant aspects of the legal system is further complicated by

A primeira preocupação é com a definição do que, afinal, será considerado um litígio complexo. Já se disse que, para os fins deste trabalho, os conflitos de massa, caracterizados pela existência de questões ou pretensões comuns, serão assim considerados, a ponto de justificar a adoção de técnicas diferenciadas e coletivas de tutela.

Partindo dessa premissa, a preocupação mais geral reside na definição dos casos que justificam o tratamento coletivo numa perspectiva de melhor aproveitamento, ou seja, parte-se da necessária e prévia avaliação sobre a adequação da técnica coletiva num duplo aspecto: a começar, a própria eficiência, evitando a coletivização nos casos em que o tumulto e consequente atraso na prestação jurisdicional for maior do que os benefícios decorrentes da agregação. Em segundo lugar, é imprescindível que se garanta um adequado desenvolvimento do procedimento, viabilizando a prática correta dos atos processuais, sem o risco de sua reiteração posterior. Sob esse aspecto, no saneamento adequado reside importante ferramenta de garantia da adequação do procedimento<sup>219</sup>, viabilizando aos sujeitos processuais a gestão do caso que, nessa perspectiva, será vista como *colaboração* para a melhor prestação da tutela jurisdicional e condução do procedimento com eficiência.

O ponto inevitavelmente inclui a gestão da prova pelo juiz, por meio do manejo dos poderes de flexibilização e adaptação previstos no art. 139, VI, do CPC, e pelas partes, via negócios jurídicos processuais fundados no art. 190 do CPC/2015, inserindo a gestão do processo pelos sujeitos processuais no espaço de liberdade no processo.

---

the absence of a compelling definition of what constitutes complex litigation. Consequently, even attractive arguments for creating complex litigation "exceptions" to significant judicial requirements fail for want of an effective means of limiting its application. When the subject of the litigation is social change, these considerations are often magnified. Consider the dilemma of the court in *re U.S. Financial Securities Litigation*" (JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex litigation – cases and materials on litigating for social change*. Durham: Carolina Academic Press, 2009, p. 11).

<sup>219</sup> "However, some approaches, especially those that aggregate large numbers of claims with variations, may not comply with the underlying substantive law or may be unfair to some litigants. Nevertheless, courts recognize that the complete diversity, and volume of mass tort claims require adapting traditional procedures to new contexts, to achieve both fairness and efficiency. Effective management of mass tort cases typically requires early and regular meetings lawyers, identifying the nature of making decisions on pretrial or trial aggregation or coordinations and entering detailed orders necessary to the orderly development of the case This management role should begin early in the litigation. Procedures to aggregate claims sometimes encourage the filing of questionable claims, accelerate the rate at which claims are presented, or even create a mass tort out of what otherwise might simply have been a flurry of similar cases that would have quickly faded away" (UNITED STATES OF AMERICA. Federal Judicial Center. *Manual for Complex Litigation*, op. cit., p. 347).

Outro fator de atenção reside em impedir que a coletivização das questões ou pretensões possa resultar em prejuízo aos direitos individuais<sup>220-221</sup>. Trata-se de preocupação que deve perpassar todas as etapas do procedimento, a começar pela definição de seu cabimento para a solução de determinada questão ou pretensão com suficiente grau de homogeneidade. A garantia de que os direitos individuais não serão prejudicados decorre da observância do devido processo, que pode ser atendido pelos sujeitos processuais em cooperação, mas reside, em especial, na garantia de que o grupo a quem interessa a solução da questão ou da pretensão esteja adequadamente representado.

Dar tratamento coletivo a questões comuns de fato é medida que atende aos fins da Jurisdição, permitindo a prestação de uma tutela jurisdicional universal e adequada, com isonomia e eficiência. Não há, é fato, motivos para se permitir que uma mesma questão seja decidida repetidas vezes em inúmeros casos se é possível extrair do próprio sistema mecanismos que viabilizem sua solução de uma única vez. O mesmo se diz com relação à produção de prova comum a várias questões ou pretensões. Além de possibilitar a otimização da Justiça, esses mecanismos permitem uma análise global do problema, com a conseqüente possibilidade de adoção de medidas mais efetivas do que a simples solução da questão individual em demandas seriadas.

Na proposta que aqui se apresenta – ou seja, de tratamento coletivo de questões de fato para fins probatórios –, a solução conjunta pode se dar por meio da agregação de processos em andamento, nos quais a questão comum seja premissa para o julgamento das pretensões individuais. Ela se funda na previsão dos incisos II e VI do §2º do art. 69 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de concertação de atos para a centralização de processos

---

<sup>220</sup> “Consolidation holds out a bland, somewhat technocratic, uncontroversial face to the world. Thus, as she worked on her study of procedural implications of consolidation, Professor Steinman was struck by the widespread belief of legal professionals that consolidation would not affect the rights of litigants. [Joan Steinman, *The Effects of Case Consolidation on the Procedural Rights of Litigants: What They Are, What They Might Be, Part I: Justiciability and Jurisdiction (Original and Appellate)*, 42 *UCLA L. REV.* 717, 721 n.11 (1995) Eds. But courts are beginning to notice that the reality of consolidation, particularly in mass tort cases, sometimes has very substantial effects on those rights. As the Second Circuit cautioned in upholding a consolidation order in 1992, “It he systemic urge to aggregate litigation must not be allowed to trump our dedication to individual justice, and we must take care that each individual plaintiff and defendant’s cause not be lost in the shadow of a towering mass litigation.” [In re Brooklyn Navy Yard Asbestos Litig, 971 F2d 831, 853 (2d Cir. 1992) (citation omitted)]. There is a price to be paid for the bounty of consolidation that needs to be taken into account” (MARCUS, Richard L. *Confronting the Consolidation Conundrum...* op. cit., p. 228).

<sup>221</sup> Especificamente referindo-se ao *Joinder of Parties*, Helen Hershkoff destaca: “In theory, the availability of joinder opens the courthouse door to larger numbers of claimants who might otherwise be from seeking relief because of the cost or inconvenience of litigation. Joinder devices are therefore critical tools in affording access to justice. In practice, however the use of joinder in any particular case may undermine an individual’s ability to participate fully in a lawsuit and so interfere with autonomy values. In these situations, joinder-aimed at promoting efficiency, preventing duplication, and effectuating complete relief comes into conflict with the overriding aim of achieving justice for the individual litigant” (HERSHKOFF, Helen. *Agregation of Parties, Claims and Actions*. In CHASE, Oscar G. at al. (coord). *Civil litigation in comparative context*. Thomson West, 2007, p. 369).

repetitivos em trâmite perante Juízos diversos, dispositivo que autoriza a agregação de processos no ordenamento brasileiro, em especial quando voltada à produção de prova de questão de fato comum repetitiva.

Pelo especial interesse que acarreta para o presente trabalho, será analisada mais profundamente uma, dentre as várias técnicas norte-americanas descritas. Trata-se do *multidistrict litigation*, voltado especificamente à agregação para produção de prova de questão comum de fato.

### **1.2.5.2. Segue. O *multidistrict litigation* do direito norte-americano: a reunião de demandas com questões comuns de fato, inclusive para fins probatórios**

No contexto da gestão de casos judiciais do direito norte-americano, inúmeras são as ferramentas previstas no sistema como forma de otimizar a prestação jurisdicional e, com isso, alcançar os resultados que são esperados do *case management*.

Há, contudo, uma ferramenta que merece destaque. Trata-se do *multidistrict litigation* (MDL), por meio da qual se possibilita a reunião de processos em trâmite perante juízos federais distintos, para produção de provas em um único juízo. O pressuposto para sua utilização é a existência de casos repetitivos com mesma matéria fática, cuja solução dependa da produção de provas, muitas vezes complexas, comuns a todos os casos. Trata-se, portanto, de instrumento que objetiva, em última análise, a administração eficiente de vários casos judiciais semelhantes, sem prejuízo aos direitos individuais dos litigantes.

O MDL surgiu como solução ao *Electrical Equipment Antitrust Litigation*, de 1961, em que cerca de 2.000 demandas foram propostas contra fabricantes de equipamentos eletrônicos em razão de danos causados aos usuários<sup>222</sup>. O caso evidenciou a insuficiência dos instrumentos até então existentes no sistema norte-americano e a necessidade de se buscar alternativas que viabilizassem, de um lado, a prestação jurisdicional adequada e, de outro, evitassem os enormes transtornos que seriam causados à administração da Justiça com o julgamento individualizado de todos os casos, colocando em risco todo o sistema. Criou-se, assim, um Comitê para investigar as possíveis soluções das questões surgidas na fase de *pretrial* das causas<sup>223</sup>. Alguns procedimentos na fase de pré-julgamento foram realizados com sucesso,

<sup>222</sup> Ver, a este respeito: GOLDBERG, Perry; NEAL, Phil C. *The Electrical Equipment Antitrust Cases: Novel Judicial Administration*, American Bar Association Journal v. 50, n. 7, July 1964, pp. 621-628.

<sup>223</sup> A fase de pré-julgamento consiste em etapa antecedente à efetiva propositura da demanda perante o juiz, na qual os advogados das partes, dentre outras coisas, apresentam os elementos fáticos nos quais pretendem embasar suas pretensões, incluindo a apresentação prévia de todas as provas que serão utilizadas (*discovery*). Permite-se,

a partir da colaboração dos juízos dos diversos distritos em que tramitavam as demandas, revelando a necessidade de criação de um procedimento formal para disciplinar situações futuras, que envolvessem casos maciços com questões de fato complexas.

Acerca desse instrumento, Joe S. Cecil, Emery G. Lee, Richard A. Nagareda, Kevin M. Scott, Thomas E. Willging e Margaret S. Williams explicam que em 1968 o Congresso Norte-Americano adotou o “MDL Act”, que facilitou a transferência de casos de um distrito para outro para julgamentos coordenados e consolidados. O objetivo foi providenciar a transferência temporária para um distrito único, com vistas à instauração de procedimentos coordenados ou consolidados de pré-julgamento de ações civis pendentes em diferentes distritos, que envolvessem uma ou mais questões comuns de fato. Assim, deu-se ao Judiciário poder para o gerenciamento centralizado de processos na fase de pré-julgamento, para assegurar a "conduta justa e eficiente" em tais ações e para evitar ou minimizar “a possibilidade de conflitos e duplicação de *discovery* e outros procedimentos do *pretrial*”<sup>224</sup>. Em resumo, o *multidistrict litigation* (MDL) é um procedimento por meio do qual ações que tenham por objeto questões de fato comuns, em trâmite em diferentes Juízos (mesmo que de Distritos diversos), podem ser reunidas num único juízo para instrução conjunta.

Uma vez produzida a prova, as demandas retornam aos juízos de origem para julgamento. Embora a regra aplicável ao MDL preveja a necessária devolução dos casos aos juízos de origem para prosseguimento do julgamento, há estudos que evidenciam que nem sempre essa devolução ocorre, sendo que muitos casos são encerrados no próprio juízo cessionário<sup>225</sup>. A questão chegou à Suprema Corte norte-americana que, no caso *Lexecon Inc.*

---

assim, um amadurecimento da causa antes da concreta movimentação do Judiciário. Acerca da fase de pré-julgamento no direito inglês, Neil Andrews afirma tratar-se da prática de atos que “visam a promover a troca eficiente de informações entre ambas as partes, inclusive *disclosure*, ainda na fase pré-litígio, de documentos ‘essenciais’ que estejam em poder de cada uma delas. Toda e qualquer *disclosure* está sujeita à restrição de que o material somente poderá ser utilizado especificamente para fins dos processos em potencial. Os protocolos, portanto, têm o intuito de permitir que cada parte litigante conheça os pontos fortes e fracos da eventual parte contrária. Espera-se que a conformidade com os deveres previstos pelos protocolos quanto à disponibilização de informações de uma parte para a outra venha a promover acordos bem sustentados” (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil...* op. cit., p. 127).

<sup>224</sup> CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. In [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443375](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375) Acesso 28.05.2018.

<sup>225</sup> “[...] a 1974 Harvard Law Review study of the MDL process included the empirical element and concluded that “the vast majority of cases transferred by the Panel under section 1407 have been terminated in the transferee courts and not remanded to their original forums.” The authors reported undertaking “a comprehensive survey of the actions taken by the transferee courts [and finding] that no more than 100 of these 1,189 actions were remanded” (Ibid., p. 15).

v. Milberg, em 1998, concluiu pela necessidade de devolução dos casos aos juízos originários, não tendo o juízo cessionário competência para o seu julgamento<sup>226</sup>.

A definição sobre o juízo em que as provas serão produzidas e demais questões necessárias à efetivação do procedimento fica a cargo de um *Judicial Panel*, criado pelo Congresso e com seus componentes nomeados pela Suprema Corte norte-americana. Basicamente, o papel do *Panel* consiste em determinar se as ações civis pendentes em diferentes distritos federais envolvem uma ou mais questões comuns de fato, caso em que devem ser transferidas para um distrito federal para procedimentos de pré-julgamento coordenados ou consolidados, bem como selecionar o juiz ou juízes e tribunais designados para conduzir o procedimento<sup>227</sup>.

O principal critério para a transferência dos casos para um único juízo e a instauração do MDL é, portanto, a existência de uma ou mais questões comuns de fato, a serem objeto de prova. Ainda que existam outras questões fáticas em discussão nas variadas causas, isso não impede, a princípio, a instauração do MDL<sup>228</sup>.

A ferramenta é aplicável, inclusive, à consolidação de ações de classe, desde que atendidos os critérios estabelecidos nas *Federal Rules* para sua aplicação. Não há, de fato,

<sup>226</sup> “Likewise, at first blush, the statutory limitation to “pretrial” proceedings suggests no reason that a § 1407 transferor court could not entertain a § 1404(a) motion. Section 1404(a) authorizes a district court to transfer a case in the interest of justice and for the convenience of the parties and witnesses. See § 1404(a). Such transfer requests are typically resolved prior to discovery, see Wright, Miller, & Cooper § 3866, at 620, and thus are classic “pretrial” motions. Beyond this point, however, the textual pointers reverse direction, for § 1407 not only authorizes the Panel to transfer for coordinated or consolidated pretrial proceedings, but obligates the Panel to remand any pending case to its originating court when, at the latest, those pretrial proceedings have run their course” (Lexecon Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach. Opinion of the Court, p. 34. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/523/26/case.pdf> Acesso 08.09.2016).

<sup>227</sup> Em texto em que realiza uma análise geral da função do *Panel* na condução dos casos submetidos ao MDL, um de seus integrantes, o juiz John G. Heyburn II, explica que no momento da admissão e determinação da instauração do procedimento o órgão verifica se existem questões de fato comuns entre várias ações civis pendentes, de modo que a centralização em um único distrito promoverá maior conveniência para as partes e testemunhas e promoverá a conduta justa e eficiente das ações. Considera-se, desse modo, que o distrito e o juiz estão mais bem posicionados para lidar com os assuntos transferidos (HEYBURN II, John G. *A View from the Panel: Part of the Solution*. In Tulane Law Review v. 82, p. 2225-2244 Disponível em [http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/A%20View%20from%20the%20Panel-Part%20of%20the%20Solution\\_Heyburn-2008.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/A%20View%20from%20the%20Panel-Part%20of%20the%20Solution_Heyburn-2008.pdf) Acesso 07.09.2016).

<sup>228</sup> “The Panel has held that, in order to obtain a transfer, the initial prerequisite is the existence of one or more common questions of fact. In some types of cases, such as aviation accident, security fraud, and patent infringement litigation, the common questions of fact are significant and obvious. It is often not clear whether the common issues of fact found by the Panel are so important or significant to the litigation as to justify disruptive transfer. However, the Panel is quick to find that there are common facts sufficient to order transfer [...]” (LEVY, Stanley J. *Complex Multidistrict Litigation and the Federal Courts*. In Fordham Law Review v. 41, 1971, p. 47. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=flr> Acesso 07.09.2016). Esse artigo foi escrito três anos após a criação do *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, com o objetivo de analisar sua efetividade e aplicação. Após verificar alguns casos em que o MDL foi utilizado, o autor conclui que a não agregação dos casos causaria séria ineficiência, com a possibilidade de resultados inconsistentes e conflitantes e um impacto adverso em toda a estrutura judicial, revelando o sucesso do instrumento para a solução de casos massificados envolvendo danos decorrentes, em especial, de questões antitruste (Ibid., p. 49).

motivos para se afastar a reunião de ações coletivas que tenham por objeto as mesmas questões fáticas, mas propostas em juízos diversos.

Desde sua criação, o *Judicial Panel of Multidistrict Litigation* analisou a centralização de mais de 250.000 casos envolvendo inúmeras matérias, como danos decorrentes de acidentes aéreos, de trem ou incêndios em hotéis; danos decorrentes de amianto ou medicamentos, ou próteses de silicone. As ações propostas em razão dos danos (ataques cardíacos e acidentes vasculares) gerados pelo uso do medicamento Vioxx, por exemplo, resultaram em um MDL no qual foi realizado um acordo de mais de 4,85 bilhões de dólares<sup>229</sup>. Este, aliás, é um ponto em geral levantado pelos defensores do MDL como demonstrativo do seu sucesso: em muitos casos a reunião das ações e a produção conjunta da prova das questões fáticas comuns resultou na celebração de acordos, com a finalização das demandas sem que fosse necessária a devolução aos juízos originários para julgamento.

Embora sofra algumas críticas pontuais – como, por exemplo, no que se refere à nomeação de um único advogado para condução do MDL, em detrimento dos advogados constituídos nas demandas individuais<sup>230</sup> –, o *multidistrict litigation* é de aplicação plenamente viável no Judiciário americano, contribuindo para a eficiência do sistema de justiça. Essa conclusão foi obtida em recente pesquisa empírica realizada a partir de dados extraídos do *Judicial Panel of Multidistrict Litigation*<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Para maiores detalhes sobre o caso, ver: FALLON, Eldon E.; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. *Bellwether Trials in Multidistrict Litigation*. In Tulane Law Review v. 82, p. 2323-2367. Disponível em [http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Bellwether%20Trials%20in%20Multidistrict%20Litigation-Fallon\\_Grabill\\_Wynne-2008.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Bellwether%20Trials%20in%20Multidistrict%20Litigation-Fallon_Grabill_Wynne-2008.pdf) Acesso 07.09.2016).

<sup>230</sup> “In practice, MDL judges usually take charge of this task. They empower a small number of lead lawyers to exercise managerial authority on the plaintiffs' side and relegate the rest of the lawyers to passive positions” (SILVER, Charles. *The responsibilities of lead lawyers and judges in multidistrict litigation*. In Fordham Law Review, v. 79, n. 85, 2011, p. 102). “Judges appoint the lawyers who run MDLs on the plaintiffs' side. Their choices can be puzzling. For example, judges sometimes give lead positions to lawyers with few or no clients in an MDL, passing over other lawyers whose clients number in the hundreds or thousands. Judges also wield the appointment power with unfettered discretion. They need not explain why they choose some lawyers rather than others, and rarely do. They face no known risk of appellate review or reversal: no appointment decision seems ever to have been challenged, much less reversed” (SILVER, Charles; MILLER, Geoffrey P. *The quasi-class action method of managing multi-district litigations: problems and a proposal*. In Vanderbilt Law Review, v. 63, n. 1, 2010, p. 109).

<sup>231</sup> “Following the judiciary’s experience with aggregate litigation in the 1960s, Congress established a procedure for the transfer of related cases to a single district court for coordinated pretrial proceedings. Originally designed to achieve efficiencies associated with coordinated discovery, the multidistrict litigation (MDL) process has evolved from a rather modest starting point to become a central part of aggregate litigation in the federal courts today. Despite its importance, however, there has been little empirical research into the MDL process. This article seeks to begin to fill this gap in the empirical literature by addressing a few central questions about the work of the Judicial Panel on Multidistrict Litigation (Panel) and the transferee courts. Using data provided by the Panel, we examine how that body has decided motions to transfer multidistrict litigation. We find, most importantly, that the Panel has become more likely to grant motions to order transfer of proceedings over time, after controlling for other factors. We also find, all else equal, that the Panel is more likely to transfer a proceeding including class allegations, and more likely to transfer proceedings raising certain kinds of claims. With respect to MDL cases (as distinguished from MDL proceedings, which involve multiple cases), we find that the overwhelming majority of

Tão relevante ferramenta pode inspirar a agregação de processos para produção de prova de questão de fato comum no direito brasileiro, a partir, inclusive, do regramento já previsto no Código de Processo Civil de 2015.

### 1.2.6. O problema da legitimidade coletiva

A legitimidade *ad causam* é sem dúvida um dos pontos nucleares para qualquer proposta que se pretenda apresentar acerca da tutela coletiva. É ela que norteará os rumos do procedimento e, em especial, o alcance do resultado coletivo. Todas as demais questões afetas à tutela coletiva, inclusive a extensão subjetiva da coisa julgada, decorrerão da opção feita pelo sistema quanto à legitimidade. É por isso que uma percepção adequada do sistema de tutela coletiva, que viabilize a apresentação de propostas com o objetivo de seu aprimoramento, deve passar necessariamente pela revisitação de alguns conceitos afetos a essa legitimidade *coletiva*.

Diversamente do que ocorre no sistema norte-americano<sup>232</sup>, no Brasil a legitimidade para a propositura de ações coletivas é atribuída a determinados entes coletivos, não havendo, salvo no caso da ação popular (art. 1º da Lei 4.717/65) e da usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001)<sup>233</sup>, a atribuição dessa legitimidade a um membro do grupo.

Segundo o art. 82 do CDC, podem propor ações coletivas o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. A previsão é semelhante àquela do art. 5º da Lei 7.347/85, que, alterada pela Lei 11.448/2007, insere a Defensoria Pública no rol de legitimados.

Algumas dessas hipóteses de legitimação coletiva são problemáticas. Há, por exemplo, dúvidas sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de interesses de pessoas que não se encontrem em situação de vulnerabilidade; e do Ministério Público para a tutela coletiva

---

MDL cases are products liability cases; asbestos cases make up a substantial part of the whole. We also find that the almost all cases considered by the Panel are made part of an ongoing MDL proceeding, and that, moreover, almost all cases made part of an ongoing MDL proceeding are closed in the transferee district. These findings suggest that transferee judges are taking a “maximalist” approach to pretrial proceedings in transferred cases” (CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation...* op. cit., p. 1).

<sup>232</sup> Rule 23. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: [...]

<sup>233</sup> Ressaltando que no caso haverá legitimidade concorrente entre os sujeitos previstos no art. 12 da Lei e os legitimados à propositura de ações coletivas, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 240.

de interesses que não apresentem relevância social, o que, para alguns, excluiria sua atuação na defesa de direitos individuais homogêneos.

Não há, parece-nos, óbices a uma interpretação que viabilize a atuação mais ampla e efetiva possível desses entes legitimados. Afinal, e desde que observada sua vocação para a defesa dos interesses em discussão (garantido, portanto, o preenchimento do requisito da representatividade adequada, que será melhor analisado na sequência), a atribuição de legitimidade ampla só tem a agregar, garantindo uma melhor tutela aos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Tome-se como exemplo o caso da Defensoria Pública<sup>234</sup>. Em muitos Estados, essa instituição está sendo estruturada a partir da criação de núcleos específicos voltados à defesa de determinados grupos. Na Defensoria Pública do Paraná, por exemplo, foram criados o Núcleo da Cidadania e Direitos Humanos, o Núcleo Itinerante das Questões Fundiárias e Urbanísticas, Núcleo da Infância e da Juventude, o Núcleo de Política Criminal e Execução Penal, e o Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher<sup>235</sup>. Na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul existem o Núcleo de Defesa dos Direitos da Saúde e os Núcleos de Família e de Defesa da

---

<sup>234</sup> A legitimidade coletiva da Defensoria Pública foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, questionando a constitucionalidade do art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007. A norma violaria o art. 134 da Constituição Federal, na medida em que caberia à Defensoria Pública apenas a defesa dos direitos daqueles que comprovem hipossuficiência financeira. O pedido foi julgado improcedente de forma unânime, considerando-se constitucional o dispositivo que outorga à Defensoria Pública legitimidade para a defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos. Em seu voto, a relatora, Min. Carmen Lúcia, destacou: “Parece-me equivocada o argumento, impertinente à nova processualística das sociedades de massa, supercomplexas, surgida no Brasil e no mundo como reação à insuficiência dos modelos judiciais convencionais. De se indagar a quem interessaria o alijamento da Defensoria Pública do espaço constitucional-democrático do processo coletivo. A quem aproveitaria a inação da Defensoria Pública, negando-se-lhe a legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública? A quem interessaria restringir ou limitar, aos poucos instrumentos da processualística civil, a tutela dos hipossuficientes (tônica dos direitos difusos e individuais homogêneos do consumidor, portadores de necessidades especiais e dos idosos)? A quem interessaria limitar os instrumentos e as vias assecuratórias de direitos reconhecidos na própria Constituição em favor dos desassistidos que padecem tantas limitações? Por que apenas a Defensoria Pública deveria ser excluída do rol do art. 5º da Lei n. 7.347/1985? A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional de Estado Democrático de Direito”. Por fim, ressaltou: “O custo social decorrente da negativa de atendimento de determinada coletividade ao argumento de hipoteticamente estar-se também a proteger direitos e interesses de cidadãos abastados é infinitamente maior que todos os custos financeiros inerentes à pronta atuação da Defensoria Pública nas situações concretas que autorizam o manejo da ação civil pública, conforme previsto no ordenamento jurídico” (STF; ADIN 3.953; Tribunal Pleno; Rel. Min. Carmen Lúcia; j. 07.05.2015; DJe 05.08.2015). Defendendo esse mesmo entendimento: MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública – revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 331. Em sentido parcialmente contrário, ressaltando que a representatividade adequada da Defensoria Pública deve ser reconhecida a partir da defesa dos interesses de uma coletividade compostas por pessoas necessitadas, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 223.

<sup>235</sup> Fonte: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/pagina-436.html> Acesso 07.06.2018.

Mulher Vítima da Violência, da Infância e Juventude, da Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas, dos Direitos Humanos e o Núcleo de Regularização Fundiária<sup>236</sup>.

A atuação desses órgãos é voltada à defesa de determinados grupos em situação de vulnerabilidade quanto à tutela de seus direitos. A especialização dos núcleos tem por objetivo garantir o aprofundamento nas questões atinentes a cada uma das matérias, com a consequente atuação mais efetiva e pontual em casos de violação a direitos, inclusive com a possibilidade de adoção de medidas coletivas, evidenciando o preenchimento do requisito da representatividade adequada, de que se tratará na sequência. Essa atuação abrange toda a categoria titular de determinado direito que, sob o aspecto de sua violação, é considerada vulnerável. Pense-se nos casos de violação a direitos à saúde, ou mesmo nas relações de consumo de um modo geral. Não há como separar a atuação da Defensoria Pública para que determinados titulares dos direitos recebam a tutela e outros não.

A universalidade da tutela coletiva e sua vocação para a melhor proteção aos direitos garante, portanto, a ampla atuação da Defensoria Pública nesses casos<sup>237</sup>. Em especial porque, como já se disse, a tutela coletiva a direitos individuais viabiliza uma análise global do problema, com a consequente possibilidade de adoção de medidas efetivamente coletivas – principalmente no ambiente de um processo estrutural – e que considerem as capacidades institucionais dos envolvidos na resolução do problema. Essa atuação coletiva também impede

---

<sup>236</sup> Fonte: <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/850> Acesso 07.06.2018.

<sup>237</sup> “O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a Defensoria Pública possui legitimidade ativa para o ajuizamento de ações coletivas buscando a tutela de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos. Na presente demanda, a Defensoria Pública da União busca, em ação civil pública, a concessão de atendimento de saúde a pessoas com obesidade mórbida, restando evidente a hipossuficiência jurídica dos representados para atuar na defesa dos interesses de toda a coletividade” (STJ; AgInt no REsp 1704581/MG; 1ª Turma; Rel. Min. Regina Helena Costa; j. 03.05.2018; DJe 14.05.2018); “O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os requisitos legais para a atuação coletiva da Defensoria Pública, encampa exegese ampliativa da condição jurídica de ‘necessitado’, de modo a possibilitar sua atuação em relação aos necessitados jurídicos em geral, não apenas aos hipossuficientes sob o aspecto econômico” (STJ; AgInt no REsp 1694547/ES; Rel. Min. Regina Helena Costa; j. 17.05.2018; DJe 23.05.2018). O STJ também já admitiu ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública visando à obtenção de tutela jurisdicional que obrigue instituição de ensino a se abster de prever regra em edital de vestibular que elimine candidatos que não comprovem os requisitos para disputar as vagas destinadas ao sistema de cotas, possibilitando que esses candidatos figurem em lista de ampla concorrência, se obtiverem o rendimento necessário: “O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo). 6. Ao se analisar a legitimação *ad causam* da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública referente a interesses e direitos difusos, coletivos stricto sensu ou individuais homogêneos, não se há de contar nos dedos o número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. Basta um juízo abstrato, em tese, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, isto é, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes, os hipossuficientes, os desamparados, os hipervulneráveis” (AgInt no REsp 1573481/PE; 2ª T. Rel. Min. Herman Benjamin; j. 26.04.2016; DJe 27.05.2016).

que apenas alguns titulares dos direitos violados sejam incluídos no alcance da decisão. Eis o caráter universal da atuação coletiva da Defensoria Pública, de evidente ampliação do acesso à Justiça, em especial por sua vocação à defesa e preservação dos direitos fundamentais.

Também a atuação coletiva do Ministério Público não pode ser objeto de indevidas limitações. No caso de direitos transindividuais não há maiores problemas. A relevância social nesses casos é evidente. As maiores críticas à sua atuação referem-se aos direitos individuais homogêneos<sup>238</sup>, em razão da previsão do art. 127 da Constituição Federal e da atuação do Ministério Público na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

É por isso que se entende, com acerto, que a atuação do Ministério Público deve ser limitada aos casos em que avulta a relevância social do direito. Isso, porém, de modo algum significa a exclusão de sua atuação para a defesa de direitos individuais homogêneos<sup>239</sup>.

De fato, já se destacou no início deste capítulo que a tutela dos direitos individuais coletizáveis pode adquirir relevância social justamente em decorrência de sua coletivização, que atribui a esses direitos um caráter universal fundado na defesa da coletividade, em especial quando a análise global das situações individuais evidenciam a necessidade de adoção de medidas coletivas estruturais<sup>240</sup>. Nessas situações, não obstante o direito material que constitui

<sup>238</sup> Hugo Nigro Mazzilli faz, a este respeito, relevante ressalva: “se a defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo convier à coletividade como um todo, deve o Ministério Público assumir sua tutela. Nos casos de interesses de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade ou de suficiente abrangência social, não se justificará a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 49).

<sup>239</sup> Para Egon Bockmann Moreira *et al*, “Além do problema da imprecisão do que seria ou não socialmente relevante, como referido, a exclusão de direitos ‘puramente individuais’ parece ser obstáculo injustificado ao ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público. Não é preciso grande esforço para notar que considerável parte dos interesses individuais que se procura tutelar pela via da ACP deixa de ser levada a juízo individualmente não em razão da ‘autonomia privada’ – ou seja, não é como se a via individual não fosse utilizada simplesmente porque assim querem os titulares dos direitos de massa. Ainda, na hipótese de boa parcela das demandas poder ser ajuizada por aqueles que se dizem titulares, a proteção coletiva justifica-se pela necessária eficiência da prestação jurisdicional” (MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública...* op. cit., p. 313). Acerca dos casos em que o número de titulares dos direitos afirmados é ínfimo, ressaltam os autores que “o que ocorre é que pode restar descaracterizada a prestabilidade da própria via coletiva, independentemente de quem seja o autor da demanda. Assim, em determinadas situações, o meio adequado é o próprio processo individual com litisconsórcio, não a técnica de aglutinação” (Loc. cit.).

<sup>240</sup> Nesse sentido, é o pacífico entendimento do STJ: “Não é a natureza disponível e divisível, esta aliás ínsita aos direitos individuais, que retira a homogeneidade dos interesses e lhes expurga da tutela a título coletivo, já que constatada a homogeneidade e a origem comum dos mesmos, é o interesse social na sua proteção que se transforma no divisor de águas entre o direito individual considerado em sua dimensão particular, pessoal daquele visto sob a ótica comunitária, impessoal, coletiva. Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal” (REsp 442697/RS; Min. Vasco Della Giustina; DJ 22.06.2010); “O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado. Precedentes. In casu, os interesses tutelados na presente ação civil pública atingem a universalidade dos potenciais consumidores dos produtos da recorrente, e não apenas casos pontuais nos quais verificada a discrepância entre a quantidade de sardinha e a informação constante na

o *pano de fundo* da atuação ministerial seja disponível, o tratamento coletivo evidencia a relevância social da tutela. Em outras palavras, o que se afirma é que nem sempre o caráter disponível do direito individual tratado coletivamente terá, por si só, o condão de afastar a legitimidade do Ministério Público. A análise dessa legitimação deve partir inexoravelmente da aferição do conjunto formado pela coletividade de sujeitos que titularizam aquele direito e do resultado que a tutela coletiva poderá gerar para essa coletividade.

Mas certamente um dos pontos mais polêmicos no que se refere ao rol do art. 82 do CDC está na legitimidade das associações. Além da constituição há mais de um ano<sup>241</sup> (que, não bastasse ser evidentemente insuficiente, em algumas situações tem sido relativizada pelos Tribunais<sup>242</sup>), a lei exige a pertinência temática entre os fins institucionais da associação e os interesses tutelados coletivamente.

Ambos os requisitos têm como objetivo garantir, ao menos minimamente, a idoneidade da associação, além de evidenciar tratar-se de órgão com a capacidade necessária à defesa dos interesses objeto da medida. A pertinência temática deve ser aferida a partir dos fins concretos da associação, previamente determinados, voltados à específica proteção dos direitos objeto da ação por ela proposta.

Essa relação entre os fins que justificaram a constituição da associação e sua atuação *in concreto* na defesa dos interesses coletivos ou coletivizáveis não deve ser aferida apenas a

---

embalagem, e o interesse individual homogêneo tutelado na presente ação refere-se aos deveres de confiança, boa-fé e informação, intrínsecos à relação consumerista, que possuem relevância social e potencial de afligir os valores fundamentais da proteção ao consumidor” (REsp 1586515/RS; 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 22.05.2018; DJe 29.05.2018). Ainda, a seguinte e já citada decisão, em que se entendeu pela ilegitimidade do MP: “Não se está a afastar a legitimidade ou o interesse de agir do Ministério Público em ações coletivas que tenham por objeto demandas previdenciárias, tampouco se afasta a possibilidade de formação de coisa julgada nacional ou de tratamento diferenciado entre militares e civis, contudo, o presente caso guarda peculiaridades, que devem ser consideradas. Não há relevância social objetiva do bem jurídico tutelado, a fim de reconhecer a legitimidade do Ministério Público para promover a presente ação coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos dos militares, isto porque, a despeito da gravidade da situação, tais direitos não possuem relevância social objetiva apta a possibilitar a sua tutela coletiva, porquanto referem-se a direitos que se restringem a meros interesses de particulares, no caso dos militares prejudicados, e não se referem a direitos cuja preservação ou tutela o ordenamento jurídico consagre como indispensáveis para a sociedade como um todo, para o seu progresso material, institucional e moral” (STJ; EDcl no REsp 1447705/RS; 2ª T. Rel. Min. Og Fernandes; Relator p. Acórdão Min. Mauro Campbell Marques; j. 17.09.2015; DJe 14.12.2015).

<sup>241</sup> Quanto à exigência da pré-constituição da associação, Luiz Manoel Gomes Júnior destaca que tal requisito “tem como objetivo evitar a criação de associações ad hoc, apenas com a finalidade de ajuizar determinada ação coletiva, desvirtuando o sistema” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 60). Ainda, para Rodolfo de Camargo Mancuso, “é compreensível o propósito do legislador: evitar que associações não suficientemente sólidas, ou cujos objetivos não se coadunem com o interesse difuso em causa, se abalem, sem maior ponderação, ao ajuizamento de ação coletiva” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140).

<sup>242</sup> “Quanto ao requisito temporal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme quanto à possibilidade de dispensa do requisito de um ano de pré-constituição da associação, nos casos de interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (REsp 1357618/DF; 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 26.09.2017; DJe 24.11.2017).

partir de seu estatuto, que muitas vezes apresenta previsões genéricas acerca dessa atuação. De fato, a pertinência temática deve ter relação direta com o preenchimento do requisito da representatividade adequada, para o que a mera previsão estatutária é, à toda evidência, insuficiente<sup>243</sup>. Para muito além disso, é preciso averiguar a real atuação da associação, tanto extra como judicialmente, e se essa atuação se compatibiliza com o objeto da ação coletiva, tanto no aspecto do direito material envolvido, quanto da capacidade para a prática dos atos processuais que serão necessários.

É imperioso que haja maior rigor no controle da legitimidade das associações, assim como na aplicação das medidas punitivas previstas nos arts. 17 da Lei 7.347/85 e 87 do CDC, quando se verificar que sua atuação é ilegítima, com a consequente condenação da associação autora e dos diretores responsáveis pela propositura da ação solidariamente em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. Afinal, atuações espúrias de algumas entidades não podem obscurecer o importante papel que elas podem, como manifestação da sociedade civil, desenvolver na defesa dos direitos. Infelizmente, porém, a aplicação dessas medidas é ainda muito tímida, sendo raros os casos em que se inadmitiu a propositura de ações coletivas propostas por associações oportunistas e mais raros ainda aqueles em que houve apenação por litigância de má-fé.

Outro problema reside no alcance da decisão proferida em ação coletiva proposta por associação, tendo o Supremo Tribunal Federal, em 2017, firmado o entendimento de que “beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial”<sup>244</sup>, pois se trataria, no caso, de representação processual, posição que não se coaduna com o caráter universal da ação coletiva.

À luz da eficiência e da isonomia, não faz qualquer sentido outorgar-se a determinado órgão a legitimidade para a propositura de ação coletiva, excluindo do seu âmbito de alcance alguns indivíduos que indubitavelmente se enquadrem nos efeitos da decisão. As razões apresentadas para a defesa da ampla legitimidade da Defensoria Pública explicam também o equívoco da restrição imposta pelo STF à atuação das associações, em especial quando se

---

<sup>243</sup> “É difícil saber, a priori, se a associação de fato representa certo tipo de interesse coletivo, ou se foi apenas criada para dar vazão a certo objetivo egoístico. A exigência formal da lei (um ano de pré-constituição e inclusão nos estatutos sociais da finalidade de proteção de certo interesse) não é garantia de que a entidade tenha efetivo compromisso com certo tipo de questão” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela coletiva*.... op. cit., p. 232).

<sup>244</sup> RE 612043/PR; Rel. Min. Marco Aurélio; j. 10.05.2017; DJe 05.10.2017.

constata que o autor da ação coletiva representou adequadamente os direitos e interesses de todos aqueles que se encontram na posição jurídica discutida.

A atuação legítima e adequada do autor da demanda coletiva para a defesa dos direitos e interesses que dela são objeto é premissa à autorização para que a decisão produza efeitos amplos, alcançando toda a coletividade. A busca por um sistema de tutela coletiva que atenda às necessidades da Jurisdição, possibilitando a prestação de uma tutela adequada, efetiva e isonômica, fundada numa prestação jurisdicional eficiente, exige do juiz que recebe uma ação coletiva um cuidado muito especial na sua admissão, a depender do ente legitimado autor. Em caso de dúvida quanto à capacidade desse ente para defender adequadamente os direitos pela via coletiva, não deverá o julgador hesitar em reconhecer sua ilegitimidade, oportunizando que outro, mais adequado, assumo o polo ativo da demanda.

Embora a inserção do requisito da representatividade adequada em nosso ordenamento por meio de previsão legal expressa seja muito recomendável, parece que o controle da legitimidade a partir de sua verificação no caso concreto<sup>245</sup> é extraível das previsões já existentes, assim como dos princípios constitucionais que regem o processo, sobretudo pela função nuclear do microsistema processual coletivo.

#### **1.2.6.1. Segue. Participação no procedimento. A representação adequada dos interesses coletivizáveis**

Restrições como aquela prevista no art. 103 do CDC quanto à limitada extensão da coisa julgada no caso de sentença de improcedência em ação para tutela de direitos individuais homogêneos parecem decorrer de certa desconfiança quanto à adequada representação coletiva dos direitos, e de um apego às concepções individualistas e liberais do processo. Afinal, se nem todos os titulares de um direito podem estar presentes no processo, não seria possível, por ofensa ao contraditório e à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, que uma sentença de improcedência produza sobre eles efeitos e impeça a propositura de ações individuais posteriores.

---

<sup>245</sup> “Não se justifica a limitação que o Poder Judiciário tem imposto às ações coletivas movidas pelos entes públicos. O que pode sim o Judiciário fazer é verificar se o representante do grupo na ação coletiva tem condições de agir em juízo, de forma adequada, na tutela dos interesses do grupo. Para tanto, pode até chegar à conclusão de que o Ministério Público, ou a Defensoria Pública, ou outro órgão público qualquer, não é o representante adequado de certo interesse. Todavia, há de fazê-lo justificadamente e em razão do caso concreto. Deverá dizer por que motivo, para aquela situação determinada, não deve tocar ao Ministério Público ou a qualquer outro legitimado a tutela daquele interesse específico, dando então oportunidade ao representante adequado para que ingresse no feito e prossiga na tutela do interesse” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 237/238).

O curioso é que, independentemente da opção que se faça acerca da natureza da legitimação ativa para as ações coletivas – ordinária, extraordinária, ou autônoma<sup>246</sup> – o fato é que se estará diante de legitimação, ou seja, da atribuição a alguém do poder de agir em juízo para pleitear determinado direito, em nome próprio (legitimação ordinária) ou não (legitimação extraordinária)<sup>247</sup>. A constatação de que determinada parte é legítima para figurar no polo ativo

---

<sup>246</sup> Para Elton Venturi, as entidades previstas nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC “ostentam uma legitimação processual de natureza especial, nem ordinária, nem extraordinária. Sob esta nova perspectiva, a atuação das entidades expressamente legitimadas passa a ser avaliada através da efetividade da tutela jurisdicional empreendida, e não mais sob o enfoque da afirmação da titularidade da pretensão deduzida – que representa uma radical alteração paradigmática da legitimação ad causam como condição da ação no âmbito da tutela coletiva. Assim, o legislador brasileiro, ao autorizar determinadas entidades à propositura das ações coletivas, conferiu-lhes autonomia processual, fórmula pela qual desejou obter o máximo aproveitamento (quantitativo e qualitativo) da tutela jurisdicional coletiva, sobretudo numa fase que pode ser considerada ainda embrionária em nosso país” (VENTURI, Elton. *Processo coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177). Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem que na tutela de direitos coletivos e difusos “há uma legitimação que não é ordinária, mas também não se enquadra na moldura tradicional da substituição processual (de defesa de direito alheio em nome próprio)”, havendo uma “legitimação extraordinária em sentido estrito”, porque, no caso, atribui-se a determinados sujeitos “a legitimação para atuar em nome próprio na defesa de um direito que não é propriamente titularizado individualmente por qualquer sujeito – e, nesse sentido, pertence a todos e também ao próprio legitimado ativo” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, v. 1 – teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223). Para Sérgio Cruz Arenhart, “esses conceitos técnicos, pensados para lidar com situações individuais, dificilmente se amoldam com exatidão ao campo coletivo. Na realidade, bem pensado, também a legitimidade dos indivíduos para a ação popular constitui uma forma de legitimação extraordinária (do ponto de vista clássico); mas essa legitimação extraordinária apresenta um ingrediente a mais, que é o fato de que a legitimação aí também é, ao menos em parte, ordinária, na medida em que o interesse coletivo não deixa de ser, ao menos de certo modo, também interesse do indivíduo que promove a sua tutela em juízo. Assim, os termos legitimação ordinária e legitimação extraordinária assumem outra conotação no campo coletivo, não se podendo emprega-los com a mesma ideia que apresentam no campo individual” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* op. cit., p. 231, nota n. 1). Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., não há justificativa para a criação de uma nova categoria de legitimidade, tratando-se, no caso, de legitimação extraordinária (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 201), porque “autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade” (Ibid., p. 199). Vincenzo Vigoriti, no mesmo sentido, afirma que a questão da legitimação para agir na tutela de interesses coletivos não pode ser imposta em termos tradicionais, porque “quando viene dedotta in giudizio una situazione di vantaggio di tipo collettivo, la presenza di tutti i singoli titolari delle posizioni sostanziali fra loro correlate non è affatto condizione necessaria per la giustizia e l’efficacia della decisione che pure li riguarda. In questi casi, infatti, importa che le ragioni siano fatte valere da chi è in grado di assolvere al compito in maniera adeguata e rispondente all’interesse di tutti, per cui è da ritenersi assolutamente naturale che legittimati ad agire in giudizio possano essere anche alcuni soltanto dei molti titolari degli interessi fra loro correlati in maniera collettiva. L’esigenza di garanzia che, nelle situazioni individuali, viene soddisfatta dalla rigorosa correlazione fra la titolarità della situazione di vantaggio e la legittimazione a dedurla in giudizio assume un contenuto diverso nelle situazioni collettive, per cui tale automatica correlazione non solo non è qui necessaria, ma rischia addirittura di essere controproducente” (VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo...* op. cit., p. 101/102).

<sup>247</sup> “Tradizionalmente detta anche legitimação ad causam, essa satisfaz a exigência de identificar as justas partes do processo, permitindo de stabilire ex ante – nella stessa prospettiva iniziale (e prognostica) della proposizione della domanda – a chi spetti, sul piano soggettivo, la titolarità del c.d. ‘diritto (o potere) di azione’, non confondendosi mai com a titolarità efettiva del diritto sostanziale fatto valere, il cui riconoscimento è rimesso ex post alla decisione di merito del giudice [...] Per um verso, il problema della legittimazione ad agire, basato sull’identificazione delle giuste (o legittime) parti nel processo, non si sovrappone – ma semmai, in ordine logico, si subordina – al più generale problema del contraddittorio (art. 101 c.p.c. che, ai fini di una valida statuzione del giudice, va garantito comunque, e in quanto tale, a quella parte (sia essa giusta o non giusta, dotata o non dotata di legittimazione passiva a contradire) nei cui confronti risulti, formalmente, proposta la domanda” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Ferri e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2ª. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 281-282).

ou passivo de uma demanda caracteriza, portanto, uma espécie de autorização para atuar na defesa do direito. Não por outra razão, a decisão final produzirá efeitos e a autoridade da coisa julgada com relação às partes porque se considera, ao menos a princípio, que tiveram todas as oportunidades de influenciar a formação do convencimento judicial.

É sob esse aspecto que o sistema de tutela coletiva brasileiro revela uma certa incoerência. Atribui-se a determinados entes a legitimidade (isto é, a autorização para atuar no processo em nome dos titulares dos direitos, exercendo o contraditório), mas não se permite a vinculação dos titulares à decisão, salvo se se tratar de decisão favorável.

Mais uma vez, tem-se clara manifestação do caráter individualista que norteia a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos no Brasil. Afinal, a concepção de participação nas ações e técnicas coletivas, embora não possa prescindir da influência substancial que a coletividade pode exercer para a construção de uma boa decisão judicial, deve levar em conta o caráter coletivo do procedimento e da atuação do legitimado em prol da coletividade, o que de modo algum é incompatível com a ideia de participação indireta, via representação adequada, em especial por atender o critério da eficiência, sem deixar de lado a necessidade de participação democrática<sup>248</sup>.

Nesse ponto reside uma das questões mais problemáticas e que impedem a efetividade dos instrumentos de tutela coletiva.

Bem vistas as coisas, um maior rigor na aferição da legitimidade ativa nas ações coletivas poderia muito contribuir para a efetividade dessa tutela. A consideração de que a parte (processualmente considerada) tem condições de defender *adequadamente* os interesses de toda a classe representada no instrumento coletivo torna a tutela muito mais efetiva, viabilizando até mesmo alteração legislativa que possibilitasse uma ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, com produção *pro et contra*, alcançando os membros da classe mesmo se se tratar de decisão desfavorável<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> “Aggregation has serious limitations, however. Even with greater use of the class action, appointment of lead counsel, active judicial management of discovery and judicial facilitation (some would say compulsion) of settlement, there are limits to how many parties and claims a court can handle in one litigating unit. At some point, efficiency losses from complexity overwhelm any gains from aggregation. Nonparty preclusion holds out the hope of achieving efficiency without expanding lawsuit size, and thus it should look increasingly attractive as courts confront cases where aggregation is not cost-justified” (BONE, Robert G. *Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion*, op. cit., p. 198). Do mesmo autor, tecendo uma crítica à concepção tradicional da representatividade adequada, em razão de sua desnecessidade sob o aspecto do resultado, BONE, Robert G. *The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions*. In *The George Washington Law Review* v. 79, pp. 577-627. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1844493> Acesso 06.05.2018.

<sup>249</sup> “A ação coletiva pode servir a diferentes fins - nem todos compatíveis entre si. Um modelo que maximize a função de economia processual tende a limitar o papel de facilitação do acesso à justiça ou de dissuasão do ilícito e assim por diante. No modelo brasileiro, a absoluta ausência de repercussão negativa do resultado do processo coletivo sobre as pretensões e ações individuais, se por um lado preserva as garantias de acesso à justiça,

De outro lado, sabe-se que a coisa julgada formada na ação coletiva impede, independentemente de seu resultado, a propositura de nova ação pelos demais colegitimados coletivos. Significa dizer que os microdanos (individualmente considerados), ainda que em conjunto tenham considerável expressão econômica, podem ser praticamente excluídos da apreciação jurisdicional mesmo que se trate de representante inadequado. Afinal, tratando-se de danos de pequena monta, dificilmente haverá interesse na sua reparação individual. Um maior rigor no controle da representatividade adequada poderia, sob esse aspecto, impedir a formação da coisa julgada quando constatada a inadequação, com a possibilidade de propositura de nova ação coletiva por um ente mais adequado.

Seja como for, a alteração da sistemática da coisa julgada coletiva, no que se refere aos seus limites objetivos, exigiria uma proposta de *lege ferenda*, com a alteração do art. 103 do CDC, categórico ao prever que a coisa julgada sobre sentença que tutela direitos individuais homogêneos não poderá prejudicar os titulares dos direitos. Alteração legislativa nesse sentido seria louvável, mas não é esse o objeto desta tese.

O que se pretende defender neste momento é a possibilidade, neste caso independentemente de alteração legislativa, de uma *efetiva* aferição, *in concreto* pelo juiz, da representatividade adequada do autor coletivo antes da admissão de uma ação coletiva. O regime da coisa julgada coletiva é apenas um exemplo de como essa aferição é relevante. Dela podem decorrer várias consequências, com reflexos interessantíssimos sobre o alcance da sentença e da coisa julgada coletivas. Para os fins deste trabalho, o que se pretende é fixar importante premissa para que, nos próximos capítulos, seja possível defender algumas técnicas coletivas de produção da prova (capítulo 02) e seus reflexos, de forma eficiente, na esfera individual (capítulo 03).

---

contraditório e devido processo legal em favor de cada legitimado individual, por outro, pouco contribui para a economia processual e a estabilização de uma resposta jurisdicional uniforme para casos iguais. Essa segunda função, nomofilática, é crucial para a isonomia, a segurança jurídica e a certeza do direito. Além disso, o processo coletivo acaba produzindo proteção jurisdicional pouco estável - de menor qualidade, portanto - para o réu vitorioso. A ausência de coisa julgada *ultra partes* faz com que, mesmo tendo sua razão reconhecida em um primeiro processo coletivo, ele não esteja livre de sucessivas e reiteradas novas demandas coletivas. A garantia de tutela jurisdicional não lhe é plenamente outorgada” (TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva...* op. cit., p. 129). Para Sergio Menchini, “per valorizzare il ruolo e la funzione di questo, si devono inserire strumenti che, per un verso, consentano di vincolare alla decisione emessa sulla questione comune, sia favorevole sia sfavorevole al gruppo, i tribunali e le parti delle liti individuali, senza ricorrer, però, a figure di giudicato *ultra partes*, e, per altro verso, proprio onde evitare l’estensione ai terzi degli effetti della sentenza campione, favoriscano, senza ricorrere a meccanismi di tipo coattivo difficilmente compatibili con il principio dispositivo, la partecipazione al giudizio dei membri della categoria interessata, cercando anche di prevedere istituti in grado di senellire lo svolgimento del procedimento che vede coinvolta una moltitudine di diritti e di soggetti, senza svilire il ruolo e la posizione di ciascuno di questi circa la gestione della causa”. Propõe, assim, a adoção do modelo do *opt in*, “ossia si deve ampliare il più possibile la composizione soggettiva del processo modello (o collettivo), tramite regole che favoriscano la partecipazione ad esso dei membri della classe coinvolta” (MENCHINI, Sergio. *La tutela giurisdizionale...* op. cit., p. 95).

Tudo isso parte do pressuposto de que a representatividade adequada possibilita o equilíbrio entre a eficiência que justifica o manejo das técnicas coletivas e a garantia de participação no procedimento<sup>250</sup>. Além disso, contribui para decisões judiciais mais qualificadas. Afinal, o representante será considerado adequado justamente por, devido à sua proximidade com a coletividade representada, ter condições de apresentar todos os fundamentos e pretensões pertinentes aos direitos tratados coletivamente. Algo que toca também aos réus das ações coletivas, diretamente interessados no correto manejo e desenvolvimento da técnica coletiva.

A exigência de que o ente legitimado represente adequadamente os interesses da classe que titulariza o direito transindividual ou individual homogêneo decorre de uma interpretação sistemática das normas que compõem o microsistema processual coletivo, necessariamente à luz de sua função nuclear voltada, como já se disse, à tutela adequada daqueles direitos. Em outras palavras, a defesa realizada por alguém que não é o titular do interesse, mas que recebe do sistema autorização para defendê-lo (em especial quando afeto a toda uma coletividade), deve ser apta a garantir a tutela adequada e efetiva desse interesse<sup>251-252</sup>.

---

<sup>250</sup> “De otra parte, se debe remontar nuevamente al origen de estas acciones y recordar que ellas responden a la aplicación del principio de efectivo acceso a la justicia y la economía procesal. Sin embargo, ello no puede generar el olvido de que el destinatario final de la sentencia será un individuo ausente del proceso, al que deberá garantizársele una adecuada representación. Ahora bien, si es un hecho indubitable que sin esta clase de acciones existen daños que no pueden acudir ante la jurisdicción para ser resarcidos y, de otra parte, que aun cuando ellas pudiesen llegar ante los tribunales, generarían un desgaste de jurisdicción innecesario si llegasen como procesos individuales, se debe entonces tener presente que la garantía individual no es un fin en sí mismo, ella tiene un propósito, la efectiva protección del individuo, por tanto, la aplicación de la garantía individual, para lo cual se pretende que el juez controle la representación adecuada, debe tener como fin último garantizar que el mecanismo colectivo no viole tales garantías, pero no hacer nugatorio el proceso colectivo mismo” (ORTIZ, Juan Carlos Guayacán. *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 447).

<sup>251</sup> “Problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido. Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada. Quer me parecer que o sistema brasileiro, embora não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da ‘representatividade adequada’ pelo juiz, em cada caso concreto” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. In Revista Forense, nº 361, maio-junho/2002, p. 5).

<sup>252</sup> O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos apresentado pelo IBDP trazia previsão semelhante, em seu art. 20, incisos I e II, atribuindo legitimidade para a propositura de ações coletivas ativas a “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a- a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b- seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c- sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado” (inciso I) e ao “membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos

No sistema norte-americano, dentre os legitimados para a propositura de ações coletivas, está o membro do grupo individualmente considerado, desde que preenchido o requisito da *adequacy of representation*. Assim, uma ou mais pessoas poderá demandar em nome dos membros do grupo se, dentre outras coisas, “the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”<sup>253</sup>. Na Inglaterra o requisito é igualmente exigido<sup>254</sup>.

Essa representatividade deve viabilizar a efetiva representação do grupo e consequente tutela adequada dos direitos em discussão. A questão no direito norte-americano é relevante não só para as ações coletivas, mas também em razão da *collateral estoppel* e a consequente possibilidade de terceiros não litigantes, mas titulares do mesmo direito em discussão, serem atingidos por seu resultado, de forma vinculante. Em síntese, indaga-se se, em ações individuais propostas por determinado titular de um direito, outros titulares poderiam ser atingidos independentemente do resultado da ação, porque aquele que figurava como autor teria a potencialidade de representar adequadamente todos os demais.

Não há dúvidas, portanto, do quão rigorosa deve ser a análise do preenchimento do requisito da representatividade adequada<sup>255</sup>. No sistema norte-americano, justamente em razão da doutrina da *collateral estoppel* e da *issue preclusion*, a preocupação com a legítima defesa

---

interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I” (inciso II).

<sup>253</sup> “Rule 23. (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

<sup>254</sup> “It is unnecessary for the representative to have been appointed or elected by the relevant group. In short, he can be a self-appointed general. However, “the court may direct that a person may not act as a representative” This allows the court to bar an unsuitable representative. Another control is that, if some represented members of the class are discontent with the manner in which the proceedings are being conducted by the head representative, a segment of the represented group can secede from the main group and become co-defendants” (ANDREWS, Neil. *Fundamentals of multi-party or collective litigation: reflections from the perspective of England*. In Revista de Processo n. 231. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 243).

<sup>255</sup> “Adequacy of representation is one fundamental pillar of the modern class action regime. A successful class action binds the defendant in relation to all members of the class; but if the representative plaintiff is unsuccessful on the common issues, so will all class members be. For the reason that class actions involve decisions being made for and binding upon absent or unascertained class members, representation must be adequate. As the Australian Federal Court has explained: ‘because such a group member is effectively deprived of a right to appear and to make effective decisions concerning the prosecution of his or her claim, an essential element of the judicial process - the right to be heard - is lacking. With similar sentiments in mind, the absence of any requirement of adequate representation in the English representative rule and its equivalents elsewhere was stated by the OLRC to be one of its ‘most glaring deficiencies’. There is an even stronger rationale under the US class action regime for, with limited exception, the judicial view has generally been expressed that adequate representation is required to fulfil the constitutional due process requirements of class members because a final judgment in a class action is binding on all class members. Moreover, in those jurisdictions where notice informing class members of the commencement of a class action suit is not mandatory but discretionary, so that the notice requirements are not likely to result in class members learning of the proceeding, adequacy of representation assumes a ‘special importance’” (MULHERON, Rachel. *The class action in common law legal systems...* op. cit., p. 289).

dos direitos em discussão perpassa não só as ações coletivas, mas também as demandas individuais com potencial de repercussão na esfera de terceiros. A *adequacy of representation* nesses casos é a mesma exigida para a aferição da legitimidade para as *class actions*, sendo vedada, como regra, a *virtual representation*, ou seja, a pressuposição de que os litigantes puderam defender adequadamente os interesses dos terceiros.

A doutrina aponta alguns critérios que podem auxiliar na percepção de que a representatividade do autor da demanda coletiva é adequada, v.g.: a) a capacidade de viabilizar uma ligação efetiva entre os advogados que conduzem a ação e os membros da classe; b) a adoção de um papel ativo, e não meramente passivo, na condução da demanda, recomendando-se inclusive a elaboração de um plano de atuação a ser compartilhado com a classe e c) as condutas adotadas pelo representante em casos anteriores, em especial com vistas à análise de eventuais atitudes caracterizadoras da má-fé, ou mesmo de condutas omissas que possam ter prejudicado a defesa dos interesses<sup>256</sup>. Eles se aplicam a todos os entes legitimados, inclusive àqueles de caráter público, com relação aos quais não se pode, igualmente, haver uma pressuposição quanto à sua habilidade para a defesa adequada dos direitos<sup>257</sup>.

O requisito deve ser analisado no caso concreto no momento da admissão da demanda coletiva, levando-se em consideração as qualidades pessoais do ente legitimado. Embora necessário à admissão da ação, o controle da representatividade adequada deve perpassar todo o procedimento, possibilitando que se determine a alteração do polo ativo sempre que se verificar que a condução do processo ou procedimento coletivo não é adequada<sup>258</sup>.

Antonio Gidi explica que o representante deve “ser possuidor de uma higidez financeira que o habilite a uma boa condução do processo”, demonstrando que, “pela sua

<sup>256</sup> Ibid., p. 291-295. Sérgio Cruz Arenhart define a representatividade adequada como um critério que pode “apontar para a melhor solução diante do caso concreto”, devendo ser aferido a partir de inúmeros elementos, sejam eles econômicos, estruturais, históricos etc. “O fundamental”, como afirma, “é perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização, terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida represente a maior vantagem possível para os indivíduos e para a gestão do serviço ‘Justiça’” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela coletiva...* op.cit., p. 233).

<sup>257</sup> “Ao que parece, a legislação supõe 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 com seu pedido de tutela jurisdicional – e, posteriormente, com seu agir processual – todo o anseio da sociedade. Obviamente, essa impressão não é real e o processo coletivo acaba por transformar-se no desejo de uma pessoa – ‘ungida’ de um cargo público ou, eventualmente, da representação de certa associação – que se proclama arauto da sociedade e formula os pedidos que deseja, conduzindo o processo da forma como quer” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 742).

<sup>258</sup> Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar...* op. cit., p. 755-756. Juan Carlos Guayacán Orgiz sugere que o Ministério Público ou qualquer outro organismo estatal possa colaborar com o Juízo nesse controle e, em caso de representação inadequada, assumir a demanda ou sugerir outra entidade que possa conduzi-la (ORTIZ, Juan Carlos Guayacán. *Las acciones populares e de grupo...* op. cit., p. 448-449).

atitude, determinação, disponibilidade, seriedade e outras qualidades psicológicas tem condições de representar os interesses do grupo em um processo judicial”<sup>259</sup>. Nessa avaliação é levada em consideração também “a escolha do advogado, por parte da entidade [...] devendo recair em profissional com experiência na área e prestígio na comunidade”<sup>260</sup>. É extremamente relevante, portanto, verificar a potencialidade de defesa adequada dos direitos pelo autor da demanda, o que inclui sua capacidade para a condução da investigação dos fatos e produção das provas, para construção e discussão das teses jurídicas necessárias, bem como a experiência na condução de ações coletivas<sup>261</sup>.

Além disso, deve ser levada em conta a aptidão da entidade para a defesa dos direitos objeto da ação coletiva, ou seja, a análise deve considerar a questão de fundo que receberá tratamento coletivo, o que passa inevitavelmente pela atuação desse ente junto à coletividade. Sob este aspecto, nem sempre o Ministério Público estará suficientemente próximo da coletividade que titulariza determinado direito<sup>262</sup>. Por isso, o fortalecimento da sociedade civil, por meio da atuação mais efetiva das associações, pode contribuir para a melhor representação coletiva dos interesses em Juízo.

Assume especial relevância neste ponto a análise da *pertinência temática* da entidade. Além da aferição de que o objeto da ação coletiva se compatibiliza com os objetivos da instituição, previstos em seu estatuto, é imperioso que se analise a efetiva atuação da associação enquanto manifestação da sociedade civil, especialmente no que toca aos direitos que se propõe a defender pela via coletiva.

O que se defende, portanto, é uma interpretação mais ampla do conceito de pertinência temática, plenamente justificável à luz da exigência de uma tutela jurisdicional coletiva que seja adequada e efetiva. Veja-se que o requisito a que nos referimos é inserido no art. 5º, V, b, da Lei 7.347/85 como indicativo de que a associação inclui, *entre suas finalidades institucionais*, a defesa dos direitos. Em outras palavras, quer-se exigir que os fins da associação se coadunem com os interesses que serão objeto da ação coletiva. Esses fins estarão, é claro, previstos no

---

<sup>259</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 63.

<sup>260</sup> Loc. cit.

<sup>261</sup> Trata-se, como explica Álvaro Luiz Valery Mirra, de uma “especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos)” (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações Cívicas e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do Direito Vigente ao Direito Projetado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117).

<sup>262</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão...* op. cit., p. 125.

Estatuto da entidade. Para muito além disso, porém, devem ser buscados na atuação concreta e efetiva da associação perante o grupo que afirma representar. A interpretação do requisito da representatividade adequada não deve ser ampla, mas restritiva<sup>263</sup>, o que de modo algum inviabiliza o exercício do acesso à Justiça. Muito pelo contrário: ao garantir um maior controle da adequada atuação da entidade, a aferição da representatividade adequada no caso concreto possibilita um maior alcance da tutela coletiva concedida.

No caso das associações isso se revela ainda mais relevante, tendo em vista a vocação dessas entidades, ao menos *a priori*, para a defesa dos direitos que integram seu objeto estatutário. Especialmente por caracterizar uma manifestação da sociedade civil organizada, fortalecendo-a, as associações têm o potencial de bem representar os interesses ligados a seus objetivos, principalmente por sua proximidade com os membros do grupo e afinidade com suas necessidades. As organizações não-governamentais, neste ponto, assumem relevante papel, em especial por sua atuação em questões sensíveis e de relevância social<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Em ação proposta pela Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde em face de Subway Systems do Brasil Ltda. objetivando fosse a ré obrigada a veicular, em etiquetas, rótulos, bulas e materiais de divulgação de seus produtos alimentícios, a informação "contém glúten" ou "não contém glúten", promovendo assim a segurança alimentar dos consumidores portadores da doença celíaca, o STJ decidiu: "A pertinência temática exigida pela legislação, para a configuração da legitimidade em ações coletivas, consiste no nexo material entre os fins institucionais do demandante e a tutela pretendida naquela ação. É o vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso, a harmonização entre as finalidades institucionais dos legitimados e o objeto a ser tutelado na ação civil pública. Entretanto, não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. O juízo de verificação da pertinência temática há de ser responsabilmente flexível e amplo, em contemplação ao princípio constitucional do acesso à justiça, mormente a considerar-se a máxima efetividade dos direitos fundamentais" (REsp 1357618/DF; 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 26.09.2017; DJe 24.11.2017). Não nos parece que, neste caso, a interpretação tenha sido ampla tal como indicado pelo relator, na medida em que a inserção de informações adequadas no rótulo de produtos tem relação direta com a defesa dos direitos do consumidor, finalidade da associação autora. Em outra oportunidade, aquela Corte decidiu: "Ausente, sequer tangencialmente, relação de consumo, não se afigura correto atribuir a uma associação, com fins específicos de proteção ao consumidor, legitimidade para tutelar interesses diversos, como é o caso dos que se referem ao seguro DPVAT, sob pena de desvirtuar a exigência da representatividade adequada, própria das ações coletivas. A ausência de pertinência temática é manifesta. Em se tratando do próprio objeto da lide, afinal, como visto, a causa de pedir encontra-se fundamentalmente lastreada na proteção do consumidor, cuja legislação não disciplina a relação jurídica subjacente, afigura-se absolutamente infrutífera qualquer discussão quanto à possibilidade de prosseguimento da presente ação por outros entes legitimados". Já o relator, vencido, considerou que "definida a natureza consumerista do contrato do Seguro DPVAT, sobressai a pertinência temática entre os objetivos institucionais do Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais e a pretensão coletiva deduzida na demanda voltada à defesa das vítimas de acidentes de trânsito no tocante ao pagamento da indenização securitária obrigatória (REsp 1091756/MG; 2ª Seção; Rel. Min. Marco Buzzi; Relator p. Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze; j. 13.12.2017; DJe 05.02.2018). O STJ também já entendeu inexistente a pertinência temática de associação de classe constituída com o objetivo específico de promover a defesa de bares, restaurantes e estabelecimentos diferenciados, para a propositura de ação civil pública tendente a obter a defesa de todos os consumidores em relação à cobrança, por concessionária de serviço público, de multa contratual acima do percentual de 2% (STJ; AgRg nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial nº 1.150.424-SP; Rel. Min. Olindo Menezes; j. 10.11.2015; DJe 24.11.2015).

<sup>264</sup> "Dado o caráter e o campo de suas atuações, as ONGs têm legitimidade que decorre de processos em que existe poder de uma pessoa ou entidade sobre uma dada coisa ou fenômeno social, decorrente da autoridade que lhe é atribuída para o exercício daquele poder. Nas ONGs, esta legitimidade é obtida porque a sociedade reconhece a necessidade de atuação nas áreas problemáticas, assim como conhece a inoperância do Estado para resolver aqueles

De fato, é na arena pública que as discussões sobre os direitos assumem maior legitimidade, o que evidencia a necessidade de se empoderar a sociedade civil das habilidades necessárias à defesa desses direitos, o que encontra na atuação das associações terreno muito fértil para se desenvolver<sup>265</sup>. Afinal, muito mais pertinente do que buscar o Judiciário como ponto de partida da concretização dos direitos é atribuir à própria sociedade civil as competências necessárias para conhecer seus direitos e reivindicar sua tutela. Embora a Jurisdição exerça tradicionalmente importante papel na educação para os direitos, o espaço público de atuação da sociedade civil possibilita, a esse respeito, uma formação muito mais adequada. Não se duvida da relevante função exercida pelas associações nessa concretização.

Veja-se, portanto, que para muito além de uma atuação meramente processual (ou seja, direcionada apenas para o manejo de medidas judiciais), a aferição da representatividade adequada deve levar em conta o efetivo papel exercido pelas associações na construção desses direitos junto à sociedade civil<sup>266</sup>.

Será por meio da representatividade adequada assim considerada que o controle do cumprimento do papel da associação na defesa dos direitos deverá ser realizado, ao lado de critérios como a idoneidade (inclusive financeira), objetivos, histórico de atuações judiciais etc.

É fundamental, também, que a conduta do ente legitimado durante todo o processo acabe por viabilizar uma participação mais direta da coletividade. Essa participação – que, se realizada em âmbito judicial, por meio da intervenção dos indivíduos no processo, pode gerar transtornos em razão de uma multiplicidade de atores processuais – deve ser viabilizada por meio do constante diálogo<sup>267</sup> do representante adequado e o grupo que titulariza os direitos, por meio de notificações, reuniões, audiências públicas, projetos que permitam uma maior

---

problemas. Para que seja mantida tal legitimidade, duas outras variáveis precisam ser consideradas: a representatividade e a própria eficácia da ação. A representatividade diz respeito a dois fatores: (i) a proporção entre o universo de pessoas que uma ONG atende ou contempla e o número de mandatários daquelas ações; (ii) o número e a qualidade das pessoas que a própria ONG incorpora em seus quadros e equipes. O universo dos atendidos/demandatários pode variar infinitamente, pois o número de pessoas que atua numa ONG é bastante mensurável” (GOHN, Maria da Glória. *Ações coletivas civis na atualidade: dos programas de responsabilidade/compromisso social às redes de movimentos sociais*. In Ciências Sociais Unisinos, São Leopoldo, v. 46, n. 1, p. 10-17, jan/abr 2010, p. 15/16).

<sup>265</sup> Ver, a respeito, trabalho em que Nancy Fraser chama atenção para o que denomina de “gestão comunicativa da opinião pública”, com a repolitização da esfera pública, ou seja, por meio da efetiva participação, implementada a partir do diálogo entre todos os interessados, será possível atender aos ideais da democracia. Desse modo, todos os “potencialmente afetados por decisões políticas devem ter a chance de participar em termos de paridade nos processos informais de formação de opinião para com os quais os tomadores de decisão devem prestar contas” (FRASER, Nancy. *Transnacionalizando a esfera pública: sobre a legitimidade e eficácia da opinião pública num mundo pós-vestfália*. In ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI*, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 80).

<sup>266</sup> À semelhança do que Marcello Abelha chama de “legitimidade social” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, op. cit., p. 146).

<sup>267</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar...* op. cit., p. 756-757.

aproximação com a comunidade etc. Esse diálogo também inclui a fundamental *accountability*, de modo a possibilitar que a coletividade tenha acesso a todas as informações relativas aos rumos do procedimento, com a possibilidade de influir na tomada de decisões estratégicas, ou seja, aquelas que possam causar algum impacto nos interesses do grupo. Mais uma vez, volta-se à arena pública como excelente espaço para as discussões e tomadas de decisão acerca dos direitos e sua efetivação.

O correto controle da representatividade adequada terá por objetivo garantir a melhor defesa dos direitos, evidenciando que a tutela coletiva, no caso concreto, se revela o instrumento mais adequado, com todas as consequências que disso advirão, como é o caso da eficácia da sentença e da coisa julgada<sup>268</sup>. Há, como se viu, critérios objetivos que viabilizam a análise dessa representatividade, a depender do ente legitimado que toma a iniciativa da medida coletiva.

Seja como for, é importante ressaltar desde já que sempre será dada ao titular do direito individual a possibilidade de demonstrar a inexistência de representatividade adequada e, com isso, ter a possibilidade de pleitear seu direito individualmente. O ônus de demonstrar que a representação não foi adequada no caso será do próprio titular, devendo residir na demonstração do desatendimento dos critérios já indicados<sup>269</sup>.

Por fim, o alcance coletivo da tutela recomenda a abertura do procedimento a todos aqueles que possam contribuir com a discussão instaurada no âmbito coletivo, assumindo especial importância a atuação de entidades e pessoas na condição de *amicus curiae*.

### **1.2.7. Eficácia e autoridade subjetiva da sentença na tutela coletiva de direitos individuais**

A importância do tratamento adequado dos instrumentos coletivos e, em muitos casos, sua vocação para a tutela eficiente e efetiva de direitos individuais, convive no Brasil com um

---

<sup>268</sup> “Nos processos coletivos, existe uma correlação inequívoca entre os esquemas da legitimação e o regime da coisa julgada” (GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law...* op. cit., p. 235-236). A mesma preocupação permeia o sistema norteamericano: “Due process ideas matter even in court decisions ostensibly based only on Federal Rule of Civil Procedure 23, because how courts read Rule 23 appears to depend on their conceptions of how much process is due both to absent class members and to defendants” (LAHAV, Alexandra D. *Due Process and the Future of Class Actions*. In Loyola University Chicago Law Journal v. 44, 2012, p. 549. Disponível em <http://lawcommons.luc.edu/luclj/vol44/iss2/82012> Acesso 05.06.2018).

<sup>269</sup> Defendendo a possibilidade de um controle *ex post facto* da representatividade adequada pelo sujeito que entende que seus interesses foram mal representados, mas afirmando ser inconveniente que o juiz faça o controle da representatividade adequada no momento em que recebe a demanda: ORTIZ, Juan Carlos Guayacán. *Las acciones populares y de grupo...* op. cit., p. 448-449.

microsistema coletivo que tem se mostrado insuficiente para a garantia dessa tutela. Seja por conta das crises em torno da legitimidade coletiva – decorrentes ora de um alargamento na admissão da atuação dos legitimados sem um necessário e rigoroso controle, ora pela criação de indevidas restrições a essa atuação –, seja em razão da falta de habilidade do Judiciário e demais operadores para dar aos mecanismos coletivos o tratamento diferenciado que devem receber, o fato é que pouco tem sido feito de um instrumento tão relevante.

A coisa julgada coletiva assume nesse contexto um especial destaque, representando um grande empecilho à efetividade dos instrumentos coletivos. A vinculação da autoridade da coisa julgada ao resultado favorável da demanda coletiva inviabiliza o alcance da isonomia e da eficiência que são, ao fim e ao cabo, duas das maiores vantagens da tutela coletiva. Via de consequência, essas mesmas razões justificam um olhar diferenciado para essa questão<sup>270</sup>.

A extrema restrição que o sistema impõe à formação da coisa julgada coletiva gera um primeiro e principal problema: a proliferação de inúmeras ações individuais de forma concomitante a instrumentos coletivos com idênticas questões ou pedidos. A própria suspensão das ações individuais, de que se tratará mais adiante, não será efetiva se a decisão proferida na ação coletiva não tiver o condão de alcançar todos os autores daquelas ações.

Tudo isso porque, segundo a previsão do art. 103 do CDC, em caso de direitos individuais homogêneos a sentença coletiva fará coisa julgada *apenas no caso de procedência*, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. A vinculação do titular do direito individual à autoridade da sentença ocorrerá apenas se, tendo conhecimento da existência da ação coletiva (por meio, por exemplo, da publicação do edital previsto no art. 94 do CDC), o autor de eventual ação individual pedir sua suspensão ou qualquer titular pedir seu ingresso na ação coletiva como litisconsorte.

As hipóteses, que configuram o exercício de liberdade de escolha do titular quanto ao alcance do resultado da ação coletiva, não indicam a existência, no sistema brasileiro, de regras como o *opt in* ou o *opt out*<sup>271</sup>, presentes em determinados países.

---

<sup>270</sup> “Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos erga omnes, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos secundum eventum litis, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 263).

<sup>271</sup> “Uma quarta e fundamental característica da ação coletiva é a liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual ao processo coletivo. Trata-se de característica própria da ação coletiva do direito brasileiro, que, no particular, se diferencia do modelo norte-americano. Nas *class actions for damages*, uma vez aceita a ação coletiva pelo juiz, os possíveis titulares dos direitos subjetivos individuais são dela notificados da maneira mais eficaz

Em linhas gerais, a regra do *opt out*, aplicada no sistema norte-americano<sup>272</sup>, garante a possibilidade de os titulares do direito pleitearem expressamente sua exclusão do alcance da eficácia e da autoridade da sentença coletiva. Caso não exerçam essa opção, serão alcançados pelo resultado, seja ele favorável ou desfavorável.

Já segundo a regra do *opt in*, os titulares dos direitos poderão pleitear sua inclusão no resultado da ação coletiva. Não o fazendo, não serão beneficiados por eventual coisa julgada favorável. Alemanha, Colômbia, França e Itália, por exemplo, adotam essa sistemática.

Alguns países, como a Noruega e a Suécia, preveem uma combinação entre o *opt in* e o *opt out*, aplicando o primeiro na grande maioria dos casos, e reservando o segundo para casos que envolvam questões de pequeno valor econômico<sup>273</sup>.

Nada disso ocorre no sistema brasileiro. Significa dizer que a existência de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos convive normalmente com a tramitação de dezenas, centenas ou milhares de ações individuais de mesmo objeto, em claro estímulo à litigância individual e proliferação de demandas. A única aproximação do sistema brasileiro com a regra do *opt out* é extraída do art. 104 do CDC, que oferta aos autores de ações individuais, uma vez intimados acerca da existência de processo coletivo, a possibilidade de prosseguir com sua ação e, assim, excluir-se do alcance da decisão coletiva, mesmo em caso de benefício.

Rigorosamente observado o requisito da representatividade adequada – ou seja, garantindo-se que os direitos serão devidamente defendidos pelo autor da demanda coletiva –, a coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos poderia perfeitamente ser *pro et contra*, beneficiando e prejudicando todos os titulares devidamente representados na demanda.

---

permitida pelas circunstâncias do caso. Feito isso, vigora o critério *opt out* (...) O legislador brasileiro optou claramente por solução diversa. Entre nós vigora o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo, que, em caso positivo, deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo...*, op. cit., p. 163-164).

<sup>272</sup> Item (B) do inciso (c) da Rule 23: “Em toda ação coletiva do tipo (b) (3), o juiz ordenará aos membros do grupo a melhor notificação possível em face das circunstâncias, inclusive com notificação individual de todos os membros que puderem ser identificados através de um esforço razoável. A notificação deve indicar, de forma concisa e clara e em uma linguagem simples e de fácil entendimento: a natureza do processo; a definição do grupo certificado; as pretensões, questões ou defesas do grupo; que um membro do grupo poderá, querendo, participar do processo através de advogado; que o juiz excluirá do grupo qualquer membro que requeira exclusão, informando quando e como os membros poderão exercer tal direito; e, o efeito vinculante da sentença coletiva de acordo com a Rule 23(c)(3)” (tradução extraída de GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 507).

<sup>273</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law...*, op. cit., p. 240.

Não se trataria, veja-se bem, de hipótese de extensão da coisa julgada a terceiros e, via de consequência, incompatível com o art. 506 do CPC. E isso se diz porque os titulares dos direitos não são terceiros na ação coletiva, estando devidamente representados pelo autor e, por isso, diretamente vinculados ao resultado da decisão.

A conclusão faz sentido também por se tratar de hipótese de legitimação extraordinária (substituição processual, nos termos do art. 18 do CPC) para a tutela coletiva. Afinal, sabe-se que o substituído é alcançado pelos efeitos e autoridade da sentença proferida na demanda proposta pelo substituto<sup>274</sup>, como ocorre na situação da transmissão da coisa litigiosa, tal como previsto no art. 109, §3º, do CPC<sup>275</sup>. Assume o sistema coletivo, portanto, caráter excepcional e injustificável, sob o ponto de vista da representação adequada dos interesses em discussão, já que se trata de típica e legítima substituição processual.

Uma análise de *lege ferenda*<sup>276</sup>, portanto, com o olhar voltado ao melhor aproveitamento da tutela coletiva com foco na isonomia e efetividade, deve considerar a

---

<sup>274</sup> Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini condicionam a vinculação do substituído à coisa julgada ao preenchimento de dois requisitos: que o substituído tenha tido “prévia oportunidade de exercer a ação e não o tenha feito” e a “possibilidade de ciência do processo em que ocorria a substituição, sendo-lhe permitido, caso queira, ingressar nesse processo”. Citam como exemplos de casos em que o substituído não fica vinculado à coisa julgada o art. 2º, §§ 4º e 5º da Lei 8.560/1992 e o art. 54, II, da Lei 8.906/1994 (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 808/809). Para Egas Dirceu Moniz de Aragão, “Sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer e, nele, defender seu interesse importa em barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer. Porém, se ficar assegurada a intervenção do substituído – (a quem é inegável a posição de assistente do substituto) – no processo, a tempo de defender adequadamente seu interesse, mudam os dados do problema” [MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e Coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. São Paulo: Aide, 1992, p. 302].

<sup>275</sup> Para Paula Costa e Silva a extensão da coisa julgada ao substituído neste caso encontra fundamento “na legitimidade atribuída ao transmitente para litigar por um direito, que pertence àquele. Por seu turno, a atribuição de legitimidade ao transmitente prender-se-á com os interesses da parte estranha à transmissão, bem como com o princípio da economia processual. Ora, tanto aquele interesse, como este princípio se frustrariam se a sentença não atingisse o titular da relação material (a parte material) mas apenas a parte formal. Se o sujeito da relação material controvertida ficasse imune aos efeitos do caso julgado, ele poderia demandar novamente a parte estranha à transmissão, sem que esta pudesse opor-lhe os resultados obtidos na ação anterior. Por outro lado, não teriam os tribunais forma de terminar este segundo processo que, para além de implicar uma duplicação da actividade judicial, poderia gerar, num plano lógico e prático, casos julgados contraditórios” (COSTA E SILVA, Paula. *Um Desafio à Teoria Geral do Processo. Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito Litigioso. Ainda um Contributo para o Estudo da Substituição Processual*, 2ª ed. Coimbra Editora, 2009, p. 311). A construção é importantíssima, inclusive no que toca ao direito brasileiro. E isso se diz porque o art. 109, §3º, do CPC não prevê expressamente a extensão da coisa julgada ao cessionário, afirmando apenas que “estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário” (destacamos). Na doutrina, porém, não há dúvidas de que a ele se estende também a autoridade da decisão. Comentando o dispositivo, Cândido Rangel Dinamarco afirma ser “excepcional no sistema a outorga de legitimidade a quem não tenha aquela titularidade (daí, legitimidade extraordinária), o que decorre da regra geral fixada no art. 18 do Código de Processo Civil – mas nas hipóteses em que isso ocorre é natural que o titular do direito ou interesse receba em sua esfera de direitos os efeitos substanciais da sentença, reputando-se também vinculado por sua autoridade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 390).

<sup>276</sup> Sergio Cruz Arenhart afirma que, mesmo diante do regramento do ar. 103 do CDC, a sentença de improcedência proferida na ação coletiva deve gerar um efeito reflexo sobre futuras ações semelhantes que, em razão da coerência na aplicação do Direito, deverão seguir a mesma sorte da coletiva. E conclui: “Se assim não for, então se estará diante de uma de duas situações: ou a demanda individual, julgada de forma diversa, não é homogênea em relação

possibilidade de todos os titulares dos direitos serem alcançados pelo resultado da demanda coletiva, estando impedidos de discuti-lo em demanda posterior, coletiva ou individualmente. A cada um deles remanesce, de todo modo, a possibilidade de demonstrarem que não houve representação adequada dos interesses, caso em que poderá haver rediscussão do resultado da demanda.

Também não se pode descartar a possibilidade de existência de questões puramente individuais, tocantes a cada um dos membros da classe. O tratamento coletivo de determinadas questões, conduzido pelo ente legitimado com representação adequada, não impede essa análise individual em separado, inexistindo, portanto, comprometimento ao tratamento coletivo das questões comuns pelo legitimado coletivo<sup>277</sup>.

---

ao caso julgado via coletiva; ou o Estado não conseguiu cumprir seu papel de homogeneizar a aplicação do Direito, permitindo decisões distintas sobre uma mesma matéria e, portanto, violando a garantia da isonomia” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 394).

<sup>277</sup> “Because it is permissible under the class action regimes to bring a class action in circumstances in which there will be questions or affecting only individual members, it might be impossible for a class representative to adduce evidence to prove the liability of the defendant to other class members. That does not compromise adequate representation or render the action invalid at the outset. Rather, each class action regime provides the court with power to ensure that rights unique to individual class members can be finally and separately determined either within the proceeding that was properly commenced as a class action or as a series of bifurcated trials following determination of the common issues or by other appropriate means” (MULHERON, Rachel. *The class action...* op. cit., p. 298).

## 2. TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO DA PROVA

### 2.1. Alguns apontamentos sobre a prova no Processo Civil

#### 2.1.1. O direito fundamental e autônomo à prova e sua gestão adequada

Da garantia do contraditório decorre o direito fundamental à prova, que se concretiza na ampla possibilidade ofertada às partes de pleitearem as provas necessárias à demonstração dos fatos alegados, na oportunidade de participação na produção de todas as provas, inclusive daquelas de iniciativa da parte contrária, de se manifestar sobre todos os atos praticados na fase de produção da prova, bem como sobre o seu resultado, e no direito à valoração fundamentada das provas produzidas<sup>278</sup>.

Como decorrência do direito fundamental à prova, tem-se ainda a garantia de acesso pela parte a todos os elementos de prova necessários à demonstração dos fatos alegados. Daí a importância da colaboração e o correlato dever de contribuir para a produção da prova pleiteada pela parte contrária ou determinada de ofício pelo juiz, impondo, além do comportamento com lealdade e boa-fé, também o dever de auxílio para com a parte contrária<sup>279-280</sup>. É nessa perspectiva que devem ser compreendidos dois relevantes dispositivos do CPC/2015: os arts. 378 e 400, par. único. O primeiro impõe a todos os sujeitos processuais o dever de colaborar com o Poder Judiciário “no descobrimento da verdade”. O segundo, voltado especificamente à exibição de documento ou coisa, prevê que o juiz poderá adotar “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”. Ambos impõem às partes um dever de *colaboração para a produção da prova*<sup>281</sup>, como decorrência do dever de

<sup>278</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de processo civil*, v. 2, 12ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 51.

<sup>279</sup> “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”, vinculando inclusive a parte “que não está onerada com a prova” (SOSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...* op. cit., p. 64). Esse dever, segundo o autor, pode ser extraído do art. 519, 1º, do CPC português (atual art. 417 do novo CPC português).

<sup>280</sup> “[...] Laddove invece il modello processuale voglia favorire la cooperazione tra i soggetti privati e il giudice, quest’ultimo si porta al livello delle parti nello sviluppo del dialogo processuale e nella formazione del materiale di causa. L’attività dei tre soggetti che sono protagonisti del processo si fonde in un’azione combinata e quando l’intera materia del contendere prima della decisione subisce gli effetti delle forze esercitate dall’attore, dal convenuto e dal giudice tra di loro in concorso, nei limiti delle rispettive attribuzioni, il risultato diviene il prodotto di una collaborazione totale” (SALVANESCHI, Laura. *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXIX, n. 3, maggio-giugno/2014, p. 565).

<sup>281</sup> Nesse sentido, Chiara Besso, com fundamento nos arts. 210 e 670, n. 2, do *Codice di Procedura Civile*, afirmando que “il riferimento all’onere della prova non può costituire motivo di rigetto dell’istanza di esibizione e di sequestro giudiziario di prove”. Ressalta também que o juiz não pode determinar a exibição de ofício, tratando-

colaboração previsto no art. 6º do CPC. Se todos os sujeitos devem colaborar entre si para que a prestação da tutela jurisdicional seja adequada, isso implica a possibilidade de deles se exigir certas condutas tendentes a viabilizar a produção da prova quando pleiteada pelos demais sujeitos processuais.

Mesmo quando a imposição de um dever de colaboração não é autorizada, em razão de conflitos com outras garantias fundamentais (como a intimidade, por exemplo), o sistema possibilita a adoção de medidas de incentivo a uma atitude colaborativa dos sujeitos processuais. É o que ocorre com a previsão do *caput* do citado art. 400 do CPC, assim como com a presunção de paternidade prevista na Lei 12.004/2009 em caso de recusa do réu em se submeter ao exame genético (DNA). A previsão legal praticamente reproduz o conteúdo da súmula 301 do STJ, editada em 2004. Tanto o enunciado quanto a jurisprudência formada posteriormente à edição da lei preveem que a presunção neste caso é *juris tantum*<sup>282-283</sup>.

O direito fundamental à prova também deve ser exercido de forma a concretizar a garantia a uma prestação adequada da tutela jurisdicional e à gestão eficiente do processo (e dos processos). É por isso que ele inclui o direito à adequada gestão da prova, que se operacionaliza de forma compartilhada e colaborativa entre os sujeitos processuais<sup>284</sup>. Nesse

---

se de medida que se enquadra na iniciativa probatória das partes (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giaooichelli Editore, 2000, p. 180).

<sup>282</sup> Já entendeu o STJ que “a presunção de paternidade enunciada pela Súmula nº 301/STJ não está circunscrita à pessoa do investigado, devendo alcançar, quando em conformidade com o contexto probatório dos autos, os réus que opõem injusta recusa à realização do exame”. Tratava-se, no caso, de ação em que, diante do falecimento do suposto pai e do avô do autor, determinou-se a coleta de material genético dos supostos irmãos, que se recusaram a fornecer-lo. Na mesma decisão entendeu-se, ainda, que “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa, autorizando o magistrado a suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (REsp REsp 1253504/MS; 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Galotti; j. 12.12.2011; DJe 01.02.2012). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1201311/RJ; 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Galotti; j. 16.08.2016; DJe 28.09.2016.

<sup>283</sup> Comentando o art. 4 da Ley 23.551 (Lei de Banco de Datos Genéticos) da Província de Neuquen, que, à semelhança do direito brasileiro, estabelece que “la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”, destaca Fernando Adrián Heñin: “a valoración de la conducta procesal de las partes - en este caso la negativa a someterse a la prueba de histocompatibilidad genética - se aplica cuando no existen pruebas suficientes para fundar una sentencia de mérito o, dicho de otra manera, las existentes no otorgan certeza acerca de los hechos acaecidos, ya que si por el contrario existen suficientes elementos categóricos, la verdad encontrada prevalece ante cualquier otra ficción”. A partir da prevalência do direito humano à identidade da pessoa, ressalva que “si bien tenemos una solución legal para el caso de los procesos de filiación en donde el presunto padre se niega a colaborar en la producción de la prueba biogenética, esta solución no deja de ser una ficción, que debe ceder en los casos en que exista la posibilidad de efectivización de tal probanza, en donde gracias a los avances científicos, arribaremos a la verdad a secas (sin aditamentos)” (HEÑIN, Fernando Adrián. *Valoración judicial de la conducta procesal*. In Revista de Processo v. 170, p. 59-93, abr/2009).

<sup>284</sup> “Não se ignora o antagonismo estabelecido entre as partes. Tampouco se pode desconsiderar que, em primeiro lugar, cada parte tem o direito de, nos limites da boa-fé, exercer todas as faculdades processuais possíveis para obter no processo o resultado que lhes seja o mais favorável possível. No entanto, nada disso afasta a consideração de que o único objetivo a que legitimamente se pode aspirar no processo é uma tutela jurisdicional justa e oportuna. Esse escopo é idêntico para todos os sujeitos do processo – e ele serve de pauta e meta para o dever de cooperação” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado...* v. 1, op. cit., p. 83).

contexto, a gestão da prova tem dois significados: internamente ao processo, gerir a prova significa manejar corretamente os instrumentos para sua produção de forma a potencializá-la. Numa perspectiva externa, que leve em conta o conjunto de processos sem perder de vista a adequada e efetiva tutela aos direitos, os poderes de gestão permitem a adoção de medidas de otimização para produção da prova, por meio, por exemplo, de técnicas de agregação.

A gestão adequada da prova legitima e qualifica o exercício do contraditório, reflexo do devido processo legal, caracterizando-se como um *direito* da parte e um *dever* do juiz. Afinal, o manejo adequado da prova possibilitará a concretização de sua finalidade, voltada à tutela adequada dos direitos e, na perspectiva que se adota neste trabalho, também à gestão satisfatória dos processos.

Essa gestão adequada perpassa todas as etapas de desenvolvimento da prova no processo, desde sua proposição pelas partes ou pelo juiz até sua adequada valoração. Para o juiz, a gestão da prova ocorre desde sua admissão no processo até sua valoração adequada. O juiz gere a prova ao deferir ou indeferir aquelas pleiteadas pelas partes; ao determinar a produção de provas de ofício ou quando exerce os poderes que lhe são atribuídos pelo art. 139, VI, do CPC. Numa perspectiva externa, a gestão da prova pelo juiz alcança seu manejo racional e potencializado, por meio, por exemplo, de mecanismos coletivos, inclusive pela adoção de práticas cooperativas (arts. 67 e ss. CPC).

Ao mesmo tempo, as partes gerem a prova ao decidir, por exemplo, se sua produção será antecipada ou não, em especial nas hipóteses dos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015; quando optam pela realização de negócios processuais para regulamentar sua produção; ao pleitear a admissão de uma prova emprestada; ou mesmo quando utilizam estrategicamente a prova no processo<sup>285</sup>.

Como se vê, os poderes de gestão adequada da prova afetam a todos os sujeitos processuais, o que se coaduna com a ideia de que todos eles são destinatários da prova.

Houve um tempo em que se pensava ser a prova destinada exclusivamente à formação do convencimento judicial. A ideia de aquisição ou comunhão da prova reforçava essa

---

<sup>285</sup> Há inúmeras obras – em especial no direito norte-americano e no direito inglês – em que se analisa o caráter estratégico da prova. Essa construção é buscada, por exemplo, na obra de William Twining, Terence Anderson e David Schum, em que, já no prefácio, destacam a importância do estudo a que nos referimos: “[...] we believe that skills in analyzing and marshaling evidence and in constructing, criticizing and evaluating arguments about disputed questions of fact are intellectual skills that can and should be taught effectively and efficiently in law schools. They are as essential a part of ‘legal method’ as legal analysis and reasoning about questions of law (...) Handling evidence is a basic human skill and a neglected aspect of ‘thinking like a lawyer’” (ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of evidence*, 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. xxvii e xxix). Ainda: GAIR, Harry A.; CUTLER, A.S. *Negligence cases winning strategy*. Prentice-Hall, Inc., Englewood-Cliffs, 1957. No Brasil: BECKER, L.A. *Qual é o jogo do processo*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012.

compreensão. Uma vez vinda ao processo, a prova será apreciada *independentemente da parte que a havia produzido*. Isso, porém, não significa que apenas ao juiz direciona-se a prova.

Trata-se, em realidade, de concepção há muito ultrapassada. Ninguém ignora a importância da formação do convencimento judicial acerca dos fatos para que a tutela jurisdicional seja bem prestada. Porém, na parte também reside importante destinatário da prova, na medida em que suas condutas no processo (incluindo, em momento anterior, a própria definição quanto à propositura ou não da demanda) serão muitas vezes norteadas pelo resultado da prova produzida. Mais do que isso: pode haver interesses variados das partes na produção de determinada prova, seja para preservá-la, seja para convencer-se da viabilidade da demanda ou da possibilidade de acordo, ou mesmo para documentar a realização de determinado fato, a fim de se utilizar dessa prova futuramente<sup>286</sup>. Todos esses fundamentos são aptos a justificar o pedido de produção antecipada da prova pela parte, nos termos do art. 381 do CPC.

Assim, se a finalidade da prova é também nortear a conduta das partes no processo ou mesmo fora dele, a prova tem como destinatários todos os sujeitos processuais – partes e juiz. Essa perspectiva serve de base à sustentação de um direito autônomo à prova e da consequente necessidade de uma tutela do direito à prova por meio de ações autônomas<sup>287</sup>, com o manejo de técnicas que potencializem a produção da prova no processo, sob a perspectiva da gestão interna e externa de que já se tratou.

Por fim, para possibilitar seu adequado exercício, o direito à prova depende integralmente da atenta motivação das decisões proferidas a cada etapa do *iter* procedimental probatório<sup>288</sup>. Em especial, o indeferimento da prova pleiteada pela parte nos casos previstos

---

<sup>286</sup> “Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. In Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77).

<sup>287</sup> “Em determinadas oportunidades, a prova assume o papel principal. Sua relevância para o processo, somada à necessidade de que uma definição a respeito dela vincule as partes e, em alguma medida, se torne definitiva e imutável, justificam que, uma vez observados determinados pressupostos, a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional. Em outros termos: o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo” (Ibid., p. 76).

<sup>288</sup> “A jurisdição diferencia-se da legislação não mais por ter que aplicar a norma por essa criada, mas por colaborar com a realização do direito mediante a justificação de suas decisões interpretativas diante de um determinado caso concreto. E essa fundamentação tem de apresentar determinadas características para ser considerada adequada no

em lei (art. 370, parágrafo único, CPC) deve ser medida extremamente cautelosa e suas hipóteses – prova *inútil* ou com intuito *protelatório* – devem ser interpretadas restritivamente, de forma a não inviabilizar o legítimo direito à prova. Em caso de indeferimento, mais uma vez tem-se a imprescindibilidade de que a decisão seja acompanhada da mais adequada fundamentação. O mesmo ocorre em caso de manejo pelo juiz de técnicas probatórias, como a dinamização da distribuição do ônus da prova, a prática de atos concertados para produção de provas, a determinação da produção de provas de ofício etc. A mesma conduta deverá ser observada no momento de valoração da prova<sup>289</sup>.

### 2.1.2. A finalidade instrumental da prova

Os aspectos indicados no item anterior auxiliam na fixação de uma premissa essencial: a prova só se justifica em razão de seu caráter instrumental<sup>290</sup>, e todos os institutos a ela atrelados existem também em razão dessa função. “O campo da prova”, dizia Bentham, “não é outro senão o campo do conhecimento”<sup>291</sup>.

A instrumentalidade da prova, nesse sentido, está ligada à formação do convencimento dos sujeitos processuais para a tomada de decisões<sup>292</sup>, assumindo o papel de orientar a direção

---

Estado Constitucional. Essa tem que ser racional, sob pena de não ser intersubjetivamente controlável, e tem de ser fruto do contraditório, sob pena de não ser democraticamente aceitável” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 1, op. cit., p.116).

<sup>289</sup> “[...] a legitimidade da inversão do ônus da prova com base em verossimilhança ou com base em hipossuficiência – ou mesmo a simples aplicação da regra do ônus da prova – requer a análise da motivação. Se os argumentos utilizados – por exemplo, a existência de uma presunção ou de uma regra de experiência, ou a ausência de prova ou a sua impossibilidade – não forem adequados para justificar uma ou outra, ou, ainda, se a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção, a dúvida ou inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241).

<sup>290</sup> Destacando o caráter instrumental da prova, Eduardo Talamini lembra que “produzir provas não é a razão de ser do processo. Nem mesmo ‘descobrir a verdade’ o é. O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (passo imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional, mas é um meio, e não fim. Isso está bastante ligado à ideia de que a atividade jurisdicional não se destina à mera eliminação de dúvidas hipotéticas, de questões acadêmicas ou de simples fatos” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 76).

<sup>291</sup> BENTHAM, Jemery. *An introductory view of the rationale of evidence*. London: John Bowring (The Works of Jeremy Bentham, v. I), [s.d.], p. 5.

<sup>292</sup> “Questions such as these pose fundamental issues that are of concern to lawyers, judges, and others interested in the processes by which disputed questions of fact are adjudicated. A central issue may be stated thus: Do the standards of decision provide meaningful guidance for those who must apply them in the process or for those who would appraise the outcome of the process? For lawyers, the question is central because the standards establish the framework within which they must advise clients, make decisions, and frame arguments to courts and juries. For judges and juries, the question is central because the standards define the range of their discretion and purport to provide meaningful guidance for the exercise of that discretion. For those concerned with adjudication as an aspect of the judicial system, the question is central because the operation of the standards in some measure determines the extent to which the system is or could be viewed as rational and fair. Standpoint is central for

a ser adotada no processo ou mesmo anteriormente a ele. Veja-se que a instrumentalidade a que aqui se refere não diz respeito a uma obrigatoriedade de vinculação da prova a outro processo, da mesma forma que não se revela incompatível com a existência de um direito autônomo à prova. O caráter instrumental da prova emerge de sua função enquanto vetor que orienta os sujeitos processuais nas decisões que serão tomadas acerca de determinadas, e muitas vezes ainda incertas, pretensões.

Em clássica obra Jeremy Bentham – que se preocupou com o caráter essencialmente racional da análise dos fatos – dizia que “o ato de julgar não é em substância senão a arte de produzir as provas”<sup>293</sup>. A prova, nesse contexto, assume a função de reduzir a distância entre o juiz e os fatos, já que em Bentham uma decisão judicial fundada em uma questão fática deverá necessariamente partir da investigação acerca da veracidade do fato. Não por outra razão, “a decisão não pode sustentar-se sobre outra base que as provas”<sup>294</sup>.

A concepção não poderia ser mais atual. Embora o conceito de verdade no processo e a consequente finalidade da prova sejam temas absolutamente controversos, não parece haver dúvidas acerca da importância do esclarecimento dos fatos<sup>295</sup> e do consequente caráter instrumental da prova, enquanto meio propulsor de algum norte aos sujeitos processuais para a tomada de decisões sobre a propositura da demanda, a realização de acordo, as estratégias processuais a serem adotadas ou o próprio julgamento do mérito. Daí a pertinência, mais uma vez, em se falar de um direito autônomo à produção da prova independentemente da existência de demanda judicial, para possibilitar a formação do convencimento das partes e, com isso, orienta-la nas condutas que se seguirão.

---

lawyers addressing questions such as these. Lawyers are the primary decision-makers with respect to questions of procedure and strategy. The lawyer's objective must be to decide how to construct arguments that will persuade other decision-makers that, from their respective standpoints, the decision sought is the decision that they should make” (ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of evidence*, op. cit., p. 225).

<sup>293</sup> BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas...* op. cit., p. 4. A arte de produzir provas, em Bentham, diz respeito à atividade do juiz em busca do convencimento acerca da veracidade dos fatos. Por isso é que, para Bentham, “o dever do juiz é obter as provas de uma ou outra parte, na melhor forma possível, comparar-las e decidir, segundo sua força probante” (Ibid., p. 4). Em artigo no qual examina as influências de Bentham na reforma processual latino americana, Jorge Fabrega lembra que “Bentham destacó la función vital que deben tener las pruebas en el pronunciamiento de la sentencia y la eliminación de las vallas que separan al Juez de los hechos. La reacción contra el proceso romano-canónico vigente se inició con Bentham. Fue él quien acentuó la importancia del hecho, de la experiencia, en el proceso [...] El Juez debe recoger los hechos en su totalidad, no hacerles decir lo que no dicen, examinando el conjunto de la prueba – ‘The mass of evidence’ -, expresión de Bentham que popularizó Wigmore” (FABREGA, Jorge. *Influencias de Jeremias Bentham en el movimiento de reforma procesal*. In Revista de Processo v. 29/1983, jan-mar/1983, p. 93-94).

<sup>294</sup> BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas...* op. cit., p. 3-4.

<sup>295</sup> “Se é pressuposto para a aplicação do direito o conhecimento dos fatos, e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da Jurisdição é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 29).

Prova, a partir desse ponto de vista, é a atividade dialógica desenvolvida pelos sujeitos processuais de forma colaborativa, em busca da construção de um juízo de convencimento quanto aos fatos sustentadores de determinadas pretensões. É, também, o resultado dessa atividade<sup>296</sup>. A conjugação desses dois conceitos – prova como atividade e resultado – é interessante para evidenciar que se trata de instrumento posto à disposição de todos os sujeitos processuais com vistas à formação de seu convencimento<sup>297-298</sup>.

Esse convencimento formado no processo a partir das provas produzidas não depende, porém, de um juízo absoluto de verdade<sup>299</sup>.

É clássica nesse sentido a separação entre uma *verdade real*, buscada no Processo Penal, e uma *verdade formal*, norteadora da decisão judicial no Processo Civil. Uma

---

<sup>296</sup> Ovídio A. Baptista da Silva admite que o vocábulo prova poderá ter como significado “o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato” (SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de processo civil, v. 1, 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 338). Para Antonio Magalhães, a prova, considerando-se a linguagem geral e a linguagem processual, pode ser compreendida como demonstração, experimentação ou desafio. A primeira acepção tem relação com a busca de um “conhecimento processualmente verdadeiro a respeito dos fatos discutidos no processo” de modo a viabilizar “a obtenção de elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza sobre a ocorrência daqueles mesmos fatos”, desde que “por meio de procedimentos racionais”. Enquanto *experimentação*, a prova é atividade ou procedimento voltados a “recolher e analisar os elementos necessários para confirmar ou refutar as asserções sobre aqueles fatos”. Por fim, a prova se coloca como *desafio* (ou *obstáculo a ser superado*), quando vista sob o aspecto de um ônus processual do qual cabe à parte se desincumbir (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide de (org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 306). Além dessas acepções, o autor destaca que a prova no processo pode representar “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”, referindo-se, no caso, aos *elementos de prova*; a conclusão que se extrai dos elementos, vista a prova, neste caso, como *resultado*, decorrente do “procedimento intelectual feito pelo juiz”, ressaltando a necessidade de existência de uma “conexão entre os elementos objetivos produzidos e o resultado da prova” (Ibid., p. 307-308). Para Bentham, a prova é “um meio para um fim” (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas...* op. cit., p. 22). Giovanni Verde ressalta que raramente o termo “prova” alude a um procedimento probatório, sendo possível excluir este último significado (VERDE, Giovanni. *Prova (dir. proc. civ.)*. In Enciclopedia del diritto, v. XXXVII. Giuffrè Editore, 1988, p. 589).

<sup>297</sup> À luz do Código de Processo Civil de 1973 e em clássica obra, Egas Moniz de Aragão afirmava que a noção de prova como resultado dá ênfase à figura do julgador, enquanto que a prova como atividade destaca o papel das partes, diferença que evidencia a existência de dois sistemas, o inquisitivo e o dispositivo (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I. Rio de Janeiro: Aides [ano], p. 58). Sabe-se, porém, que todos os sujeitos processuais desenvolvem atividades voltadas à produção das provas, assim como a todos, igualmente, volta-se o convencimento formado a partir dessas provas. Prova como atividade e como resultado, portanto, refletem a atuação de todos os sujeitos processuais no iter probatório.

<sup>298</sup> “Prova è, dunque, una rappresentazione di fatti, ottenuta per mezzo di determinati strumenti legali che nel loro vario intrecciarsi (e collidersi) (1) costituiscono la trama sulla quale si compie, in un giovo alterno di poteri e di oneri, la istruzione della causa [...] Le prove, dunque, altro no sono che le proposizioni prime (le proposizioni protocollari, si direbbe com gli analisti logici) sulle quali, con il procedimento deduttivo che è caratteristico del ragionamento giuridico (3) viene fondata la decisione. Ed è di tutta evidenza che il momento più importante dell’opera del giudice è, sotto questo aspetto, lo stabilire le premesse del suo ragionamento (4), ossia lo scegliere de prove” (DENTI, Vittorio. *La verificazione delle prove documentali*. Torino: Stamperia Artistica Nazionale, 1957, p. 4-6).

<sup>299</sup> “Todos os factos no processo são expessos por meio de afirmações de facto, pelo que o que se procura é a verdade dessas afirmações de facto e não o conhecimento do facto em bruto, desprovido de qualquer filtro de linguagem” (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil – presunções judiciais e regras de experiência*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 70).

diferenciação há muito superada<sup>300-301</sup>. Não há dúvidas da imprescindibilidade da formação do convencimento judicial para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada. Esse convencimento, porém, não se forma necessariamente a partir de um juízo de verdade objetiva e absoluta, mas sim a partir de uma verdade construída por meio da participação dos sujeitos processuais no procedimento<sup>302</sup>.

Veja-se que o alcance da verdade como objetivo do processo traria como consequência a inadmissão de julgamentos fundados em revelia, fatos indiciários e presunções, na aplicação das regras ordinárias do ônus da prova em seu aspecto objetivo, ou mesmo nos casos em que necessária a redução das exigências da prova.

Sequer a cognição exauriente está atrelada a um juízo de plena convicção acerca da verdade dos fatos. Mesmo no julgamento fundado em revelia com aplicação de seu efeito material, ou no julgamento fundado nas regras do ônus da prova, a cognição é exauriente e há formação de coisa julgada material, ainda que nestes casos inexista uma convicção fundada em um juízo de verdade. Afinal, será exauriente a cognição quando os sujeitos processuais tiveram

---

<sup>300</sup> “É inadequado distinguirem-se três graus de verdade, como fazia uma antiga doutrina: (a) a verdade absoluta; (b) a verdade material (que seria a atingida no processo penal); (c) e a verdade meramente formal (da qual se ocuparia o processo civil). Todo o processo jurisdicional, na medida em que busca atuar a vontade concreta do ordenamento, visa idealmente à verdade. Trabalha, por conta de limitações humanas, com a verossimilhança, mas sempre buscando a verdade. Agora, existem também outros valores e fatores a considerar: - a impossibilidade de a controvérsia permanecer permanentemente não resolvida – quando não se consegue apurar os fatos; - existência de situações urgentes que exigem proteção provisória em vista da sua aparência; - as peculiaridades concretas da situação de direito material que, por vezes, são incompatíveis com uma reconstrução probatória mais intensa; - a necessidade de a produção das provas respeitar valores jurídicos fundamentais (contraditório, intimidade, integridade física...)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado...* v. 2, op. cit., p. 226-227).

<sup>301</sup> “Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais -, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas [...] A ideia da verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 36-37).

<sup>302</sup> Afirmando ser “o procedimento que atribui à reconstrução dos fatos sua capacidade de gerar verdade”, com embasamento na teoria de Jurgen Habermas, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem “uma construção da verdade, legitimada pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflituosidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário. Portanto, assume relevante papel dentro dessa ordem a noção e a extensão do contraditório. É esse elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, a legitimação da construção da verdade” (Ibid., p. 52-54).

ampla possibilidade de produção de provas e, via de consequência, o julgador teve *oportunidade* de amplo acesso às provas<sup>303</sup>.

O esgotamento da atividade probatória, portanto, não é requisito para uma decisão fundada em cognição exauriente e apta à formação da coisa julgada material. O que caracteriza uma cognição como exauriente é a potencialidade da instrução probatória e de uma verticalização no conhecimento das questões postas na demanda<sup>304</sup>. Não por outra razão, a coisa julgada não está atrelada a um juízo de verdade<sup>305</sup>, mas à necessidade de segurança jurídica decorrente da impossibilidade de discussão infundável dos conflitos<sup>306</sup>. É certo, porém, que o sistema por vezes escolhe impedir a formação de coisa julgada em caso de ausência de provas suficientes. É o que ocorre no sistema de tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, tal como previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 103).

Isso não significa, contudo, que o juiz não deva buscar um grau necessário de convencimento acerca dos fatos da causa para a partir disso solucionar o conflito. O que ocorre é que esse convencimento tem como base a *verdade* construída a partir de um processo

---

<sup>303</sup> “Cognição exauriente é aquela que se produz em um procedimento que permite a ampla investigação por parte do julgador. Nesse modelo de cognição, o julgamento do mérito é precedido da possibilidade de ampla e aprofundada instrução probatória ou então, havendo a limitação de meios de prova, o julgador apenas está obrigado a se pronunciar sobre o mérito quando for possível formar sua convicção quanto aos fatos da causa valendo-se apenas daqueles meios probatórios ali permitidos (é o que se passa, p.ex., no mandado de segurança: se o juiz reputar que a prova documental é suficiente para a comprovação dos fatos da causa, ele julga o mérito, fundado em cognição exauriente; se não for possível elucidar tais fatos apenas com documentos, o juiz profere decisão negativa de resolução do mérito). Já a cognição é superficial (sumária, no plano vertical) quando se estabelece para o julgador limitação de meios investigatórios e, simultaneamente, se exige dele que, mesmo assim, profira uma decisão sobre o mérito, amparado nos elementos que aquela investigação limitada proporciona. É o que ocorre na decisão sobre tutela de urgência ou da evidência; na fase inicial da ação monitoria; no exame do pedido de liminar nas ações possessórias” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado...* v. 2, op. cit., p. 56).

<sup>304</sup> “Tem-se, então, que a coisa julgada corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não do direito da parte que requer tutela jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de declarar a existência ou não de um direito (em razão de não ter sido concedida às partes ampla oportunidade de alegação e produção de prova, como aliás reconhece o art. 503, §2º), o seu juízo não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada. Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente, isto é, com cognição exauriente, para fazer aplicar sobre esses uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão, derivada da coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 680).

<sup>305</sup> É clássica, a este respeito, a célebre citação de Calamandrei: “Não seria, pois, exato dizer que o trânsito em julgado transforme o juízo de verossimilhança em juízo de verdade: o efeito da coisa julgada recai sobre as relações jurídicas, não sobre os fatos. Os fatos, ainda depois da sentença, continuam sendo o que eram: em que pese o antigo aforismo, ainda depois do trânsito em julgado, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo. A coisa julgada não cria nem uma presunção nem uma ficção de verdade: a coisa julgada somente cria a irrevogabilidade jurídica da decisão, sem distinguir se as premissas psicológicas das quais essa decisão nasceu são premissas de verdade ou somente de verossimilhança” (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*, t. III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 321).

<sup>306</sup> “A coisa julgada não se liga ontologicamente à noção de verdade. Não a representa, nem constitui ficção (ou presunção) legal de verdade. Trata-se, antes, de uma opção do legislador constitucional, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais e consequentemente das decisões judiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 680).

dialógico que, em alguns casos, poderá resultar num julgamento fundado em verossimilhança<sup>307</sup>.

Certo é, de todo modo, que essa verdade buscada no processo não é a verdade *real*. Afinal, a interpretação sobre os fatos carrega sempre uma carga emocional, política e social subjetiva, de acordo com o intérprete<sup>308-309</sup>. Ao fim e ao cabo, o que se verifica é que a atividade cognitiva do juiz não difere significativamente de outras atividades que dependem do conhecimento dos fatos<sup>310</sup>. Não se concorda, portanto, com a existência de uma *verdade objetiva*, que independa do sujeito cognoscente, de forma a aproximar a concepção de verdade no processo à ideia da *verdade como correspondência*.

---

<sup>307</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart destacam, com acerto, a diferença entre juízo formado em verossimilhança e estado de dúvida. O julgamento por verossimilhança implica a constatação de que o julgador se *contentou* com a verossimilhança demonstrada para formar sua convicção, o que ocorre quando se reduz as exigências da prova, para que se possibilite a tutela a determinados direitos. Já o estado de dúvida – que é o que, em última análise, fundamenta o julgamento fundado em ônus da prova –, representa uma impossibilidade de formação do convencimento judicial, impondo ao juiz que lance mão do subterfúgio do julgamento fundado em ônus objetivo, evitando, assim, o *non liquet*. É por isso que “estar convicto que a verossimilhança é o bastante não é o mesmo que estar em dúvida”. A conclusão não poderia ser outra senão a de que “o convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação material, pois o juiz somente pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento abre oportunidade para o convencimento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 195/196).

<sup>308</sup> “[...] o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma. Acreditar que o juiz possa analisar, objetivamente, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade” (Ibid., p. 39). Para Carlo Ginzburg, sob o viés da história, “the questions we ask of the past (or of a different culture) are — I would argue — inevitably born of the present, of our culture: they are either anachronistic, or ethnocentric, or both. The questions we address to the past are affected by our assumptions, our biases, our prejudices; they are inevitably impregnated with politics” (SILVA, Renan; GINZBURG, Carlo. *A conversation with Carlo Ginzburg*. In Revista de estudios sociales n. 60. Bogotá, abril-junio, p. 109).

<sup>309</sup> Da História do Direito, ciência com o potencial de dialogar profundamente com o processo civil no que se refere ao tema da prova, em razão da preocupação de ambos com o método de investigação histórico, extrai-se uma preocupação com a higidez das fontes históricas. Um dos historiadores mais atuais nessa crítica é Carlo Ginzburg, que pretende repensar o método histórico, defendendo, dentre outras coisas, que a construção da história seja realizada a partir do acesso às fontes, considerando as relações de força que muitas vezes as influenciam: “Ao avaliar as provas, os historiadores deveriam recordar que todo ponto de vista sobre a realidade, além de ser intrinsecamente seletivo e parcial, depende das relações de força que condicionam, por meio da possibilidade de acesso à documentação, à imagem total que uma sociedade deixa de si” (GINZBURG, Carlo. *Relações de força – história, retórica, prova*. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 43).

<sup>310</sup> Discorrendo acerca da subjetividade e conteúdo da posição do fato, a partir do problema da herança cultural do juiz, Giorgio Laserra afirma: “Se l'autore, indipendentemente dai dati fondanti, ha una certa cultura, l'attività sarà strutturata in un certo modo; ma non v'è modifica della struttura di quella cultura che non comporti modifiche della struttura di quella attività. Cio è ben evidente in storiografia, dove la stessa materia viene diversamente atteggiata, e dà luogo a storie diverse, secondo che la narri un selvaggio o un europeo colto, un anarchico o un conservatore, un protestante o un cattolico, se la narro io in questo momento o io stesso tra dieci anni sino a renderla del tutto indecifrabile nel caso di una tradizione addirittura completamente spezzata, come nel caso delle iscrizioni etrusche o di certi prodotti dei selvaggi di cui ancora si ignora persino di se trattasi di pitture o di scritture. Si paragoni la materia al fondo ineguale di un lago popolato di ineguali scogli e atolli, e il patrimonio culturale del valutatore all'acqua dello stesso lago, e si capirà come per ogni livello del pelo di quella acqua vi è una precisa puntuale quantità di scogli che restano incoperti e incompresi. Quindi bisogna non solo dire che il giudice sta nella causa non come un automa bensì come un organo attivo, ma bisogna aggiungere che nè la volontà sua nè quella del legislatore potrebbero veramente e integralmente ridurlo a un automa senza impedire la posizione del fatto” (LASERRA, Giorgio. *La Prova Civile*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1957, p. 63-64).

Se de um lado a verdade *real* é inalcançável, dando lugar à maior ou menor probabilidade quanto à ocorrência do fato<sup>311-312</sup>, de outro o Processo Civil não pode se contentar com uma *verdade meramente formal*, mais parecida com uma *meia verdade*, ou uma reconstrução incompleta dos fatos da causa.

O sistema compatibiliza essas realidades aparentemente contrapostas por meio de incentivos às partes para a produção da prova, e a previsão de poderes instrutórios voltados à demonstração de algum nível de verdade no processo civil. Muitas vezes essa busca se contentará com um juízo fundado em verossimilhança, e a tutela adequada ao direito dependerá justamente da formação da convicção a partir de um juízo menos *exigente* de verdade. Não por outra razão, a solução do conflito muitas vezes se satisfaz pela prova indireta, ou seja, por indícios ou por presunções. O mesmo ocorre com as regras do ônus da prova e a consequente possibilidade de sua modificação ou a redução das exigências da prova<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 42; DIDIER JR. et al. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 57; TALAMINI Eduardo. *A prova emprestada no processo civil ou penal*. In Revista de Informação Legislativa n. 140, out/dez 1998, p. 157. Em sentido contrário: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil – do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 102 e 104.

<sup>312</sup> “[...] the propositions which are material to legal controversy can never be proved to be true or false but only to be probable to some degree and since issues of fact are resolved by the calculation of the relative probabilities of the contradictory propositions of which they are composed [...]” (MICHAEL, Jerome. *Elements of Legal Controversy*. Brooklyn: The Foundation Press, 1948, p. 6).

<sup>313</sup> A teoria, desenvolvida por Gerhard Walter, defende a impossibilidade de se estabelecer um único “módulo da prova”, um modelo unitário de verdade, para todas as situações concretas. Afirma que em algumas situações a verossimilhança será suficiente em razão da natureza da situação objeto de análise, que dificulta ou impede a produção da prova, sendo necessário, neste caso, reduzir-se o módulo da prova. É o caso das lesões pré-natais, em que a causalidade deve ser pensada “na perspectiva da possibilidade de seu pleno esclarecimento”, de modo que “quando essa possibilidade não é plena, não há como exigir uma ‘convicção de certeza’, bastando a ‘verossimilhança’. Do contrário, não haveria como dar tutela jurisdicional ao direito material, negando-se, no caso, a própria peculiaridade das lesões pré-natais” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Prova...* op. cit., p. 251). O Tribunal de Justiça do Amazonas já aplicou referida técnica em recurso de apelação no qual se discutia a existência de união estável para fins de benefício do INSS. A conclusão acerca da configuração da união estável embasou-se no “módulo de prova, o qual pode ser ‘reduzido’ em virtude de características peculiares do direito material em litígio ou da dificuldade de prova no caso concreto; ademais, caso o estado de dúvida do juiz não possa ser resolvido com tal técnica – e nem seja adequada a ‘inversão do ônus da prova’ – a solução para tal dilema será com a utilização da regra do ônus da prova”. Citando Gerhard Walter, afirmou o relator em seu voto que “a criação destes métodos é fruto do entendimento de que o ‘módulo da prova’ é variável conforme as peculiaridades do caso trazido à apreciação judicial”, sendo que “o caso em análise figura como de peculiar dificuldade probatória, tanto para o Demandante (ora Apelante) como para a Demandada (ora Apelada), dado que o ônus da prova que se atribuiria ao autor, segundo a regra tradicional do CPC, art. 333 (de provar a inexistência de um relacionamento perene paralelo - revestido dos moldes de uma união estável - ao casamento em que investido, ao menos formalmente, a Apelante), poderia vir a assumir as feições da chamada ‘prova impossível’. De outro lado, à defesa é atribuído um ônus probatório bastante peculiar, assumindo a demanda os contornos de uma verdadeira ‘ação dúplice’. Todavia, consciente de que o magistrado dirige-se à construção de uma ‘convicção da verdade’ com certo distanciamento da ‘verdade real’, dada a existência das limitações da própria possibilidade de buscar a verdade, compreendo que tal obstáculo epistemológico não pode inviabilizar o principal escopo da jurisdição, que é a pacificação social segundo a eliminação de conflitos” (TJAM; Apelação n. ° 0368784-24.2007.8.04.0001; 1ª Câmara Cível; Rel. Des. Flávio Humberto Pascarelli Lopes; j. 29.06.2014; DJ 05.12.2014). A teoria também já foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em caso relacionado a furto de veículo em estacionamento pago, entendendo-se que diante da “dificuldade de se produzir prova cabal da forma que ocorreu

Não há no processo civil, portanto, ao menos como regra, uma satisfação com um juízo imperfeito ou incompleto sobre os fatos da causa<sup>314</sup>. Ao menos, não parece ser esta a vontade do legislador, conclusão que se extrai de uma análise sistemática do Código de Processo Civil<sup>315</sup>.

A motivação dará às partes o substrato necessário ao controle dessa decisão<sup>316</sup>. Se a formação da convicção ocorre à luz das peculiaridades do caso concreto e do direito material em discussão, é na motivação que o julgador estabelecerá as premissas que embasaram esse convencimento e possibilitará seu controle racional<sup>317</sup>.

Prova e verdade, portanto, embora não sejam conceitos excludentes<sup>318</sup>, não apresentam uma relação de dependência. A finalidade da prova não é outra senão contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, o que não depende de um juízo absoluto de verdade como resultado da prova, mas sim de um determinado grau de convencimento acerca dos fatos no processo.

---

o furto do veículo, tendo em vista que as provas restaram prejudicadas com o delito, há a possibilidade da aplicação da redução do módulo da prova, julgamento fundado na verossimilhança” (TJPR; Apelação Cível n. 416157-9; 9ª Câmara Cível; Rel. Des. Tufi Maron Filho; j. 04.10.2007; DJ 26.10.2007). No mesmo sentido: “tendo em vista a teoria da redução do módulo da prova, desnecessário que a parte autora disponha de prova presencial do furto ocorrido no interior do estabelecimento do réu, bastando que sua alegação se revista de verossimilhança. Assim, tendo a autora demonstrado que esteve nas dependências do estabelecimento, através da nota fiscal de compra, tendo reclamado do furto prontamente aos funcionários da ré e registrado boletim de ocorrência, elementos que foram corroborados por prova documental do furto (recuperação do veículo incendiado), desincumbiu-se do encargo que estava ao seu alcance” (Recurso Cível nº 71007277635, 3ª Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul; Rel. Fabio Vieira Heerdt; j. 28/06/2018; DJ 05.07.2018). O mesmo órgão julgador também já decidiu que “Não obstante a súmula 130 do STJ tenha consagrado a redução do módulo da prova, quando o ônus probatório a cargo do consumidor é restringido, ainda sim é necessário provar algo, a fim de conferir verossimilhança às alegações sustentadas em Juízo. Aliás, só operam os efeitos da súmula quando houver verossimilhança decorrente de prova mínima. 6. Ausente a prova, não há demonstração denexo causal e afasta-se, pois, o dever indenitário” (Recurso Cível nº. 71007269442, Terceira Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul; Rel. Fabio Vieira Heerdt, j. 28/06/2018; DJ 05.07.2018).

<sup>314</sup> “Realmente, seria difícil legitimar as decisões judiciais caso não tivessem como pressuposto a reconstrução dos fatos sobre os quais incidem. Afinal, como fazer o cidadão crer na legitimidade das decisões se essas não declarassem que a hipótese, sobre a qual a norma incide, configurou-se na realidade?” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 33).

<sup>315</sup> Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini relacionam essa ideia com a concepção e o escopo do processo. Para os autores, “a averiguação dos fatos da causa, a reconstrução histórica de tais fatos, não é, em si mesma, o objetivo final do processo. Escopo do processo é, repita-se, solucionar conflitos, prestando-se tutela jurisdicional a quem tem razão, mediante a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico. E a verificação dos fatos ocorridos é apenas um importante passo, uma etapa, para a consecução desse objetivo” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado...* v. 2, op. cit., p. 226).

<sup>316</sup> Satisfazendo-se, como afirma Moacyr Amaral Santos, o requisito da “sociabilidade da convicção, o que corresponde ao máximo de garantia da excelência da verdade declarada na sentença”, submetendo-se a “apreciação judicial à crítica a sociedade” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. v. I. São Paulo: Max Limonad, [ano], p. 357).

<sup>317</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 241.

<sup>318</sup> “Nossa impotência para captar a verdade toda não desmerece a busca da parte da verdade que está ao nosso alcance, da mesma sorte que nossa impossibilidade de vencer por inteiro a escuridão da noite não torna menos importante o ato de acender uma lâmpada para iluminar o texto que desejamos ler” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In Revista de Processo, v. 30, n. 122, abr. 2005, p. 17, nota n. 11).

De outro lado, não pode o sistema se conformar com a existência de duas ou até mais *verdades* sobre um mesmo fato. É por isso que, sempre que possível, alguns instrumentos previstos no Código de Processo Civil devem ser utilizados de forma a viabilizar a produção de uma única prova sobre fatos que se repetem em inúmeros processos. O ponto também leva à percepção de que a solução sobre a questão de fato fundada na prova deve produzir algum grau de estabilidade, inclusive para processos futuros. A questão assume relevância ainda maior quando se lembra que, ao menos a princípio, a valoração da prova e a solução acerca das questões de fato não se tornará imutável pela coisa julgada material, o que viabilizaria a existência de diferentes concepções acerca de um mesmo fato, ainda que sirvam de base à mesma pretensão.

### **2.1.3. Objeto. A prova na perspectiva de sua admissibilidade**

Tudo o que se afirmou no item anterior tem relação com o fato de que o *thema probandum* será, em qualquer processo, composto pelos fatos afirmados pelas partes. É, portanto, na afirmação sobre os fatos, que deve residir toda a atividade probatória dos sujeitos processuais. Mais do que isso: é sobre as questões fáticas (ou seja, os pontos controvertidos de fato) que essa atuação se desenvolverá. A diferenciação é relevantíssima para as propostas que serão feitas neste trabalho, já que fundadas na possibilidade de produção coletiva da prova de *questões comuns de fato*<sup>319</sup>.

Por ora, é importante lembrar que a prova incidirá sobre a afirmação de fatos que sejam determinados, controversos e relevantes, não dependendo de prova os fatos notórios<sup>320</sup>, aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontrovertidos, e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374 do CPC). A relevância pode ser vista sob dois aspectos: a jurídica, na medida em que apenas os fatos que interessam à solução dos pontos controvertidos necessários à prestação da tutela jurisdicional deverão ser objeto de investigação; e a lógica, ou seja, importa também o acerto daqueles fatos que, embora não tenham relação direta com a pretensão formulada,

---

<sup>319</sup> A caracterização de uma questão como puramente de fato e sua diferenciação das questões de direito será analisada mais adiante, no capítulo 02.

<sup>320</sup> “Sono notori i fatti che appartengono alla cultura dell’uomo médio nel luogo e nel momento in cui da decisione viene resa. Si tratta quindi di fatti generalmente noti, ed anche di fatti che non sono immediatamente noti alla generalità dei consociati ma che possono essere agevolmente conosciuti da chiunque con i normali strumenti di informazione. Sono fatti notori circostanze storiche, dati geografici, eventi importanti della vita sociale, econômica e politica (guerre, alluvioni, elezioni, svalutazione monetaria ecc)” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione...* op. cit., p. 460).

são importantes para a investigação acerca da ocorrência ou inoocorrência de um fato principal<sup>321</sup>.

Não poderão ser objeto de prova fatos não alegados pelas partes. Embora o julgador possa dar aos fatos narrados diversa qualificação jurídica, em atenção às regras da *mihi factum, dabo tibi jus* e da *iura novit curia*<sup>322</sup>, desde que respeitado o contraditório, certo é que não será admitida a consideração de fatos que não integrem a causa de pedir<sup>323</sup>. A constatação de que a qualificação jurídica que se pretende dar ao fato depende da apreciação de outro fato não alegado e provado é justamente o limite entre a aplicação do *iura novit curia* e a possível ofensa ao princípio da correlação ou congruência<sup>324</sup>. Afinal, a norma jurídica já prevê a hipótese fática de sua incidência. Os elementos que integram essa hipótese fática serão, justamente, o objeto da prova. Significa que qualquer qualificação jurídica realizada sobre os fatos (ainda que diversa daquela indicada pelas partes) deverá incidir sobre os fatos que integram a hipótese fática da norma, que foram, justamente, aqueles alegados e (possivelmente) provados pelas partes. É justamente por isso que, muito embora o núcleo da causa de pedir esteja nos fatos, a fundamentação jurídica também integra esse elemento essencial da demanda<sup>325</sup>, em atenção à

<sup>321</sup> Ibid., p. 459.

<sup>322</sup> “1. A dicção *iura novit curia* não significa que a obrigação das partes enunciarem seus argumentos e o ônus material da prova estão sempre excluídos, no que diz respeito às normas jurídicas aplicáveis, tendo em vista um litígio. 2. A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito: desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes. 3. A dicção *iura novit curia* não significa que pertence, ao Tribunal, o direito de fazer abstração da lei, em função de referência feita aos princípios da equidade, menos apropriados à solução do litígio” (Fritz Baur. *Da importância da dicção iura novit curia*, Revista de Processo n. 3, 1976, p. 177).

<sup>323</sup> Analisando o argumento de que poderia o juiz considerar as exceções, ou seja, os fatos que negam ou restringem o direito (como o pagamento por exemplo), Mirjan Damaska considera que ele supõe um sistema judicial que busque a precisão fundada nos fatos como objetivo independente da resolução de conflitos entre os membros da sociedade. Assim, “the autonomy of the parties in managing the lawsuit should not be interfered with, nor should the tactical interests of the litigants, as they perceive them, be second-guessed, even this autonomy results in substantial distortion of what the adjudicator takes to be proper factual determinations”. (DAMASKA, Mirjan. *The faces of Justice...* op. cit., p. 112). Para alguns, a exceção está: a) nos fatos notórios, que, justamente em razão da especial característica da notoriedade, podem ser considerados independentemente de alegação das partes. Nesse sentido, entendendo que o fato notório “so impugno ala conoscenza del giudice”, COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Ferri e TARUFFO, Michele. *Lezioni...* op. cit., p. 511). Em sentido contrário, defendendo a necessidade de alegação do fato notório: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 137; e também com relação aos fatos indiciários, “[...] porque se destina a demonstrar que a afirmação de fato (direto) é verdadeira” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 118).

<sup>324</sup> Sob a perspectiva da valoração da prova, mais especificamente quanto ao livre convencimento, Sergi Guasch Fernández destaca: “Aunque se admita que siempre es posible el error, hay que reducir al máximo esa posibilidad máxime quando en la apreciación probatoria radica, con más claridad, la justicia o no de una decisión por no relacionarse adecuadamente la afirmación de hecho probada y el supuesto de hecho de la norma jurídica (FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998, p. 275).

<sup>325</sup> Ressalve-se, neste ponto, o entendimento de Barbosa Moreira: “Constitui-se a *causa petendi* o fato ou o conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado [...] Não integram a causa petendi: a) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão [...] b) a norma jurídica aplicável à espécie” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15/16). Em obra clássica voltada ao estudo da reconvenção por conexão de causas, o autor, com

regra da substanciação<sup>326</sup>. É ela que define, na perspectiva da causa de pedir e ao lado dos fatos expressamente alegados, os limites da decisão, em atenção à congruência.

Não é demais ressaltar que também as questões fáticas e de direito deverão ser delimitadas no saneamento (art. 357, II, do CPC), possibilitando uma adequada condução da atividade probatória. Não se vislumbra a impossibilidade de se determinar a produção posterior de prova sobre fato eventualmente deixado de fora dessa delimitação, desde que, é claro, seja respeitado o contraditório. Não se pode perder de vista, apenas, a possibilidade de alegação pela parte de fato superveniente (art. 343, I, do CPC), não estabelecendo o Código limite para essa dedução, caso em que a fase instrutória deverá ser reaberta, com o desenvolvimento da atividade probatória necessária à comprovação desse fato<sup>327</sup>.

Em geral, a atividade probatória incidirá sobre o fato principal alegado pela parte. Chama-se de *prova direta* aquela que incide diretamente sobre o fato objeto da cognição. Por ser um elemento de prova que integra os fundamentos da causa, esse fato também pode ser considerado *direto*. Há, porém, *fatos indiretos*<sup>328</sup> – ou seja, não diretamente ligados ao objeto

---

a didática que era uma de suas principais características, explica: “[...] todo efeito jurídico resulta da incidência de uma norma sobre determinado fato ou conjunto de fatos. A norma não precisa ser indicada pelo autor: *iura novit curia*. O que lhe cabe apresentar ao juiz é o fato, ou o conjunto de fatos, a que atribui aptidão para surtir o efeito afirmado, ou para justificar a produção do efeito por meio da sentença. Se nesse esquema, que é constante, há lugar para algo a que se chame causa petendi, será ela necessariamente o fato ou o conjunto de fatos invocado pelo autor. Tal, ao nosso ver, o único conceito cientificamente viável e praticamente útil de causa de pedir” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 109). Como já tivemos a oportunidade de afirmar, consideramos que a qualificação jurídica integra a causa de pedir, na medida em que auxilia no estabelecimento dos limites da decisão judicial, os quais, ainda que haja qualificação jurídica diversa, deverão observar os fatos expressamente alegados pelas partes. A qualificação jurídica poderá ser outra desde que os fatos alegados sejam suficientes a isso. O que Barbosa Moreira chama, na citação acima, de “efeito afirmado” do fato é, justamente, sua qualificação jurídica.

<sup>326</sup> “Adotou o nosso CPC a chamada teoria da substancialização da causa de pedir, que impõe ao demandante o ônus de indicar, na petição inicial, qual o fato jurídico e qual a relação jurídica dela decorrente que dão suporte ao seu pedido. Não basta a indicação da relação jurídica, efeito do fato jurídico, sem que se indique qual o fato jurídico que lhe deu causa – que é o que prega a teoria da individualização” (DIDIER, Fredie. *Curso...* v. 1, p. 639). De forma diversa, “pela teoria da individuação, a causa de pedir seria constituída pela relação jurídica afirmada pelo autor, de tal sorte que a mudança nos fatos constitutivos operada no curso do processo não implicaria alteração da demanda. Já, pela teoria da substanciação, a causa de pedir seria constituída pelo fato ou complexo de fatos aptos a suportar, a dar causa, à pretensão do autor; de tal sorte que qualquer alteração destes fatos no curso da demanda importaria mudança da ação” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Conteúdo da causa de pedir*. In Revista dos Tribunais, 564/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 48).

<sup>327</sup> Inclui-se aqui tanto o fato efetivamente novo, ou seja, ocorrido após a propositura da demanda ou apresentação da contestação, como também o fato velho de descoberta nova. A prova, neste caso, será previamente voltada à demonstração de que o fato se enquadra nessa categoria e que, por isso, não terá sua alegação vedada pelo princípio da eventualidade ou concentração. Lembre-se, ainda, da previsão do art. 1014 do CPC: “As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

<sup>328</sup> Joan Picó i Junoy alerta para o equívoco na separação absoluta entre o que se convencionou chamar de prova direta e prova indireta: “En el fondo solo son dos métodos de prueba interdependientes, pues (a) los indicios se derivan de los resultados alcanzados con las pruebas “directas”, esto es, los documentos, las declaraciones de testigos, etc., y (b) los resultados probatorios los valora el juez en función de sus propios juicios deductivos e inductivos, por lo que no es del todo correcta la distinción entre prueba directa e indirecta” (PICÓ I JUNOY, Joan.

da cognição – que, não obstante, podem ser relevantes para a solução do conflito. Esses fatos caracterizam os *indícios*, ou seja, fatos indiretos ou secundários (ou indiciários) que viabilizam um juízo sobre a existência de outro fato, este sim relevante para a causa. Esse juízo realizado a partir desse fato indireto é a *presunção*<sup>329</sup>.

Os indícios e as presunções não são meios de prova. Os meios de prova são os instrumentos de que se valem os sujeitos processuais para a obtenção dos elementos de prova. Tem-se aí a prova testemunhal, a prova pericial e todos os demais meios previstos ou não expressamente no Código. Meio de prova<sup>330</sup>, portanto, é técnica necessária ao esclarecimento do fato alegado e apto a possibilitar a realização do raciocínio lógico necessário à constatação da sua ocorrência ou não.

Não é o que ocorre com os indícios e as presunções.

Os indícios são fatos (daí serem chamados também de *fatos indiciários*), caracterizando não um meio (=técnica), mas um elemento de prova. São o que, na common law, denomina-se *circumstantial evidence*<sup>331</sup>. A presunção, por sua vez, não é meio ou elemento de prova, mas o raciocínio lógico empregado pelo julgador a partir do fato indiciário. Direto ou indireto, portanto, é o elemento da prova<sup>332</sup>, e não o meio de prova, que só poderá ser um dos meios tipificados no Código (prova pericial, testemunhal etc.) ou uma prova atípica<sup>333</sup>.

---

*Los indicios en la prueba de la simulación contractual.* In InDret – Revista para el Análisis del Derecho, v. 3, 2017, p. 9. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3032010> Acesso 10.07.2018).

<sup>329</sup> Para uma diferenciação entre raciocínio presuntivo e presunção, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 123.

<sup>330</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho considera os meios de prova como “canais de informação de que se serve o juiz” e elenca também o que denomina de “meios de pesquisa ou de investigação da prova”, caracterizados como “certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais. São, em geral, acompanhados do elemento surpresa, a fim de viabilizar a obtenção da prova, diferentemente dos meios de prova, em que é indispensável a observância do contraditório, tanto no que se refere ao conhecimento de sua utilização, quanto à participação das partes” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia...* op. cit., p. 308-309). Na categoria dos *meios de pesquisa ou de investigação da prova* parece ser possível enquadrar, por exemplo, a produção antecipada de provas (arts. 381 a 383 do CPC) ou a exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404 do CPC).

<sup>331</sup> “Circumstantial evidence is evidence from which the fact-finder can infer whether the facts in dispute existed or did not exist. Circumstantial evidence thus includes all forensic evidence, such as blood or fingerprints, as well as non-forensic evidence that does not by itself prove the defendant’s guilt” (HELLER, Kevin Jon. *The cognitive psychology of circumstantial evidence.* In Michigan Law Review, v. 105, 2006, p. 250-251. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=891695> Acesso 10.07.2018).

<sup>332</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia...* op. cit., p. 310; TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova de estados subjetivos no processo civil – presunções judiciais e regras de experiência.* Lisboa: Almedina, 2016, p. 125-126.

<sup>333</sup> Ao tornar admissíveis todos os meios de prova moralmente legítimos, o Código de Processo Civil autorizou o uso dos meios típicos de prova, abrindo amplo espaço também à atipicidade dos meios de prova desde que, é claro, não haja nenhuma ilicitude que possa contaminar a prova. “O conceito de prova atípica pode ser atingido por oposição ao de prova típica. Assim, prova atípica consiste na possibilidade de se acessar fontes de informações por modos diferentes dos previamente estabelecidos em lei. A atipicidade pode derivar tanto da inexistência da previsão normativa do meio de prova quanto da inexistência de previsão legal do procedimento tendente à realização da prova. Tal atipicidade é aferida no âmbito do processo civil” (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 70). Podem ser

Qualquer meio de prova poderá ser utilizado para demonstrar que um fato indiciário ocorreu, possibilitando ao juiz que formule o correspondente raciocínio lógico (presunção) para aferir a ocorrência do fato principal.

Em muitas situações, o indício pode ser utilizado como forte elemento de prova<sup>334</sup>, complementando o material probatório ou contribuindo para sua adequada valoração, do que decorre sua importância para a formação do convencimento judicial, em especial quando se está diante de fatos que não podem ser objeto de prova<sup>335</sup>. Muitas vezes, essa impossibilidade decorre da sua caracterização como fato negativo. Excetuados os casos de indefinição do fato<sup>336</sup>, a prova de um fato negativo será possível justamente por meio do uso de indícios e presunções. Prova-se um fato secundário para, com isso, possibilitar-se a verificação do fato principal.

Os indícios e as presunções, portanto, caracterizam importante instrumento para a formação do convencimento acerca dos fatos da causa, muitas vezes compondo os únicos

---

consideradas atípicas as constatações realizadas por oficial de justiça, declarações extrajudiciais, perícias extrajudiciais, prova estatística e por amostragem, reconstituição simulada dos fatos, a conduta processual das partes (Ibid., p. 88 a 100 *passim*).

<sup>334</sup> Em trabalho no qual analisa empiricamente as razões psicológicas da desconfiança quanto aos indícios e os falsos vereditos, Kevin Jon Heller afirma que pesquisas empíricas indicam que os jurados subestimam rotineiramente as *circumstantial evidencias* (DNA, impressões digitais e similares) e supervalorizam algumas provas diretas (identificações e confissões de testemunhas oculares), embora as estatísticas de falsa convicção indiquem que as primeiras são normalmente mais fortes e mais confiáveis do que as segundas (HELLER, Kevin Jon. *The cognitive psychology of circumstantial evidence*, op. cit., p. 241 e 252). Comentando a tradicional afirmação sobre a prova direta ser mais forte do que a prova indireta, Juan Picó i Junoy afirma tratar-se de um equívoco, pois “ambos métodos de prueba deben ser igualmente utilizados a efectos de dar por acreditados judicialmente los hechos litigiosos. Dependiendo del concreto hecho - y su naturaleza más o menos subjetiva o su carácter más o menos complejo” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Los indicios en la prueba de la simulación contractual*, op. cit., p. 9). Afirma, assim, que não há diferença entre a força probante da “prova direta” e da “prova indireta”, e que a força probatória da prova indiciária varia em função da qualidade e da quantidade dos indícios sobre a qual se sustenta (Ibid., p. 11). Assim já considerava Carnelutti, “la differenza tra prova diretta e prova indiretta non è dunque una differenza di funzione, ma una differenza di struttura. È una differenza di struttura, la quale consiste in ciò che il processo probatorio indiretto è complesso, in confronto del processo diretto che è semplice; consta di più elementi, in confronto di un solo, ma la base è sempre quella: la percezione di un fatto da parte del giudice. Questo dimostra la sostanziale unità dei due procedimenti e la necessità di non escludere la percezione dal campo della prova; se la si esclude bisogna finir per distruggere il concetto stesso della prova indiretta, che non può esistere senza percezione del fatto intermedio, dal quale il giudice deduce il fatto da provare” (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, seconda edizione. Roma: Edizione Dell’Ateneo, 1947, p. 69-70).

<sup>335</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 242.

<sup>336</sup> Fato negativo indefinido, segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, é “aquele que demonstra uma universalidade de inoocorrência”. Este fato é de impossível comprovação, não pela sua negatividade, mas sim por conta de sua indefinição (Ibid., p. 245).

elementos possíveis para se concluir acerca de sua ocorrência<sup>337</sup>. Afinal, “se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifra-la”<sup>338</sup>.

O julgamento fundado em indícios poderá resultar na redução das exigências da prova<sup>339</sup>, o que invariavelmente dependerá de fundamentação adequada a viabilizar o controle do raciocínio desenvolvido<sup>340</sup>. A jurisprudência tem admitido o julgamento fundado em indícios, embora com certa cautela quanto à sua incidência em determinados casos<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> O tema tem sido uma recente preocupação também na História do Direito, ciência que se preocupa igualmente com métodos investigativos e a busca de uma verdade quanto aos eventos históricos. “As características mais visíveis da informação histórica (entendida no sentido restrito e usual do termo) foram muitas vezes descritas. O historiador, por definição, está na impossibilidade de ele próprio constatar os fatos que estuda. Nenhum egiptólogo viu Ramsés; nenhum especialista das guerras napoleônicas ouviu o canhão de Austerlitz. Das eras que nos precederam, só poderíamos (portanto) falar segundo testemunhas. Estamos, a esse respeito, na situação do investigador que se esforça para reconstruir um crime ao qual não assistiu; do físico que, retido no quarto pela gripe, só conhecesse os resultados de suas experiências graças aos relatórios de um funcionário de laboratório. Em suma, em contraste com o conhecimento do presente, o do passado seria necessariamente ‘indireto’ (BLOCH, Marc. *Apologia da história – ou o ofício do historiador*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 69). Um dos historiadores que mais tem se preocupado com a questão atualmente é Carlo Ginzburg, que desenvolve a ideia do paradigma indiciário e de sua necessária valorização para o esclarecimento dos eventos históricos. Ginzburg explica o paradigma indiciário a partir do método morelliano, adotado pelos historiadores de arte para atribuir quadros a seus respectivos autores, distinguindo-se os originais das cópias. Para tanto, deve-se deixar de lado as características mais vistosas e portanto mais facilmente imitáveis das obras, como os olhos erguidos para o céu dos personagens de Perugino ou os sorrisos dos de Leonardo. A atenção deve estar “nos pormenores mais negligenciáveis, menos influenciados pelas características da escola a que o pintor pertencia”, como lóbulos das orelhas, as formas dos pés e das mãos etc. (GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário*. In *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 144).

<sup>338</sup> GINZBURG, Carlo. *Sinais...* op. cit., p. 177.

<sup>339</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 158.

<sup>340</sup> Egas Dirceu Moniz de Aragão destaca que neste caso a fundamentação tem dupla importância, não só por exigência legal, mas por demonstrar “que os indícios autorizam efetivamente o convencimento a que o julgador chegou”. E complementa: “a eles se aplica o conselho encampado pelo legislador francês em relação às presunções hominis: não podem ser admitidos senão quando graves, precisos e concordantes (Cód. Civil, art. 1353). A não ser tomada essa elementar cautela, o emprego da prova indiciária constituirá perigo seríssimo, pois dará margem a abusos de difícil reparação; entronizará os julgamentos por mera suspeita, fundados em mexerico, diz-que-diz” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Exegese...* op. cit., p. 74). Para Antonio Magalhães Gomes Filho, o indício é “elemento de menor valor persuasivo”, que não autoriza “uma inferência segura sobre o fato a ser demonstrado”, (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia...* op. cit., p. 311).

<sup>341</sup> O Superior Tribunal de Justiça já considerou suficiente a existência de indícios para a constatação acerca da ocorrência de sucessão empresarial para fins de incidência do art. 133 do Código Tributário Nacional (STJ; AgInt no REsp 1709793/PR; 2ª T. Rel. Min. Francisco Falcão; j. 15.05.2018; DJ 21.05.2018). Também já utilizou o embasamento em fatos indiciários para justificar a realização de novo exame de DNA, considerando a existência, nos autos, de vários indícios – como “flagrante erro do laudo quanto ao material genético coletado (mencionou sangue, ao invés de saliva); fortes indícios de acordo entre as partes para que a genitora ‘desistisse’ de reconhecer a paternidade; evidências, por meio da prova documental, de indícios de paternidade (prova do relacionamento e semelhanças físicas entre o autor e o investigado); existência de ação de indenização, em trâmite, contra o mesmo laboratório, fundada em ‘erro’ no laudo” – de que o resultado negativo do primeiro exame estivesse equivocado (STJ; EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1629844/MT; 4ª T. Rel. Min. Lázaro Guimarães; j. 15.05.2018; DJ 25.05.2018). De outro lado, já se inadmitiu o uso de indícios (“encerramento irregular da sociedade aliada à falta de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo”) “para a desconsideração da personalidade jurídica, porquanto se trata de medida excepcional e está subordinada à efetiva comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial” (STJ; AgInt no AREsp 1115877/SP; 3ª T.; Rel. Min. Moura Ribeiro; j. 05.06.2018; DJ 15.06.2018).

O mesmo não se diz com relação ao que o Código de Processo Civil italiano, no art. 116, §2º<sup>342</sup>, chama de “argumento de prova”, modalidade na qual se pode enquadrar a conduta processual das partes<sup>343</sup>. Algumas dessas condutas, é certo, foram elegíveis pelo legislador processual como suficientes à caracterização de um indício e, via de consequência, a justificar um juízo de presunção sobre a ocorrência de determinado fato. É o que ocorre, por exemplo, com muitas das presunções legais. Dentre elas, pode-se citar a presunção de que a parte é pobre na acepção jurídica do termo, prevista na Lei da Assistência Judiciária Gratuita (Lei 1060/50), ou a já mencionada presunção de paternidade, quando o suposto pai se recusa a coletar o material para o exame de DNA<sup>344</sup>, prevista na Lei 8.560/1992, alterada pela Lei 12.004/2009. É o que ocorre também com a previsão do art. 386 do CPC e a aplicação da pena de confesso à parte que deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas<sup>345</sup>.

Não se trata, porém, de premissa generalizável. Significa dizer que não se pode admitir a configuração indiscriminada de qualquer conduta processual das partes como equiparável ao

---

<sup>342</sup> “Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.

<sup>343</sup> “O comportamento das partes, revelado através dos atos que praticam e das atividades que omitem no curso do processo, é fato jurídico que pode apresentar relevância probatória” (RIGHI, Ivan. *Eficácia probatória do comportamento das partes*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 20, 1981, p. 2-3). Em outro trabalho, que tem por objeto uma análise mais ampla sobre os poderes do juiz, o autor confirma a tese de que “o Juiz pode extrair eficácia probatória do comportamento processual das partes. O comportamento processual das partes pode servir de indício, e conjugado a uma regra de experiência, baseada naquilo que de ordinário acontece, leva a uma presunção sobre os fatos da causa”, o que se extrai da aplicação da regra geral que prevê os poderes instrutórios amplos do juiz. Apresenta alguns exemplos: “suponha-se que determinado litigante inutilize um documento juntado pela parte contrária aos autos do processo; ele comete com isso crime de supressão de documento, previsto pelo art. 356 do Cód. Penal. Mas esse seu proceder é indiciário de que dito documento lhe era prejudicial; fazia prova em benefício da parte contrária; o Juiz pode extrair essa consequência probatória do comportamento da parte. Ele sai de um indício, fato secundário provado, supressão do documento, conjuga o indício a uma regra de experiência, baseada naquilo de que ordinário ocorre, quem inutiliza o documento o faz normalmente, porque esse documento lhe é prejudicial, produz prova em benefício do adversário, logo, é a presunção que o Juiz pode extrair no caso dos autos, o documento que é inutilizado fazia boa prova em benefício da parte contrária a respeito do fato ‘A’ ou a respeito do fato ‘B’. Igual consequência do comportamento da parte, se pode extrair por exemplo da recusa de alguém em submeter-se a inspeção judicial, em submeter-se a exame de sangue para compatibilidade sanguínea em matéria de filiação” (RIGHI, Ivan. *Os Poderes do Juiz*. In Jurisprudência Brasileira n. 169, 1993, p. 42).

<sup>344</sup> Entende o STJ que nestes casos há a necessidade “de se apurar indícios mínimos de um relacionamento amoroso, para que se possa declarar a paternidade por presunção” (AgInt no REsp 1561249/MG; 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; j. 15.05.2018; DJ 18.05.2018). No caso, os fatos indiciários nos quais se embasou o juízo para aferir a paternidade foram “o incontestado relacionamento ‘social’ entre o investigado e a genitora do investigante, a iniciativa da genitora de acionar a promotoria de justiça desde o longínquo ano de 1997, somado à recusa insistente do investigado em colaborar com a elucidação dos fatos”, sem que houvesse a produção de prova em sentido contrário pelo réu.

<sup>345</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Prova...* op. cit., p. 99. Comentando a previsão do direito italiano, Egas Moniz de Aragão admite a possibilidade de o juiz extrair “argumentos de prova” da conduta processual das partes, “e disso deduzir consequências, elementos de convicção no que tange a valorar a prova, para formar seu convencimento”. Como ocorre com a valoração das provas em geral, deverá “justificar fundamentadamente seu raciocínio, visto como o comportamento da parte terá força de presunção hominis, e como tal deverá ser prudentemente (vocabulo empregado na primeira parte da lei italiana) valorado” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Exegese...* op. cit., p. 75-76).

indício<sup>346</sup>. Como o objeto da valoração realizada pelo juiz é o conjunto dos elementos de prova, esses argumentos podem caracterizar um reforço à formação da convicção judicial, mas nem sempre poderão ser considerados de forma isolada na justificação da decisão<sup>347</sup>. Além disso, apenas aquelas condutas que de fato possibilitem um reforço argumentativo racional poderão ser consideradas<sup>348</sup>. Além disso, e como já se disse anteriormente, a conduta processual das partes pode ser relevante para processos futuros, em atenção à vedação ao comportamento contraditório.

Ainda assim, esse argumento somente poderá ser levado em conta quando analisado com os demais elementos de prova<sup>349</sup>, formando o conjunto probatório que será valorado pelo julgador. Sequer a pena de confesso prevista no art. 386 do CPC pode ser aplicada isoladamente, devendo o juiz, segundo prevê o próprio dispositivo, apreciar “as demais circunstâncias e os elementos de prova”.

A princípio, todos os fatos (ou melhor, a afirmação sobre os fatos) controversos, determinados e relevantes serão objeto da atividade probatória. O conjunto dos elementos de prova poderá sofrer limitação pelas próprias partes, por meio de negócio jurídico processual (art. 357, §2º, do CPC).

---

<sup>346</sup> Para Eduardo Cambi, as seguintes condutas podem ser consideradas pelo juiz no momento da valoração da prova: “i) a negativa de exibir documentos ou coisas; ii) a informação de endereços falsos para evitar intimações; iii) o desconhecimento malicioso de uma assinatura em um documento; iv) a dedução de nulidades e incidentes infundados; v) a ausência voluntária de depósito das custas processuais/antecipação dos honorários do perito; vi) a falta de colaboração maliciosa ou infundada com os peritos; vii) a obstrução injustificada na produção de uma prova; viii) a resistência injustificada de reconhecimento de pessoa ou de coisa; ix) as respostas dadas pelas partes ao serem interrogadas ou ao prestarem informações ou quando são demandas pela parte contrária; x) o não comparecimento aos atos processuais; xi) a obstrução ao curso regular do processo; xii) a formulação de impugnações manifestamente improcedentes” (CAMBI, Eduardo. *Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e teoria narrativista do Direito*. In Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em:

[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html) Acesso 03.11.2017).

<sup>347</sup> “Claro que nem sempre se vai julgar a causa somente com base nesses elementos de prova, extraídos do comportamento das partes; mas esses elementos podem ser úteis também para que o Juiz se decida pelo depoimento desta ou daquela testemunha, porque o comportamento da parte no processo é elemento probatório, e também elemento que auxilia o Juiz na avaliação de outras provas” (RIGHI, Ivan. *Os Poderes do Juiz*, op. cit., p. 42).

<sup>348</sup> “Interessa, isto sim, o comportamento processual que permite ilações racionais, de conteúdo probatório, úteis para a decisão da lide. Vale dizer, a conduta que - encarada pelo juiz como fato processual - sirva de indício e propicie, mediante o emprego de critério lógico-dedutivo, uma conclusão acerca de questão importante ao equacionamento do litígio” (RIGHI, Ivan. *Eficácia...* op. cit., p. 4). Em sentido diverso, Antonio Magalhães Gomes Filho, que os considera um fundamento epistemológico, qual seja, o fato de se tratarem de “dados essencialmente equívocos, por isso perigosos para deles serem extraídas inferências a respeito dos fatos” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia...* op. cit., p. 313). Para Joan Picó i Junoy, “Los indicios endoprosesales son los que se derivan de la conducta que adoptan las partes en un proceso y, normalmente, como apunta Picó i Junoy, son consecuencia de una actuación contraria a las reglas de la buena fe procesal. Así, por ejemplo, la negativa a aportar un documento a instancia de la parte contraria, la formulación de respuestas evasivas en el interrogatorio de las partes o la falta de proposición de determinadas pruebas que acreditarían con facilidad la simulación contractual” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Los indicios en la prueba...*, op. cit., p. 15).

<sup>349</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 99.

#### 2.1.4. A valoração da prova

Se prova é influência sobre o convencimento, em algum momento o conjunto das provas produzidas no processo deverá ser analisado de forma a possibilitar a solução do conflito<sup>350</sup>. O raciocínio lógico desenvolvido nessa análise, e empregado para que se chegue à adequada fundamentação da decisão, é obtido por meio da valoração da prova.

O ponto tem relação direta com a formação do convencimento judicial. Em última análise, a atividade de valoração da prova consiste em verificar se o fato foi provado, seja porque sobre ele foi produzida uma prova direta, seja porque a prova demonstrou a ocorrência de um fato indireto que possibilita a conclusão acerca da ocorrência do fato principal. Afirmar que o fato *está provado*, portanto, é o resultado da valoração da prova<sup>351</sup>.

*Valorar* a prova, desse modo, é desenvolver o raciocínio lógico que permite a correlação da prova produzida com o fato que dela é objeto, a fim de aferir se a fundamentação fática apresentada pelas partes viabiliza a qualificação jurídica necessária à sustentação da decisão sobre a pretensão. Sua finalidade não pode ser outra senão a justificação racional da decisão judicial, que ocorre como etapa seguinte à valoração<sup>352</sup>.

Esse raciocínio inclui a percepção de todos os elementos que circundam as provas produzidas no processo, desde sua credibilidade (idoneidade)<sup>353</sup> até a comprovação dos fatos

<sup>350</sup> “La valoración de la prueba establece la eficacia de los argumentos probatorios que permiten llegar a la finalidad de la prueba, es decir, la convicción” (FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El Hecho y el Derecho...*, op. cit., p. 273).

<sup>351</sup> “[...] il problema che il giudice deve risolvere sulla base delle prove consiste nello stabilire se i fatti principali della causa si sono o non si sono davvero verificati (ossia nel determinare la verità o falsità dei relativi enunciati). Ciò equivale a dire che il giudice deve trarre dalle prove elementi di conferma e di supporto razionale per un giudizio conclusivo nel quale stabilisce che ogni fatto giuridicamente rilevante è ‘vero’ o ‘falso’: in sostanza il giudice decide se ogni enunciato relativo ad un fatto rilevante è o non è provato. Un enunciato fattuale è provato, e può considerarsi ‘vero’ il fatto che ne costituisce l’oggetto, se il giudice ritiene che siano emersi elementi sufficienti a far ritenere tale asserzione come razionalmente giustificata” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione...* op. cit., p. 477).

<sup>352</sup> “Não é difícil perceber, diante do que se acaba de expor, que o raciocínio para a justificação obviamente pressupõe os raciocínios probatório e decisório, ou melhor, o raciocínio relativo à prova e o raciocínio que se faz para decidir. Não há dúvida que esses dois últimos podem se confundir, pois o juiz raciocina sobre a prova para decidir. Muitas vezes, porém, o juiz faz um raciocínio a respeito dos fatos e das provas sem que, com ele, possa imediatamente decidir. Por isso, há uma distinção entre raciocinar sobre a prova para, posteriormente, decidir e raciocinar, ainda que sobre a prova, decidindo. A análise da credibilidade da prova, da relação entre as provas e os fatos e das presunções constitui um raciocínio que antecede a decisão, enquanto através do raciocínio decisório o juiz analisa o conjunto probatório ou outros critérios que lhe permitam decidir” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 325).

<sup>353</sup> “[...] antes de o juiz estabelecer a ligação entre a prova e o fato, deve valorar a credibilidade da prova. Não se trata de valorar se a prova identifica o fato, mas sim se o documento é formalmente exato ou se o perito e a testemunha são idôneos ou mesmo se a prova pericial e a prova testemunhal têm saliências que retirem a sua credibilidade” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 327). “La valutazione della singola prova deve implicare soprattutto la critica della prova, ossia il controllo sulla credibilità della fonte che costituisce il mezzo di prova (credibilità del teste, autenticità del documento, e così via). Inoltre, si tratta di stabilire se ed in quale grado quella prova fornisce elementi di attendibilità idonei a fungere da supporto razionale dell’ipotesi sul fatto. Questa operazione può richiedere la formulazione di inferenze, anche complesse:

alegados, isoladamente considerados, e sua análise como parte integrante de um material probatório que deverá ser interpretado pelo juiz à luz da qualificação jurídica que se pretende atribuir aos fatos e das pretensões formuladas<sup>354</sup>. A operação tem especial importância diante da já apontada constatação de que o juízo de convicção se alicerça sobre uma verdade construída num procedimento dialógico que se aproxima de um juízo de probabilidade<sup>355</sup>. Desse modo, e porque dificilmente haverá um grau absoluto de certeza acerca da forma como os fatos ocorreram, é na fundamentação que se encontrará a explicação acerca do raciocínio lógico desenvolvido pelo juiz, que é, ao fim e ao cabo, o que possibilita o controle racional da valoração e da decisão nela fundamentada.

A valoração não pode levar em consideração o fato desacompanhado da qualificação jurídica que a ele se pretende atribuir. Afinal, sabe-se que no ordenamento brasileiro prevalece a regra da substanciação, ou seja, o necessário atrelamento dos fatos à sua respectiva qualificação jurídica. Essa qualificação será aquela apresentada pelas partes, mas poderá também ser realizada pelo juiz, em atenção ao *iura novit curia* e ao *da mihi factum, dabo tibi ius*. A própria constatação de que a qualificação jurídica a ser dada ao fato deve ser diversa daquela delineada pelas partes pode ser resultado da atividade valorativa da prova, que pode, em alguns casos, evidenciar ao julgador que a configuração jurídica inicialmente atribuída pelas partes não é a que deve ser adotada. Em resumo, portanto, tem-se que a valoração da prova é

---

il problema fondamentale è allora quello della formulazione e giustificazione dei passaggi inferenziali e dell'uso corretto delle massime d'esperienza che di solito ne rappresentano la base" (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione...* op. cit., p. 478-479). É claro que esse controle pode e deve ser feito anteriormente à produção da prova. Porém, mesmo após produzida, será possível e necessário verificar se a prova produzida é idônea a servir de base à decisão.

<sup>354</sup> "Any item of directly relevant evidence must be linked to a penultimate probandum by chain of inferences. This chain several links. The first link in the chain is always the credibility link. The remaining links are those necessary to demonstrate the relevance of the item to a penultimate probandum. The probative force of an item depends upon the strength of each link in the chain. When there is a mass of evidence to consider, there will be many chains of reasoning to consider. Assessing the probative force of a mass of evidence requires that the probative force of every chain be assessed and that the individual assessments be combined to determine the net probative value of the mass with respect to the ultimate probandum. There are alternative ways in which the probative force of an item of evidence or of a mass of evidence can be assessed" (ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*, op. cit., p. 71).

<sup>355</sup> "There are basically five reasons why, in any context including law, conclusions based on evidence are necessarily probabilistic in nature. The first is that our evidence is always incomplete, we never have all of it. The second is that evidence is commonly inconclusive. This means that the evidence may to some degree favor more than one proposition at issue to some extent, or be consistent with the truth of more than one proposition at issue. Evidence we have is often ambiguous we cannot decide what the evidence is telling us or what information it conveys [...] Bodies of evidence are commonly dissonant; some of the evidence may favor one proposition while other evidence favors another proposition. Finally, evidence comes to us from sources who/that have every gradation of credibility shy of perfection. These five matters influence how the force of evidence is assessed, and they also influence how forensic proof are wrote to Freddy Bywaters. Bodies of evidence are common stated" (Ibid., p. 246).

realizada sobre os fatos qualificados juridicamente<sup>356</sup>. Não é à toa que o art. 357 do CPC indica como conteúdo da decisão de saneamento, ao lado das questões de fato, também as questões de direito.

A valoração é feita, num primeiro momento, a partir de cada fato considerado isoladamente (mas tendo como fundo a qualificação jurídica que a ele se pretende atribuir). Isso ocorre, em especial e inclusive, durante a produção da prova. Afinal, “toda prova impõe ao juiz o dever de relaciona-la com o fato que deseja evidenciar”<sup>357</sup>. Além disso, é impossível produzir-se uma prova no processo sem um olhar sobre a pretensão que se fundamenta no fato probando. Há fatos que somente deverão ou precisarão ser provados a depender da pretensão a que se destinam. Ou melhor: há aspectos dos fatos objeto das provas que somente deverão ser melhor explorados e demonstrados a depender da pretensão.

É por isso que poderá haver certa dose de valoração durante a produção da prova<sup>358</sup>.

O mesmo não se diz com relação à admissibilidade da prova. Esse momento – que ocorre previamente à sua produção – limita-se à verificação da adequação e necessidade da prova, além de sua previsão legal e idoneidade moral. Mesmo quando o juiz se depara com uma prova ilícita, a constatação de que não poderá ela ser utilizada passa por um juízo de pura admissibilidade, e não de valoração, salvo nas situações em que necessária a aferição da

---

<sup>356</sup> “[...] Questi modelli di decisione richiedono un continuo controllo di validità e di adeguatezza e nulla esclude che possano essere mutati o rettificati se la vicenda processuale e la progressiva precisazione del thema decidendum lo impongano: il che implica che l’individuazione della quaestio facti sia dialetticamente collegata a quella della quaestio iuris e subisca gli effetti delle eventuali variazioni di quest’ultima. Ma ciò non significa – come è stato esattamente rilevato – che i due aspetti della questione non possano (e quindi debbano) essere distinti. In altre parole, i fatti sono narrati dalle parti in base a un’ipotesi o progetto di sussunzione dei medesimi nelle norme che appaiono applicabili alla fattispecie. Questo progetto di sussunzione può e no trovare conferma nel giudizio. In particolare, potranno esservi modificazioni perché il giudice e/o de parti ravvisino una diversa possibilità di sussunzione ovvero perché nel processo siano introdotti nuovi fatti che impongano una diversa ricostruzione giuridica o ancora perché dal dialogo tra le parti e il giudice venga fuori l’esigenza di precisare o arricchire l’esposizione dei fatti in relazione a diversi modelli decisori ritenuti possibili o addirittura più facilmente applicabili al caso” (VERDE, Giovanni. *Prova...* op. cit., p. 583).

<sup>357</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 327.

<sup>358</sup> Quanto à valoração na produção antecipada da prova, afirma Eduardo Talamini: “Caberá ao juiz de eventual processo em que a prova seja usada valorá-la. Mas pode haver dificuldades na precisa definição daquilo que concerne à admissibilidade (ou regularidade) e no que se refere à avaliação da prova. Tome-se por exemplo o art. 447, § 4.º: o juiz apenas admitirá a ouvida da testemunha menor, impedida ou suspeita, se ‘necessário’. Tal necessidade é definida pela possível relevância da prova para uma mais clara reconstrução dos fatos. Ou seja, para admitir tal prova, o juiz precisa avaliar o resto do material probatório já existente. Isso é inviável na produção antecipada. Em casos como esse, o juiz da antecipação deve privilegiar a ampla admissibilidade da prova – cabendo ao juiz do processo em que se venha a pretender usá-la desconsiderá-la, se for o caso. Exemplo similar tem-se no art. 464, § 1.º, II – para o qual valem esses mesmos parâmetros. Outra regra limítrofe entre admissibilidade (e [ou] regularidade) e valoração da prova é a do art. 480 (repetição da perícia ‘quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida’). Em princípio, não cabe ao juiz da produção antecipada um juízo sobre a suficiência da prova, mas pode ser tal a incompletude e deficiência da perícia que o juiz da antecipação desde logo a constata. Então, tem o dever de mandar completá-la ou repeti-la, sob pena de não propiciar a devida tutela ao direito da parte à prova” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 96-97).

excepcional possibilidade de utilização da prova, mesmo quando produzida ilicitamente<sup>359</sup>, caso em que essa permissão deverá ser aferida a partir da insuficiência da prova já produzida.

Produção e valoração da prova, como se vê, não são etapas estanques. A valoração inevitavelmente perpassa todas as etapas da produção da prova. O indeferimento de uma prova, por exemplo, pode decorrer de um juízo de valoração. O próprio Código, no art. 443, assim determina ao afirmar que a prova testemunhal será indeferida quando versar sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte”<sup>360</sup>. A percepção de que determinado fato já está provado decorrerá, necessariamente, de um juízo de valoração acerca das provas já produzidas no processo<sup>361</sup>.

Mas a valoração de modo algum pode restringir-se à análise individual da prova. Afinal, a prova será sempre analisada como uma importante parte de um *conjunto probatório*<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> Segundo Teresa Armenta Deu, a prova ilícita “pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou no processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou, finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados)” (DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita – um estudo comparado*. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37). Para uma análise geral sobre a prova ilícita ver, ainda, AMARAL, Paulo Osternack. *Provas... op. cit.*, p. 207-229 *passim*; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição. Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013; COSTA, Susana Henriques da. *Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas*. In Revista de Processo v. 133, p. 85-120, mar.2006. Sobre a possibilidade de uso de prova produzida ilicitamente, em razão do direito material objeto da tutela: LIMA, Alcides Mendonça. *A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil brasileiro*. In Revista de Processo n. 43, p. 140-141, ju/set-1986; ROQUE, Andre Vasconcelos. *O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas*. In Revista de Processo n. 153, nov.2007, p. 332; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. In Temas de direito processual, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997; AMARAL, Paulo Osternack. *Provas... op. cit.*, p. 226.

<sup>360</sup> Dizer que um fato está provado é conduta que se insere no âmbito da *valoração da prova*, por implicar o reconhecimento de que o juiz está convencido do fato, seja de sua ocorrência, seja da grande probabilidade dessa ocorrência. Sobre uma análise profunda do significado e força do enunciado “está provado que”, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2005. O autor elenca algumas possibilidades para atribuição de significado ao enunciado, ressaltando não ser possível a consideração de um sentido apenas: “Está provado que” no sentido de “ser verdade que”; “Está provado que” como sinônimo de “El juez há estabelecido que”; e “está provado que” entendido como “há elementos de juízo suficientes a favor de” (Ibid., p. 27-38). Para o autor, a última opção reconstrói adequadamente os usos linguísticos e as intuições fundamentais com que os juristas percebem a noção de “fato provado” (Ibid., p. 36).

<sup>361</sup> Em sentido contrário: “A admissibilidade de determinada prova na quadra do processo civil pautado pela colaboração não pode ser aferida em face de eventual valoração antecipada do resultado da prova. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração não se confundem. Não podem se confundir, sob pena de gravíssima ofensa ao direito à produção da prova” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração... op. cit.*, p. 140). Ainda, afirmando que a inadmissão da prova sob o fundamento de o juiz já estar convencido faz com que a relevância ou irrelevância seja vista como eficácia da prova, avaliação sobre sua idoneidade ou não, e adiantamento do seu resultado, DALL’ALBA, Felipe Camillo. *A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz*. In KNIJNIK, Danilo (coord). *Prova judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100.

<sup>362</sup> A “*valutazione olistica*” das provas, como lembram Comoglio, Ferri e Taruffo (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione... op. cit.*, p. 479).

que fornecerá ao julgador os elementos necessários para a formação de sua convicção. Essa é, aliás, na essência, a definição de *valoração* da prova.

O critério norteador dessa atividade é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado<sup>363-364</sup>. O juiz apreciará o conjunto probatório, aí incluídas todas as provas produzidas, sem desconsiderar as presunções e as máximas de experiência. No caso do fato indiciário, uma etapa prévia é necessária, e corresponde à ligação inferencial entre este fato – secundário – provado e o fato principal cuja ocorrência se pretende por meio dele demonstrar<sup>365</sup>. Em qualquer caso, a motivação dará à decisão a racionalidade necessária e suficiente ao seu controle<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> Não há nada de equivocado ou arbitrário no uso dessa expressão. Mesmo após o Código de Processo Civil de 2015 e a exclusão da palavra “livre” do art. 371 (correspondente ao art. 131 do CPC/73), ao juiz continua sendo outorgado certo grau de liberdade na apreciação da prova. Essa liberdade nunca foi absoluta, mas sempre balizada por critérios claramente definidos, como a vinculação à prova dos autos, a consideração de fatos expressamente alegados pelas partes, além das máximas de experiência, com a imperiosa necessidade de fundamentação da decisão, a viabilizar seu controle racional. Nesse sentido, afirmando que o CPC/2015 mantém a “liberdade decisória sobre os fatos”, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, op. cit., p. 97.

<sup>364</sup> Outros dois sistemas, não adotados no ordenamento brasileiro, podem ser apontados para a valoração da prova: o da livre convicção ou “livre convencimento puro, confere ao juiz o poder de decidir como bem entender, conforme seu sentimento, sua intuição”, havendo total liberdade de decidir até mesmo contrariamente à prova dos autos. De outro lado, o “sistema da tarifação legal da prova (ou da prova tarifária ou da prova legal)”, que parte do prévio estabelecimento em lei de regras de valoração da prova, de modo que “cada prova tem valor inalterável e constante estabelecido normativamente” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 230). Como acertadamente ressaltam Comoglio, Ferri e Taruffo, o sistema de prova legal não viabiliza, propriamente, a realização de verdadeira valoração da prova, porque “le norme di prova legale operano predeterminando in modo vincolante il valore della prova, ed escludendo la valutazione del giudice: parti e giudice debbono considerare come vero il fatto oggetto della prova legale, perché così vuole la norma che disciplina quella prova”. O fato, portanto, “è vero per definizione, o meglio perché così vuole la legge” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione...* op. cit., p. 477). Ainda sobre os critérios de valoração, ressaltando que o juiz tem uma importância fundamental na prova livre, e menor na prova legal, FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...*, op. cit., p. 273-274.

<sup>365</sup> “Acontece que, antes da valoração do conjunto probatório, o juiz deve estabelecer a relação entre a prova e o fato direto e a prova e o fato indireto e, nessa última hipótese, ligar mentalmente o indício e o fato essencial. Essa prévia análise, portanto, obviamente não tem a ver com o raciocínio que o juiz faz ao valorar o conjunto probatório. Somente existe um conjunto probatório a partir da definição das provas e das presunções. Note-se bem: não apenas depois da definição da credibilidade da prova, mas sim após a conclusão de que uma prova pode, ou não, demonstrar um fato ou indicar uma presunção” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 328-329).

<sup>366</sup> “En definitiva, la apreciación de la prueba sólo es posible circunscribirla en un contexto racional y razonador pues, como operación mental, el órgano jurisdiccional debe venir obligado no sólo a actuar racionalmente, sino también a justificar su actividad. Y, siendo conscientes de que toda apreciación puede venir marcada por el error de razonamiento, establecer los oportunos mecanismos de control que permitan la mejor de las tutelas judiciales” (FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...*, op. cit., p. 275-276). Giovanni Verde resalta a importância de se diferenciar o raciocínio decisório do discurso justificativo (a motivação), destacando: “tra ragionamento e motivazione deve correre una relazione di adeguatezza e cercando di chiarire i rapporti che corrono tra la logica della decisione e la logica della motivazione” (VERDE, Giovanni. *Prova...* op. cit., p. 586). Não se pode perder de vista que o discurso justificativo deve ser prévio ao raciocínio decisório. É no primeiro que se inclui a valoração da prova e a qualificação jurídica que se dará aos fatos provados, de forma a fornecer as bases para a justificativa racional da decisão sobre a pretensão. O tema tem relação com a teoria da *judicial candor*, voltada justamente à análise da franqueza do julgador no momento de proferir a decisão, de modo a formar primeiro seu juízo de motivação para, somente após, dele extrair a conclusão necessária. Condena-se, desse modo, decisões que percorrem o caminho contrário, ou seja, aquelas em que, após chegar à conclusão sobre a solução do caso, o julgador passa a buscar justificativas para sustentar essa conclusão, já previamente estabelecida. Analisando aspectos da tomada de decisões judiciais, Scott C. Idleman afirma que o processo judicial deve estar sujeito a um requisito de sinceridade, sendo que tal exigência é justificada e desejável até mesmo para se preservar a

As balizas norteadoras dessa atividade decorrem da própria concepção do critério persuasão racional<sup>367-368</sup>. Pode-se sintetizá-las basicamente da seguinte forma: a) o conjunto probatório inclui apenas as provas constantes nos autos, relativas aos fatos expressamente alegados pelas partes; b) serão valoradas apenas as provas obtidas a partir de meios moralmente legítimos; c) a consideração das máximas de experiência é critério norteador da valoração do conjunto probatório; d) as presunções viabilizam a valoração dos fatos indiciários, possibilitando o raciocínio inferencial no sentido da verificação da ocorrência do fato principal<sup>369</sup>; e) qualquer decisão acerca dessas balizas deverá ser suficientemente fundamentada<sup>370</sup>.

---

legitimidade institucional (IDLEMAN, Scott C. *A Prudential Theory of Judicial Candor*. In Tex. L. Rev. 73/1995, p. 1310). Em sua essência, a teoria da *judicial candor* tem como foco a motivação adotada na decisão judicial, referindo-se à crença do magistrado de que aquilo que afirma é verdadeiro, e contribuindo para a qualidade das decisões judiciais. Essa é a concepção de Micah Schwartzman, em ensaio dedicado especificamente ao tema. O autor inicia o texto com a seguinte indagação: “Do judges have a duty to believe the reasons they give in their legal opinions?”, destacando que a questão é surpreendentemente controversa, havendo quem defenda que os juízes não devem acreditar no que afirmam em suas decisões. Para o autor, “Sincerity, on this view, requires correspondence between what people say, what they intend to say, and what they believe” (SCHWARTZMAN, Micah. *The Principle of Judicial Sincerity*. In Virginia Law Review v. 94, 2008, p. 987-988). Ainda sobre o tema: “Defined subjectively, the obligation of candor requires judges and Justices, in their official roles, not to utter deliberate untruths and not to make knowingly misleading statements. Judges also bear an affirmative obligation to strive conscientiously to make it, intelligible how they could regard their stated reasons for deciding cases as legally adequate. In a seco, ideal dimension, judicial candor calls for searching inquiry into all relevant claims of law and fact in disputed cases and for full disclosure of moral and policy considerations that weighed on a judge’s decision. As a practical matter, however, the inherent pressures of time, among other considerations, would preclude any human judge from realizing the ideal in all cases”. (FALLON JR., Richard H. *A Theory of judicial candor*. In Columbia Law Review v. 117, 2017, p. 2317).

<sup>367</sup> “Risulta anzitutto confermata l’applicabilità di schemi e criteri razionali al ragionamento del giudice sulle prove, e quindi la possibilità di evitare il ricorso ad atteggiamenti irrazionalistici. Ciò che appare necessario è il rigore nel ragionamento sui fatti, nella formulazione delle ipotesi da verificare, nell’individuazione delle inferenze e dei relativi criteri, e nel controllo sull’attendibilità delle conclusioni. Su questo terreno le semplificazioni arbitrarie, frequenti nella prassi e non di rado avallate dalla dottrina, vanno rigettate. Anche il mero ricorso al senso comune o all’esperienza produce errori se non è sottoposto ad un attento controllo razionale” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione...* op. cit., p. 478).

<sup>368</sup> “In conclusione, secondo le moderne teorie della logica si deve ammettere: a) che il giudizio di fatto è un giudizio di probabilità (minore o maggiore) e non di certezza; b) che il giudice procede induttivamente e non deduttivamente, anche se può successivamente trasformare l’operazione induttiva in un’operazione deduttiva; c) che non è utilizzabile il modello sillogistico puro, non avendo egli a disposizione regole di valore generale cui rapportare i fatti concreti; d) che egli al contrario cerca la conferma logica delle proposizioni descrittive, su cui si fondano le richieste delle parti, sui dati raccolti e sui dati dell’esperienza, stabilendo la relazione statistica logica o empírica fra le prime e i secondi; e) che questo giudizio di probabilità si avvicina a quello di certezza, quando le premesse dell’inferenza siano più sicure (si pensi alle leggi scientifiche o alle regole statistiche di cui si sappia il rapporto di frequenza); f) che si tratta, comunque, di un procedimento razionale” (VERDE, Giovanni. *Prova...* op. cit., p. 585).

<sup>369</sup> “[...] l’accertamento di fatto non può ritenersi giustificato quando no siano espressi i dati conoscitivi e le regole di inferenza da cui esso discende come conseguenza logicamente valida” (VERDE, Giovanni. *Prova...*, op.cit., p. 586).

<sup>370</sup> Para uma análise acerca de uma tentativa de sistematização de critérios mais objetivos que possam nortear a valoração da prova, ver KNIJINIK, Danilo. *Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. In Revista Forense n. 353, janeiro e fevereiro de 2001, p. 15-52; ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*, op. cit., p. 230-261 *passim*; amplamente, VÁSQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Esses critérios viabilizam o controle racional da valoração realizada pelo juiz.

Assumem relevância nesse momento as regras de experiência<sup>371</sup>, que nada mais são do que elemento facilitador do raciocínio lógico fundado na experiência comum ou técnica<sup>372-373</sup> sobre a ocorrência de determinado fato direto ou indireto (indiciário). Essa experiência relaciona-se com aquilo que comumente ocorre numa sociedade ou num local<sup>374</sup>, não sendo possível considerar-se, para tanto, a experiência privada do juiz<sup>375</sup>.

As máximas de experiência sempre resultam em juízo de probabilidade, mas que, à luz dos demais elementos probatórios, possibilita a incursão no raciocínio lógico desenvolvido<sup>376</sup>.

---

<sup>371</sup> “Le massime d’esperienza sono costituite da tutte le nozioni, regole, generalizzazioni, criteri, standard e leggi naturali o empiriche che il giudice trae, come del resto accade per qualsiasi persona di media cultura in un contesto sociale dato, dall’esperienza ordinaria del mondo. Si tratta di un insieme vastissimo e largamente indeterminato di nozioni che hanno il contenuto più diverso vario status epistemológico e conoscitivo. Talvolta esse sono la versione di senso comune di leggi naturale, logiche o scientifiche. Altre voltesi tratta di mere generalizzazioni tratte induttivamente dall’esperienza, che possono servire come criteri approssimativi per la formulazione di valutazioni ed inferenze dotate di qualche grado di attendibilità” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione...* op. cit., p. 461). Para Sergi Guasch Fernández, “junto a la idea fundamental de que las partes deben aportar los elementos fácticos que, una vez verificados, permitan la convicción del órgano jurisdiccional, aparece toda una amalgama de vivencias anteriores que son utilizadas por el Juez independientemente de los elementos lógicos para percibir todo aquello que se coloca a su conocimiento. Así, puede hablarse de máximas de experiencia relativas a la física, a la sociología, a la psicología y a otros aspectos de la realidad. Mas máximas de experiencia intervienen en tres aspectos de la actividad jurisdiccional. El primero va referido al mismo juicio jurisdiccional y, los otros dos van referidos a la actividad presuntiva y a la apreciación de los elementos de prueba” (FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...* op. cit., p. 276).

<sup>372</sup> “As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico-científico sobre uma determinada situação” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 171).

<sup>373</sup> “La norma, che costituisce la premessa maggiore del sillogismo ora analizzato, deve avere per contenuto la concomitanza o la repugnanza del fatto affermato nella premessa minore (del fatto, cioè, percepito dal giudice) col fatto da provare; in questo modo serve a dedurre mediante il fatto percepito la esistenza o la non esistenza. Norme siffatte, appartengono a tutti i campi: sono norme del sapere tecnico o del sapere comune, norme delle scienze naturali o delle scienze morali, norme di psicologia o norme di economia. Non è possibile e comunque non sarebbe utile darne, per il tema qui trattato, se non il concetto larghissimo che la dottrina tedesca usa indicare con la formula: regola di esperienza (*Erfahrungssatz*) o regola della vita (*Lebensregel*) [...] dalla maggior o minor sicurezza della regola di esperienza impiegata dipende la maggiore o minor fondatezza della conclusione cioè il maggior o minor grado di verisimiglianza del fatto ritenuto dal giudice; quanto meno la regola ammette eccezioni, tanto più è facile che si verifichi quella concomitanza o quella repugnanza del fatto da provare col fatto percepito, sulla cui base il giudice lo ritiene esistente o inesistente” (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, op. cit., p. 75-79).

<sup>374</sup> “As regras de experiência comum não são apenas aquelas que, induzidas a partir da experiência, permitem um raciocínio dedutivo capaz de afirmar a verdade de um fato, mas também aquelas que, surgidas do senso comum e também ancoradas na experiência, são fundamentais para o juiz compreender um fato e, especialmente, a relação entre o indício e o fato essencial, ainda que não sejam capazes de garantir a inconstabilidade do raciocínio inferencial que ligou um ao outro” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 171, p. 173).

<sup>375</sup> “[...] le massime d’esperienza non sono proposizioni di carattere generale indipendenti dal caso oggetto della decisione, ma al più rappresentano illazioni ipotetiche o enunciazioni in forma linguisticamente sintética di una somma di dati particolari” (VERDE, Giovanni. *Prova...* op. cit., p. 585).

<sup>376</sup> Caso muito interessante e pertinente para o estudo do tema da valoração da prova foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Tratava-se de ação de cobrança proposta por clientes de uma determinada instituição financeira, titulares de cerca de dez contas poupança, sob o fundamento de que valores milionários mantidos nessas contas teriam desaparecido à época do Plano Collor. A prova pericial produzida no caso confirmou, a partir de inúmeros documentos localizados pelo perito em diligência pessoalmente realizada na sede da instituição financeira, que, ao

Fazem parte do juízo valorativo acerca das provas, não se configurando como elemento de prova, mas auxiliando no desenvolvimento do raciocínio lógico necessário à valoração e, muitas vezes, na construção da relação entre o fato indiciário e o fato principal<sup>377</sup> ou, ainda, possibilitando a formação do raciocínio de presunção fundado no fato indiciário. A presunção, portanto, enquanto raciocínio lógico desenvolvido acerca do fato indiciário provado, igualmente integra a valoração da prova<sup>378</sup>.

---

menos para a maior parte das contas indicadas, houve transferências e levantamento de valores realizados pelos próprios titulares. Não havia, porém, informações suficientes para se aferir se o mesmo ocorreu com relação às demais contas. Ainda assim, a sentença foi de improcedência, mantida pelo TJPR. O caso chama a atenção pela valoração do conjunto probatório realizada pelo juiz e pelo Tribunal, que consideraram inúmeros aspectos interessantes, dentre aqueles já apontados neste trabalho, como a conduta processual das partes, alguns fatos indiciários, regras de experiência e, a conectar todos esses fatores, o critério persuasão racional. Alguns trechos da decisão merecem destaque: “O débito continuado de valores em conta corrente, a título de transferências e lançamentos diversos, inclusive entre contas dos próprios autores, por vários anos, sem que tenha havido oposição do correntista, enseja a conclusão de que efetivamente foram feitos com autorização do titular da conta (princípio da boa-fé) [...] Assiste razão aos apelantes quando sustentam que não constam os extratos completos de todas essas contas. Essa situação, no entanto, aliada às demais provas produzidas e às peculiaridades do caso concreto, apreciadas com base nas regras de experiência, não é suficiente para conduzir à procedência do pedido, ainda que tenha havido a inversão do ônus da prova”. Alguns fatos foram destacados na decisão para fundamentar a valoração realizada: a) apesar da expressiva quantia supostamente não restituída até agosto de 1992, a primeira medida extrajudicial tomada pelos autores ocorreu apenas em 2003, e a primeira medida judicial em 2004. Assim “mesmo que a pretensão não se encontre prescrita, a longa espera dos autores para buscar seu direito em juízo pode, e deve, ser levada em consideração no presente caso para que o julgador forme seu convencimento quanto ao mérito da causa”; b) os autores afirmaram inicialmente que os valores mantidos em todas as contas teriam desaparecido. Após as provas documental e pericial produzidas, manifestaram-se nos autos afirmando que somente com relação a parte dessas contas é que não teria havido levantamento ou transferência dos valores; c) a perícia, embora realizada por amostragem, confirmou que os valores bloqueados foram integralmente restituídos; d) à época da ocorrência dos fatos (década de 90), era muito comum a realização de transações verbais, em decorrência da relação de proximidade e confiança estabelecida entre o cliente e o gerente das contas, não se podendo “admitir, sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva, que o contratante, que antes usufruía dessa relação, porque lhe era conveniente, agora se insurja contra o ‘costume’ certamente estabelecido entre as partes”; e) diversas das transferências questionadas foram realizadas entre as contas dos próprios autores. Assim, “ainda que não tenham sido juntadas todas as autorizações para os lançamentos questionados, o julgador tem liberdade para se valer dos demais elementos de prova trazidos aos autos, a fim de formar sua convicção, inclusive com base nas máximas de experiência, como já bem destacado no tópico anterior. Anote-se, por fim, que a inversão do ônus da prova e a procedência da ação cautelar são irrelevantes para alterar essa situação. No que se refere à inversão do ônus da prova, a irrelevância decorre do fato de que, mesmo sem a juntada de todos os documentos, a análise do contexto fático-probatório é suficiente para comprovar a regularidade dos débitos e transferências questionados (TJPR; Apelação Cível n. 908.334-1; 15ª Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Carlos Gabardo; j. 08.05.2013; DJ 15.07.2013). A decisão foi mantida pelo STJ, que não conheceu do Recurso Especial dos autores pela aplicação da sumula 07.

<sup>377</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 171.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 331.

### 2.1.5. Os poderes instrutórios do juiz

O juiz, como sujeito integrante da relação jurídica processual com viés colaborativo, participa diretamente da produção da prova no processo. Essa participação ocorre por meio de várias condutas, que passam pela análise da pertinência ou desnecessidade de produção das provas pleiteadas pelas partes, pelo diálogo que deve ser estabelecido durante toda a fase de produção da prova, inclusive no que se refere ao necessário auxílio e prevenção das partes quanto à desincumbência de seus ônus probatórios em caso de inércia, incluindo a possibilidade de o próprio juiz determinar, independentemente de pedido da parte, a produção das provas que entender necessárias à formação de seu convencimento.

Tudo isso pode ser incluído genericamente naquilo que chamamos de *poderes instrutórios do juiz*, expressão nuclear dos poderes de gestão da prova pelo juiz no processo. Em torno deles é que orbitam todas as prerrogativas de gestão judicial da prova, incluindo a possibilidade de o juiz tomar as medidas necessárias à consecução do caráter eficiente da Jurisdição, manejando e flexibilizando os atos do procedimento de forma a possibilitar o melhor aproveitamento possível da prova e do processo, por meio, por exemplo, das técnicas previstas nos arts. 67 a 69 e 139, VI, do CPC/2015.

As partes têm o direito de produzir todas as provas que entendam necessárias à formação do convencimento. Existe, como já se demonstrou, um direito fundamental à prova, que se concretiza por meio do pleito de produção de provas, participação nessa produção e conhecimento, a partir da motivação da decisão, da valoração que será realizada sobre todo o material probatório. Como responsável pela adequação de todas as decisões aos direitos fundamentais, o juiz tem o dever de respeitar esse direito constitucionalmente garantindo, sendo vedado o indeferimento desmotivado da produção das provas pleiteadas pelas partes. Autoriza-se expressamente, porém, o indeferimento das provas inúteis ou meramente protelatórias.

A questão, embora num primeiro olhar pareça simples, apresenta algumas dificuldades. A precisa definição do que se entenda por diligência *inútil ou meramente protelatória* é essencial para que a decisão judicial que indefira a prova não seja arbitrária e viole o direito fundamental à prova.

Esses critérios objetivos residem no pleito de produção de prova que não se destina à comprovação dos fatos discutidos na causa ou que represente atitude evidentemente protelatória da parte<sup>379</sup>. Não se exclui – até mesmo se impõe – a possibilidade do estabelecimento de um *diálogo* entre o juiz e as partes com vistas à conclusão acerca da utilidade ou inutilidade da prova pleiteada<sup>380</sup>. Em última análise e, de fato, tratando-se de diligência inútil ou meramente protelatória, haverá a imposição de um ônus argumentativo muito forte para que o juiz possa motivar o indeferimento sem que, com isso, viole o direito fundamental à prova no processo.

O juiz poderá também determinar a produção de provas de ofício<sup>381-382</sup>. A previsão não é recente. O CPC de 1939 seguia esta orientação, fundamentando-a na concepção publicística do processo<sup>383</sup>, o que, com os contornos necessários, manteve-se no CPC/73 (art. 130) e no CPC/2015 (art. 370).

---

<sup>379</sup> “Será considerada inútil a diligência quando não guardar ligação com o objeto da prova, sendo daí considerada inadmissível. Protelatória, quando o intuito manifesto da parte é o atraso no trâmite do processo” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* op. cit., p. 142). Ainda, afirmando que o juiz poderá negar a produção de uma prova “inútil ou que recaia sobre um fato irrelevante ou com objetivo protelatório”, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 213.

<sup>380</sup> “Os verdadeiros modos de exorcizar o fantasma da parcialidade consistem, sobretudo, em submeter a atividade do juiz à observância do princípio do contraditório, em impor ao juiz o dever de realizar a atividade de instrução sob a égide do contraditório, e proibi-lo de levar em conta na sua decisão qualquer elemento probatório colhido sem que as partes tivessem a oportunidade de participar, tanto quanto possível, da colheita, ou pelo menos, de manifestar-se sobre os resultados obtidos. E também, e principalmente, o dever da motivação” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova*. In Revista de Processo v. 35, jul/1984, p. 178).

<sup>381</sup> Barbosa Moreira, já em 1976, destacava a intenção do legislador de “aparelhar melhor o órgão judicial no campo instrutório” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As bases do direito processual civil*. In Temas de Direito Processual Civil, 1ª série, p. 11). José Roberto dos Santos Bedaque, em obra específica sobre os poderes instrutórios do juiz, destaca ser inaceitável “que o juiz, por submissão a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, se ele tiver condições de, mediante iniciativa instrutória, contribuir para a formação do conjunto probatório” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 15).

<sup>382</sup> A prova de ofício, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “não se destina à descoberta da verdade, mas apenas a suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para o julgamento do mérito”. Para ser corretamente justificada pelo juiz, essa atitude deve possibilitar às partes a possibilidade de levar em conta sua oportunidade, participar de sua produção e manifestar-se sobre o seu resultado. Em outras palavras, “a possibilidade de participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração de seus resultados)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Disponível em: [http://www.rabello.pro.br/wp-content/uploads/2009/08/marinoni\\_convencimento.pdf](http://www.rabello.pro.br/wp-content/uploads/2009/08/marinoni_convencimento.pdf), acesso em 24.04.2015).

<sup>383</sup> Extrai-se, da Exposição de Motivos daquele Código: “A direção do processo deve caber ao juiz; e a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade”.

Não parece haver dúvidas acerca dessa possibilidade. Não se sustentam, nesse sentido, as opiniões que afirmam tratar-se de norma inconstitucional ou que haveria violação à garantia da imparcialidade do juiz ao se determinar de ofício a produção de uma prova não pleiteada pela parte<sup>384</sup>. O compromisso do julgador é com a prestação adequada da tutela ao direito material, com o que se coaduna perfeitamente a previsão de poderes instrutórios amplos quando necessário à formação de seu convencimento. Não é demais lembrar que os poderes instrutórios serão exercidos nos limites da demanda proposta, ou seja, tendo como objeto apenas os fatos alegados pelas partes, sendo vedada a consideração de fatos externos<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> “[...] quando determina a produção de uma prova, o juiz nem sequer sabe a quem o resultado dela beneficiará (p.ex., a realização de uma perícia). Mas, mesmo quando já é possível saber de antemão quem será o beneficiado por uma prova (p.ex., a determinação de ofício de juntada aos autos de um documento, cujo conteúdo claramente comprovará a afirmação de fato feita por uma parte), não se pode dizer que o juiz estará sendo parcial ao determinar sua produção. Afinal, o ‘benefício’ advirá em favor daquele que tem razão. Não há nisso nenhuma ofensa à imparcialidade (tal como não é parcial o juiz proferir a sentença em favor da parte que tem razão): é da própria essência da jurisdição, dar razão a quem... tem razão. Ofensivo à imparcialidade seria, nesse caso, o juiz, sabendo da existência daquela prova, omitir-se de produzi-la, e assim beneficiar a parte que não tem razão” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 229). No mesmo sentido: PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova – estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundu allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. 2ª ed. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 103-106.

<sup>385</sup> Joan Picó i Junoy, na já citada obra específica sobre o tema, inclui a atenção aos fatos alegados pela parte como um dos limites ao exercício dos poderes instrutórios do juiz, ao lado da necessidade de que constem no processo as fontes de prova (por exemplo, a identidade da testemunha que será ouvida), evitando-se, assim, que atue inquisitivamente ou a partir de seu conhecimento privado e garantindo sua imparcialidade. O terceiro limite está no contraditório, permitindo-se que as partes proponham novas provas e participem de toda a atividade probatória (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova...* op. cit., p. 109).

A dúvida, porém, está no alcance desses poderes instrutórios. Em linhas gerais, questiona-se se seria possível que o juiz substituísse as partes na produção das provas ou se seu papel seria subsidiário, cabendo-lhe determinar a produção apenas quando as partes não tomarem essa iniciativa<sup>386</sup>. Além disso, importante questão reside na limitação desses poderes de acordo com a espécie de direito em discussão, sendo, para alguns, maiores quando se tratar de direitos disponíveis, e menos limitados quando estiver em jogo um direito indisponível<sup>387</sup> ou uma parte com capacidade técnica ou econômica inferior<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> Chiara Besso entende o ponto de forma ainda mais restritiva: “Il giudice – si afferma – nell’esercitare d’ufficio i poteri istruttori deve astenersi dal supplire, direttamente o indirettamente, all’inerzia probatoria delle parti onerate, limitandosi a eliminare incolpevoli insufficienze e oggettive difficoltà dell’attività probatoria”. E complementa: “In ogni caso, se in tal modo il richiamo all’onere della prova diviene comprensibile per quanto concerne il potere del giudice di disporre un’ispezione o nominare un consulente tecnico, rimane inaccettabile per l’ordine di esibizione” (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, op. cit., p. 180-181). Em sentido semelhante, destacando que a atividade judicial deve ser complementar, “circunscrevendo-se ao esclarecimento dos fatos até certo ponto já evidenciados pelas provas carreadas aos autos pelas partes, sendo, desse modo, invocada apenas quando já existente um certo suporte probatório acerca dos fatos alegados, porém sejam necessárias elucidações pontuais em torno deles”, TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil – estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 178.

<sup>387</sup> “O juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 134). Segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “em ação de investigação de paternidade, impõe-se um papel ativo ao julgador, que não deve medir esforços para determinar a produção de provas na busca da verdade real, porquanto a pretensão fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Se o resultado negativo do exame de DNA contradiz as demais provas produzidas nos autos, deve-se converter o feito em diligência, a fim de que novo teste de material genético seja produzido, em laboratório diverso, com o intuito de minimizar a possibilidade de erro” (EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1629844/MT; 4ª T. Rel. Min. Lázaro Guimarães; j. 15.05.2018; DJe 25.05.2018).

<sup>388</sup> Fredie Didier Jr. *et al* assim resumem essas posições: “a) há quem continue afirmando a existência de amplos poderes instrutórios do juiz, com base no art. 370 do CPC; b) há quem entenda que o disposto no art. 370 do CPC é inconstitucional; c) há quem admita essa iniciativa oficial, mas lhe imponha limites. Dentre esses últimos, existem: (i) os que entendem que a atividade instrutória oficial somente pode ser complementar à atividade da parte, jamais substitutiva; (ii) os que admitem a iniciativa oficial, mas alertam que ela afasta a imparcialidade do juiz, de modo que seria prudente criar um procedimento de competências funcionais escalonadas, segundo o qual, determinada a prova de ofício pelo magistrado (conduta que não seria proibida), deveria ele afastar-se do caso, remetendo os autos para que um outro julgador apreciasse o mérito; (iii) os que admitem a iniciativa oficial, mas afirmam que a sua amplitude depende da análise da relação jurídica controvertida – maior amplitude quando se tratar de direitos indisponíveis; menor ou nenhuma, quando se tratar de direitos disponíveis – e da igualdade substancial das partes – sendo elas substancialmente iguais, menor amplitude; desiguais, maior amplitude, em favor do hipossuficiente” (DIDIER JR., Fredie et al. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 101-103).

À luz da finalidade da Jurisdição, ligada à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, não parece haver dúvidas sobre a possibilidade de determinação de provas de ofício pelo juiz, independentemente do direito em discussão ou da capacidade técnica ou econômica das partes. Assim, mesmo que se trate de direitos disponíveis ou se esteja diante de partes que litigam com paridade de armas, não há óbice à participação mais direta do juiz na produção das provas, mediante sua determinação de ofício. Esses poderes poderão ter por objeto qualquer meio de prova: poderá o juiz determinar que as partes compareçam em juízo tanto para esclarecer fatos relativos à causa quanto para prestar depoimento pessoal, assim como determinar a oitiva de testemunha que, do exame dos autos, sabe ter conhecimento sobre os fatos da causa; poderá determinar a realização de qualquer modalidade de prova pericial, inspeção judicial, a juntada de documentos ou, quando necessário, lançar mão da técnica da exibição de documento ou coisa. Autoriza-se também a determinação do empréstimo de prova ou a adaptação do procedimento probatório, de forma a possibilitar sua produção mais eficiente.

Cabe-lhe, porém, oportunizar às partes essa produção, possibilitando que exerçam adequadamente seu direito fundamental à prova e se desincumbam dos ônus que lhes cabem, até mesmo porque as partes têm melhores condições de conhecer as fontes de prova aptas à comprovação dos fatos alegados. Havendo inércia da parte, é possível que o juiz, como já se teve a oportunidade de afirmar, alerte-a sobre a necessidade de provar determinado fato alegado. A ausência de iniciativa da parte, porém, não impede que o juiz, entendendo tratar-se de medida necessária à formação de seu convencimento, determine a produção da prova. A aplicação do aspecto objetivo do ônus da prova – ou seja, o julgamento desfavorável à parte que não produziu a prova que lhe cabia – deve ser providência adotada apenas quando, após todas as tentativas possíveis, não for possível formar um nível suficiente de convencimento sobre determinado fato<sup>389</sup>.

---

<sup>389</sup> Concordamos neste aspecto, em parte, com a posição adotada por Fredie Didier Jr. *et al*: “A melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC, segundo nos parece, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Não se pode esquecer que, embora não seja finalidade do processo revelar a verdade, constitui imposição ética busca-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível. As regras de ônus da prova têm aplicação subsidiária: esgotadas as atividades probatórias – inclusive, se for o caso, a oficial –, aí sim elas terão lugar”. Os autores consideram, porém, que “a atividade instrutória oficial somente poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica). Esses seriam os casos em que, segundo pensamos, a iniciativa oficial poderia deixar de ser simplesmente complementar. Em processos societários (envolvendo sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz” (DIDIER JR., Fredie et. al. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 104). Pensamos que o direito em discussão ou a capacidade das partes não afeta o exercício dos poderes instrutórios do juiz, que sempre deverão ser exercidos quando a prova não for suficientemente produzida pelas partes.

Essa conclusão denota que mesmo à luz do CPC/2015 os poderes instrutórios do juiz representam uma manifestação de inquisitorialidade no processo. Afinal, e ainda que a prova seja mais *coisa* das partes do que do juiz, a ele caberá a determinação da prova ainda que não haja concordância das partes quanto à sua produção. O princípio da colaboração tem o potencial de qualificar e legitimar ainda mais esses poderes, sendo certo que o diálogo entre os sujeitos processuais dará uma configuração democrática à prova determinada de ofício.

A começar, é recomendável que a definição das provas no processo seja realizada de forma *compartilhada* entre os sujeitos processuais, o que será possibilitado pela designação da audiência prevista no art. 357, §3º, do CPC. Nesse momento o juiz dará às partes a oportunidade de participação, com a indicação das provas que pretendem produzir, além de orientá-las quanto aos seus ônus e à necessidade de produção de outras provas. Não havendo pleito formulado pelas partes, o juiz poderá desde logo informá-las acerca de sua intenção em determinar a produção da prova de ofício, oportunizando-as a devida manifestação acerca da efetiva necessidade e possibilidade dessa produção. A impossibilidade de realização da audiência, de todo modo, não é óbice ao saneamento compartilhado. O diálogo, neste caso, será concretizado ao se oportunizar às partes a devida manifestação acerca do saneamento realizado pelo juiz, apresentando os esclarecimentos que entenderem necessários (art. 357, §1º).

A mesma direção deve ser adotada diante de fatores com o potencial de limitar os poderes instrutórios do juiz. A questão assume especial importância com o CPC/2015 e a previsão do art. 190, autorizando a realização de negócios jurídicos processuais acerca de ônus, poderes, deveres e faculdades *das partes*.

A possibilidade de que o acordo limite os poderes instrutórios do juiz (no aspecto da determinação da prova de ofício) dependerá do alcance da finalidade da Jurisdição (prestação de tutela jurisdicional adequada com isonomia e eficiência). Assim, não se vislumbra possível a realização de todo e qualquer negócio jurídico processual que limite os poderes do juiz sobre as provas, mas, além das limitações já previstas no próprio art. 190 e seu parágrafo, igualmente não se cogita a hipótese de se impor às partes a produção de uma prova quando a medida onerar demasiadamente o processo no que se refere aos custos e ao tempo para o seu desenvolvimento. Se as partes decidem pela não realização de perícia com elevado custo ou que demandará longo tempo para realização, prejudicando a fruição do direito material em discussão, nada obsta que esse negócio possa vincular o juiz, numa perspectiva que beneficie a eficiência. No mais, a pura e simples convenção processual sobre provas não tem o condão de afastar automaticamente os poderes instrutórios do juiz<sup>390</sup>.

A constatação acerca da legitimidade (e da constitucionalidade) dos poderes instrutórios *amplos* do juiz, porém, não coloca um fim ao problema.

Afinal, ainda que a prova seja determinada pelo juiz, as partes é que serão responsáveis pela adoção das medidas necessárias, *colaborando* com sua produção. Tratando-se de clara manifestação do dever de colaboração das partes, é possível que o juiz adote as medidas necessárias para incentivar seu cumprimento, impondo inclusive sanções à parte que não possibilitar a produção da prova determinada de ofício. A lógica é a mesma adotada para a exibição de documento ou coisa, com a viabilidade de aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 400 do CPC/2015. Quando, porém, nenhuma medida for suficiente a possibilitar a produção da prova, não restará outra alternativa senão julgar com base nas regras do ônus da prova.

No mais, a ideia de se atribuir ao juiz poderes instrutórios amplos coaduna-se com as propostas que se pretende apresentar neste trabalho, devendo ser analisadas no contexto da gestão de casos judiciais. É a partir disso que se defende a possibilidade de flexibilização do procedimento e sua coletivização, com vistas à produção da prova com maior eficiência, considerando-se o conjunto global de processos.

---

<sup>390</sup> Em sentido contrário: “Tem-se aí típico exemplo de negócio jurídico processual – unilateral, quando a manifestação de vontade vem de apenas uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova. Isso decorre da aplicação do art. 190 do CPC, que consagra a atipicidade da negociação processual celebrada pelas partes. É possível a existência de negócios probatórios atípicos. Uma vez observados os pressupostos do art. 190 e sendo válido o negócio jurídico processual, o juiz fica a ele vinculado” (DIDIER JR., Fredie et. al. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 105). Ainda: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 156-157.

### 2.1.6. Segue. O CPC de 2015 e a adequação procedimental probatória.

Os poderes instrutórios do juiz incluem também poderes de gestão voltados ao melhor aproveitamento da prova, em respeito à razoável duração, efetividade e eficiência, caracterizando aspecto dos poderes de gestão do juiz no processo, tanto no seu aspecto interno (gerenciamento adequado *do caso*), quanto na perspectiva externa, ou seja, a gestão *de processos*.

Vários dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 oferecem ferramentas que viabilizam essa gestão pelo magistrado, não se podendo perder de vista sua realização também por iniciativa das partes, em alguns casos com a participação do juiz.

Tudo isso insere-se nas hipóteses de *flexibilização procedimental* trazidas pelo Código<sup>391</sup>, caracterizando importante ferramenta para o manejo da técnica processual adequada à tutela dos direitos, em prol da efetividade e da eficiência. Afinal, já se disse que o processo, como instrumento do direito material, deve valer-se das técnicas necessárias à concretização da proteção aos direitos. Sendo impossível ao legislador prever todas as especificidades que podem justificar uma tutela diferenciada, é imprescindível munir-se os sujeitos processuais de todo o aparato necessário para adequar o procedimento às peculiaridades do caso. O tema tem importante aplicação no âmbito dos processos coletivos e as várias necessidades evidenciadas nos casos concretos, a exigir adequações procedimentais que viabilizem a tutela adequada aos direitos coletivos e coletivizáveis.

Especificamente no que tange ao tema deste trabalho – a possibilidade de adequação do procedimento probatório – interessa-nos a elogiável previsão do inciso VI do art. 139 do CPC, que outorga ao juiz poderes para “alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Para um panorama geral sobre essas regras, ver REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPodivm, 2017, em especial as páginas 137 e ss. Ainda, mais especificamente acerca da adequação jurisdicional do processo, DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. I, op. cit., p. 148.

<sup>392</sup> A redação original do dispositivo no anteprojeto do CPC de 2015 dava ao juiz poderes ainda mais amplos. Segundo o art. 107, V, do anteprojeto do Senado Federal, seria possível “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. No direito português existe previsão semelhante: Art. 547. O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo. O Código português anterior já possuía disposição parecida, inserida pelo Dec-lei 180/1996: Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações. A redação original do dispositivo prevista no Dec-lei 329-A/1995, previa a necessidade de acordo das partes para alterações procedimentos pelo juiz. Comentando a alteração legislativa realizada pelo sistema português e, em texto escrito em 2008,

A leitura do dispositivo deixa clara a possibilidade de produção da prova em momento diverso daquele considerado regular, como, por exemplo, a produção de prova oral anteriormente à prova pericial, de forma diversa do que estabelece o Código a respeito<sup>393</sup>.

Também não se descarta a possibilidade de o juiz, à luz do art. 139, VI, do CPC, alterar a ordem dos atos do procedimento para que determine a produção da prova logo após o

---

recomendando sua adoção pelo sistema brasileiro, Fernando Gajardoni afirma: “Com efeito, o novo princípio da adequação formal vem romper com o apertado regime da legalidade das formas processuais. Através dele, visa-se remover um obstáculo ao acesso à justiça em obediência à natureza instrumental da forma do processo, se a tramitação prevista na lei não se adequar ao fim do processo. Conferem-se, então, os correspondentes poderes ao juiz para adaptar a seqüência processual às especificidades da causa apresentada em juízo, reordenando os atos processuais a serem praticados no iter, inclusive com a determinação da prática de ato não previsto ou a dispensa de ato inútil previsto, ou ainda com a alteração da ordem dos atos abstratamente disciplinados em lei” (GAJARDONI, Fernando. *O princípio da adequação formal do direito processual civil português*. In Revista de Processo v. 164/2008, out/2008, p. 127). Acerca do dispositivo, Paula Costa e Silva ressalta posição da doutrina no sentido de que “o art. 265-A teria um campo operativo por excelência, o da cumulação objectiva inicial quando aos pedidos correspondessem formas de processo distintas. Nestes casos e porque estivesse presente alguma das causas de conexão objectiva, justificativa do julgamento e decisão conjunta de diferentes objectos processuais, competiria ao juiz escolher a tramitação que melhor se ajustasse à instrução e decisão de todos eles” (COSTA E SILVA, Paula. *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*. In Revista de Informação Legislativa n. 190, ano 40, abr.junho/2011, p. 139). Aplicando o dispositivo num caso concreto, o Tribunal da Relação de Coimbra assim destacou: “Naturalmente que o princípio da adequação formal, consagrado neste artigo, não transforma o juiz em legislador, ou seja, o ritualismo processual não é apenas aplicável quando aquele não decida, a seu belo prazer, adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais, sob a invocação de, desse modo, assegurar um processo equitativo. Os juízes continuam obrigados a julgar segundo a lei vigente e a respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas (art. 4.º-2 da Lei n.º 21/85, de 30-7), e, daí, que o poder-dever que lhes confere o preceito em causa deva ser usado tão somente quando o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa, e, em decorrência, colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo. Trata-se de uma válvula de escape, e não de um instrumento de utilização corrente, sob pena de subverter os princípios essenciais da certeza e da segurança jurídica. Como é bom de ver, a ideia de adequação formal exige um juiz com uma perspectiva crítica das regras procedimentais, um juiz activo, um juiz empenhado em que o rito processual assegure os fins do processo civil, cumprindo-se assim a instrumentalidade do direito adjectivo face ao direito substantivo. Ainda a propósito da adequação formal, é de assinalar que a actividade desenvolvida pelo juiz neste âmbito não deve ser tomada como o exercício de um simples poder outorgado ao juiz, outrossim como o desempenho de uma competência que lhe é conferida (para ser exercida) de modo a assegurar um processo equitativo” (Apelação 507/10.1T2AVR-C.C1; Secção Cível; Rel. António Carvalho Martins; j. 14.10.2014).

<sup>393</sup> À luz do Código de 1973, Fernando Gajardoni já defendia que “a cogência das disposições que fixam a ordem de produção das provas, todavia, não pode ser levada tão a sério. Questões de conveniência e oportunidade na produção da prova, bem como outras relacionadas ao custo e à dificuldade em realizar algumas delas (especialmente a dispendiosa prova pericial), justificam que as rígidas disposições da legislação sejam fundamentalmente flexibilizadas para a mais adequada, célere e menos custosa resolução do conflito. Por exemplo, nas ações de indenização, toda vez que houver fundada dúvida sobre a caracterização da culpa do demandado pelo evento, não há sentido para a produção prévia da custosa prova pericial comprobatória do dano, se nem se sabe ainda se o primeiro elemento da responsabilização civil (culpa) se caracterizou (art. 186 do CC). Pois realizada a perícia prévia comprobatória do dano e de sua extensão, e só posteriormente colhida a prova oral, corre-se o risco de, não comprovada a culpa, ter-se por irrelevante a prova produzida” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 187/188). Bruno Garcia Redondo apresenta os seguintes exemplos: “(a) antecipação do depoimento pessoal das partes a fim de buscar a confissão no início do fim do procedimento (v.g., para que o depoimento ocorra em sede de audiência de organização e saneamento do processo, e não somente ao final do procedimento, na audiência de instrução e julgamento); ou (b) o escalonamento de provas periciais (determinando inicialmente a realização de perícia relativa a um ramo do conhecimento, seguida de depoimento de testemunhas em audiência, com realização, após a AIJ, de uma segunda perícia relacionada a um segundo ramo científico)” (REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento...* op. cit., p. 145).

recebimento da petição inicial. A medida pode contribuir para uma melhor compreensão dos fatos que compõem a causa de pedir, possibilitando uma melhor delimitação da pretensão e sua mais adequada fundamentação.

É claro que neste caso a prova não poderá ser produzida sem que antes se proceda ao ingresso do réu no processo, a fim de que participe igualmente dessa produção. Uma vez produzida a prova, as partes poderão ter mais clareza sobre a forma como as coisas se deram, de modo a possibilitar o aditamento da inicial pelo autor (desde que com a concordância do réu, nos termos do art. 329, II, CPC) e a dedução, pelo réu, de eventual defesa indireta embasada na apuração dos fatos já realizada no processo. No âmbito dos processos coletivos, em que inúmeros fatos convergem para a construção de pretensões de caráter geral, a medida pode ser relevantíssima para possibilitar que a pretensão coletiva seja corretamente delineada, a partir da correta e ampla verificação e compreensão de todos os fatos necessários à sua análise.

### 2.1.7. A modificação do ônus da prova

As regras do ônus da prova, previstas no art. 373 do CPC, caracterizam ferramenta de incentivo à produção de provas pelas partes. Dessa posição central – ocupada topograficamente pelo art. 373 do CPC/2015 – decorrem institutos como sua distribuição dinâmica (art. 373, §§1º e 2º), a exibição de documento ou coisa (arts. 396 e ss.) etc., todos voltados a instrumentalizar e empoderar o juiz na busca das provas a serem produzidas, quando assim entender necessário. Neste caso, se a parte não produzir a prova contrária aos seus interesses, a consequência poderá ser o julgamento desfavorável. Ao lado dessas ferramentas estão os poderes instrutórios do juiz, voltados também à formação do material probatório que se revele necessário para a formação do convencimento no processo.

O *onus probandi*, assim e de acordo com o art. 373 do CPC/2015, será do autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e do réu quanto aos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor<sup>394</sup>. É evidente que a categorização dos fatos afirmados pela

---

<sup>394</sup> “Se o autor pede o pagamento da dívida e o réu alega que ela foi parcelada, somente podendo ser exigida em parte, o fato é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo; se o réu afirma a exceção de contrato não cumprido, o fato é impeditivo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 206). Acerca do fato impeditivo, afastando sua caracterização como contrário ao fato constitutivo, os autores destacam que “o fato impeditivo não impede a formação da *fattispecie* da qual o fato constitutivo faz parte e visa a constituir. O fato impeditivo não é um elemento que integra a *fattispecie*, mas sim algo que está do seu lado de fora, e assim apenas impede que o fato constitutivo produza os seus efeitos. Vale dizer, o fato constitutivo é sempre suficiente para dar origem à *fattispecie*, mas o fato impeditivo retira a sua eficácia ou impede que ela produza efeitos. É nesse sentido que se diz que o fato impeditivo atua externamente sobre a eficácia do fato constitutivo, ou melhor, impede que a *fattispecie* produza efeitos ainda que os seus elementos constitutivos estejam presentes” (Ibid., p. 205). Quanto à diferença entre prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos e a contraprova,

parte deve necessariamente anteceder a análise dos encargos probatórios, em especial porque as regras do ônus da prova voltam-se também às partes, norteando suas condutas probatórias no processo. Assim, o correto enquadramento dos fatos como *constitutivos* ou *modificativos etc.* possibilitará que as partes conheçam de antemão as condutas que delas se espera no processo. As partes devem ser responsáveis por compreender esse adequado enquadramento, nada impedindo, porém, que em caso de dúvida haja o devido esclarecimento pelo juiz, em especial no momento de eventual *audiência de saneamento compartilhado*<sup>395</sup>.

A legislação processual civil, portanto, informa de antemão aos sujeitos processuais a titularidade da responsabilidade pela prova no processo. A distribuição, de todo modo, igualmente poderá ser objeto do exercício do poder de gestão das partes ou do juiz. No primeiro caso, por meio da realização de negócio jurídico processual, desde que a prova recaia sobre fato relativo a direito disponível e a distribuição convencional não torne excessivamente difícil o cumprimento do encargo (art. 373, §§3º e 4º, do CPC). No segundo, por meio da distribuição diversa do ônus da prova por determinação do juiz, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do CPC/2015.

A possibilidade de modificação judicial – que, embora com contornos diversos, já era admitida nas hipóteses de relações de consumo regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII)<sup>396</sup> –, é novidade no Código de Processo Civil de 2015, recebendo da doutrina a denominação de *distribuição dinâmica do ônus da prova*<sup>397-398</sup>, para diferencia-la da

---

explicam: “Há contraprova quando o réu contesta o fato constitutivo e requer prova em relação a ele. A contraprova não é apenas a que objetiva invalidar formalmente a prova do fato constitutivo, como a que visa demonstrar a falsidade do documento que aponta para o fato constitutivo. A contraprova diz respeito ao próprio fato constitutivo, e não apenas à sua prova. Se o autor produziu prova documental ou testemunhal, a contraprova pode demonstrar o contrário do que essas provas trazem em seu conteúdo. Assim, por exemplo, se o autor produziu prova testemunhal para demonstrar que o réu atravessou o sinal vermelho, o réu produz contraprova quando requer a ouvida de uma testemunha para dizer o contrário” (Ibid., p. 207).

<sup>395</sup> Vale lembrar que o Código de Processo Civil de 2015, à luz do princípio da colaboração, e na esteira do que de certo modo já estabelecia o CPC/73 pós reforma de 2002 para a audiência preliminar, previu, no art. 357, §3º, que “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”.

<sup>396</sup> Desde que verificada a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

<sup>397</sup> “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está em mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. In PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 19-20).

<sup>398</sup> O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América prevê a técnica da dinamização no parágrafo primeiro do art. 12: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração [...]”. Os códigos modelos de processo coletivo brasileiros já propostos também apresentavam regras semelhantes.

distribuição estática, ou seja, aquela prevista *estaticamente* (e *abstratamente*, ou seja, sem considerar as peculiaridades do caso concreto) no *caput* do art. 373 do CPC. À luz dos princípios constitucionais que regem o processo civil – em especial o da *igualdade substancial* –, é possível afirmar que a técnica já existia mesmo anteriormente ao Código de 2015<sup>399</sup>. Afinal, tendo como norte a busca pela tutela jurisdicional adequada, é imperioso que se considere as características do caso concreto para se definir quem, de fato, será responsável pela prova de cada fato necessário ao julgamento<sup>400</sup>.

Desse modo, vislumbrando que a prova poderá ser mais facilmente produzida por uma parte, ainda que a lei não impute a ela essa responsabilidade, poderá o juiz distribuir<sup>401</sup> o *onus probandi* de forma diversa, a partir de um olhar atento às peculiaridades do direito material em discussão<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> “A carga dinâmica, por sua vez, não sofre limitações decorrentes de previsão legislativa e tem uma aplicação mais geral, voltada para todo e qualquer tipo de processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente ou inadequado e desde que um dos litigantes tenha maior facilidade ou esteja em melhores condições de produzir a prova respectiva” (CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: 2009, p. 76). “A possibilidade de alteração do esquema estático previsto no art. 333 do Código de Processo Civil surge como técnica que, embora não prevista expressamente pelo legislador – como a instituído pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor para os casos submetidos ao seu âmbito de incidência – permite ao juiz conformar o procedimento probatório à luz das circunstâncias do caso concreto, permitindo que as partes concentrem sua atividade probatória de modo eficiente, isto é, evitando economizar ou subtrair esforços em prol da adequada formação do juízo de fato” (CARPES, Arthur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104). “Não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 373 do CPC/2015 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada. Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar à do art. 373 do CPC/2015, e por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 228). Em sentido contrário: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 54. PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O Ônus da Prova no Processo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 200.

<sup>400</sup> Não se pode perder de vista, aliás, que a consideração das peculiaridades do caso concreto é de observância fundamental para nortear a prática de todos os atos que integram o procedimento. Se “a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 124), é possível e imperativo dizer que momento algum do processo poderá desamparar essas necessidades.

<sup>401</sup> Como alerta Suzana Santi Cremasco, distribuir o ônus da prova é algo diverso de simplesmente determinar-se a sua inversão. Afinal, “a adoção da carga dinâmica, exatamente porque tem incidência nos casos em que o regramento estático é insuficiente ou inadequado – e, por essa razão, deve ser anteriormente afastado – pressupõe a ausência, para a sua incidência, de uma distribuição prévia e arraigada do encargo entre as partes. Ao pressupor essa situação e ao prever que a repartição do encargo deverá se dar em momento posterior à instauração da lide, não há sentido em se falar em inversão. É que, se quando da incidência da carga dinâmica, nenhuma das partes tem previamente o encargo probatório, não há como sustentar a inversão de um ônus que, arte então, não existia” (CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição...* op. cit., p. 75).

<sup>402</sup> A questão tem relação direta com a necessidade de prestação adequada à tutela dos direitos no caso concreto. A respeito do tema, em trabalho anterior ao Código de 2015, Sérgio Cruz Arenhart aponta, além da modificação convencional, outras três modalidades de modificação do ônus da prova, a saber: a) a modificação legal, como é o caso da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII); b) a modificação judicial, “operada por intervenção direta da atividade jurisdicional”; c) a modificação necessária, derivada da modificação judicial, cabível nos casos de ações negativas (fundadas na inexistência de certo fato) e de ações voltadas para o futuro (ou seja, para a tutela inibitória), caso em que “desde que satisfeitos os pressupostos

A técnica não é livre de críticas. Afirma-se que se trataria de exercício autoritário dos poderes instrutórios do juiz, de forma a prejudicar, sem justificativa nas garantias constitucionais, a parte a quem é imposto o ônus da prova<sup>403</sup>. Essa perspectiva, contudo, não leva em conta os adequados conceito e finalidade da Jurisdição, voltada à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva que considere as necessidades do direito material, com o integral respeito às garantias constitucionais, em especial da igualdade substancial.

Paralelamente a isso, a autorização para se dinamizar o ônus da prova de acordo com as peculiaridades do caso concreto justifica-se na perspectiva da gestão da prova pelo juiz, de modo a potencializar sua produção no processo<sup>404</sup>. Assim, vislumbrando que a prova poderá ser mais facilmente produzida por uma parte, não há óbices (e é até recomendável) que o juiz atribua a ela o ônus da prova, possibilitando a formação do convencimento necessário ao julgamento. A mesma medida poderá ser adotada nos casos em que a parte se recusa a colaborar

---

apontados anteriormente (impossibilidade da prova pelo autor e possibilidade concreta pelo réu), deverá o magistrado afastar a incidência da regra do art. 333, do Código de Processo Civil, distribuindo o ônus da prova, no caso, entre as partes, segundo as particularidades do caso concreto, e conforme esta maior facilidade na apresentação da prova” (ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual brasileiro*, p. 12-39 Disponível em [https://www.academia.edu/305697/O\\_Onus\\_da\\_Prova\\_e\\_sua\\_Modificacao\\_no\\_Direito\\_Processual\\_Civil\\_Brasil\\_eiro](https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasil_eiro)

Acesso 15.10.2016).

<sup>403</sup> As críticas, em sua maioria, são formuladas pelos adeptos do *garantismo processual*. Nesse sentido: 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 autor, porém, parte de premissa equivocada, considerando que a técnica viola a garantia da defesa em juízo porque determinada na sentença, “convertendo em ganhador aquele que perdeu conforme as normas tidas como vigentes pelos contendores” (Loc. cit.). Não é o que ocorre, em especial após o CPC/2015 e a previsão do art. 357, III, com a obrigatoriedade de que a modificação do ônus da prova ocorra no saneamento. Quanto ao garantismo, trata-se de teoria voltada, em sua criação, ao Processo Penal, com origem na obra de Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão – teoria do garantismo penal*, 2ª. ed. Trad. SICA, Ana Paula Zomer *et at.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006). A doutrina defensora do garantismo adaptou essas ideias ao Processo Civil, entendendo que, também neste caso, deve a condução e direção do processo ser conduzida exclusivamente pelas partes, sem interferências judiciais que possam representar a quebra de princípios e garantias constitucionais, notadamente o devido processo legal, segurança jurídica, isonomia e imparcialidade. Nesse sentido, Juan Montero Aroca afirma que “um processo regido pelos princípios da *oportunidade*, *dispositivo* e da *iniciativa da parte em matéria probatória* [= *aportación*], ou seja, um processo regido pelo velho brocardo *ne procedat iudex ex officio e iudex judicare debet secundum allegata et probata partibus*, supõe necessariamente que os fatos que importam ao processo são os que foram *afirmados* pelas partes – e por ninguém mais! [...] Além disso, um processo orientado por princípios como o do contraditório e da igualdade das partes, e que é regulado de modo a conferir certas regras voltadas à segurança dessas próprias partes – como a preclusão, por exemplo – não pode negar um e/ou outro a serviço de uma pretendida verdade que estaria por cima das próprias *garantias* oferecidas pelo processo” (AROCA, Juan Montero. *Prova e Verdade no Processo Civil – Contributo para o Esclarecimento da Base Ideológica de Certas Posições Pretensamente Técnicas*. DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 506/507).

<sup>404</sup> “A teoria da distribuição dinâmica preocupa-se, pois, com a tutela final que será outorgada aos jurisdicionados, com a sua efetividade e justiça [...] a distribuição do ônus da prova não parte de um critério apriorístico para determinar a sua alteração, mas, na essência, estabelece a cooperação das partes na colheita da prova, distribuindo os encargos de um modo tal que pode ou não ser condizente com a disciplina legal eventualmente existente” (CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição... op. cit.*, p. 74-75).

com a produção da prova que cabe à outra parte. Nesse caso, além da imputação de uma medida coercitiva (nos termos do parágrafo único do art. 400 do CPC) ou de uma sanção, poderá o juiz distribuir o ônus da prova de forma diversa, impondo à parte que não age colaborativamente o ônus de produzir a prova. A hipótese decorre de uma interpretação extensiva do *caput* do art. 400, admissível sempre que houver plausibilidade nas alegações e dificuldade na produção da prova dessas alegações gerada pela parte contrária.

A racionalidade dessa decisão será extraída da sua adequada fundamentação, voltada à demonstração objetiva de que os fatos serão melhor provados por essa ou por aquela parte, e não necessariamente por quem estiver incumbido normalmente da prova de acordo com a regra do art. 373 do CPC.

A questão, por evidente, deverá ser definida de modo a possibilitar que a parte se desincumba do encargo<sup>405-406</sup>. Como regras de procedimento<sup>407</sup>, as disposições sobre o ônus da

---

<sup>405</sup> Embora seja comum encontrar-se decisões em sentido contrário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo anteriormente à edição do CPC/2015 e, portanto, sem que houvesse previsão legal nesse sentido, já entendia que “a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012 (AgRg no REsp 1450473/SC; 2ª T. Rel. Min. Mauro Campbell Marques; j. em 23/09/2014; DJe 30/09/2014). Em sentido contrário: “Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença” (STJ, REsp 1125621/MG; 3ª T. Rel. Mina. Nancy Andriahi; j. em 19/08/2010; DJe 07/02/2011).

<sup>406</sup> “Exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão judicial do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do autor, é transformar em regra geral aquilo que foi pensado para ser aplicado caso a caso; ou seja, é considerar que a possibilidade de inversão feita pelo juiz equivale à distribuição do ônus da prova feita pelo legislador. Se isso acontecer, a decisão é nula, por violação ao contraditório” (DIDIER JR., Fredie et. al. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 142).

<sup>407</sup> De forma diversa, entende Sérgio Cruz Arenhart: “não importa a origem da prova, a regra do ônus da prova não proíbe a utilização de uma prova oriunda por alguém que não tenha o ônus em seu aporte ao processo. Para o processo, importa apenas que a prova de certa afirmação de fato esteja ou presente; sua origem é completamente irrelevante. Neste sentido, a regra do ônus da prova visa a regular não os deveres das partes (ao menos de forma direta), indicando quem deve provar o que no processo, mas antes a forma como o magistrado deve julgar a causa diante da ausência de prova de certa afirmação de fato. A regra, portanto, não incide no início do processo, de forma a apresentar às partes como devem comportar-se, senão ao seu final, quando do julgamento da causa — ou, excepcionalmente, em outro momento processual, por ocasião da análise de alguma liminar requerida — quando esgotadas as formas de tentar obter a prova de todos os fatos relevantes ao processo. A regra de ônus da prova, enfim, é determinação voltada ao juiz, para apontar-lhe como deve julgar a causa — e como deve considerar as afirmações de fato — diante da impossibilidade concreta de produzir-se prova sobre determinada alegação de fato. Isto, todavia, não invalida a outra teoria a propósito da função da regra do ônus da prova. Na realidade, as duas teorias não são excludentes, mas complementares, representando apenas duas faces de um mesmo fenômeno. Se é verdade que esta regra se dirige ao juiz, é possível também dizer que, indiretamente, ela se destina às partes. Afinal, ciente a parte de que a ausência de prova sobre certa afirmação de fato poderá vir em seu prejuízo, terá ela motivação suficiente para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência

prova devem nortear a conduta das partes durante a fase de saneamento e de instrução, possibilitando o adequado conhecimento e desincumbência de seus ônus<sup>408</sup>. Também aí aparece um importante reflexo da colaboração.

Há aqui, um outro detalhe. Sabe-se que além de servir de norte para a conduta processual das partes quanto à produção de provas no processo (o ônus *subjetivo*), as regras sobre o ônus da prova também orientam o juiz nos casos em que insuficiente o material probatório para embasar um julgamento adequado da demanda. É por isso que, além de se caracterizarem como regras de procedimento, as disposições sobre a distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, atribuindo ao ônus da prova também um aspecto *objetivo*. Este aspecto emerge nos casos em que, sendo imperioso o julgamento do mérito, o juiz não atingiu um grau suficiente de convencimento acerca da melhor solução para o caso. Não existe nessas situações, portanto, outra forma de se resolver a questão senão por meio da aplicação das regras do ônus da prova.

As duas vertentes do ônus da prova devem caminhar juntas. Afinal, não haverá incentivo à parte na produção da prova se ela não souber, de antemão, dos riscos decorrentes de sua omissão. Assim, se a parte deve conhecer previamente as condutas probatórias que deverá adotar no processo, deve também, paralelamente a isso, conhecer as consequências da sua inobservância. Se, ainda assim, deixar de atender ao que dela se espera no processo, poderá sofrer as consequências previamente estabelecidas.

## 2.2. A produção coletiva da prova

### 2.2.1. Colocação do problema: o tratamento coletivo da prova

O relatório Justiça em Números produzido pelo CNJ em 2017 indica, como já se viu, a existência de significativa quantidade de processos em trâmite em 1º grau de Jurisdição, o que

---

do gravame, caso os demais sujeitos do processo não tragam a prova ao processo” (ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova...* op. cit., p. 6-7).

<sup>408</sup> “Ninguém duvida que o juiz possa julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável – e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro ‘ônus’ – não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária. Nesse sentido, afirma o art. 357, III, que o juiz, na decisão de saneamento, deve ‘definir a distribuição do ônus da prova’ e diz o art. 373, §1º, que a inversão do ônus da prova ‘deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído’, ambos do CPC/2015” (MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 201).

recomenda a adoção de medidas voltadas à redução desse número, sem perder de vista a qualidade da prestação jurisdicional. Significativa parte desse total é composta por casos repetitivos, decorrentes de relações de massa ou de danos com alcance a quantidade indefinida de pessoas e que poderiam, sem qualquer prejuízo e de forma muito mais eficiente e efetiva, serem solucionados coletivamente.

Alguns casos são emblemáticos, não só pela repercussão social gerada, como por veicularem, em centenas ou milhares de ações, pretensões muitas vezes diversas, mas fundadas numa mesma questão fática.

Em 1998 ficou conhecido o caso das *pílulas de farinha*, em que várias mulheres consumiram medicamento anticoncepcional que não possuía o princípio ativo necessário a impedir a gravidez indesejada das consumidoras. Segundo informações fornecidas à imprensa em 2008 pela fabricante dos medicamentos<sup>409</sup>, há mais de 250 ações individuais discutindo indenizações em razão desse fato. Foi proposta também uma ação coletiva pelo Procon e pelo Município de São Paulo, na qual o Superior Tribunal de Justiça confirmou sentença que condenou a fabricante ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos morais coletivos<sup>410</sup>. Sobre o mesmo tema, o IDEC propôs ação coletiva em 1998, julgada

---

<sup>409</sup>Fonte: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL374034-5598-00-APOS+UMA+DECADA+BRIGA+JUDICIAL+POR+CAUSA+DAS+PILULAS+DE+FARINHA+CONTINUA.html> Acesso 14.07.2018.

<sup>410</sup> STJ. REsp 866.636-SP; 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 29.11.2007; DJ 06.12.2007. Os pedidos formulados na ação foram os seguintes: 1) disponibilizar equipe médica neutra à disposição de todos os lesados, sem custo a estes, para fornecimento de todas as informações, exames e acompanhamentos necessários, inclusive para o fim de comprovar a ocorrência de gravidez em face do uso do placebo; 2) publicar em jornais de grande circulação, rádio e TV, notas explicativas sobre o ocorrido e informações aptas a propiciar, pelos consumidores, a verificação sobre a compra de medicamento eficiente, assim como a informar sobre a existência da equipe médica supra referida; 3) a fixação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em face de descumprimento das medidas supra; 4) pagamento de compensação pelos danos morais coletivos ao fundo de reparação dos interesses difusos, em valor mínimo de um milhão de reais; 5) pagamento das custas e despesas processuais. Não houve, como se vê, pedido de reparação de danos individuais, materiais ou morais. Poderia ter havido. Afinal, tratando-se de pedido de condenação genérica, seria possível o reconhecimento do direito das consumidoras à reparação de danos, com demonstração do nexo causal e do dano em liquidações individuais. O ponto denota uma questão interessante, que contribui para a diferenciação entre danos de caráter individual e dano coletivo. Afinal, não obstante a comprovação quanto ao uso do anticoncepcional seja difícil e, por isso, algumas consumidoras não consigam comprovar o consumo (salvo por indícios, possibilitando a redução do módulo da prova), o dano coletivo causado pelo descarte irregular dos medicamentos, a chegada das cartelas de comprimidos ao mercado e a falta de informação suficiente acerca do ocorrido é inequívoco. Quanto aos danos individuais, parte das decisões do STJ a respeito reconhecem a inexistência de comprovação do nexo causal e, por isso, a impossibilidade da reparação (como, por exemplo, no AgRg no AREsp 171796/SP; 4ª T. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; j. 25.02.2014; DJe 05.03.2014), e parte reconhecem a inviabilidade da prova, sem prejuízo da necessária proteção ao consumidor. Nesse sentido: “está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor” (REsp 1120746/SC; 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 17.02.2011; DJe 24.02.2011).

improcedente<sup>411</sup>, decisão confirmada pelo STJ<sup>412</sup>. Pesquisa realizada no endereço eletrônico dos Tribunais demonstrou a existência de centenas de processos individuais<sup>413</sup>. O problema gerou, à época, relevante discussão em torno da falsificação de medicamentos<sup>414</sup>.

São conhecidos também os temas da judicialização da saúde e do acúmulo de demandas judiciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos<sup>415</sup>, muitas vezes de alto custo.

Na Vara Cível de Bocaiúva do Sul/PR, tramitam cerca de 2.300 ações individuais de reparação de dano moral contra Plumbum do Brasil Ltda. e outros, em decorrência da poluição ambiental provocada na região pelo lançamento de chumbo. A elevada quantidade de ações, todas num mesmo Juízo, foi ajuizada mesmo diante da existência de duas ações coletivas propostas com base nos mesmos fatos discutidos nas ações individuais.

Pense-se ainda, hipoteticamente, em ações em que se discute a concessão de benefícios previdenciários decorrentes da exposição de trabalhadores a agentes nocivos ou insalubres; ou ações propostas por vítimas de um mesmo acidente, ou ações propostas por adquirentes de unidades habitacionais que apresentam defeitos comuns e pretendem demandar contra a construtora para a reparação dos danos decorrentes desses vícios<sup>416</sup>. Imagine-se, também, ações propostas em razão do *dieselgate*, problema decorrente da falsificação de testes de emissões de

<sup>411</sup> Ação civil pública n. 583.00.1998.028338-1, da 34ª Vara Cível de São Paulo.

<sup>412</sup> REsp 1.639.017-SP; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; j. 23.03.2018; DJe 02.05.2018. Pende de julgamento agravo interno interposto pelo IDEC.

<sup>413</sup> No Tribunal de Justiça de São Paulo foram encontradas 461 decisões a respeito do caso; 22 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; 5 no Tribunal de Justiça do Paraná; 9 no Tribunal de Justiça de Santa Catarina; 22 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. No Superior Tribunal de Justiça, 9 acórdãos e 50 decisões monocráticas foram proferidas a respeito.

<sup>414</sup> Estudo realizado com o objetivo de obter e analisar dados de medicamentos falsificados no Brasil constatou, a partir de dados obtidos junto à Polícia Federal, que “as apreensões de medicamentos inautênticos geraram 42 solicitações periciais em 2007, 84 em 2008, 132 em 2009 e 113 até setembro de 2010, totalizando 371 laudos e 610 medicamentos declarados falsos após análises laboratoriais e visuais feitas por peritos criminais federais. O número de medicamentos falsificados encaminhados à perícia aumentou mais de 200,0% entre janeiro de 2007 e dezembro de 2009; até setembro de 2010, esse aumento foi superior a 100,0%” (AMES, Joseane; SOUZA, Daniele Zago. *Fasificação de medicamentos no Brasil*. In Revista de Saúde Pública v. 46 n.1. São Paulo, 2012. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102012000100019](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000100019) Acesso 14.07.2018). A questão gerou a edição da Lei 11.903/2009, que criou o Sistema Nacional de Controle de Medicamentos, alterada pela Lei 13.410/2016.

<sup>415</sup> Estudo realizado por pesquisadores da Universidade Positivo analisou casos envolvendo solicitação de medicamentos em trâmite na Justiça Federal do Paraná no ano de 2014. O número encontrado foi de 347 ações, sendo que apenas seis laboratórios foram responsáveis por 61,8% dessas demandas (NISIHARA, Renato Mitsunori; POSSEBOM, Ana Carolina; BORGES, Luiza de Martino Cruvinel; SHWETZ, Ana Claudia Athanasio Shwetz; BETTES, Fernanda Francis Benevides. *Demanda judicial de medicamentos na Justiça Federal do Estado do Paraná*. In Jornal Einstein v. 15, n.1, pp.85-89, São Paulo, 2017).

<sup>416</sup> Há notícia de ação civil pública proposta em Juiz de Fora/MG pelo Ministério Público Federal contra a Construtora Cherem Ltda. e a Caixa Econômica Federal por erros de projeto e de execução de obras do Programa Minha Casa Minha Vida, do Governo Federal. Os vícios foram identificados nas 329 unidades de um condomínio residencial, e nas 565 unidades de outro. Os pedidos englobavam condenação por dano moral coletivo e danos individuais. A ação encontra-se na fase instrutória, para produção de prova pericial (Autos n. 0017996-98.2014.4.01.3801; 2ª Vara de Juiz de Fora/MG).

poluentes envolvendo o Grupo Volkswagen e outras diversas fabricantes de carros pelo mundo, com desdobramentos no Brasil, ensejando ação coletiva proposta no Rio de Janeiro pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (autos n. 0412318-20.2015, 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro).

A manutenção de ações individuais diversas, propostas por trabalhadores diversos, muitas vezes contra a mesma empresa, ou por mutuários diversos contra a mesma construtora, contribui para a sobrecarga do Poder Judiciário e a ofensa à isonomia. Tratando-se de questão fática – a efetiva exposição a agentes nocivos e insalubres; os defeitos nas unidades habitacionais –, haverá necessariamente a produção de prova em cada uma das ações. Além da sobrecarga decorrente da prática de atos desnecessariamente repetitivos, a existência de variadas ações individuais abre a possibilidade de decisões conflitantes, que ora concederão o benefício pela presença dos apontados agentes, ora não, ainda que se trate do mesmo ambiente de trabalho, das mesmas unidades habitacionais, e de trabalhadores e mutuários que se encontram numa mesma situação fática.

O problema pode se refletir em demandas envolvendo reparação de danos por qualquer vício de serviço ou produto ou decorrentes de ato ilícito, pretensões ligadas a questões contratuais etc. Muito frequentemente, dizem respeito a interesses que, embora individuais, carregam um problema de política pública, com efeitos irradiados para incontáveis indivíduos, sugerindo a adoção de medida de caráter coletivo, para muito além da solução individual do problema.

Não há propriamente, em todos esses exemplos, identidade de pedido e causa de pedir. Nem sempre, portanto, a repetição de questões viabilizará a propositura de uma ação coletiva. Não, ao menos, que abranja todas as questões afetas a cada um dos indivíduos. O ponto em comum entre todos eles está justamente na necessidade de produção de prova idêntica, que acabará por ser produzida repetidamente em cada um dos processos. Para além do risco de decisões conflitantes, há ainda os evidentes custos financeiro e de tempo desnecessários. De outro lado, a prova emprestada nem sempre poderá resolver esses problemas, pelas restrições decorrentes da impossibilidade de ser utilizada contra quem não participou de sua produção.

Ainda que seja possível a propositura de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, sabe-se que isso não impede a propositura de ações individuais. Tome-se, por exemplo, a citada ação proposta pelo Ministério Público Federal em Minas Gerais contra a Construtora em razão de vícios nas unidades habitacionais do Programa Minha Casa, Minha Vida. A ação está, neste momento, em sua fase instrutória. A prova pericial que será produzida poderá comprovar a existência dos vícios. Havendo ações individuais propostas em

razão do mesmo problema que ensejou a coletiva, contendo pedidos de caráter individual que não integram os pedidos formulados pelo Ministério Público, nada impede que a prova pericial produzida na ação coletiva seja utilizada pelos autores individuais.

É para esses casos que se vislumbra a plena aplicabilidade de técnicas que possibilitem a produção coletiva da prova de questão fática repetitiva.

Em linhas gerais, por tudo o que já se apontou, a finalidade da adoção desses mecanismos será (i) a *eficiência*, na medida em que evitará a produção de reiteradas provas sobre uma mesma questão, (ii) a *universalização*, possibilitando a produção de prova que interesse a todos aqueles que se identifiquem com a questão de fato e sua utilização por todos eles, (iii) a *efetividade*, com o trâmite mais ágil de instrução única e o aproveitamento de seu resultado, sem a necessidade de repetições e conseqüente satisfatória concretização do direito; e (iv) *isonomia*, evitando a obtenção de resultados diversos acerca da prova de um mesmo fato.

### **2.2.2. O objeto da prova coletiva: a identificação da questão comum de fato**

As propostas deste trabalho voltam-se à produção coletiva da prova de fato com potencial para sustentação de inúmeras pretensões individuais ou coletivas que se fundamentem na mesma questão de fato. Basicamente, o manejo das técnicas aqui apresentadas possibilita a produção de uma única prova que alcance inúmeros titulares de pretensões que tenham como base o fato provado. A produção poderá ocorrer de forma antecipada<sup>417</sup> ou incidental, neste último caso decorrendo da existência de repetidas ações em que se discuta a mesma questão de fato e sua agregação para tratamento coletivo.

A comunhão de questões de fato é, portanto, premissa básica para a adoção dessas técnicas. A definição da natureza fática da questão não é, porém, tarefa fácil, exigindo o exame de dois fatores: a) o que é, afinal, uma questão de fato e no que ela se diferencia de uma questão de direito. Tratando-se de fato comum que deva ser objeto de prova, preenchido estará o primeiro requisito necessário à coletivização; b) o grau de comunhão necessário para que se viabilize o tratamento coletivo. Aqui é preciso resolver também se, havendo uma questão comum em meio a várias outras questões individuais, será possível a agregação para tratamento coletivo.

---

<sup>417</sup> “A antecipação ‘coletiva’ da prova pressupõe a existência de fatos comuns a diferentes pessoas, justificando-se apenas diante da prevalência desse aspecto comum. Do contrário, a prova há que ser melhor e mais racionalmente produzida de forma individualizada” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 374).

Embora, como lembra Sergi Guasch Fernández, o ponto caracterize um dilema muito grave<sup>418</sup>, a diferenciação entre a natureza fática ou jurídica de uma questão assume especial importância<sup>419</sup>. Não só por constituir a primeira e talvez principal premissa para investigação acerca do objeto da prova, como pela discussão em torno da possibilidade de exame de questões fáticas pelos Tribunais Superiores no julgamento de recursos extraordinários<sup>420</sup>, como decorrência das súmulas 07/STJ e 279/STF. Como essas Cortes não são órgãos de revisão de fatos, mas sim de correção de ilegalidade ou inconstitucionalidade, a definição da natureza da questão posta é o primeiro requisito a ser analisado no julgamento de um recurso especial ou extraordinário. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça considera que a valoração dos fatos expressamente delineados na decisão recorrida é passível de análise pela Corte<sup>421</sup>, justamente porque a qualificação jurídica dos fatos caracteriza questão de direito<sup>422</sup>.

---

<sup>418</sup> FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El Hecho y el Derecho...*, op. cit., p. 178. Em sua clássica obra sobre o tema, o autor destaca que “toda distinción entre hecho y derecho debe ser vista con mucha relatividad, pues los hechos que importan son los destinados a penetrar en el derecho. No se trata de que la distinción sea absoluta sino que para su posible diferenciación es necesario eliminar toda visión antitética” (Ibid., p. 183).

<sup>419</sup> O ponto é muito discutido na jurisprudência norte-americana. Em *Markman v. Westview Instruments, Inc, et al*, de 1996, analisou-se se a questão relativa à reivindicação de patentes caracterizava uma questão de fato ou de direito e, via de consequência, se seria uma questão a ser decidida por um juiz ou por um júri (*jury issue*). Basicamente, entendeu-se que a especificação da patente é uma questão de direito, enquanto a verificação quanto à violação da patente é questão de fato: “A judge, from his training and discipline, is more likely to give proper interpretation to highly technical patents than a jury and is in a better position to ascertain whether an expert’s proposed definition fully comports with the instrument as a whole. Finally, the need for uniformity in the treatment of a given patent favors allocation of construction issues to the court” (Markman v. Westview Instruments, Inc, et al, 517 U.S. 370 1996. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/370/> Acesso 14.07.2018). Em caso envolvendo questão de classificação de jatos de tinta para fins de tarifação, a Court of International Trade fez interessante diferenciação acerca das questões de fato e de direito: “Interpreting the meaning of a tariff provision involves statutory construction and is therefore a question of law. Determining the “nature” of merchandise to be classified is a question of fact. Determining whether merchandise to be classified “comes within” a properly construed tariff provision, an apparently penultimate issue, is also said to be a question of fact. But, determining which tariff provision imported merchandise is properly classified under, which is the ultimate issue, is a question of law” (Avecia Inc Plaintiff v. United States of America No. 05-00183 Ct. Int'l Trade 2007. Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cit/05-00183/05-00183-2007-03-19.html> Acesso 14.07.2018).

<sup>420</sup> Embora ressalte ser impossível, rigorosamente, a distinção integral entre questão de fato e questão de direito, “já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico”, ou seja, “o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas”, Teresa Arruda Alvim sugere que a solução será encontrar aquelas questões predominantemente de fato e aquelas que sejam predominantemente de direito. Nas palavras da autora, “embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de fato e de norma, o aspecto problemático desse fenômeno pode estar lá ou cá” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. In Revista de Processo n. 92/1998. Out.dez/1998, p. 53).

<sup>421</sup> Nesse sentido: AgRg no REsp 1688105/MS; 5ª Turma; Rel. Min. Felix Fischer; j. 05.06.2018; DJe 08.06.2018; REsp n. 737797/RJ; 1ª Turma; Rel. Min. Luiz Fux; j. 03.08.2006; DJ de 28.08.2006, p. 226; RESP n. 184.156-SP; 5ª Turma; Rel. Min. Felix Fischer; j. 01.10.1998.

<sup>422</sup> “Não há que se confundir a inadmissibilidade do recurso especial, para fins de reexame de fatos e provas, o que é sabido ser vedado pela Súmula n.º 7/STJ, com o seu exame quando conclui este Superior Tribunal de Justiça, que se equivocou o Tribunal a quo na aplicação do direito. Com efeito, matéria de fato não se confunde com qualificação jurídica dos fatos” (STJ; EDcl no Recurso Especial nº 649.711/BA; 3ª Turma; Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 13.02.2007; DJ 05.03.2007, p. 278).

Não se ignora a interligação entre os conceitos de questão de fato e de direito, sobre os quais, aliás, muito já se debruçaram a doutrina e a jurisprudência<sup>423</sup>. Não parece ser equivocado concluir que as questões postas em um processo, ainda que relativas ao esclarecimento acerca do modo como as coisas se deram no mundo, jamais poderão ser consideradas puras e simples questões de fato<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> Danilo Knijnik propõe em sua tese a existência de uma nova categoria, além da tradicional classificação das questões como “de fato” ou “de direito”. Trata-se das questões mistas que, segundo o autor, seriam “um grupo de questões insuscetíveis de reclassificação, seja na questão de fato, seja na questão de direito, ao qual se poderá chamar, valendo-se do direito comparado, de questão mista, e que poderá, ou não, presentes certos requisitos, ser objeto de uma revisão in jure”. Ao lado das questões mistas, o autor categoriza as demais questões da seguinte forma: “1) Um grupo de questões que, necessariamente, está à margem do controle revisional, em função de suas implicações fáticas, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de fato; 2) um grupo de questões que, necessariamente, está sujeito ao controle revisional, em função de seu caráter eminentemente jurídico, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de direito” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 160). No âmbito da *common law*, questões mistas são “questions in which the historical facts are admitted or established, the rule of law is resolved and the issue is whether the facts satisfy the statutory standard, or to put it another way, whether the rule of law as applied to the established facts is or is not violated” (Bausch & Lomb v. United States, United States. Court of International Trade Feb 4, 1997 957 F. Supp. 281 Ct. Int'l Trade 1997). A dúvida do caso consistia em saber se uma escova de dentes elétrica poderia ser classificada de acordo com a Harmonized Tariff Schedule of the United States como uma “escova de dentes” ou como um “aparelho eletromecânico doméstico” para fins de tributação. Ainda, em decisão proferida pela United States Court of Appeals for the Federal Circuit envolvendo o Hact Act de 1939 (ato que impede a prática de atos políticos por funcionários do Governo Federal, exceto o presidente, vice-presidente e alguns altos funcionários designados), destacou-se: “this case reveals the falseness of the fact-law dichotomy, since the determination at issue, involving as it does the application of a general legal standard to particular facts, is probably most realistically described as neither of fact nor law, but mixed [...] The mixed questions in this zone of logical overlap fairly can be conceptualized as either essentially factual or essentially legal because they have a substantial normative element, yet are case-specific” (Lynnwood Campbell v. Merit Systems Protection Board. United States Court of Appeals, Federal Circuit. 27 F.3d 1560 1994). Em artigo no qual analisa a diferenciação entre questões de fato e de direito em ações envolvendo imigração, Rebecca Sharpless destaca: “A mixed question is commonly defined as involving the application of law to facts that have already been established either because they have been adjudicated or because they are not in dispute. A mixed question is so termed because it involves both law and fact. Mixed questions contrast with legal questions that involve only statutory or constitutional interpretation. Mixed questions also contrast with factual questions involving the ‘who, what, when, and how’ of historical events” (SHARPLESS, Rebecca. *Fitting the formula for judicial review: the law-fact distinction in immigration law*. In *Intercultural Human Law Review* 58, 2010, p. 66 Disponível em [https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1481&context=fac\\_articles](https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1481&context=fac_articles) Acesso 14.07.2018). A autora dá interessante exemplo: “an asylum case might raise the statutory legal question of how to interpret the term ‘persecution’ in the refugee definition. A factual question in the same case might be whether government agents from the applicant's home country beat the applicant and threatened to kidnap her child. A mixed question would be whether the specific mistreatment suffered by the applicant meets the legal definition of persecution. Mixed questions of law and fact may be understood abstractly as fitting a simple formula. If X denotes the legal rule at issue and A and B are the established facts, the basic mixed question formula is: Do established facts A-B satisfy rule X?” (Ibid., p. 67).

<sup>424</sup> Castanheira Neves, em clássica obra acerca dessa temática, destacou: “[...] Pois geralmente se reconhece que a distinção absoluta, ou logicamente pura, entre ‘o direito’ e ‘o facto’ não é realizável dado que se, por um lado, os ‘factos relevantes’ são já em si selecionados e determinados em função da norma aplicável, em função de uma perspectiva jurídica, a norma aplicável (o direito), por outro lado, não pode deixar de ser selecionada e determinada em função da estrutura concreta do caso a decidir. Ao considerar-se a questão-de-facto está implicitamente presente e relevante a questão-de-direito; ao considerar-se a questão-de-direito, não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-facto. Ou, numa formulação bem mais expressiva: ‘para dizer a verdade o ‘puro fato’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito,

Seja como for, para os fins deste trabalho – em que se preocupa com a necessidade de *prova* para que a questão seja resolvida – a questão será de fato (e, portanto, sua solução dependerá da prova) quando a dúvida residir sobre o *suporte fático*<sup>425</sup> que será objeto da qualificação jurídica indicada pela parte ou realizada pelo juiz. Assim, se a dúvida residir sobre a efetiva ocorrência daquilo que a parte afirma como faticamente necessário à configuração da hipótese jurídica e, conseqüentemente, da pretensão que nela se sustenta, ou, em outras palavras, se for necessária a solução prévia acerca da forma como os fatos subjacentes - previstos na norma jurídica como necessários à sua incidência -, ocorreram, se estará diante de questão de fato. Como já se disse anteriormente (item 2.1.3), esse fato<sup>426</sup> já carrega a qualificação jurídica indicada pelo autor e complementada pelo réu, que é o que direcionará a produção da prova, a depender dos elementos que o suporte fático da norma indicada exigem. Sabe-se, porém, também como já se disse, que o fato pode ser qualificado juridicamente de forma diversa, em razão do *iura novit curia*, mas desde que todos os elementos da hipótese fática prevista na norma que o juiz pretende aplicar caibam no contexto fático alegado e provado pela parte. Embora represente ponto de discordância na doutrina, o falso documental, por exemplo, para os fins deste trabalho, será considerado uma questão de fato.

Interessa-nos, portanto, as questões de fato cuja solução dependa da produção de provas, ainda que em cada um dos processos recebam qualificações jurídicas diversas. Neste caso, será imprescindível que os fatos que já foram objeto da prova (ou que justificam a

---

pensa-o como forma destinada ao facto. E se alguns se referem a um insuperável ‘círculo’ lógico para designar esta mútua e correspectiva referência do direito ao facto e do facto ao direito, o que não deixa sempre de acentuar-se é uma inegável solidariedade entre o direito e o facto em todo o problema jurídico concreto, a excluir a viabilidade de uma nítida e logicamente absoluta distinção” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 586). Em outra oportunidade, destacou: “O fato e o direito, a matéria de facto e a matéria de direito, a questão de facto e a questão de direito, são, pois, nesta perspectiva, conceitos cujos conteúdos significativo e objetivo-intencional — p. ex., aqueles que respectivamente lhes correspondem nos problemas do erro, do recurso de revista e da competência do tribunal colectivo – têm o seu fundamento e critério decisivos nas diretas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas. São conceitos determinados juridicamente – no seio do direito e pelo direito” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista*. In *Digesta*. v.1 - escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011, p.498-499). Embora reconhecendo que em alguns casos “a questão de facto e a questão de direito estão tão próximas que não é possível, na prática, levar a cabo a sua separação”, Karl Larenz destaca que “questão de facto é o que as partes disseram quando da celebração do contrato e o que a esse respeito uma e a outra pensaram; é questão de direito saber com que significado deve cada uma das partes deixar que valha a sua declaração, a questão da interpretação normativa das declarações de vontade” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 435).

<sup>425</sup> “Desde que o suporte fático se compõe, estão satisfeitos os pressupostos para a incidência da lei” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 5. Atualizado por Marcos Ehrhardt Jr., Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 63).

<sup>426</sup> “O fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162).

instauração do incidente de coletivização), sejam os mesmos. A comunhão de questão de fato decorre de sua repetição em inúmeros processos, gerando a necessidade de produção de prova que, não fosse a coletivização, seria produzida repetidamente em cada um deles. O fator de avaliação acerca do necessário grau de comunhão da questão será a viabilidade de sua solução por meio de uma única prova.

A prova terá por objeto a solução dessa única questão comum, independentemente da existência de outras que fundamentem as pretensões individualmente formuladas em cada caso. Significa dizer que mesmo que haja questões de fato individuais comuns a pequenos grupos ou mesmo a um único sujeito, não se afastará a possibilidade de produção coletiva da prova do fato comum, possibilitando o melhor aproveitamento possível do procedimento. Quando, porém, o número de questões individuais tornar inviável a coletivização, por implicar a análise de muitos fatos que interessam apenas a alguns poucos indivíduos, não haverá fundamento para produção coletiva da prova. A situação é diversa nos casos em que houver determinados subgrupos que, dentro da coletividade ligada pela questão comum, apresentem questões também comuns relacionadas à questão fática principal, não havendo razão para não se permitir que a produção da prova tenha todas elas por objeto<sup>427</sup>.

O ponto tem relação com a figura da *issue class action*, espécie de ação coletiva que no sistema norte-americano tem por objeto a solução de questão de interesse da classe, sem consideração das reivindicações individuais. O entendimento predominante é o de que as

---

<sup>427</sup> No sistema norte-americano – que, já se disse, possui instrumentos voltados especificamente à reunião de processos para solução de questão comum de fato ou para produção de prova do fato comum – a agregação é admitida mesmo quando o direito material que rege a questão for diverso em vários Estados. O American Law Institute ilustra interessante caso de fraude envolvendo consumidores residentes em Estados distintos, tendo o réu apresentado impugnação argumentando que em alguns Estados seria admissível, como fundamento de defesa, a existência de um certo nível de instrução dos consumidores acerca das informações falsas, afastando a responsabilidade do fornecedor. O argumento foi utilizado como forma de afastar a agregação para solução de questão comum de fato, tendo em vista a necessidade de se avaliar individualmente se há, por parte de cada consumidor, o atendimento do nível de instrução suficiente ao afastamento da responsabilidade. A recomendação do instituto é a de que o Tribunal, nesses casos, possibilite ao autor a apresentação de provas demonstrando que alguns consumidores localizados em Estados relevantes não possuem o nível de instrução exigido, viabilizando uma produção preliminar limitada de provas (*limited discovery*), a fim de verificar se será possível a agregação. E conclui: “Before undertaking a choice-of-law analysis as to the knowledge defense, the court should require Defendant to offer evidence that some consumers located in relevant states lacked the level of knowledge required. The court should permit limited Discovery for the purpose of enabling Defendant to make this showing” (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the law – aggregate litigation*, op. cit., p. 131). Já em *John P. Kellogg vs. Glock*, de setembro de 2000, discutia-se defeitos que, em modelos específicos de armas Glock fabricadas entre 1986 e 1997, faziam com que disparassem acidentalmente. O Tribunal Distrital entendeu que os demandantes não conseguiram demonstrar a predominância de questões comuns, já que o caso abrangia cinquenta mil pessoas, residentes em todos os cinquenta Estados e no Distrito de Columbia. Assim, e em especial porque a garantia limitada da Glock excluía sua incidência em alguns Estados, não foi admitida a certificação da ação.

questões comuns, para que justifiquem a certificação da *issue class action*, devem ser mais importantes do que as questões individuais que circundam a controvérsia<sup>428</sup>.

Essa análise possibilita o estabelecimento de alguns critérios para a aferição da comunhão de questões e, via de consequência, da viabilidade de tratamento coletivo por meio das técnicas que serão aqui propostas. O ponto nuclear dessa constatação reside na existência de um elo que, fundado num determinado acontecimento ou em determinada conduta, una as diversas pretensões por um ponto comum de fato (a conduta, o acontecimento etc.)<sup>429</sup>. Uma prática reiterada que caracterize uma conduta comum de um fornecedor, de um empregador ou de um potencial poluidor pode indicar a existência desse ponto comum de fato. A existência de condutas diversas praticadas em cada caso, sem uma origem ou um ponto nuclear que ligue a situação de cada um dos envolvidos, de outro lado, impede o tratamento coletivo da questão, até porque não haveria, nesse caso, qualquer questão coletizável.

Retomando os exemplos apontados no item anterior, a prova coletiva terá por objeto a fabricação, pela indústria farmacêutica, da pílula de farinha, sua distribuição no mercado e a falta de informação adequada, sem qualquer consideração acerca da situação individual de cada mulher que utilizou o contraceptivo e das consequências disso geradas. A prática de ato danoso ao meio ambiente é fato comum, independentemente do nexo de causalidade e da repercussão dessa conduta na esfera individual de cada morador da região afetada. A prática abusiva de uma construtora e os vícios nos empreendimentos são fatos comuns, sendo individuais as situações de cada um dos titulares que adquiriram unidades habitacionais. Questões como a forma de pagamento dos valores, eventuais danos ocorridos apenas em algumas unidades, danos morais etc. não serão objeto da investigação coletiva, mas não impedem, de modo algum, sua instauração.

As técnicas que serão aqui propostas partem dessa premissa. Somente será possível a adoção de uma técnica coletiva para produção da prova se seu objeto for um fato comum afeto

---

<sup>428</sup> HINES, Laura J. *Codifying the Issue Class Action*. In Nevada Law Journal, vol. 16: Iss. 2, Article 6. 2016. In <http://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol16/iss2/6> Acesso 14.07.2018.

<sup>429</sup> Em *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 338 (2011), discutia-se políticas discriminatórias no trabalho, supostamente praticadas por gerentes da rede Wal-Mart contra mulheres. Considerou-se que haveria uma questão comum se a discussão tivesse por objeto uma política geral de discriminação praticada pela empresa. Ao contrário disso, porém, evidenciou-se que as práticas apontadas como irregulares alcançavam de forma indistinta todos os funcionários, independentemente do sexo, descaracterizando a existência de uma questão comum que justificasse o tratamento coletivo. Do voto do juiz Scalia, extrai-se interessante explicação a respeito: “Their claims must depend upon a common contention of such a nature that it is capable of classwide resolution—which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke [...] respondents wish to sue for millions of employment decisions at once. 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”. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/338/> Acesso 14.07.2018.

a variadas demandas. As consequências jurídicas dessas situações, incluindo as pretensões porventura delas decorrentes ou mesmo a qualificação jurídica do fato (com as ressalvas já consideradas a este respeito), não interessam a este exame.

### **2.2.3. Concertação de atos para produção coletivizada da prova**

#### **2.2.3.1. Da conexão à afinidade de questões: a agregação para produção de prova de questão comum de fato no Código de Processo Civil de 2015**

Os exemplos citados nos itens anteriores deixam clara a existência de duas espécies de liame entre fatos com possibilidade de investigação conjunta. Alguns, como é o caso das ações fundadas no dano ambiental, têm como base um único fato (o lançamento de chumbo) que deu ensejo a variadas pretensões titularizadas por pessoas diversas. Outros, como por exemplo o caso do contraceptivo falho, tiveram origem em fatos idênticos (o consumo do medicamento por várias mulheres que engravidaram).

O mesmo ocorre nas ações de consumo, decorrentes de vícios do produto ou contratuais. Há, em todos esses casos, fatos diversos vivenciados por cada uma das pessoas que se afirmam titulares dos direitos. Todos eles, porém, possuem um liame de comunhão (*commonality* ou *comunanza*) que recomenda um tratamento único.

O sistema brasileiro não prevê meios de viabilizar esse tratamento conjunto em todos os casos, mas apenas quando estiver caracterizada hipótese de conexão ou afinidade, ambas geradoras da reunião entre demandas. Embora indique um apego às hipóteses mais tradicionais de reunião obrigatória de causas, o ponto evidencia que a preocupação com a concertação de atos ou a agregação de processos não é propriamente uma novidade em nosso sistema, tratando-se de hipótese que já era extraível dos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 1939. Este último previa, no §2º do art. 134, que “havendo mais de um réu e sendo diferentes seus domicílios, poderão ser demandados no foro de qualquer deles, se houver conexão quanto ao objeto da demanda ou quanto ao título *ou fato que lhe sirva de fundamento*”. No Código de Processo Civil de 1973, as hipóteses de conexão passaram a ser fundadas na afinidade de pedido ou causa de pedir, previsão que se repete no Código de 2015 (art. 55).

A reunião de demandas é determinada, nesses casos, por razões de economia processual, “já que, em função da mencionada afinidade, é comum que a mesma fase probatória possa ser partilhada por ambas as ações, e as provas, que deverão dar origem a duas sentenças,

sejam produzidas de uma só vez<sup>430</sup>. Também tem por objetivo prevenir a existência de decisões logicamente contraditórias, cuja vedação pode ser extraída do princípio da isonomia.

Conexão é instituto que identifica a semelhança entre demandas, em razão da comunhão de pedido ou causa de pedir (art. 55 CPC)<sup>431</sup>. A reunião das causas é consequência do reconhecimento da existência de conexidade entre elas<sup>432</sup>, assim como também justifica a formulação de pedido reconvenicional (art. 343 CPC) ou a formação de litisconsórcio (art. 113, II CPC). O legislador, portanto, estabelece o conceito de conexão<sup>433</sup>, orientando uma das

<sup>430</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 161.

<sup>431</sup> O conceito de conexão de Carnelutti, como ele próprio explica, apresenta “una grande ampiezza o elasticità” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, v. 4. Padova: Cedam, 1986, p. 29). Para o autor, são lides conexas aquelas “la cui decisione richiede la soluzione di questioni comuni o, in altre parole, di questioni identiche. È la identità delle questioni, non la identità (totale o parziale) degli elementi della lite, che determina o costituisce la connessione” (Ibid., p. 26). E arremata: “La connessione comprende la comunanza di una come la comunanza di tutte; la comunanza della questione principale come di una questione secondaria; di una questione di diritto come di una questione di fatto” (Ibid., p. 30). Antonio Junqueira Azevedo parte de concepção semelhante. Para o autor, “há conexão sempre que duas ou mais causas tiverem um ou vários elementos em comum, desde que essa comunidade de elementos tenha a possibilidade de, tomada isoladamente ou somada a outros fatores, produzir um efeito processual qualquer” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 1967, p. 78). A partir deste conceito, o autor estabelece dez graus de conexão, definidos pelos seguintes critérios: a) identidade de ação, caso em que basta a conexão para a produção dos efeitos; b) identidade de violação; identidade de exigibilidade; identidade de direito subjetivo; identidade do fato jurídico, todas hipóteses de “conexão pelo título” para as quais, além da conexão, é necessária a vontade de uma das partes para a produção dos efeitos; c) identidade do titular passivo; identidade do titular ativo; identidade do objeto do direito subjetivo; identidade de fato; identidade de norma jurídica, nas quais são necessárias, além da conexão, as vontades de todas as partes para a produção dos efeitos. Por fim, a conexão imprópria, para o autor, é aquela que ocorre “entre causa e pedidos de medidas cautelares ou de jurisdição voluntária, ou destes entre si”, sendo que a produção de efeitos, neste caso, é “entregue ao poder discricionário do juiz” (Ibid., p. 98). Proto Pisani indica as seguintes hipóteses de conexão: a) identidade total ou parcial “di uno o due degli elementi necessari per l’individuazione del rapporto giuridico fatto valere in giudizio o, il che è lo stesso, della domanda giudiziale”, ou seja, partes, pedido e causa de pedir; b) por “pregiudizialità-dipendenza tra rapporti sostanziali”, isto é, aquela hipótese “in cui un diritto o un rapporto giuridico è elemento costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo di una fattispecie da cui deriva un diverso diritto o rapporto giuridico”; c) por mera identidade de questão de fato ou de direito da qual dependa a solução (total ou parcial) da controvérsia. Neste caso, distingue a conexão meramente subjetiva, “che si attua quando più domande giudiziali sono connesse per il solo fatto di essere proposte da o contro le medesime parti (che si affermano) titolari dei rapporti giuridici dedotti in giudizio”, e a conexão objetiva, “che ricomprende tutte le ipotesi in cui il collegamento tra le domande giudiziali si attua mediante elementi che attengono alla fattispecie fonte del rapporto giuridico dedotto in giudizio o al rapporto stesso”. Esta última abrange a conexão por identidade de questão de fato ou de direito, por identidade total ou parcial de fato constitutivo ou causa de pedir, por prejudicialidade-dependência, e por “identità di rapporto fatto valere in giudizio o petitum”, que se distingue em “connessione per incompatibilità e per alternatività, quando l’identità investe solo gli ementi oggettivi del rapporto dedotto in giudizio” e “connessione per identità di petitum e di causa petendi quando oggetto delle più domande è un rapporto plurisoggettivo” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, sexta edizione. Napoli: Jovene Editore, 2014, P. 317-318). A respeito da conexão por identidade de questão de fato e de direito, afirma tratar-se de hipótese frequente nas controvérsias trabalhistas, quando cada trabalhador “deduce in giudizio un distinto e autonomo diritto, fondato su una distinta e autonoma causa petendi, rappresentata dal contratto di lavoro. D’altra parte, però, sull’na (non sul quantum) del diritto azionato dipende dall’interpretazione della stessa norma giuridica o dello stesso contratto collettivo o di contratti individuali similari” (Ibid., p. 341).

<sup>432</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, p. 74.

<sup>433</sup> Em sentido contrário, entendendo que o dispositivo não chega a conceituar a conexão, na medida em que “não exclui que haja outros tipos de vínculos de conexidade que não aquele decorrente da identidade total ou parcial entre pedidos ou entre causas de pedir de demandas distintas”, OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Da modificação de competência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS,

hipóteses que, no direito brasileiro, admite a reunião de demandas. Como se vê do dispositivo citado, essas hipóteses se dividem em identidade de *pedido* ou de *causa de pedir*, mas com uma “intensidade menor do que em se tratando de continência, litispendência ou coisa julgada”<sup>434</sup>, na medida em que a identidade de apenas um dos elementos que compõe o pedido (pedido mediato) ou da causa de pedir (remota) é suficiente à sua caracterização<sup>435</sup>.

A identidade das causas de pedir de demandas diversas, portanto, determina a reunião de demandas por conexão. O que se constata de imediato é que nos fatos<sup>436</sup>, e não na fundamentação jurídica, reside o elemento mais importante dessa hipóteses de conexão entre demandas. Uma questão de fato que seja objeto de diferentes ações pode ensejar a conexão, ainda que a qualificação jurídica e o resultado (pretensão) que se pretenda extrair desse fato sejam diversos. Retome-se aqui tudo o que se disse no item anterior, em especial a posição de Castanheira Neves no sentido de que, uma vez trazido ao processo, o fato jamais será um simples fato, sendo diretamente influenciado pelo direito. Fatos *iminentemente* jurídicos, mas *ainda* não qualificados juridicamente. É este o elemento essencial para a identificação de conexão entre demandas.

Para fins de conexão e consequente reunião de demandas, portanto, basta que um ou mais fatos, dentre aqueles que compõem a causa de pedir, sejam idênticos<sup>437</sup>. Em outras

---

Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 245.

<sup>434</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Conexão e “tríplice identidade”*. In Revista de Processo n. 29, jan.mar/1983, p. 54. Para o autor, à luz do CPC de 1973, “o Código de Processo Civil é perfeitamente fiel à lição de Pescatore, que abona as disposições inscritas em seus arts. 104 e 300, §2º, nos quais está bem delineada a exigência da tríplice identidade para caracterizar a coisa julgada e a litispendência, enquanto que para a conexão, afastada a identidade, basta a existência de elementos comuns, como acertadamente dispõe o art. 103” (Ibid., p. 56). A teoria de Pescatore acerca da conexão é elaborada a partir da configuração dos três elementos da demanda, do que emerge “due sommi generi di cause connesse: il primo di quelle che abbiano due elementi comuni e un solo diverso; il secondo di quelle che abbiano due elementi diversi, e un solo comune. Ciascuno di questi generi si suddivide poi in tre specie; perocché tre essendo gli elementi, l’elemento diverso nel primo genere, e l’elemento comune nel secondo può variare tre volte” (PESCATORE, Matteo. *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*, v. I, parte I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1864, p. 168).

<sup>435</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Conexão...* op. cit., p. 55.

<sup>436</sup> Em interessante estudo acerca do tema, Tomás Pará Filho entende a conexão como uma relação de dependência genérica ou finalística entre ações diversas que possuem finalidades equivalentes ou visam a efeitos que se completam ou compenetraram. Afirma que “para verificar essa relação de dependência genérica ou finalística, não há senão analisar os fatos determinantes ou condicionantes dos direitos ou das relações jurídicas demandadas, de modo que a conexão preexiste, quase sempre, ao processo, na relação de direito material subjacente, real ou alegada” (PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 65). Não por outra razão, ressalta que se deve pesquisar a conexão “na esfera dos fatos que condicionam, causalmente, as relações jurídicas. O que patenteia, também, o caráter instrumental do processo” (Ibid., p. 153).

<sup>437</sup> Bruno Silveira de Oliveira apresenta interessante e didático exemplo: “Pensemos, por exemplo, em duas ou mais demandas condenatórias fundadas em responsabilidade civil por um mesmo acidente de trânsito, envolvendo um ônibus de transporte municipal. Suponhamos que um dos passageiros vitimados haja voltado sua pretensão contra a concessionária do serviço; outro contra o motorista do coletivo e, quem sabe, um terceiro contra o município concedente, imputando-lhe falhas na manutenção do sistema viário (por exemplo, um defeito no semáforo do cruzamento onde ocorreu o sinistro). Temos aí três demandas fundadas na mesma alegação fática

palavras, há, entre as causas, um fato único comum que sustenta as (variadas ou não) fundamentações jurídicas e pretensões formuladas em cada uma das demandas. Nesse caso, e desde que o juízo seja competente e o procedimento compatível, deverá ser determinada a reunião das demandas para julgamento conjunto. A medida é obrigatória. Se dúvidas havia no regime anterior quanto à obrigatoriedade da reunião de demandas como decorrência da conexão, foram elas supridas com a previsão do art. 55 do CPC de 2015<sup>438</sup>.

A conexão, porém, não é a única hipótese que autoriza a reunião de demandas. O Código de Processo Civil de 2015 cria nova hipótese de reunião de ações, inserta no §3º do art. 55, viabilizando o julgamento conjunto de “processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”<sup>439</sup>. Veja-se que não se trata de conexão, como se extrai do texto do dispositivo. A hipótese é de *afinidade*, mas sem que haja a necessidade de identidade entre pedido ou causa de pedir.

A reunião também é cabível, desse modo, em situações menos *exigentes*, em razão da simples afinidade de questões de fato ou de direito. Nesses casos se estará diante de *afinidade*, que difere ontologicamente da conexão gerando, porém, a mesma consequência (a reunião das demandas)<sup>440</sup>. Embora a conexão seja uma espécie de afinidade, a hipótese ora analisada é

---

(elemento comum às suas causas de pedir remotas), qual seja o acidente ocorrido no dia x e no lugar y. Assim, em sendo ao menos teoricamente possível que cada um dos diferentes réus responda em alguma medida pelos indigitados danos, será mister realizar-se uma única instrução probatória acerca da colisão entre o ônibus em que trafegavam os autores e o outro veículo, no malsinado cruzamento cujo semáforo supostamente falhara” (OLIVEIRA, Bruno Silveira. *De volta à conexão entre demandas (com especulações sobre o tema no futuro código de processo civil*. In Revista de Processo v. 211, set/2012, p. 217).

<sup>438</sup> Enquanto o art. 105 do CPC de 1973 parecia apenas autorizar, e não impor, a reunião de demandas, por prever que, em caso de conexão, o juiz *poderia* determinar a reunião, o art. 55, §1º do CPC de 2015 é expresso ao dizer que “os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado”. Em nosso sentir, a conexão sempre impôs a reunião das demandas, mesmo no CPC de 1973, considerando sua finalidade principal de evitar decisões conflitantes.

<sup>439</sup> Fredie Didier Jr. vislumbra neste dispositivo duas hipóteses de incidência. Em primeiro lugar, casos em que se discute a mesma relação jurídica. Além disso, causas em que se discute relações jurídicas diversas, mas que possuem um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade. Apresenta os seguintes exemplos: “i) mesma relação jurídica, discutida em dois processos distintos: ação de despejo por falta de pagamento e ação de consignação em pagamento dos mencionados alugueres (discute-se a mesma relação jurídica locatícia); ii) diversas relações jurídicas, que no entanto estão ligadas: investigação de paternidade e alimentos (relação jurídica de filiação e relação jurídica de alimentos, embora distintas, umbilicalmente ligadas)” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 275). Aplicável a essa hipótese de reunião de ações a lição de Pescatore: “Tuttavia non essendo conveniente, che la stessa questione (benché per somme diverse e contro diverse persone) sia trattata in più giudizi con dispendio maggiore e con pericolo di giudicati contraddittorii, non biasimeremmo la legge che con formola espressa si appaghi per tutti i casi della identità del titolo o del fatto costituente la causa petendi, benché distinti siano i debitori e distinte le somme dovute” (PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa...* op. cit., p. 174-175).

<sup>440</sup> “Hoje, renunciando a descobrir um significado técnico e preciso nesse emprego do vocábulo, veremos que ele figura, no inc. IV do art. 46 do Código de Processo Civil, para designar a *causa petendi*, em toda a amplitude que a esta concede o art. 282, inc. III. Se nos fundamentos de fato ou de direito de duas ou mais demandas houver algum ponto comum de fato ou de direito, ter-se-á a afinidade de questões de que fala a lei. Empréstimo-se então ao vocábulo questões, tal como aparece no texto em exame, o significado de fundamentos: afinidade de questões

mais tênue do que a conexão. A diferença é importante em razão da obrigatoriedade da reunião, presente no caso de conexão, mas não no caso de mera afinidade.

A afinidade, assim, é mais sutil que a conexão<sup>441</sup>, autorizando a reunião de processos a partir de justificativa mais precária, decorrente da mera semelhança entre pontos de fato ou de direito<sup>442</sup>. Está-se, neste caso, diante da segunda hipótese suscitada no início deste tópico: aqui há mera semelhança entre vários fatos idênticos, mas vivenciados por pessoas diversas, não obstante relacionáveis por um liame de identidade que recomenda<sup>443</sup>, mas não impõe, seu tratamento conjunto.

---

outra coisa não é senão afinidade de fundamentos. Tal afinidade é liame menos intenso que a conexão, caracterizado pela mera existência de algum quesito comum de fato ou de direito [...] A existência de um simples e único ponto comum a duas ou várias causas de pedir (que permanecem diferentes e autônomas em todo o mais, com fatos absolutamente diversificados, menos esse ponto) não chega a caracterizar a conexão, mas simples afinidade entre as demandas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 90-91).

<sup>441</sup> “A afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito é a mais tênue das possíveis relações de semelhança entre duas ou mais demandas. É uma *conexidade degradada*, de intensidade menor, caracterizada por uma *causa petendi* parcialmente igual mas que não chega ao ponto de ser a mesma. Basta que lhes seja comum o fundamento em dada regra jurídica ou a alegação de um fato-base do qual hajam decorrido créditos ou prejuízos para mais de uma pessoa. Sirva de exemplo a hipótese de uma pluralidade de correntistas mover a um dado banco demandas individuais de revisão de dada cláusula de um contrato de adesão – cada um deles postulando, como é óbvio, somente a revisão da cláusula inserida no contrato em que é parte, não nos demais. A ilicitude dessa cláusula interessa a todos mas a concreta situação de cada um dos autores é independente da situação de cada um deles – e diferentes, pois, as causas de pedir. Sendo menos que a conexão, é natural que tenha menor relevância na ordem processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 178-179). Apenas discordamos no que se refere à comunhão de disposição de lei. Pensamos que a mera identidade entre questões legais discutidas em demandas diversas não tem o condão de caracterizar a afinidade, considerando a amplitude de situações fáticas que podem estar abrangidas por uma disposição legal, e a consequente diversidade de fatos a impedir a reunião. Outra coisa é falar em afinidade por fundamento de direito. Neste caso se está diante de idênticas questões de direitos, o que pressupõe, desde logo, mesma situação fática, ainda que sobre ela não haja controvérsia. Mas veja-se bem: não se está a dizer que pretensões fundadas em fatos diversos, porém com a indicação da mesma fundamentação jurídica, podem ser reunidas por conexão. Afinal, já se disse que o elemento nuclear da causa de pedir (e, portanto, seu ponto identificador) está nos fatos, exercendo a qualificação jurídica apenas o papel de indicar os limites da cognição judicial, de modo a evitar que se viole a congruência. Portanto, uma qualificação jurídica considerada isoladamente não é suficiente a gerar a identidade da causa de pedir. O que quer o dispositivo citado é afirmar que, em se tratando de causas nas quais se discuta apenas matéria de direito, as questões fundadas em pontos de direito (fundamentos) comuns justificam a reunião das causas.

<sup>442</sup> “Há comunhão de interesses quando cada coligado tenha na ação um direito oriundo da mesma fonte; quando as pretensões ou obrigações de todos resultam do mesmo fato ou se baseiam no mesmo direito de pedir ou impedir. A afinidade é uma conexão atenuada, traduzindo a ligação entre as causas por pontos isolados de fato ou de direito. Causas conexas são aquelas em que a decisão de uma exige a apreciação, a constituição ou a modificação de relações jurídicas derivadas no todo ou em parte, do mesmo fato, ou tendem, no todo ou em parte, ao mesmo efeito” (LIMA, Herotides da Silva. *Código de Processo Civil Brasileiro*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 167).

<sup>443</sup> “A simples afinidade entre demandas – comunhão de elementos abstratos – não autoriza sua reunião para julgamento simultâneo; mas, por motivo de economia processual, permite-lhes o cúmulo em litisconsórcio facultativo inicial. Temos que, nesses casos, fica em regra vedado o litisconsórcio ulterior. A oportunidade que o legislador oferece é a de instauração de um só processo, a partir da propositura de uma só demanda pelos vários litisconsortes. Caso isso não ocorra – ou seja, caso cada indivíduo deduza sua pretensão em processos autônomos – vários contraditórios serão formados e desenvolvidos separadamente, não se justificando posterior reunião, que nesses casos se revelaria mais inconveniente que útil, uma vez que, de um modo geral, as várias demandas apresentam muito mais pontos de fato distintos do que idênticos” (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79).

Embora semelhantes, há entre conexão e afinidade, portanto, uma importante diferença: a conexão *impõe* a reunião de demandas, enquanto a afinidade apenas *autoriza* essa reunião, que dependerá da vontade das partes. É o que ocorre na hipótese de litisconsórcio facultativo fundada no inciso III do art. 113 do CPC, de que já se tratou anteriormente. Segundo lá se afirmou, o grau de homogeneidade necessário ao tratamento coletivo de direitos individuais deve ser encontrado nas hipóteses de litisconsórcio facultativo, dentre elas a *afinidade de questões de fato*. A medida, já se disse, tem justificativa na isonomia e na eficiência. Vale frisar que afinidade, no caso, indica a existência de uma *ligação* entre as questões, que não precisam ser necessariamente idênticas<sup>444</sup>.

Também não se exclui a possibilidade de formação de litisconsórcio ulterior, caso em que poderá ocorrer a reunião de demandas, a depender de pedido expresso das partes. Os mesmos motivos orientam a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ou o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Trata-se, em ambas as hipóteses, de caso de afinidade de questões (de fato ou de direito), a justificar solução conjunta, por meio dos citados procedimentos<sup>445</sup>.

Não há no sistema brasileiro norma que imponha a reunião de demandas para julgamento de questões comuns de fato ou de direito para além dos citados mecanismos. A conexão, uma das hipóteses dessa agregação, possibilita o julgamento conjunto apenas nos casos em que houver fato único comum<sup>446</sup> à sustentação de várias pretensões. A reunião em

---

<sup>444</sup> Discorrendo acerca do cúmulo subjetivo de causas conexas pelas questões a serem resolvidas, mais especificamente a respeito dos liames entre várias situações subjetivas distintas, mas que compartilham o fato constituinte e uma ou mais questões de direito a serem resolvidas respectivamente, Sergio Menchini, em clássico trabalho acerca do litisconsórcio, explica: “Tuttavia, perché si possa parlare di connessione, sia pure impropria, è necessario che tra i più rapporti giuridici, pur originati da fatti storici differenti e pur concernenti oggetti diversi, sussista un'affinità tale da giustificare la trattazione congiunta in un procedimento unitario. Si può, allora, affermare che ricorre questo fenomeno, qualora diritti soggettivi distinti siano prodotti da accadimenti storici, quantunque diversi, simili, di guisa che le controversie pongano questioni interpretative identiche, riguardanti qualificazione giuridica del fatto, ossia la sua ussunzione sotto una certa norma, o le implicazioni giuridiche dello stesso, ossia gli effetti sostanziali che ne derivano. In difetto della comunanza, anche solo parziale, di almeno uno degli elementi oggettivi (o la fattispecie costitutiva o la cosa cui si riferisce l'imputazione normativa della condotta), il vincolo è dato qui dalla mera affinità tra i rapporti giuridici, la cui esistenza o il cui contenuto dipendono dalla risoluzione della stessa questione di diritto, ossia o dall'applicabilità a fatti simili, ancorché storicamente diversi, di un certo precetto di legge o dalla deducibilità di taluni effetti sostanziali da una certa previsione normativa. Le cause presentano, perciò, in tutto o in parte, questioni interpretative identiche, le quali rilevano, in modo uguale, per la loro decisione; scopo del processo simultaneo è odi consentire l'adozione di una soluzione unitaria, evitando pronunce di merito con motivazioni difformi” (MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile – struttura e potere delle parti*, v. I. Milano: Giuffrè, 1993, p. 116-118).

<sup>445</sup> “As ‘causas repetitivas’ são aquelas em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por afinidade, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente. Não se pode, entretanto, equiparar as ‘causas repetitivas’, para o fim de incidente de resolução de demandas repetitivas, com as situações que geram litisconsórcio por afinidade. Isso porque é possível instaurar o incidente em razão de repetição de questões processuais repetitivas (art. 928, par. ún., CPC) em causas heterogêneas” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...v. 1*, op. cit., p. 279-280).

<sup>446</sup> “Não se trata de fato ou fundamento semelhante. Tem de ser o mesmo” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105).

caso de conexão, portanto, não será admitida quando o fato for diverso para cada um dos envolvidos, ou mesmo quando, em se tratando de fato comum, o número de atingidos for tão elevado que inviabilize essa reunião.

Remanesce, como se vê, o problema do tratamento e solução conjuntos de fatos que, embora não únicos, sejam comuns. É o caso de vários consumidores que celebraram contratos idênticos com uma mesma instituição financeira, aqueles que sofreram danos decorrentes de um mesmo produto, trabalhadores expostos a agentes nocivos, mulheres que consumiram contraceptivo falso etc. Para esses casos – em que se está diante de questão comum de fato, mas decorrente de vários fatos semelhantes, resta apenas, ao menos numa análise de *lege lata*, a reunião de demandas para produção de prova comum<sup>447</sup>, já que o sistema brasileiro não autoriza a agregação para julgamento conjunto de questões comuns de fato. A hipótese, que é de afinidade e não de conexão, se justifica à luz do art. 69, §2º, do CPC, ou seja, decorre das previsões, insertas no Código de Processo Civil de 2015, voltadas à cooperação nacional entre juízes por meio da prática de atos concertados.

### **2.2.3.2. A cooperação nacional no Código de Processo Civil de 2015**

Ao prever expressamente em seu art. 6º o princípio da cooperação como norma fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 reforça a necessidade de condutas cooperativas, tendo como norte a já ressaltada ideia de que o processo deve ser visto como verdadeira *comunidade de trabalho*.

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

---

<sup>447</sup> À luz da tutela coletiva, afirma Marcelo Abelha: “Melhor seria, in casu, que o legislador permitisse que o juiz utilizasse critérios mais pragmáticos para a verificação da conexão e eventual reunião das demandas, tais como o aproveitamento da prova a ser produzida nas ações em curso, as questões afins deduzidas na defesa de ambas as partes das diferentes causas, os mesmos fundamentos de fato e de direito pelos diferentes representantes adequados nas diferentes demandas, a possibilidade de contradição nas decisões nelas proferidas etc. [...] Deve-se, sim, compatibilizar a coexistência de demandas/incidentes coletivas, permitindo a sua reunião para que apenas uma delas possa seguir em frente, aproveitando as provas e os argumentos produzidos naquelas que forem reunidas e permitindo, desde então, que os legítimos representantes adiram e intervenham na demanda que prosseguirá” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, op. cit., p. 161 e 163).

à prática adequada dos atos processuais<sup>448</sup>. Segundo essas previsões, “os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual”<sup>449-450</sup>.

Mesmo antes da aprovação do Código de 2015, já se tinha notícia de tentativas, no âmbito do Poder Judiciário, de incentivo à cooperação entre juízos. A recomendação 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça foi editada com o objetivo de possibilitar a adoção de mecanismos de cooperação, “com a finalidade de institucionalizar meios para dar maior fluidez e agilidade à comunicação entre os órgãos judiciários e outros operadores sujeitos do processo”, tendo por objetivo “o cumprimento de atos judiciais, mas também para harmonização e agilização de rotinas e procedimentos forenses, fomentando a participação dos magistrados de todas as instâncias na gestão judiciária”<sup>451</sup>. Uma das premissas adotadas pelo Conselho na edição da Recomendação foi justamente a de que “a cooperação judiciária constitui mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele”<sup>452</sup>. Segundo o CNJ, o pedido de cooperação pode processar-se inclusive entre “juízes de ramos judiciários distintos” (art. 5º, anexo da Recomendação 38/2011).

Para viabilizar a prática desses atos, a normativa recomenda aos Tribunais a criação de órgãos de cooperação (juízes e Núcleos).

---

<sup>448</sup> Para Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, “a despeito do grau do órgão jurisdicional (primeiro grau, segundo grau ou instância excepcional) e de sua competência territorial, material ou em razão do valor, deverá existir entre todos os órgãos do Poder Judiciário a cooperação recíproca: atos, informações, elementos constantes dos autos e afins que sejam úteis para determinado órgão jurisdicional e que possam ser praticados ou fornecidos por outro órgão do Poder Judiciário, em prestígio a esse dever de recíproca cooperação, deverão ser objeto de fluxo franco, célere, independente de forma pré-fixada (o que não quer dizer destituído de forma, como adiante consignamos). Consiste, este dever de cooperação, em algo que se impõe ao Poder Judiciário como um todo, aplicando-se tanto a magistrados quanto a todos os servidores da Justiça: note-se a ênfase dada pelo art. 67 do CPC [2015] à incidência do dever de cooperação a ‘magistrados e servidores’” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133).

<sup>449</sup> Humberto Theodoro Junior destaca sua aplicação com a função de “permitir o intercâmbio e o auxílio recíproco entre juízos numa dimensão que vai além dos limites rígidos e solenes das cartas precatórias ou de ordem” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 263). Para Cassio Scarpinella Bueno, “trata-se de criar, no âmbito do Judiciário Nacional, condições ótimas de cooperação judicial, a exemplo do que, no contexto internacional, é disciplinado pelos arts. 26 a 41 [...] Os pedidos de cooperação podem envolver a prática de qualquer ato processual, independe de forma específica e deve ser prontamente atendido” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual...* op. cit., p. 119).

<sup>450</sup> Enunciado 5 FPPC: “O pedido de cooperação jurisdicional poderá ser realizado também entre o árbitro e o Poder Judiciário”.

<sup>451</sup> A Rede Nacional de Cooperação Judiciária, instituída pela Recomendação nº 38/2011, do CNJ, foi constituída com a finalidade de imprimir maior fluidez, agilidade e eficácia ao intercâmbio de atos judiciais e de favorecer o exercício de uma jurisdição mais harmônica e colaborativa. A Rede de Cooperação é coordenada pelo Comitê Executivo Nacional, em articulação com os Comitês Executivos Estaduais. O sistema de cooperação judiciária nos tribunais possui dois mecanismos básicos: a figura do juiz de cooperação e os núcleos de cooperação judiciária (<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria> Acesso 05.09.2016).

<sup>452</sup> Fonte: [http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao\\_gp\\_38\\_2011.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao_gp_38_2011.pdf) Acesso 05/09/2016.

O Código de Processo Civil de 2015 reproduz boa parte do conteúdo do ato editado pelo CNJ, elencando, em especial no art. 69, os atos que podem ser praticados nesse ambiente de cooperação nacional. São eles: auxílio direto; reunião ou apensamento de processos; prestação de informações e atos concertados entre juízes cooperantes. Admite-se a prática de atos cooperados de natureza jurisdicional ou administrativa<sup>453</sup>.

Não há aí, por evidente, hipóteses taxativas de atos cooperativos. Afinal, as cartas precatórias e demais modalidades de comunicação processual mantêm-se como forma de viabilizar a prática de atos processuais, com respeito às formalidades necessárias. Também não se descarta a possibilidade de prática de outros atos, diversos daqueles expressos nesses dispositivos, desde que se coadunem com sua finalidade. Afinal, o próprio art. 68 autoriza a cooperação para a “prática de qualquer ato processual”.

Na realidade, o que se tem no art. 69 é um rol exemplificativo de atos cooperativos, que podem ser praticados pelos juízos na condução de processos, a fim de efetivar o princípio da cooperação a partir da necessária eficiência do Judiciário. Nada impede, porém, o manejo do auxílio direto ou a técnica da concertação para a prática de atos que, originariamente, deveriam ser praticados por carta precatória. À luz de todos os princípios que embasam o Processo Civil brasileiro, expressos inclusive no Código de 2015, não se descarta a possibilidade de se abrir mão de procedimento formal para em seu lugar utilizar-se outro meio de cooperação, mais simples e efetivo, desde que alcançada a finalidade do ato<sup>454</sup>. É esta, como se sabe, a finalidade do princípio da instrumentalidade das formas.

O sistema de cooperação nacional do Código de 2015 foi pensado a partir da diferenciação entre a prática de atos mais simples, sem conteúdo decisório, e outros mais complexos, a exigir uma atividade mais sofisticada. Essa é a diferença básica quando se pensa no auxílio direto, previsto no inciso I do art. 69, e nos atos concertados, previstos no inciso IV.

O auxílio direto será aplicável no caso de atos que independam propriamente de uma decisão judicial. Em geral, destina-se a práticas mais simples, de caráter não jurisdicional. Tem origem no direito internacional<sup>455</sup>, como forma de viabilizar a prática de atos sem a necessidade

---

<sup>453</sup> FPPC Recife (2018), Grupo “Competência e cooperação judiciária nacional”, Enunciado 670: “A cooperação judiciária pode efetivar-se pela prática de atos de natureza administrativa ou jurisdicional”.

<sup>454</sup> Em sentido diverso, defendendo o caráter acessório dessas medidas, e a impossibilidade de se praticar atos sem a observância das formalidades necessárias, ver SCHENK, Leonardo Faria. Capítulo II. Da Modificação de Competência. In DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 273-275.

<sup>455</sup> “[...] la asistencia jurisdiccional es una institución antigua, cuyos protagonistas han sido históricamente los Estados. En virtud de la misma, un Estado – llamado requerido o asistente – presta un servicio jurídico a outro – denominado requiriente o asistido – en relación con una actuación procesal concreta que há de desarrollarse en el territorio del primero para integrarse después en un procedimiento actual o futuro seguido ante los tribunales del

de carta rogatória. Da mesma forma, a reunião ou apensamento de processos e a prestação de informações, independentemente de forma específica, têm por objetivo possibilitar a coleta de dados necessários ao melhor julgamento da causa. Os atos concertados, previstos no último inciso do art. 69, possibilitam a prática de atos mais complexos, de caráter jurisdicional, envolvendo, por exemplo, a produção de provas. A concertação de atos consiste em uma conjugação de esforços de dois ou mais juízos visando à prática adequada e efetiva de um ou mais atos processuais. Tem por finalidade a eficiência da prestação jurisdicional e a efetividade da tutela que dela é objeto.

Embora se trate de técnicas louváveis sob vários aspectos, uma crítica inicial deve ser formulada.

A cooperação de atos pressupõe maior liberdade na prática dos atos processuais, de forma a contribuir com a efetividade e a eficiência, como já se disse. Essa liberdade se reflete nos próprios dispositivos do Código, que não preveem regras procedimentais pré-determinadas para sua realização. O próprio art. 69 afirma que a prática dos atos de cooperação “prescinde de forma específica”. Em geral, assim como ocorre com os demais atos cooperativos, a melhor forma de concertação dos atos será indubitavelmente a eletrônica.

Ao mesmo tempo, o art. 69, §3º prevê que o “pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário”. Não há dúvidas de que a prática de atos cooperativos de qualquer natureza afeta questões de competência, principalmente quando se trata de concertação de atos para a centralização de processos repetitivos (art. 69, VI). Também pode haver impactos na competência quando se trata de produção de prova que enseje reunião de demandas, com fundamento no inciso II do art. 69.

A solução para os conflitos de competência que poderão surgir da aplicação dessas hipóteses não está posta no Código. Talvez porque, de fato, não se pensou em práticas pré-determinadas, oferecendo o legislador um espaço de liberdade para uma atuação adequada dos sujeitos processuais sob o ponto de vista da efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição. À efetividade dessas medidas, porém, seria fundamental a previsão de uma maior flexibilidade nas regras de competência. Afinal, havendo a necessidade de reunião de demandas, será mesmo que a prevenção é o melhor critério para a definição do juízo

---

segundo, contribuyendo así a su adecuada resolución final” (PETRUS, Christian Herrera. *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005, p. 28). O autor opta pela utilização do termo *asistencia* em lugar de *cooperación*, que abrange todos os possíveis atos praticados nesse ambiente, inclusive aqueles “en que no existe convenio entre los Estados involucrados que exprese una voluntad de compromiso regular y vinculante, siendo en tales casos el interés, o a lo sumo la *comitas gentium*, lo que mueve a los Estados a colaborar” (Ibid.).

competente? Em caso de reunião de causas para produção de provas, não será mais interessante verificar, caso a caso, o juízo que melhor poderá garantir a adequada produção da prova? É por isso que se defende, com acerto, que essas e outras previsões inovadoras do Código de Processo Civil de 2015 deveriam vir acompanhadas de regras diferenciadas também para a definição de competências, em especial possibilitando sua definição à luz do caso concreto<sup>456</sup>.

Seja como for, emerge dessas disposições uma clara intenção do legislador em viabilizar a comunicação e colaboração entre os diversos juízos que integram, dentro de suas competências, a Jurisdição. Essas regras devem ser aplicadas no contexto da *gestão de casos judiciais*, a partir do princípio da eficiência que deve nortear a atividade jurisdicional, viabilizando um melhor aproveitamento das técnicas ali previstas.

Não se concebe, portanto, a hipótese de que as técnicas previstas nos arts. 67 a 69 do CPC sirvam apenas como forma de viabilizar a prática informalizada de atos. É certo que existe aí uma relevante função. Não se discorda daqueles que até o momento apresentaram uma leitura desses dispositivos como viabilizadores de atos compartilhados entre juízos, de forma a efetivar a produção de uma determinada prova em juízo de competência territorial ou material diversa; a realização de um único ato de penhora para execuções contra um mesmo devedor, mas de competência territorial diversas; a coleta de informações ou o reconhecimento de conexão entre as causas.

Para muito além disso, porém, os arts. 67 a 69 do CPC devem ser compreendidos como portadores de novas e diferenciadas técnicas para a prática de atos processuais, em especial, para o que nos interessa neste trabalho, possibilitando hipóteses de *coletivização* de atos. No momento atual do processo civil, em que cada demanda deve ser pensada não mais individualmente, mas como parte de um *conjunto*, compondo um Judiciário com uma das maiores taxas de congestionamento do mundo, ferramentas como aquelas insertas nos arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil de 2015 devem ser lidas de forma muito mais potencializada.

Pesquisa realizada junto aos juízes responsáveis pelo sistema de cooperação nacional designados pelo CNJ revelou que pouco tem sido feito dessas técnicas. A pesquisa desenvolveu-se por meio do envio de e-mails a todos os juízes indicados no endereço eletrônico do Conselho. Além disso, em setembro de 2016 realizamos consulta junto ao CNJ, via Ouvidoria, solicitando o fornecimento de informações acerca da quantidade e espécie de atos de cooperação praticados

---

<sup>456</sup> Acerca do tema, amplamente: 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 do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017.

após a implementação da Recomendação e do Código de Processo Civil de 2015. À época, a resposta do Conselho foi a seguinte: “Houve mudança recente na Presidência do CNJ e devido a isso, ainda não há designação de conselheiro responsável pelo Comitê Executivo da Rede Nacional de Cooperação Judiciária”. A pesquisa foi reiterada em maio de 2018. Em resposta, o CNJ explicou a forma como os núcleos de cooperação podem atuar viabilizando a comunicação entre os Juízos, sendo que nenhum dado foi fornecido. Ao final, ressaltou-se que “o sistema de cooperação judiciária, em que pese sua importância, é bastante simples, não havendo muito o que relatar sobre a referida atividade”<sup>457-458</sup>.

Há, de outro lado, notícia de projeto desenvolvido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região com o objetivo de reunir execuções trabalhistas dirigidas contra uma mesma

---

<sup>457</sup> A resposta, em sua integralidade, foi a seguinte: “Em resposta ao e-mail encaminhado por Vossa Senhoria, informo, preliminarmente, que a Recomendação 38/2011 do CNJ instituiu o sistema de cooperação para auxiliar a Justiça no intercâmbio de expedientes entre seus órgãos, a fim de proporcionar maior efetividade e celeridade aos procedimentos judiciais. A cooperação é exercida por intermédio de núcleos e juízos de cooperação em cada Tribunal. Na prática, funciona assim: a partir do momento em que um órgão judiciário (vara, juizado, etc.) envia expediente a outro e não obtém resposta em prazo razoável, poderá pedir auxílio ao Núcleo de seu tribunal, geralmente via e-mail, informando sobre o fato e anexando os documentos pertinentes. Esse Núcleo encaminha requerimento ao Juiz de Cooperação do Estado em que o expediente não foi cumprido (geralmente Cartas Precatórias ou ofícios não respondidos) e pede auxílio. Recebida a resposta, encaminha-se ao Juízo solicitante e arquiva-se o pedido. Eventualmente, se no prazo de trinta dias, não houver manifestação do Juízo demandado, procede-se à reiteração do expediente. Conforme exposto, o sistema de cooperação judiciária, em que pese sua importância, é bastante simples, não havendo muito o que relatar sobre a referida atividade”.

<sup>458</sup> Pesquisa realizada no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça com os verbetes “cooperação adjl nacional” revelou a existência de um único acórdão em que se analisou o tema. Trata-se de recurso especial com origem na ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Governador Valadares – SAAE, a Samarco Mineração S/A e a Vale S/A, com o objetivo de compelir os réus, de forma solidária, a destinarem de forma ambientalmente adequada os resíduos provenientes da operação das estações de tratamento de água originários do rompimento da Barragem de Mariana, no ano de 2015. A decisão objeto do recurso especial confirmou decisão de primeiro grau que declinou a competência para a Justiça Federal, após a União manifestar interesse na causa, em razão da existência de outra ação civil pública ajuizada pelos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo e das autarquias da União, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. No Tribunal local, o relator, vencido, manifestou entendimento no sentido da manutenção do processo na Justiça Estadual: “O endereçamento de todos os feitos relativos ao evento ocorrido em Mariana para a seara federal não se justifica somente pela presença da União na lide, devendo ser reconhecida a necessidade de instituição da cooperação nacional, prevista nos artigos 67 e seguintes do CPC, os quais impõem ao Poder Judiciário o dever de recíproca cooperação em todos seus termos com a finalidade de também salvaguardar os interesses estaduais e locais. Os atos processuais realizados de maneira coordenada, entre juízes de diferentes esferas de jurisdição, visam o alcance ao bem comum, sendo certo que os efeitos nefastos da tragédia serão dissipados por meio da união de esforços entre as esferas estadual e federal, em vez de separação de atitudes dentre cada uma das esferas do Poder Judiciário Nacional, razão pela qual desnecessária a remessa do feito à Justiça Federal, a qual, em verdade, deve atuar em perfeita cooperação com este Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais” (TJMG; Agravo de Instrumento n. 0034613-53.2016.8.13.0000; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. Afrânio Vilela; j. 30.08.2016; DJ 21.09.2016). O STJ não conheceu da questão, aplicando a súmula 284/STF, sob o entendimento de que as razões recursais apresentadas estariam dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido (AgInt no Recurso Especial n. 1.701.262-MG; 2ª T. Rel. Min. Francisco Falcão; j. 05.06.2018; DJe 08.06.2018). Vale ressaltar que a competência da 12ª Vara Federal de Minas Gerais para julgamento da causa foi definida também no Conflito de Competência 144.922-MG, 1ª Seção; Rel. Min. Diva Malerbi; j. 22.06.2016; DJe 09.08.2016. A pesquisa realizada no endereço eletrônico do STJ também revelou a existência de duas decisões monocráticas sobre o tema, ambas proferidas pelo Min. Francisco Falcão neste mesmo caso e em outro, envolvendo a mesma discussão. Pesquisa realizada com os termos “atos adjl concertados” resultou nas mesmas decisões monocráticas.

empresa, com a realização de conciliações plúrimas<sup>459</sup>. O projeto foi desenvolvido em 2006, muito antes, portanto, da existência de regulamentação específica sobre atos de cooperação nacional. Além de demonstrar a viabilidade da criação de boas práticas fundadas na Política de Cooperação Nacional, o *case* de sucesso demonstra que as regras inseridas no Código de 2015 só reforçam a possibilidade de cooperação entre juízos.

As respostas obtidas resultaram nas seguintes conclusões: a) o CNJ não possui dados relativos aos atos praticados à luz dos arts. 67 a 69 do CPC; b) os dados disponibilizados pelo CNJ estão desatualizados, sendo que muitos dos juízes lá indicados não ocupam mais a função de juízes de cooperação; c) nos poucos casos em que as técnicas foram aplicadas, elas serviram apenas para agilizar a prática de atos por meio de carta precatória. Uso, portanto, que nada tem de inovador.

Urge uma análise criteriosa da aplicação adequada dessas técnicas, a fim de viabilizar seu aproveitamento dentro daquilo que se espera como resultado de previsões voltadas à cooperação entre juízos. Assim como ocorre no âmbito do direito internacional, a cooperação entre juízos para a prática de atos processuais pode garantir uma atuação desburocratizada e consequentemente mais ágil, além de servir de meio para a otimização da prestação jurisdicional.

As ferramentas para tanto já estão postas, inexistindo a necessidade de qualquer reforma legislativa ou estrutural para que se dê às medidas previstas no art. 69 um adequado aproveitamento. Em primeiro lugar, as regras ali previstas (assim como aquelas já previstas na Recomendação do CNJ) são suficientes a justificar a prática de atos de cooperação com maior efetividade. Além disso, já existem, no âmbito do próprio CNJ, órgãos criados especialmente para o acompanhamento e implementação da cooperação nacional, responsáveis não só pela fiscalização dessa prática, como por sua facilitação.

Tudo isso indica que as técnicas de cooperação permitem a conjunção dos três fatores que Remo Caponi elenca como fundamentais à eficiência da Jurisdição<sup>460</sup>. Ao lado dos já

---

<sup>459</sup> O Projeto, de autoria da juíza Regina Maria Vasconcelos Dubugras, titular da Vara do Trabalho de Ferraz de Vasconcelos/SP, recebeu o III Prêmio Innovare - A Justiça no Século XXI, na categoria Juiz Individual. Como se extrai do endereço eletrônico do CNJ, “na prática, a vara reúne todos os processos de execução que tramitam contra uma mesma empresa num único processo, que passa a encabeçá-lo. Os prazos passam a correr juntos. Os procedimentos realizados no processo que encabeça a execução e são certificados nos demais [...] A vara promove uma reunião entre todos os credores e o devedor, com a mediação do juiz, onde os próprios credores deliberam sobre formas de conciliação e critérios de divisão do dinheiro arrecadado: se querem dividir igualmente entre os credores, se proporcional, se pagar aos mais antigos e aguardar os seguintes ou se estabelecem um teto e obedecem a uma lista de antigüidade”. Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/62731-trt-sp-concilia-na-execu-ganha-pro-nacional> Acesso 08.05.2018.

<sup>460</sup> O primeiro fator – legislativo – “consiste em que a disciplina legislativa processual e procedimental seja moderna e tecnicamente adequada a responder à demanda de justiça proveniente da sociedade civil”. O fator de

concretizados fatores legislativo e de recursos, resta apenas o fator cultural, que representará a abertura do sistema judiciário e dos seus operadores à aplicação das técnicas, como forma de viabilizar e aprimorar a gestão de casos judiciais e, via de consequência, a prestação adequada da tutela jurisdicional.

### **2.2.3.3.Segue. A prática de atos concertados entre juízes cooperantes. Em especial, a concertação de atos para produção de prova de questão comum de fato**

Já se disse que a cooperação entre juízos para a prática dos mais variados atos se operacionaliza por meio das regras dos arts. 67 a 69, incluindo a concertação de atos, tendo por objeto atos de comunicação processual<sup>461</sup>; produção de provas; efetivação de tutela provisória; efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; centralização de processos repetitivos e execução de decisão jurisdicional.

Trata-se, como se vê, de instrumento com elevado potencial de contribuir para o desenvolvimento de políticas de gestão de processos pelo Judiciário.

É claro que a simples facilitação da comunicação entre os juízos, com a prática mais ágil dos atos processuais, pode impactar a prestação jurisdicional. Quanto aos atos concertados, o próprio dispositivo deixa claro o objetivo de viabilizar a prática de atos de comunicação processual, efetivação de tutelas provisórias e medidas executivas e, dentre outros, a produção de provas.

Acredita-se, porém, que a interpretação dessas regras, em especial aquela prevista no art. 69, IV e §2º, II e VI, pode ser muito mais pujante do que até agora se defendeu. Trata-se de dispositivo com potencial para justificar a agregação de processos para a prática de atos comuns, como é o caso da produção de prova de fato comum a várias demandas repetitivas<sup>462</sup>,

---

recursos “é constituído da predisposição de recursos humanos e materiais em volume suficiente a aplicar do melhor modo possível a disciplina legislativa”. Por fim, o fator cultural “incide não apenas sobre a qualidade da oferta do serviço judiciário, mas sobretudo sobre a qualidade da própria demanda, determinando no seu complexo, a ‘resposta’ do sistema judiciário” (CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade...* op. cit., p. 403).

<sup>461</sup> Alexandre Freitas Câmara cita como exemplo situação hipotética em que vinte varas cíveis de uma mesma comarca recebem, em um determinado período, demandas propostas contra uma mesma pessoa jurídica, havendo a necessidade de prática do ato citatório da empresa nas vinte demandas. Aplicando-se a técnica dos atos concertados, “é perfeitamente possível que os juízos combinem entre si que, em casos assim, um só oficial de justiça, atuando por todos os órgãos jurisdicionais, promova todas as citações” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 60).

<sup>462</sup> Como destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ainda que o dispositivo não faça referência às ações coletivas, trata-se de técnica de coletivização, com o objetivo de racionalizar os recursos judiciais e possibilitar soluções isonômicas. E complementam: “A figura se presta, dentre outras, a lidar com questões de massa ou com aspectos convergentes de distintos processos. Imagine-se, por exemplo, um produto

a exemplo do que ocorre no direito norte-americano com o *multidistrict litigation*<sup>463</sup>, de que já se tratou no capítulo 01<sup>464</sup>.

Essa agregação pode viabilizar a reunião de processos em trâmite perante o mesmo Juízo ou Juízos distintos para produção de prova comum. Nesse caso, a concertação será determinada pelo(s) próprio(s) Juízes em diálogo com as partes. A prova poderá ser produzida em qualquer um deles, observando-se as regras de prevenção, com participação das partes. A reunião física dos processos mostra-se absolutamente desnecessária. Basta que se determine a produção da prova em um dos processos, com intimação das partes do outro para que participem normalmente de sua produção. Trata-se, no caso, de prejudicialidade<sup>465</sup>, aplicando-se por

---

que se suponha nocivo à saúde e que possa ter prejudicado diversos consumidores. Qual o sentido de se produzir prova pericial em cada um desses processos para o mesmo objetivo? Não é mais delegar a apenas um magistrado a colheita dessa prova (por hipótese, àquele mais próximo do objeto da perícia), para depois transportar essa prova – e eventualmente outras que se mostrem pertinentes – aos outros processos?” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 73). Para Fredie Didier Jr., o princípio da eficiência autorizaria que o órgão jurisdicional estabelecesse uma espécie de “conexão probatória” entre causas pendentes, de modo a unificar a atividade instrutória, como forma de redução de custos, mesmo que isso não implique a necessidade de um julgamento simultâneo de todas elas”. Cita como exemplo de fato comum a nocividade de determinado produto, com impossibilidade de reunião das demandas para julgamento conjunto em razão de suas peculiaridades fáticas. E conclui: “Pode o órgão jurisdicional, neste caso, determinar uma perícia única, cujos custos seriam repartidos entre os sujeitos interessados de todos os processos” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 132-133). Mais adiante, analisando o art. 69, §2º, II, ao analisar a cooperação jurisdicional, afirma tratar-se de dispositivo aplicável ao processo coletivo, na medida em que fica clara “a possibilidade de uma ‘conexão probatória’ entre causas, individuais ou coletivas, de modo a que os órgãos jurisdicionais unifiquem a produção da prova, racionalizando os custos do processo e observando a necessidade de duração razoável [...] Uma conexão probatória que não prejudica a imediação do juízo do local do fato” (Ibid., p. 279). Nesse sentido, o enunciado 671, do Fórum Permanente de Processualistas Civis de Recife (2018), Grupo “Competência e Cooperação Judiciária Nacional”: “O inciso II do §2º do art. 69 autoriza a produção única de prova comum a diversos processos, assegurada a participação dos interessados”.

<sup>463</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 73.

<sup>464</sup> A pesquisa relativa a este ponto do trabalho teve origem na disciplina de Processo Civil e Direitos Fundamentais cursada em 2016, ministrada pelo Prof. Sérgio Cruz Arenhart no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, curso de doutoramento. O trabalho final apresentado naquela disciplina versou sobre a possibilidade de aplicação do *multidistrict litigation* no direito brasileiro, com fundamento no art. 69 do CPC. O artigo foi publicado em coletânea em homenagem ao Prof. Luiz Guilherme Marinoni. Naquela oportunidade, defendeu-se: “Os arts. 67 a 69 do CPC de 2015 oferecem ferramentas que, lidas da forma adequada, podem representar a materialização, no sistema brasileiro, de atos cooperativos voltados à gestão do conjunto de processos judiciais, principalmente no que se refere aos atos concertados para a produção de provas, a partir da reunião de demandas repetitivas. É a partir desses dispositivos que se defende a possibilidade de adoção, no sistema brasileiro, do *multidistrict litigation*, que no direito norte-americano possibilita a reunião de casos com questões fáticas semelhantes, viabilizando a produção de prova comum, perante um único juízo, sem que isso represente ofensa a garantias constitucionais como o direito fundamental à prova e ao contraditório, ou mesmo ao juiz natural” (LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do multidistrict litigation no sistema brasileiro*. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 386).

<sup>465</sup> Em seu clássico “Questões prejudiciais e coisa julgada”, Barbosa Moreira considera a prejudicialidade instituto pertinente ao direito processual, “que não se deixa reduzir a simples fenômeno de ordenação procedimental, senão que postula, em sua essência, uma prioridade logicamente necessária na solução de determinadas questões, em razão do condicionamento que daí resulta para a de outras e que se refletirá especificamente no sentido em que essas outras hão de ser, por sua vez, resolvidas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 41-42).

analogia a regra prevista no art. 313, V, b do CPC, que determina a suspensão do processo quando a sentença “tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo”. Após essa produção, a prova será utilizada em todos os casos, recebendo a devida valoração, a depender da qualificação jurídica atribuída em cada demanda e das respectivas pretensões.

O critério autorizador dessa forma de concertação de atos é a comunhão da questão de fato. O grau de identidade da questão comum deverá ser suficiente a possibilitar que as dúvidas acerca do modo como as coisas ocorreram sejam solucionadas de uma única vez, por meio da prova produzida de forma concertada. Retoma-se aqui o que se afirmou no item 2.2.2, em que se analisou especificamente os critérios de definição da questão comum para fins de coletivização da prova. Não é necessário, como lá se afirmou, que haja integralidade de identidade das questões fáticas discutidas na demanda. A comunhão entre uma das questões fáticas já justifica a adoção da medida, sem prejuízo de haver posterior produção de prova relativa às questões individuais não comuns em cada uma das demandas. A existência de qualificações jurídicas ou pretensões diversas em cada demanda igualmente não impede a instauração do incidente de coletivização. O que importa é que um ou mais fatos, dentre aqueles identificáveis no suporte fático da norma cuja incidência se pleiteia em cada demanda, seja(m) o(s) mesmo(s).

Tomando como base os casos reais e fictícios já citados no decorrer deste trabalho, poderiam caracterizar questões comuns a justificar a produção de prova única por meio da concertação de atos: a prova de que os lotes do anticoncepcional eram compostos por pílulas de farinha incapazes de possibilitar o efeito desejado para o medicamento; que os medicamentos chegaram ao mercado e foram comercializados; que o dever de informação não foi cumprido adequadamente pela fabricante após o ocorrido; os atos afetos a determinado acidente de trânsito envolvendo inúmeras pessoas (p.ex., que havia excesso de velocidade, que houve ultrapassagem irregular, a embriaguez do motorista etc.); ato praticado por empresa que resultou em poluição do meio ambiente, como o derramamento de chumbo ocasionado pela Plumbum; a insalubridade do local de trabalho; um defeito em determinado produto, como no caso do *dieselgate* praticado pela Volkswagen; a omissão da publicidade no caso do tabagismo etc.<sup>466</sup>

---

<sup>466</sup> Alexandre Freitas Câmara menciona o seguinte exemplo: acidente de trânsito decorrente de uma colisão envolvendo dois ônibus, com a possibilidade de que dezenas de vítimas ajuizem várias ações de reparação de danos, distribuídas para juízos diversos. Neste caso, seria possível que apenas um dos juízos colha o depoimento de determinada testemunha, anexando cópia do depoimento em todos os demais processos. Evita-se, assim, que a mesma testemunha compareça inúmeras vezes em vários processos para prestar o mesmo depoimento. Ressalta

Em se tratando de poucas demandas individuais com discussão de uma ou mais questões fáticas comuns, não parece haver maiores problemas na execução da medida. Em especial se todas tramitarem no mesmo Juízo ou, ao menos, na mesma Comarca. Ainda assim, havendo necessidade de solução de questões afetas à forma de instauração do incidente, a adoção do procedimento comum poderá ser intermediada pelo Comitê Estadual de Cooperação especificamente destinado para tanto. Pela relevância que apresenta para a consolidação da prática ora proposta, a atuação desse órgão será analisada em item próprio (2.2.3.5).

É possível e imprescindível, contudo, que se caminhe um pouco mais. A concertação de atos pode envolver inúmeros juízos, com variados processos que apresentem questões fáticas repetitivas e que, sem a ferramenta que ora se analisa, gerariam a prática de inúmeros atos probatórios repetitivos. Pense-se, por exemplo, nas inúmeras mulheres que tomaram o contraceptivo falho; nos inúmeros correntistas que celebraram idêntico contrato com um banco; nos inúmeros moradores de determinada região afetada por um dano ambiental; nos variados consumidores que adquiriram imóveis com construtora que não cumpriu com suas obrigações; nos adquirentes dos veículos que apresentaram problemas no software; dos consumidores de cigarro; dos trabalhadores com risco de doenças decorrentes de ambiente de trabalho inadequado etc.

Em todos esses casos a individualidade das demandas exigiria a produção de uma mesma prova centenas ou milhares de vezes ou, quando muito, o manejo da prova emprestada, inviável em muitos casos em razão das limitações ao contraditório.

Num momento em que o sistema fornece ferramentas que possibilitam a conjugação de isonomia com eficiência, sem qualquer prejuízo à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, não há razão para não se evitar essa inútil e injustificável repetição. Na concertação de atos, expressamente autorizada pelo art. 69 do CPC, reside importante chave para a prevenção desses transtornos e implementação de prática efetiva e eficiente.

O que se está a defender é a produção de uma prova afeta a uma coletividade formada ulteriormente, a partir da conjugação de vários interesses individuais fundados numa mesma questão de fato. Ao se possibilitar a agregação da questão comum em um único procedimento que viabilize a produção otimizada e igualmente efetiva da prova, se garantirá a tutela do interesse de toda a coletividade, abrangendo aqueles titulares que já tenham proposto suas ações ou mesmo outros que o façam futuramente. Para todos eles a prova ingressará no processo

---

que, no caso, deve-se garantir o contraditório, por meio da possibilidade de que todas as partes envolvidas participem da produção da prova (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil...* op. cit., p. 60-61).

(individual) como prova emprestada<sup>467</sup>, sem os problemas relativos ao contraditório, já que sua participação (direta ou indireta) foi garantida na produção da prova. Essa coletividade, não é demais lembrar, é formada pelas partes nas demandas individuais afins. O liame que as conecta está no fato comum ou nos fatos idênticos que fundamentam suas pretensões, e que serão objeto da prova.

Essa proposta, é certo, levanta inúmeras questões que devem ser analisadas e refutadas para que se obtenha o resultado esperado, que consiste, já se disse, na conjugação entre universalidade e adequação da tutela jurisdicional com as garantias da eficiência e isonomia, sem prejuízo à tutela efetiva do direito material. A preservação dos interesses individuais, neste ponto, é essencial para a legitimidade do instrumento.

Em especial, é necessário analisar a forma como a medida poderá ser operacionalizada, de forma a demonstrar que não há, na técnica proposta, espaço para ofensa ao princípio do juiz natural, bem como ao direito fundamental à prova e ao contraditório.

#### **2.2.3.4. O procedimento**

O Código de Processo Civil autoriza a prática de atos cooperativos em âmbito nacional e indica, de forma exemplificativa, algumas das medidas que podem ser realizadas por meio dessa colaboração entre Juízos. Não há nos arts. 67 a 69 do CPC qualquer previsão afeta ao procedimento para a prática desses atos, o que, como já se disse, decorre justamente da ideia de *facilitação* ínsita à cooperação nacional. Para não se inviabilizar a prática dos atos e garantir sua desburocratização, opta-se pela ausência de previsão de um procedimento rígido para sua prática.

Isso significa que a operacionalização dos atos concertados (assim como dos demais atos de cooperação) deverá ser buscada de forma geral no sistema processual. O mesmo ocorre, como não poderia deixar de ser, com relação à técnica, ora proposta, de concertação de atos para produção de prova de fato comum a inúmeras demandas individuais, cujo manejo independe de qualquer reforma legislativa. Essa aplicação terá como base o art. 69, II e VI, do CPC, assim como as normas já editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em especial no que se refere à atuação dos Núcleos, Juízes e Comitês responsáveis por garantir a correta realização da política de cooperação nacional. Nada impede, também, que os Tribunais regulamentem, no

---

<sup>467</sup> O tema tem relação direta com a questão da convivência entre ações coletivas e individuais e os reflexos que a produção coletivizada pode gerar sobre elas e, por isso, será objeto de análise no capítulo 03.

âmbito de seus regimentos internos, o procedimento para a prática desses atos<sup>468</sup>. Veja-se que a atuação do CNJ e dos Tribunais estará ligada à definição de critérios procedimentais para a instauração e tramitação do incidente<sup>469</sup>. Não há aqui a necessidade de definição das situações em que cabível a medida, já que as hipóteses de concertação de atos estão previstas no §2º do art. 69 do CPC. No específico da coletivização probatória decorrente da conjugação dos incisos II e VI, o cabimento dependerá da comunhão da questão de fato, com grau suficiente a ensejar a produção de uma prova comum. Ao Comitê caberá a definição acerca da observância desses critérios em cada caso.

A instauração da medida não apresenta dificuldades. Ela poderá ser determinada de ofício pelo juiz, com fundamento no art. 69 do CPC, assim como ser pleiteada pelas partes<sup>470</sup>. A iniciativa, neste caso, pode ser daquele que figura no polo ativo ou passivo das ações. Assim como é possível que o interesse na produção da prova seja de inúmeros titulares que figurem como autores em ações individuais com pedidos fundados na questão de fato comum, não se descarta a possibilidade de que haja interesse daquele que figura como réu nessa mesma produção coletivizada. Em qualquer caso, a medida deverá ser determinada após o estabelecimento do devido diálogo entre os sujeitos processuais, para o que se recomenda a realização de ato específico para tanto, a exemplo do que ocorre com a audiência de saneamento compartilhado prevista no art. 357, §3º, do CPC.

Assim, uma vez vislumbrada, em uma determinada demanda individual, a possibilidade de concertação de atos para fins probatórios, o Juízo deverá adotar três providências iniciais.

Em primeiro lugar, e após ouvidas as partes do processo no qual se pretenda provocar a instauração da técnica, deverá proceder à comunicação de todos os demais Juízos, em âmbito nacional, estadual ou local (a depender da extensão do fato) a fim de verificar a existência e quantidade de processos individuais envolvendo a mesma discussão e viabilizar, em cada uma dessas demandas, a manifestação das partes acerca da instauração da medida. A providência é necessária para que se analise o grau de comunhão da questão fática e a quantidade de processos em que ela se repete, possibilitando a aferição acerca da verdadeira conveniência da

---

<sup>468</sup> FPPC Recife (2018), Grupo “Ordem dos processos no tribunal e regimentos internos”, Enunciado 669: “O regimento interno pode regulamentar a cooperação entre órgãos do tribunal”.

<sup>469</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, tratando-se de poder-dever do magistrado, será necessário saber em que situações a concertação de atos poderá ocorrer, cabendo aos tribunais o estabelecimento de critérios para essa modalidade de cooperação (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 74).

<sup>470</sup> Referindo-se à aglutinação de questões comuns, mas em análise que se aplica perfeitamente à técnica aqui proposta, Sérgio Cruz Arenhart afirma que, além dos sujeitos processuais, também o Ministério Público poderá ter a iniciativa da medida (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 243).

determinação da medida<sup>471</sup>. A hipótese aqui é de *afinidade* entre questões de fato, a justificar a agregação de processos.

A partir das informações obtidas com os demais Juízos, deverá haver a provocação do Conselho Nacional de Justiça, por meio do respectivo Comitê Estadual Executivo, para definição do Juízo competente e estabelecimento das demais questões administrativas necessárias.

Por fim, deverá ser garantida a observância ao contraditório na produção da prova que, em alguns casos, tendo em vista o elevado número de interessados, será viabilizado por meio da atuação de um ente legitimado, dentre aqueles previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, que representará adequadamente a coletividade interessada na produção da prova comum.

Após a manifestação do órgão responsável no âmbito do CNJ, os Juízos serão comunicados acerca do Juízo competente para o procedimento, bem como da designação do primeiro ato a ser praticado, qual seja, uma audiência que possibilite o estabelecimento compartilhado dos rumos do procedimento probatório, de forma muito semelhante à audiência de saneamento compartilhado prevista no §3º do art. 357 do CPC, enquanto espaço adequado para a manifestação dos poderes de gestão em casos complexos. Tratando-se de situação que justifique a adoção de técnicas de agregação para produção da prova, estará configurada a complexidade necessária à realização do ato, de modo a garantir o acerto quanto à adoção da técnica de coletivização e seu desenvolvimento adequado, viabilizando o exercício do contraditório e a prática de todos os atos processuais necessários. Tratando-se de questão de fato, será imprescindível a exata definição sobre os limites e etapas da fase instrutória. O momento é adequado para adaptações no procedimento e para importantes definições acerca do objeto e limites da prova agregada, do meio de prova necessário, a nomeação de perito e assistentes técnicos, a definição de um calendário para a produção da prova etc.

Instaurado o incidente, as demandas individuais que já se encontrem na fase instrutória deverão permanecer suspensas até a produção da prova. Aquelas que ainda não estejam nessa fase deverão prosseguir até o saneamento, após o que permanecerão igualmente suspensas. O fundamento para a suspensão é a previsão do art. 313, V, b, ou seja, a dependência, para a sentença de mérito, da solução de questão de fato em outro Juízo.

---

<sup>471</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que a medida não depende da vontade do juiz, não se tratando de mera faculdade, mas decorrendo dos poderes-deveres a que estão submetidos os magistrados, decorrentes, no caso, da necessidade de preservação da isonomia e da eficiência na prestação jurisdicional. Por isso, verificado o cabimento da medida, “a concertação de atos deve ocorrer” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 74).

Neste momento, cabe a cada interessado demonstrar, se for o caso, que a questão de fato comum não integra a causa de pedir de sua demanda<sup>472</sup>. Como já se disse no início deste capítulo, a existência de outras questões individualizadas que componham essa causa de pedir não impede a suspensão do processo no aguardo da produção da prova da questão de fato comum. Não há, no caso, substituição da fase instrutória das ações individuais pela instrução coletiva. A ideia é de complementariedade, sendo possível, e até necessária, a continuidade da instrução para que, em cada demanda individual, haja a produção de provas acerca das questões não comuns.

Veja-se que a adoção da técnica não implicará a reunião das ações. Em especial porque em muitos casos se tratará de centenas ou milhares de demandas individuais, envolvendo quantidade imensurável de partes. Diferente disso, e de forma muito menos tumultuosa, o procedimento será instaurado de modo a possibilitar uma produção única da prova, com a participação direta ou indireta (via representante adequado), de todos os interessados nessa produção.

#### **2.2.3.5. Segue. A atuação dos Núcleos e Juízes de Cooperação, e dos Comitês Executivos Nacional e Estaduais. O importante papel do Conselho Nacional de Justiça**

A conjugação do inciso II com o inciso VI do mesmo art. 69 dá suporte para a adoção de um procedimento agregado para produção de prova relativa a uma ou mais questões comuns de fato presentes em variadas demandas, ainda que os julgamentos, num momento seguinte, devam ser individualizados. O que se espera com a reunião das demandas é apenas viabilizar a produção da prova, sem que seja necessária sua repetição em inúmeras ações semelhantes, com evidente dispêndio de tempo, além de recursos humanos e financeiros desnecessários. O fundamento da medida, portanto, está justamente no atendimento aos fins da Jurisdição, calcados na prestação da tutela jurisdicional com isonomia e eficiência.

É certo que a aplicação dessa ferramenta exigirá a definição de critérios que possibilitem sua utilização de forma adequada. Apenas a eficiência na condução dos casos judiciais, sem prejuízo da prestação da tutela jurisdicional adequada, é que justifica os esforços em torno de adoção da técnica. Esses critérios deverão ser estabelecidos por um órgão pré-constituído, de caráter administrativo, com competência para realizar uma análise geral do

---

<sup>472</sup> Embora se trate de situações diferentes, a hipótese se assemelha ao *distinguishing*, que no sistema de precedentes autoriza que a parte demonstre a “distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado”, autorizando o prosseguimento da demanda (art. 1037, §9º, CPC).

sistema e com isso possibilitar a instauração do procedimento perante o órgão adequado, a partir das regras necessárias e igualmente pré-estabelecidas. Não nos parece algo de difícil alcance no sistema judicial brasileiro. Sequer é necessária a criação desse órgão.

É no Conselho Nacional de Justiça que se encontrará o espaço necessário para que, mediante uma atuação de caráter não jurisdicional, seja implementada a técnica de concertação de atos.

O órgão, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o art. 103-B na Constituição Federal, é responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, descritas no §4º do art. 103-B, dentre elas “zelar pela observância do art. 37” da Constituição Federal. Não há dúvidas, portanto, do importante papel atribuído ao Conselho Nacional de Justiça para o estabelecimento de políticas públicas voltadas ao alcance da eficiência da prestação jurisdicional<sup>473</sup>.

O CNJ vem cumprindo esse papel desde sua criação, por meio da implantação de estudos estatísticos e estratégicos e, a partir de seus resultados, o estabelecimento de projetos e metas. Alguns desses dados e projetos já foram expostos no decorrer deste trabalho, como é o

---

<sup>473</sup> Em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional de Magistrados contra os artigos da EC 45/2004 que instituíram o CNJ, o Min. Cezar Peluso destacou que “mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, nos limites de suas responsabilidades constitucionais, deem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder” (ADI 3367/SF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Cezar Peluso; j. 13.04.2005; DJ 17.03.2006). Ressaltando a urgência de “superar a limitação com o uso eficiente e racional do disponível”, Renato Nalini destaca a necessidade de que o CNJ, “na sua excepcional condição de único órgão de planejamento da Justiça brasileira”, transcenda os conceitos tradicionais. Assim, “grupos especialmente recrutados e constantemente renovados devem ser provocados a gerar insights, visualizar caminhos inéditos e não se surpreender com o surgimento de demandas inesperadas”. E conclui: “toda organização tem de mergulhar no caminho da reinvenção” (NALINI, Renato. *O que esperar do CNJ nos próximos dez anos?* In MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97). Em trabalho no qual analisa a criação e atuação do CNJ, Maria Tereza Sadek lembra que “o magistrado e o Poder Judiciário forjados pelo novo paradigma são constringidos a considerar o futuro. Termos como planejamento estratégico, estabelecimento e cumprimento de metas implicam a inclusão do tempo futuro. Trata-se de uma racionalidade orientada por valores típicos da modernidade – eficiência, eficácia, resultados, otimização no uso de recursos, celeridade, prestação de contas, sincronia com inovações tecnológicas etc.” E conclui: “Há o reconhecimento de que uma melhor prestação jurisdicional não está diretamente associada a mais juízes, mais servidores, mais computadores, mais prédios, mais salários, mais benefícios. O cumprimento das atribuições do Poder Judiciário passa a resultar de um uso mais racional dos recursos orçamentários, do combate às distorções na distribuição dos recursos humanos e materiais, do gerenciamento dos processos, enfim, de uma atuação mais pró-ativa por parte de tribunais e magistrados”. Por tudo isso é que a consolidação institucional do CNJ “está fortemente relacionada ao empenho em combater o conservadorismo, hábitos arraigados, comportamentos marcados por desvios éticos, buscando sincronia com as exigências de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e respondendo a critérios republicanos” (SADEK, Maria Tereza. *CNJ: O futuro na agenda*. In MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão, op. cit., p. 120-121).

caso do Justiça Aberta, o Relatório Justiça em Números e a Política Nacional de Atenção Prioritária em Primeiro grau. A edição de normas regulamentares também faz parte das estratégias adotadas pelo CNJ para a consecução de seus fins constitucionais. Insere-se nesse contexto a já citada Recomendação 38/2011, voltada à instauração, pelos Tribunais, de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário.

Pode-se afirmar, portanto, que o Conselho Nacional de Justiça, antes mesmo da edição do Código de Processo Civil de 2015 e em atenção à sua função expressamente estabelecida na Constituição Federal, apropriou-se da tarefa de implementar uma política de cooperação nacional, com um inevitável olhar sobre a eficiência da prestação jurisdicional.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a cooperação nacional será efetivada no Brasil a partir da atuação de órgãos especialmente criados para essa função. A começar, os juízes de cooperação e os Núcleos de Cooperação, que compõem o sistema de cooperação judiciária nos tribunais. Segundo os termos da normativa, cabe aos Tribunais a criação desses órgãos, de modo a constituir, em cada unidade, a estrutura necessária à implementação da Política Nacional de Cooperação. Em 2012 foi instituída a Meta n. 4, voltada à constituição, em cada Tribunal, do Núcleo de Cooperação Judiciária, e à instituição da figura do juiz de cooperação. Relatório elaborado em 2013 pelo Conselho já indicava o atendimento da recomendação por praticamente todos os Tribunais Estaduais e Federais do país, com cumprimento de 97,78% da meta<sup>474</sup>. Em 2015, novo relatório confirmou essa informação<sup>475</sup>. A pesquisa indica a criação do órgão inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, desde 2013. Pesquisas realizadas no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça ou do Conselho Nacional de Justiça, porém, não apontam nenhuma informação a este respeito.

Os Núcleos de Cooperação “são espaços institucionais de análise, diagnóstico e deliberação a respeito da litigiosidade em cada tribunal, foro ou localidade, para favorecer o diálogo interno entre os juízes ou mesmo entre o Judiciário, os demais sujeitos do processo e os agentes públicos e sociais”, como define o próprio Conselho<sup>476</sup>. Segundo o art. 9º do Anexo da Recomendação 38, possuem a “função de sugerir diretrizes de ação coletiva, harmonizar rotinas e procedimentos, bem como atuar na gestão coletiva de conflitos e na elaboração de diagnósticos de política judiciária, propondo mecanismos suplementares de gestão administrativa e processual, fundados no princípio da centralização, colaboração e eficácia”. O

---

<sup>474</sup> Fonte: [http://www.cnj.jus.br/images/manuais/Meta\\_4\\_de\\_2012\\_detalhamento.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/manuais/Meta_4_de_2012_detalhamento.pdf) Acesso 27.07.2018.

<sup>475</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/5468bb4d51d5bd5acbc8ee41b06b327.pdf> Acesso 27.07.2018.

<sup>476</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/221-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/18984-nucleo-de-cooperacao-judiciaria-nos-tribunais> Acesso 07.09.2016.

art. 10 estabelece que os núcleos “poderão ser constituídos por comarcas, regiões, unidades de especialização ou Unidades da Federação”.

Já os “juízes de cooperação” exercem a função de “facilitar a prática de atos de cooperação judiciária” (art. 6º da Recomendação), de modo a “intermediar o contato entre magistrados, a agilização do intercâmbio de atos forenses e a concertação de procedimentos entre juízes cooperantes”<sup>477</sup>. São deveres dos juízes de cooperação, nos termos do art. 7º do Anexo da Recomendação 38/2011:

- I- fornecer todas as informações necessárias a permitir a elaboração eficaz de pedido de cooperação judiciária, bem como estabelecer os contatos diretos mais adequados
- II- identificar soluções para os problemas que possam surgir no processamento de pedido de cooperação judiciária;
- III- facilitar a coordenação do tratamento dos pedidos de cooperação judiciária no âmbito do respectivo Tribunal;
- IV- participar das reuniões convocadas pela Corregedoria de Justiça, pelo Conselho Nacional de Justiça ou, de comum acordo, pelos juízes cooperantes;
- V- participar das comissões de planejamento estratégicos dos tribunais;
- VI- promover a integração de outros sujeitos do processo à rede de cooperação;
- VII- intermediar o concerto de atos entre juízes cooperantes.

A lista dos juízes designados para essa função em cada Estado pode ser encontrada no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça<sup>478</sup>. Trata-se, como se vê, de figuras voltadas especialmente à facilitação da comunicação entre os juízes cooperantes, coordenando a prática dos atos de cooperação, além de terem competência para solucionar pontualmente os problemas que surgirem nessa prática. Assim como os Núcleos de Cooperação, os juízes poderão atuar em comarcas, foros, polos regionais, unidades de especialização ou Unidades da Federação. Segundo o §2º do art. 6º, “observado o volume de trabalho, o juiz de cooperação poderá cumular a função de intermediação da cooperação com a jurisdicional ordinária ou ser designado em caráter exclusivo para o desempenho de tal função”. Trata-se de previsão relevante, e que denota a intenção do CNJ em estabelecer órgãos verdadeiramente voltados à coordenação da cooperação nacional.

Também foi criado o Comitê Executivo Nacional, que “tem como função, além da gestão nacional da Rede Nacional de Cooperação Judiciária, elaborar estudos, apresentar

---

<sup>477</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/juizes-de-cooperacao> Acesso 07.09.2016.

<sup>478</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/juizes-de-cooperacao> Como já se disse, pesquisa realizada junto ao CNJ e aos juízes indicados no endereço eletrônico do órgão revelou que os dados estão desatualizados.

propostas, acompanhar atividades, propor convênios e organizar reuniões e seminários relativos ao tema da cooperação judiciária”<sup>479</sup>.

Da mesma forma, já existe em cada Estado um Comitê Executivo Estadual da Rede Nacional de Cooperação Judiciária, com a função de, além da gestão da Rede no âmbito do respectivo Estado, “elaborar estudos, apresentar propostas, acompanhar atividades, propor convênios, organizar reuniões e seminários relativos ao tema da cooperação judiciária”. O comitê pode, para exercício de suas funções, “contar com o auxílio de outras autoridades e especialistas de entidades públicas e privadas com atuação em áreas correlatas”<sup>480</sup>. Em cada Estado da Federação, o Comitê é composto por três ou mais juízes ou desembargadores, que atuam na efetivação e controle dos atos de cooperação judiciária praticados em cada Estado.

Segundo o art. 11 do anexo da Recomendação, “os núcleos de cooperação deverão interagir de forma coordenada com os comitês nacional e estadual de cooperação judiciária, constituídos pelo Conselho Nacional de Justiça”.

São esses, como se vê, os órgãos responsáveis pela implementação da cooperação nacional judiciária no Brasil, exercendo funções de caráter precipuamente administrativo, com o fim de operacionalizar a prática dos atos de acordo com as demandas dos juízes cooperantes. A leitura dos dispositivos extraídos da Recomendação 38 e seu anexo deixam claro que a intenção é, de fato, criar uma rede voltada à efetiva coordenação de atos cooperados. É nesses órgãos, portanto, que devem ser concentradas todas as medidas necessárias à plena realização da Política Nacional de Cooperação, o que, como não poderia deixar de ser, inclui a prática dos atos descritos nos arts. 67 a 69 do CPC.

Tratando-se de concertação de atos para produção de prova de questão comum, a instauração deverá ser coordenada pelo Núcleo de Cooperação do respectivo Tribunal, em diálogo com o Comitê Executivo do Estado ou, em sendo o caso, do Núcleo do Superior Tribunal de Justiça em conjunto com o Comitê Nacional, a depender do alcance da atividade probatória. Afinal, é possível que o fato probando seja objeto de inúmeras pretensões individuais espalhadas pelo território nacional ou em alguns específicos Estados. Pense-se, por exemplo, no caso das pílulas de farinha em que foram localizadas ações individuais em São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina e Distrito Federal. Ou a situação do *dieselgate*, com repercussão nacional. Nesses casos, a instauração do procedimento extrapolará

---

<sup>479</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/comite-executivo-da-rede-nacional-de-cooperacao-judiciaria> Acesso 07.09.2016.

<sup>480</sup> Fonte: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/comites-executivos-estaduais-da-rede-nacional-de-cooperacao-judiciaria> Acesso 07.09.2016. A Portaria 46/2014 estabeleceu a primeira composição do Comitê.

os limites territoriais do Comitê Estadual, sendo necessário que as definições procedimentais sejam efetivadas por órgão com competência nacional para tanto.

Os Núcleos de Cooperação e os Comitês Executivos desempenharão papel semelhante ao *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, de que já se tratou anteriormente, voltado, no sistema norte-americano, especialmente à verificação do preenchimento dos requisitos necessários à instauração do procedimento e definição de seus critérios<sup>481</sup>. Assim, e uma vez realizada a solicitação de concertação de atos, deverão atuar na: a) verificação da viabilidade de instauração do procedimento, a partir da análise da existência de questão comum de fato; b) designação do juízo em que tramitará o incidente; c) comunicação de todos os juízos a fim de que indiquem a existência de ações nas quais se discuta a questão comum de fato e, posteriormente, para que suspendam as demandas, além do estabelecimento de qualquer outra providência necessária para o bom desenvolvimento da medida. Caberá aos órgãos, dentro de sua competência, o estabelecimento de normas voltadas à realização de todas essas atividades.

Como se vê, no exercício de sua função constitucional, o Conselho Nacional de Justiça já fixou todas as diretrizes necessárias à realização dos atos de cooperação. Os Núcleos e juízes de cooperação, ao lado dos Comitês Nacional e Estaduais, caracterizam um verdadeiro sistema devidamente planejado para operacionalizar essa prática. Sua efetivação depende, apenas, da operacionalização e fortalecimento desses órgãos, além, é claro, da superação do fator cultural, que possibilitará o aprimoramento de sua atuação.

### **2.2.3.6.O respeito ao juiz natural**

A concertação de atos poderá acarretar mudanças de competência. Afinal, já se viu que a técnica consiste na produção de uma única prova comum a vários processos, ainda que em trâmite perante Juízos diversos. Isso, porém, afetará apenas a fase instrutória, sem qualquer ingerência do juiz que conduzirá o procedimento na fase decisória dos processos, à exceção daquele que porventura já seja de sua competência.

De modo algum isso constitui um óbice à adoção da técnica de concertação para coletivização da prova. Muito diferente disso, todas as medidas previstas nos arts. 67 a 69 do CPC incluem-se num ambiente de cooperação entre juízos de competência diversa, a fim de

---

<sup>481</sup> Em artigo no qual analisa o *Panel* e sua atuação desde sua edição, Blake M. Rhodes destaca: “It was created to coordinate the discovery, or pretrial, phase of cases involving common questions of fact that have been filed in different federal district courts. The Panel’s objective is to promote efficient and expeditious processing of these factually related cases” (RHODES, Blake M. *Judicial Panel on Multidistrict Litigation: Time for Rethinking*, University of Pennsylvania Law Review v. 140, 1991, p. 711).

facilitar a prática de atos processuais. Tanto que o próprio art. 69, em seu §3º, e o art. 5º do Anexo da Recomendação 38/2011 do CNJ autorizam expressamente a prática de atos de cooperação “entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário”. Nenhum óbice haveria, por exemplo, na concertação de atos envolvendo juízos de competência estadual e federal.

Não há como se vislumbrar nessas previsões e na aplicação da técnica ora proposta qualquer violação ao juiz natural<sup>482</sup> que, tal como se extrai do art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal brasileira, tem como finalidade a garantia de imparcialidade do juiz na apreciação da causa<sup>483</sup>. Veda-se, assim, a criação de tribunais de exceção, possibilitando ao jurisdicionado o conhecimento prévio do órgão jurisdicional competente para julgamento de sua pretensão<sup>484</sup>.

Decorrem dessa garantia a imprescindibilidade de investidura no cargo para exercício da função jurisdicional, o controle das situações que podem ensejar a parcialidade do julgador (com as definições dos casos que geram sua suspeição e impedimento) e, em especial, a definição prévia das regras de competência, tal como estabelecidas no Código de Processo Civil, Códigos de Organização Judiciária e Regimentos Internos dos Tribunais. Nesse último aspecto, o juiz natural garante a imparcialidade e a igualdade a todos os jurisdicionados, que saberão de antemão qual o juiz competente para julgamento de suas causas, podendo, se for o caso, impugna-lo em razão de fatos que possam afetar sua imparcialidade.

---

<sup>482</sup> “Não se estabelece, com essa concertação, qualquer juízo de exceção, mas apenas se prevê um outro critério – a isonomia ou a eficiência – para a prática de ato processual, aí incluída eventual centração de processos ou unidade de julgamento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 74).

<sup>483</sup> “No processo civil, em que as pessoas comparecem com suas pretensões e estas são julgadas – não os fatos em si mesmos, ou a pessoa – tal aspecto da garantia do juiz natural deixa de ter toda a grande importância que tem no processo penal. A preexistência do órgão judiciário não se confunde com a preexistência de sua competência para o caso. Com esse desconto, prepondera a garantia conforme costuma ser apresentada, ou seja, caracterizada por esse trinômio: a) julgamento por juiz e não por outras pessoas ou funcionários; b) preexistência do órgão judiciário, sendo vedados, também para o processo civil, eventuais tribunais de exceção instituídos depois de configurado o litígio; c) juiz competente segundo a Constituição e a lei” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* v. I, op. cit., p. 204).

<sup>484</sup> “Juiz natural é o juiz devido. À semelhança do que acontece com o devido processo legal e o contraditório, o exame do direito fundamental ao juiz natural tem um aspecto objetivo, formal, e um aspecto substantivo, material. Formalmente, juiz natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas [...] Não é possível a determinação de um juízo *post facto* ou *ad personam*. A determinação, pela lei, do juízo competente para a causa deve ser feita com base em critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos. Tribunal de exceção é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso. Os juízes de exceção são juízes *ad hoc* e estão vedados [...] Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 220-221).

Também decorre do juiz natural o princípio da identidade física do juiz e seu subprincípio da imediação. Previstos respectivamente nos arts. 132 e 446, II, do CPC/73, esses princípios não foram reproduzidos no CPC/2015, supressão criticada por parte da doutrina<sup>485</sup>.

Não se descarta a possibilidade de alterações nas regras de competência, sem que com isso seja violada a garantia do juiz natural. O parâmetro para se definir a constitucionalidade dessas alterações é a manutenção da finalidade a que se destina a garantia, ou seja, a imparcialidade do juízo, evitando-se a criação de regras excepcionais que desvirtuem essa finalidade. Mantida a imparcialidade, não parece haver problemas em se possibilitar a alteração de regras de competência, mesmo que se tratem de regras norteadoras de competência absoluta.

Sabe-se que o Código de Processo Civil já autoriza em parte essas modificações, como prevê o art. 43. O mesmo se diz com relação às regras que autorizam a modificação da competência relativa, em razão da conexão ou continência. Nenhuma dessas regras, é certo, é suficiente a comprometer a imparcialidade do órgão julgador, função máxima do princípio do juiz natural.

Da mesma forma, não parece, à luz do juiz natural, haver óbices à reunião de processos para produção conjunta da prova, como decorrência do exercício da cooperação nacional entre juízos para a prática de atos concertados. Com isso, a partir de critérios objetivos definidos previamente, haverá modificação de competência relativa, sem se descartar também, em alguns casos, a possibilidade de modificação de competência absoluta, mas voltada unicamente à produção da prova. O julgamento do mérito, assim como a própria análise da questão fática fundada na prova, caberão ao juízo originalmente competente. Ainda assim, não se vislumbra qualquer violação nessa possibilidade, em especial pelas já citadas previsões legais. Não parece haver qualquer vedação a isso, em especial porque a aplicação do procedimento terá por objetivo a atuação conjunta para produção de provas, e não o julgamento das demandas, que permanecerá a cargo do juízo materialmente competente para tanto.

Semelhante situação já se verifica em razão de alguns fenômenos expressamente previstos no Código de Processo Civil. A produção antecipada da prova, por exemplo, não gera prevenção (art. 381, §3º) do juízo para a ação que venha a ser futuramente proposta com embasamento na prova produzida. Também a prova emprestada acaba por admitir a utilização de prova que não foi produzida pelo juízo competente. Por fim, não há óbice à reunião de demandas por conexão após a fase probatória já encerrada em uma delas. Tudo isso evidencia

---

<sup>485</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. *Capítulo XI. Da audiência de instrução e julgamento*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1109.

que não deve haver, *a priori*, qualquer estranhamento na produção da prova por juízo que não é aquele naturalmente competente para seu julgamento.

Já se defende, ademais, que o princípio do juiz natural deve ser ressignificado em atenção ao princípio da eficiência, assumindo como núcleo essencial a objetividade, impessoalidade e invariância das normas de competência, em lugar dos referenciais de pré-constituição, previsão em regra legislada, ausência de discricionariedade e inflexibilidade. A tese é defendida por Antonio do Passo Cabral, que realizou aprofundado estudo acerca do juiz natural e sua ressignificação. A partir disso, afirma que “o juiz natural exige uma alocação ótima de funções jurisdicionais, viabilizando uma atividade de efetiva gestão de competências”, sendo possível ao Judiciário “reestruturar suas unidades administrativas e flexibilizar ou adaptar a competência jurisdicional para a obtenção de resultados mais eficientes”<sup>486</sup>. Do balanceamento entre a eficiência e demais garantias do processo emerge a necessidade de flexibilidade e adaptabilidade, de modo a atenuar o rigor formal do sistema de competências e possibilitar modificações de “competência no curso do processo, maleabilidade na designação de juízes e na composição de colegiados e na derrogação das regras legais pela conformação pretendida pelas partes”<sup>487</sup>.

Seja como for, a atribuição de competência a um órgão especialmente destinado à fixação dos critérios para instauração do procedimento basta para que se afaste qualquer possibilidade de a reunião dos casos representar uma violação ao juiz natural. Afinal, a definição terá por base critérios objetivos, que podem levar em consideração as próprias regras de competência já colocadas à disposição pelo sistema, dentre elas: a) com fundamento na eficiência, o juízo em que tramitem a maior quantidade de processos individuais envolvendo a questão de fato que será objeto da prova; b) aplicando-se analogicamente as regras que regem a produção antecipada da prova (art. 381, §2º), o juízo do foro onde deva ser produzida a prova; c) ou ainda, as regras de competência para as ações coletivas, previstas no art. 93 do CDC, que têm por objetivo justamente garantir a melhor forma de tutela aos direitos individuais homogêneos. Segundo esse dispositivo, é competente para a ação coletiva o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local (inciso I), ou o foro da Capital do

---

<sup>486</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...* op. cit., p. 716.

<sup>487</sup> *Ibid.*, p. 421-422. “Se o juiz natural, na atualidade, permite conciliar garantia e eficiência, é possível que os novos caminhos do sistema de competência operem dentro dessa moldura flexível e adaptável sem abandonar a proteção necessária ao núcleo essencial do juiz natural” (*Ibid.*, p. 423).

Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente (inciso II)<sup>488</sup>.

Trata-se, como se vê, de hipóteses de competência concorrente, na medida em que todos os juízos que possuem ações tendo por objeto a questão de fato (e mesmo outros, que não possuam ações, mas podem ser mais adequados para conduzir a produção da prova) terão competência para tanto. A questão se resolve pelas regras de concertação de atos já existentes, bem como a serem estabelecidas pelos órgãos competentes (Núcleos de Cooperação dos Tribunais e Comitês Estaduais e Nacional)<sup>489</sup>, prescindindo de qualquer alteração legislativa.

---

<sup>488</sup> Em sentido semelhante, o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, segundo o qual “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”. Explicando a finalidade dessa regra, Elton Venturi destaca que “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 consequências do dano difuso, coletivo ou individual homogêneo, viabilizando-se assim, teoricamente, uma maior qualidade e legitimidade da sentença judicial” (VENTURI, Elton. *Processo coletivo*, op. cit., p. 267). Muito embora a norma pareça atender de forma suficiente à necessidade de definição da competência para as ações coletivas, na prática a definição do Juízo competente nem sempre é tarefa fácil. Há, de toda forma, um cuidado dos juízes e tribunais com definições que fixem como juízo competente aquele em que o acesso à Justiça e a prestação efetiva da tutela jurisdicional serão melhor garantidos. Veja-se, por exemplo, o já citado caso da Samarco, em que houve dúvidas acerca da competência do Juízo Federal – em que já tramita uma ação civil pública tendo por objeto danos decorrentes do acidente ambiental – ou do Juízo Estadual, onde foi proposta outra ação coletiva. Ao decidir o conflito de competência, o STJ reconheceu a conexão entre as demandas “uma vez que em ambas se pretende suprir a população valadareense com a distribuição de água potável, além de determinar o monitoramento da água do Rio Doce na localidade” e a competência da Justiça Federal “para conhecer e julgar demandas relacionadas aos impactos ambientais ocorridos e aos que ainda venham a ocorrer sobre o ecossistema do Rio Doce, sua foz e sobre a área costeira”. Considerou-se, desse modo, que o Juízo Federal teria melhores condições de analisar o caso, “pois além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental *stricto sensu*, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos”. Por fim, ressaltou-se “as situações que envolvam 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, as quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microsistema da ação civil pública” (Conflito de Competência 144.922-MG, 1ª Seção; Rel. Min. Diva Malerbi; j. 22.06.2016; DJe 09.08.2016). Evidencia-se, portanto, que também às ações coletivas de um modo geral o sistema de competências, tal como rigidamente estabelecido, deve ser repensado em prol da efetividade.

<sup>489</sup> Na já citada tese na qual realiza um estudo aprofundado acerca do juiz natural, Antonio do Passo Cabral defende que normas administrativas podem definir ou modificar competências, pois, muitas vezes, “as necessidades de atribuição ou modificação de competência decorrem de circunstâncias dinâmicas, que pedem rapidez ou flexibilidade que o processo legislativo não é capaz de fornecer” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...* op. cit., p. 283). O autor lembra que na França essa possibilidade é justificável pela inexistência de previsão constitucional de reserva de lei para a norma processual civil, sendo que na prática o Código de Processo Civil é modificado por decreto do executivo (Loc. cit. Nota n. 139).

### **2.2.3.7.O respeito ao direito fundamental à prova e ao contraditório: a atuação do representante adequado e a participação de terceiros no procedimento**

Sem sombra de dúvidas, aqui está o ponto mais delicado quando se discute a possibilidade de reunião de causas para a produção de prova comum. Tratando-se de garantia constitucional, e considerando sua importância para o respeito ao ideal democrático no processo, não se cogita a possibilidade de se afastar a participação das partes no procedimento. Afinal, já se disse que o contraditório, em seu sentido substancial (enquanto caminho para o diálogo e direito de influência com foco no bom resultado do processo) deve orientar todas as etapas da produção da prova.

Em se tratando de poucos interessados não parece haver grandes dificuldades na observância do contraditório. Nesse caso, será possível garantir a participação direta de todas as partes no procedimento probatório. No caso de um acidente de trânsito envolvendo algumas vítimas, por exemplo, todas elas poderão participar da produção da prova. A vantagem é que a prova que seria produzida de forma repetitiva em cada uma das ações propostas será realizada uma única vez, com evidente economia de custos e tempo.

A solução não é tão simples quando se está diante de conflito titularizado por múltiplas pessoas com a consequente propositura de dezenas, centenas ou até milhares de demandas individuais. É o caso do contraceptivo, do acidente de ônibus envolvendo várias vítimas, do contrato celebrado por vários consumidores, do vício do produto, do tabagismo, da questão ambiental etc. Certamente não será possível garantir nesse caso, a todas as partes individualmente, participação direta na produção da prova. Ao menos, não sem que se corra o risco de grande tumulto e comprometimento à própria finalidade do procedimento, fundado na eficiência.

Não há, de outro lado, como se admitir o engessamento de técnica que pode contribuir de forma significativa para a eficiência da Jurisdição e a prestação isonômica de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Assim como não há exigência constitucional quanto ao exercício do direito de ação de forma individualizada<sup>490</sup>, igualmente inexistente no texto

---

<sup>490</sup> O texto constitucional (art. 5º, XXXV) é claro ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sem qualquer exigência de que essa proteção seja concedida por mecanismos individuais de tutela. O aprimoramento dos mecanismos coletivos pode garantir o alcance dessa finalidade de forma tão satisfatória como ocorreria numa ferramenta individual. Nesse sentido: “[...] o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma dessa proteção. Não há, portanto, garantia constitucional de que o cidadão possa apresentar-se pessoalmente para a tutela dos seus direitos. Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que essa tutela se dá por meio de legitimação

constitucional a exigência de que a participação no processo ocorra de forma direta<sup>491</sup>. Havendo a possibilidade de uma tutela coletiva igualmente efetiva, e da participação exercida por uma parte que adequadamente garanta o direito de influência no processo, nenhuma ofensa constitucional ocorrerá.

É por isso que nos casos de interessados em número incompatível com a participação individual no procedimento, o contraditório deverá ser garantido por meio da atuação de um representante adequado que possa conduzir a produção da prova comum. Esse representante será escolhido pelo Juízo<sup>492</sup> do processo que deu origem à instauração do incidente, e será referendado pelo respectivo Núcleo de Cooperação, em conjunto com o Comitê Executivo Estadual ou Nacional. Os critérios para essa escolha serão os mesmos exigidos para a aferição da representatividade adequada em ações coletivas, já analisados no capítulo 01. Em linhas gerais, e como lá se afirmou, deverá ser analisada concretamente a idoneidade e efetiva capacidade de defesa dos interesses da coletividade, aferível por meio da especialidade do representante e de seu advogado, assim como do seu histórico de atuações coletivas<sup>493</sup>. É imperioso, em qualquer caso, que a coletividade veja nesse ente uma atuação legítima e adequada. Nesse sentido, também deverá ser ofertada aos interessados (no caso, às partes nas ações individuais), a manifestação sobre a possibilidade de atuação adequada do ente escolhido. A intimação do ente legitimado neste caso será realizada com fundamento no art. 139, X, do CPC.

A atuação do representante adequado, por tudo o que a seu respeito já se afirmou no capítulo anterior, garantirá o respeito ao direito fundamental à prova e ao contraditório, e se coaduna com a necessária releitura e adequação dos instrumentos pensados unicamente para a

---

extraordinária, por via de tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar a sua exclusão do grupo” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 57).

<sup>491</sup> Lembrando que a previsão constitucional sobre a garantia do contraditório (art. 5º, LV) prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>492</sup> Referindo-se à aglutinação de questões comuns para julgamento conjunto, Sérgio Cruz Arenhart afirma que o juízo prevento – aquele que conduz o caso em que a questão coletiva foi apresentada – deverá analisar a questão coletiva e, “no interesse da instrução e do debate da questão conjunta, designar um ou alguns sujeitos interessados, que representarão os interesses do grupo na resolução da questão comum. Logicamente, por se tratar de representação de interesses alheios, por determinação judicial, a eleição desses representantes há de ser feita (com ponderação e minúcia) observando-se os requisitos tradicionais da representatividade adequada” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 243).

<sup>493</sup> “O juiz, na escolha dos sujeitos que representarão o grupo, deverá considerar a complexidade e a espécie da questão comum a ser examinada, a experiência e o preparo da parte (e, em especial, de seu advogado), a sua capacidade econômica de fazer frente às despesas da condução da coletivização da questão (em especial, quando necessário, da prova de tal questão), a seriedade e a credibilidade do sujeito e, enfim, outros dados que possam indicar que a defesa feita sobre a questão comum será representativa daquela que todo o grupo poderia oferecer. Note-se que não se trata, aqui, de avaliar aquilo que a média do grupo poderia fazer, senão de pensar na melhor proteção que alguém do grupo poderia dar à questão” (Ibid., p. 243).

tutela de direitos individuais<sup>494</sup>, sem que com isso haja qualquer prejuízo à tutela efetiva e adequada dos direitos.

Assim, tão logo definida a instauração do procedimento para produção da prova, de acordo com os critérios estabelecidos pelos Núcleos de Cooperação e Comitês Executivos, o juízo designado para o procedimento determinará a expedição de ofício para o legitimado à propositura da demanda coletiva que se identifique com a matéria subjacente ao fato a ser provado, nos termos do art. 139, X, do CPC, a fim de que atue no procedimento em nome da categoria de titulares do direito que tem o fato a ser provado como premissa. Nada impede que, caso necessário, haja atuação de legitimados em litisconsórcio. Independentemente de figurar no procedimento a esse título, o Ministério Público será chamado a intervir.

Além disso, será necessária a publicação do edital do art. 94 do CDC, viabilizando o ingresso de eventuais interessados no procedimento<sup>495</sup>, desde que não comprometam sua ágil tramitação, sendo causa de tumulto processual. O controle pelo juiz, nesses casos, poderá ser feito nos mesmos moldes daquele realizado nos casos de litisconsórcio multitudinário, de acordo com o art. 113, §1º, do CPC.

Por fim, é imperiosa a intimação e autorização para habilitação de entidades que possam contribuir para a melhor condução do procedimento, inclusive quanto aos aspectos técnicos necessários à produção da prova. Nesse ponto, a figura do *amicus curiae*<sup>496</sup> assume

---

<sup>494</sup> “[...] o processo foi pensado para tratar com problemas individuais, de maneira compartimentada e isolada; pensar no processo sob a forma de distribuição de justiça de massa requer a compreensão da dimensão política do direito processual - o que nem sempre é bem visto pelo Judiciário - em que se cria um dogma de que o juiz não é político, nem é sua função intervir na política. Mais do que isso, pensar na tutela de interesses metaindividuais exige redimensionar e repensar inúmeros institutos do processo civil clássico, porquanto vários deles foram imaginados para operar - e somente conseguem operar adequadamente - no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano coletivo” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória...*, op. cit., p. 41).

<sup>495</sup> Sobre a possibilidade de atuação dos membros da classe em ações coletivas, afirma Jordão Violin: “A eventual atuação de membros do grupo na função de *amici curiae* resolve simultaneamente três problemas. Primeiro, supera os entraves dogmáticos, pragmáticos e políticos que dificultam a aceitação de indivíduos como assistentes das partes no processo coletivo. Afinal, como o *amicus curiae* não é parte, não há que se questionar quanto à sua legitimidade. Ademais, o número de participantes pode ser limitado pelo juiz. Segundo, a participação de um *amicus curiae* retira do juiz e do Ministério Público, quando atua como custos legis, a responsabilidade por controlarem sozinhos a adequação do representante. Não se pode deixar o membro do grupo refém de um representante que não se utiliza das informações que os indivíduos levam até ele. Desse modo, os próprios integrantes da classe podem colaborar para essa averiguação. Assim, mantém-se a postura mais passiva do julgador no processo, o que colabora para garantir sua imparcialidade. Finalmente, essa solução contribui para o exercício do contraditório ao fomentar uma discussão multilateral. Afinal, não apenas os membros dos grupos afetados podem participar do debate na qualidade de *amici curiae*, mas qualquer pessoa que tenha um profundo interesse na resolução da causa” (VIOLIN, Jordão. *O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação*. In ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 275).

<sup>496</sup> “Como se trata de instituto ou de figura cuja adoção não tem outro sentido ou finalidade a não ser a de gerar decisões que sejam representativas de uma prestação jurisdicional qualificada, parece que se deve realmente admitir a possibilidade de que haja intervenção e manifestação do *amicus curiae* de maneira mais ampla e generalizada, independentemente de previsão legal expressa destas intervenções, ditas anômalas ou sui generis, porque não se encaixam nas figuras tradicionais de intervenção de terceiros” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal quem é ele?* In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 34, dez. 2006, p. 241-245).

especial relevância, não só por garantir o caráter democrático do procedimento, como por viabilizar o acesso, pelo julgador, à mais variada gama de informações necessárias à adequada produção da prova<sup>497</sup>.

A participação de *amici curiae*, desse modo, agrega à atuação do representante adequado importante fator de influência institucional e/ou técnica na produção coletiva da prova.

De todo modo, ainda que se admita a participação de um representante efetivamente adequado e de terceiros que possam contribuir com a produção da prova, deve sempre ser dado ao interessado o direito de exclusão da atuação do ente legitimado e conseqüentemente do procedimento, ao menos numa análise sistemática do que o ordenamento brasileiro prevê para o regramento das ações coletivas, que deve ser aqui aplicado no que for compatível.

Tratando-se de procedimento coletivo que observe todos os fatores de legitimação e adequação da tutela coletiva à tutela dos direitos, não parece haver óbice para que a produção coletiva da prova alcance todos os membros da coletividade, que somente poderão excluir-se diante de fundamentos concretos suficientes a demonstrar que a representatividade de seus interesses não foi adequada no caso. Essa demonstração poderá ter como base algum fato que, discutido em sua demanda individual, possa influenciar a produção da prova, mas não tenha sido suscitado pelo representante adequado no procedimento coletivo, alguma causa de invalidade da prova, ou, ainda, fatos concretos que evidenciem a falta de comprometimento do ente coletivo na condução do procedimento probatório, como a perda de um prazo, a ausência de indicação de assistentes técnicos, a omissão no acompanhamento pessoal da prova etc. Também não se descarta a possibilidade de complementação, nas ações individuais, da prova produzida coletivamente, caso se constate a necessidade de melhor apurar os fatos à luz de outros discutidos exclusivamente na demanda individual.

---

Como explica Daniela Peretti D'Ávila: “Essa figura, portanto, designa a atuação de terceiro que intervém no processo, com o objetivo de contribuir para o aprimoramento da atividade interpretativa que será exercida pelo juiz, seja a partir do conhecimento específico que detém sobre determinada questão, seja a partir da perspectiva que possui acerca de determinada matéria, em função do papel que ele ocupa” (D'ÁVILA, Daniela Peretti. *A atuação da Comissão de Valores Mobiliários como amicus curiae nos processos judiciais que envolvem o mercado de capitais*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 19).

<sup>497</sup> Em trabalho em que analisa a legitimidade democrática do Poder Judiciário, Gisele Welsch destaca a obrigatoriedade de “manifestação e intervenção de órgão ou entidade (como uma agência reguladora) nos processos em que se discutam direitos de natureza coletiva, difusos ou individuais homogêneos, com potencial de gerar demandas repetitivas (ou formar o incidente de resolução de demandas repetitivas)” (WELSCH, Gisele. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174).

## 2.2.4. A produção coletiva e antecipada da prova

### 2.2.4.1. Por que produzir uma prova coletiva antecipadamente?

Em 1999 o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios propôs ação coletiva<sup>498</sup> contra empresa de arrendamento mercantil, objetivando a revisão de contratos de *leasing*, em especial pela cobrança de multa moratória de 10%, em ofensa ao Código de Defesa do Consumidor e à limitação do encargo a 2%. A sentença, dentre outras coisas, condenou a empresa, de forma genérica e em âmbito nacional, a restituir em dobro aos consumidores lesados os valores cobrados indevidamente a título de multa moratória em percentual superior àquele previsto na Lei nº. 8.078/90, após 1º/08/96 (data em que a Lei nº. 9.298/96 deu nova redação ao art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor). Cerca de 24.000 contratos, cada um com 36 (trinta e seis) parcelas, estavam abrangidos por essa decisão. Em 2002, deu-se início à liquidação coletiva da sentença, nos termos do art. 100 do CDC. A fase teve início com pedido do MP para que o réu apresentasse a relação de todas as parcelas dos contratos de *leasing* recebidas com atraso, com a discriminação do principal, atualização monetária e multa moratória cobrada. Foi também proposta pelo Ministério Público ação cautelar incidental com o objetivo de obtenção desses dados, que foram apresentados na sequência. Após intensas discussões acerca do cabimento da liquidação coletiva<sup>499</sup>, deu-se início à prova pericial, com o objetivo de apurar, em cada uma das 36 (trinta e seis) parcelas de cada um dos 24.000 (vinte e quatro mil) contratos, os valores pagos a título de multa superior a 2%. A perícia, realizada por amostragem, apurou valor milionário, o que motivou, apenas em 2014, a celebração de acordo que colocou fim ao caso<sup>500</sup>.

A ação tramitou de 1999 a 2014. Foram 15 (quinze) anos de discussão para se concluir, ao final, que a empresa arrendante auferiu milhões de reais a título de multa moratória em contratos de *leasing* celebrados em todo o território nacional. Indubitavelmente, foi o resultado

---

<sup>498</sup> Autos n. 1999.01.1.035037-3, 2ª Vara Cível de Brasília/DF. Os pedidos: (i) não incluir, em seu contrato de adesão, cláusula que determine a incidência de multa moratória superior a 2% ao ano, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC; (ii) abster-se de cobrar dos consumidores multa superior a 2% ao ano, no caso de inadimplemento ou atraso no pagamento das prestações dos contratos de arrendamento mercantil; (iii) restituir em dobro, aos consumidores lesados, o que foi cobrado indevidamente a título de multa superior a 2% ao ano, com acréscimo de juros legais e correção monetária, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC.

<sup>499</sup> A questão foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1187632/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 05.06.2012, DJe de 06/06/2013. Esse aspecto do caso foi objeto de análise em artigo já citado, no qual defendemos uma interpretação mais adequada para o art. 100 do CDC e a impossibilidade de remessa de valores ao Fundo previsto na LACP em qualquer caso (LUNARDI, Thaís A. Paschoal. *A fluid recovery no microsistema processual coletivo...* op. cit.).

<sup>500</sup> O acordo previu a destinação do valor pago ao Fundo previsto no art. 13 de LACP.

da perícia que incentivou a realização do acordo. Afinal, somente com o laudo pericial produzido na fase de liquidação é que todas as partes envolvidas, inclusive a instituição financeira, puderam ter a exata noção da dimensão do problema que originou, nos idos de 1999, a propositura da demanda.

A apresentação do caso tem por objetivo evidenciar o quanto a produção de prova de caráter coletivo anteriormente à propositura da demanda pode ser mais benéfica à tutela dos direitos e à Jurisdição, em especial pelo custo financeiro e de tempo que a tramitação dessa ação por mais de 15 anos exigiu das partes e do Judiciário, em um evidente atentado à eficiência. Poder-se-ia dizer que se trata de caso isolado. Sabe-se, porém, que assim não é. As ações coletivas comumente consomem muito tempo e energia do Judiciário, impactando significativamente na gestão dos processos e, como uma consequência inevitável, na eficiência.

Veja-se que o problema assume especial relevância quando se trata de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. Comumente não há, nessas demandas, instrução na fase de conhecimento, salvo nos casos em que à configuração do direito é necessária a produção de provas. Isso se deve em razão da decisão genérica que ao final será proferida. Em linhas gerais, o que se busca demonstrar no âmbito dessas demandas é que a violação aos direitos individuais homogêneos ocorreu, sem a necessidade, até mesmo em razão da previsão do art. 95 do CDC, de aferição individual dessa violação para a condenação genérica que reconheça a responsabilidade do réu pelos danos causados. Os valores, como se sabe, serão aferidos nas liquidações individuais ou coletivas que serão instauradas após a fase (coletiva) de conhecimento.

Foi exatamente o que ocorreu no caso citado. Não houve – e, à luz do sistema legal, nem seria mesmo necessário que houvesse – fase instrutória tendente a apurar o valor exato dos danos individuais. Foi, porém, a verificação desse valor que incentivou a solução consensual do problema, mas somente quinze anos depois. É evidente que a produção prévia da prova pericial evitaria o tempo e o custo despendidos com essa demanda.

Daí a proposta que agora se apresenta. A produção antecipada coletiva da prova manejada por qualquer ente legitimado não só é autorizada por uma interpretação sistemática das normas do microssistema processual coletivo e do Código de Processo Civil, como também muito recomendada, à luz de todas as garantias e fins de que já se tratou. E, como se verá, nada obsta também que essa produção antecipada seja estabelecida consensualmente.

### 2.2.4.2. O novo paradigma instituído pelo CPC/2015: a admissibilidade da *produção antecipada da prova para além dos casos de urgência*

Numa conceituação *lato sensu*, produzir-se antecipadamente a prova significa possibilitar a sua formação de forma prévia à fase instrutória do processo. Esse momento pode ser anterior ao próprio processo ou, quando já iniciado, apenas previamente à fase instrutória, a partir do manejo dos poderes concedidos ao juiz pelo art. 139, VI, do CPC, ou às partes, via negócios processuais (art. 190 CPC). Em qualquer desses casos, a produção da prova poderá ser judicial ou extrajudicial.

Trata-se de situações em que o objeto do processo ou do procedimento será a própria produção probatória<sup>501</sup>, o que de modo algum significa o abandono ao caráter instrumental da prova. Mesmo quando produzida de forma autônoma (até mesmo em decorrência do já mencionado direito autônomo à prova) e independentemente do fundamento para tanto, a prova continua sendo um meio direcionado à formação do convencimento de algum sujeito.

O Código de Processo Civil dá tratamento de *ação* a algumas dessas possibilidades. Uma delas é a produção judicial da prova anteriormente ao processo no qual ela normalmente seria produzida<sup>502</sup>, como, também aí, manifestação do direito autônomo à prova<sup>503</sup>.

<sup>501</sup> “[...] o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo em caráter principal, e não como simples providência incidental no bojo do processo para o qual essa prova possa ser útil” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 76).

<sup>502</sup> O *Codice di Procedura Civile* prevê alguns procedimentos para a produção antecipada da prova. O procedimento de *istruzione preventiva*, disciplinado nos arts. 692 e ss., volta-se à produção antecipada da prova testemunhal: “Chi ha fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni le cui deposizioni possono essere necessarie in una causa da proporre, può chiedere che ne sia ordinata l'audizione a futura memoria”. O art. 696 disciplina a prova pericial e a inspeção judicial realizadas antecipadamente: “Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose può chiedere, a norma degli articoli 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale”. Pode-se considerar, ainda, outros dois procedimentos para produção antecipada da prova previstos no Codice. O art. 216 estipula procedimento que tem por objeto a obtenção de um documento: “La parte che intende valersi della scrittura disconosciuta deve chiederne la verifica, proponendo i mezzi di prova che ritiene utili e producendo o indicando le scritture che possono servire di comparazione”. Já o art. 221 disciplina o procedimento para a declaração de falsidade documental. Segundo Chiara Besso, ambos são procedimentos instrutórios antecipados que viabilizam a cognição exauriente. Os dois procedimentos, assim, “mirano a rendere indiscutibile il valore probatorio del documento, accertandone l'autenticità o la falsità prima che giunga il momento di farlo valere come prova nel processo di merito” (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, op. cit., p. 7).

<sup>503</sup> “O destaque seriam as prerrogativas de busca e obtenção da prova e seu nexa com a análise das partes de suas perspectivas de vitória em uma possível batalha judicial em torno do direito material a ser evidenciado. A prova produzida não serviria, necessariamente, de fundamento para julgamento de outro direito, cujos fatos se buscam provar. É essa separação entre o direito à prova e o direito cujos fatos se pretende provar que confere ao primeiro boa dose de autonomia. Poder-se-ia falar em um ‘direito à investigação’, que muito se assemelha, a propósito, àquele exercido pelo Ministério Público em sede de inquérito civil (malgrado seja este procedimento administrativo e não jurisdicional)” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. In Revista de Processo v. 218, abr/2013, p. 13-45).

Sob esse aspecto, a produção antecipada de provas<sup>504</sup> no Código de Processo Civil de 2015 evidencia uma clara mudança de paradigma. Basicamente, o Código criou duas novas possibilidades para a produção antecipada de provas<sup>505-506</sup>. No inciso I do art. 381, manteve-se o cabimento da produção antecipada em caso de urgência, ou seja, quando houver receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação. Trata-se da hipótese que, no Código anterior, possibilitava o manejo de uma medida cautelar, com caráter conservativo. É o caso da possibilidade de perecimento da prova, que justifica a sua produção antecipada. Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha abolido as cautelares em espécie<sup>507</sup>, não há qualquer alteração no que se refere à natureza da produção antecipada da prova nesse caso, que continua sendo cautelar e, portanto, meramente conservativa, mas já voltada inequivocamente à tutela do direito material<sup>508</sup>. Em outras

---

<sup>504</sup> “A ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria. É, pois, ação que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito esse que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária” (DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova*. In MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Coleção novo CPC, doutrina selecionada, v. 3. Processo de conhecimento – provas. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 530). “A ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente – i.e., não dentro do processo em que se põe a pretensão ou defesa para a qual a prova é relevante” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova...* op. cit., p. 76).

<sup>505</sup> Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem que não se trata de hipóteses taxativas, sendo possível a produção antecipada da prova sempre que a parte demonstrar interesse para tanto, como por exemplo no caso em que o requerente pretenda pre-constituir uma prova para utilizá-la num processo que admita apenas prova escrita, como ocorre com o mandado de segurança, ou ainda utilizá-la como fundamento para pleitear uma tutela de evidência, nas hipóteses do art. 311, II e IV (WAMBIER, Luiz Guilherme; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 371).

<sup>506</sup> “Embora o direito à prova assuma relevância autônoma, sua proteção em processo próprio e específico justifica-se sempre sob a perspectiva de uma possível pretensão (ou defesa) relativa a outro direito. Promove-se a medida de antecipação da prova: (I) por razões urgentes, para ser usada em uma possível subsequente ação de qualquer natureza (referente a outra pretensão); ou (II) para auxiliar na solução extrajudicial de um conflito (referente a outra pretensão); ou (III) para permitir a avaliação das possibilidades de promover-se uma ação (referente a outra pretensão). Essa pretensão pode ser futura e meramente eventual, mas é indispensável sua indicação para que se ponha a proteção autônoma do direito à prova” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 77).

<sup>507</sup> O CPC/2015 unifica em parte os regimes das tutelas provisórias de urgência, atribuindo à tutela antecipada e à tutela cautelar os mesmos requisitos. Além disso, inclui ambas no capítulo destinado às tutelas de urgência, sem a previsão das medidas típicas que eram previstas no CPC/73, transformando algumas delas em medidas de efetivação da tutela (art. 301).

<sup>508</sup> Adotamos, neste ponto, a concepção de que a finalidade da tutela cautelar não se diferencia da finalidade das demais tutelas jurisdicionais, voltadas, em última análise, à garantia de tutela adequada ao direito, ainda que, neste caso, a proteção a esse direito venha a ser objeto de um futuro processo. Sob esse aspecto, a principal diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada – mesmo após o Código de Processo Civil de 2015 – está no fato de que, enquanto a tutela antecipada volta-se à proteção imediata do direito, a tutela cautelar busca garantir que o direito poderá ser objeto de uma tutela adequada no futuro, já que tem como objetivo acautelar uma situação que interessa à prestação daquela tutela. Garante, portanto, não sua satisfação, mas sua assecuração. Nesse sentido: “[...] se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23). Não se adere, portanto, às teorias que consideram a cautelar um *instrumento do instrumento*, já que esse entendimento, como acertadamente afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, não se coaduna com o atual conceito e finalidade de Jurisdição (Ibid., p. 20). Para Alcides Munhoz da Cunha, “o fim da tutela cautelar,

palavras, na hipótese do inciso I, a produção antecipada tem por objetivo a produção da prova com fim assecuratório que torne possível o reconhecimento de um fato em processo futuro.

O mesmo não ocorre com as duas outras hipóteses em que admissível a produção antecipada da prova, dispostas nos incisos II e III do art. 381. A localização topográfica da produção antecipada da prova na regulamentação da fase instrutória do processo evidencia uma escolha legislativa por atribuir nesses casos uma nova natureza e um cabimento muito mais amplo à medida.

A possibilidade de se produzir a prova antecipadamente estende-se, assim, aos casos em que seu resultado possibilitar uma solução consensual ou para justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Nessas hipóteses, não há necessidade de se demonstrar urgência na produção da prova<sup>509</sup>. A ampliação que a técnica assume no CPC/2015 é inequívoca, em especial no que se refere à hipótese do inciso III, que torna possível a produção da prova de forma antecipada previamente à propositura de qualquer demanda, desde que a parte demonstre que há, no conhecimento dos fatos indicados, potencial para justificar a propositura de demanda futura.

A escolha do legislador por ampliar a técnica da produção antecipada da prova parece ter como mote a confiança de que a obtenção prévia das provas pode desmotivar a propositura da demanda, seja pelo convencimento prévio da parte acerca da falta de sustentação dos fatos que formam a base de sua pretensão, seja porque, uma vez vislumbrando mais claramente a

---

a despeito do prestígio que desfrutou a concepção tradicional, somente pode ser o de preservar ou resgatar a idealidade dos interesses materiais, eventualmente processuais, das partes e que se apresentam juridicamente relevantes e merecedores de preservação ou salvação urgente até que possam ser realizados espontaneamente no plano do direito material ou, então, jurisdicionalmente, através das tutelas primárias, notadamente a tutela cognitiva [...] pode-se dizer, sem incorrer nos vícios em que incide a concepção tradicional, que a tutela cautelar, sendo residual, instrumentaliza de modo constante um direito de cautela, subsidiário, que visa precisamente, autonomamente, atuar o *fumus* enquanto *fumus* para assegurar a idealidade de interesses juridicamente relevantes, ameaçados de perigo de dano ou do agravamento do dano irreparável” (MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do Processo Cautelar*, v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 45-46). No sentido da teoria clássica, Humberto Theodoro Junior: “[...] em vez de preocupar-se com a tutela do direito (composição da lide) – função principal da jurisdição -, o processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito. A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*, 25ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2010, p. 23-24).

<sup>509</sup> “As outras duas hipóteses em que se autoriza a obtenção antecipada de provas se relacionam a instrumentos para evitar o conflito judicial ou para permitir um melhor dimensionamento de sua condução. Assim, o primeiro desses casos (inc. II) objetiva fornecer subsídios que permitam às partes buscar uma solução extrajudicial de seu conflito, seja por conciliação, por mediação ou mesmo por arbitragem. A outra das situações trata da situação em que a prova pode determinar seja a propositura de demanda judicial, seja o seu não ajuizamento. Na maior parte dessas duas situações, como se vê, a obtenção da prova tem por objetivo exatamente a não necessidade de sua produção – já que, ressalvada a situação em que a prova possa indicar a propositura de uma ação, nos outros casos a tendência é de que jamais ocorra um processo judicial contencioso. O objetivo, então, será predominantemente extrajudicial” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* op. cit., v. 2, p. 320).

extensão dos fatos que acreditam dar sustentação a seus direitos, as partes busquem uma solução consensual.

As estatísticas extraídas do Conselho Nacional de Justiça e apresentadas no primeiro capítulo indicam a pertinência dessa preocupação que, antes mesmo de representar a vontade do legislador, manifestou-se no âmbito da doutrina<sup>510</sup>. Embora não haja ainda, pelo curto tempo de vigência do novo Código, dados suficientes à demonstração da utilidade dessa inovação para a redução dos processos e sua razoável duração, a perspectiva é de que a maior utilização das hipóteses de produção antecipada da prova previstas nos incisos II e III do art. 381 possam, de fato, gerar relevante impacto no sistema de justiça.

Isso evidencia que o manejo da técnica de produção antecipada de provas é relevante instrumento de gestão da prova e do processo, revelando importante apropriação das partes quanto às provas dos fatos que integrarão sua futura e eventual demanda, ofertando-lhes a possibilidade de desistir de sua propositura ou resolver o conflito mediante a realização de um acordo. Seu manejo contribui para a eficiência, na medida em que, num contexto global, tem potencial para reduzir a quantidade de processos perante o Poder Judiciário.

Nos casos em que as provas produzidas sirvam de justificativa à propositura da demanda (hipótese prevista no inciso III do art. 381 do CPC), a medida também pode ser vista sob uma perspectiva de eficiência, já que, a partir do substrato fático delineado no procedimento de produção da prova, a pretensão será melhor configurada e deduzida em Juízo, viabilizando a melhor gestão interna do processo com evidentes resultados na sua razoável duração. Afinal, muitas vezes é na fase instrutória que a delimitação adequada dos fatos e consequentemente da pretensão surgirá. Em ações coletivas esse ponto assume especial relevância, pois nem sempre se tem, no momento da propositura da demanda, a exata dimensão do alcance objetivo ou subjetivo do conflito coletivo que está se instaurando.

Em todos esses casos, a função da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015 parece aproximar-se dos objetivos da *discovery* do sistema norte-americano<sup>511</sup>, com a diferença de que, ao contrário do que ocorre na fase do *pretrial* daquele sistema, aqui o juiz participa diretamente dos atos de produção antecipada da prova.

---

<sup>510</sup> Amplamente, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* op. cit.. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova...* op. cit., p. 13-45.

<sup>511</sup> O sistema inglês possui procedimento semelhante. Em obra específica sobre vários aspectos deste sistema, Neil Andrews explica: “O sistema das CPR introduziu um importante conjunto de ‘protocolos pré-litígio’. Tais protocolos estabelecem diretrizes de responsabilidades para as possíveis partes litigantes e seus representantes legais. Visam a promover a troca eficiente de informações entre ambas as partes, inclusive *disclosure*, ainda na fase pré-litígio, de documentos ‘essenciais’ que estejam em poder de cada uma delas. Toda e qualquer *disclosure* está sujeita à restrição de que o material somente poderá ser utilizado especificamente para fins dos processos em potencial. Os protocolos, portanto, têm o intuito de permitir que cada parte litigante conheça os pontos fortes e

De fato, no sistema norte-americano, a fase do *pretrial* (prejulgamento) se desenvolve sem a presença do juiz, e exige que as partes apresentem todas as provas que possuam, relativamente ao problema que pretendem levar ao Judiciário. A ideia é que as partes estejam prevenidas sobre todas as questões que se refiram à futura lide, evitando surpresas<sup>512</sup>. Essa fase é conduzida pelos próprios advogados das partes, contando excepcionalmente com a presença do juiz, apenas para evitar abusos ou resolver questões atinentes, por exemplo, à recusa de uma das partes em apresentar as provas. É possível nessa fase ouvir testemunhas e colher o depoimento da parte contrária, ou acessar todos os documentos relativos aos fatos da futura causa<sup>513</sup>.

---

fracos da eventual parte contrária. Espera-se que a conformidade com os deveres previstos pelos protocolos quanto à disponibilização de informações de uma parte para a outra venha a promover acordos bem sustentados” (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil...* op. cit., p. 127). Comentando a *discovery* inglesa, Chiara Besso afirma ser “uno strumento fondamentale perché da un lato il giudice possa pronunciare una decisione giusta e dall’altro lato le parti siano in grado di valutare se proseguire o meno il processo” (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, op. cit., p. 111).

<sup>512</sup> Em artigo no qual realiza uma abordagem histórica da *discovery*, Stephen Subrin lembra que inicialmente a medida gerou muita resistência: “in both England and the United States, after the Puritan sense of community dwindled there was a deep belief in the independence and self-sufficiency of each citizen. Indeed, the adversary system exemplified the son for himself” mentality. The idea that one should help opponents prepare their case was distasteful. There was a long-standing and widely held belief that if either side could discover the factual position of the opponent, the discovering side would perjure testimony.” Perhaps most importantly, at common law a party could neither take the stand nor force the opposing party to do so because the most natural person to discover would be the opposing party, and because his or her testimony was inadmissible in law cases, *discovery* made little sense” (SUBRIN, Stephen. *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*. In *Boston College Law Review*, vol. 39, no. 3, may/1998, pp. 695). Após analisar a evolução histórica do instituto e inúmeras posições acerca de sua conveniência, ou não, o autor conclui: “Civil procedure is a field in which the component parts are interrelated: pleading, joinder, discovery, summary judgment and pre-trial conference are best viewed integrally. We live in a procedural world that is more complicated than it appeared to Clark, Sunderland, Mitchell and their colleagues. There is a real problem: how to permit discovery “fishing” sufficient to reach just results without expeditions in which the costs of time, money and privacy outweigh the gains. Our procedural ancestors discussed discovery problems, but rejected most of the solutions. This may now be a luxury we cannot afford” (Ibid., p. 745).

<sup>513</sup> “One of the significant features of the American legal system is the ability of a litigant to obtain relevant information and documents from the opposing party and from third persons. Traditionally, most discovery in courts in the United States was adversarial - that is, a party would produce information only in response to a request by the opposing party. More recent reforms in discovery practice, both in the federal courts and in some state systems, have produced rules that impose obligations of mandatory initial disclosure upon the parties, whereby each party is required to produce certain types of information without a specific request by his adversary. The required disclosures encompass names of persons likely to have ‘information that the disclosing party may use to support its claims or defenses’, copies of, or the location of, documents that the disclosing party may use to support its claims or defenses, computation of damages sought by the disclosing party, and any relevant insurance coverage. Later in the pretrial process, other disclosures relating to expert testimony and other trial witnesses may be required. In addition, other adversarial discovery devices may be used to supplement information obtained through the initial disclosures; these include interrogatories, depositions, requests for production of documents, medical examinations, and requests for admission. Certain of these devices—depositions and production of documents - may be used to obtain information from non-parties to the lawsuit when a subpoena is issued for attendance or production. The propriety and extent of these discovery devices is subject to the control of the court. Moreover, recent discovery reforms in both state and federal courts have imposed various limitations on the number and length of certain types of discovery. Also, in the federal system and some state systems, lawyers must certify that their discovery requests, responses, and objections are warranted and not unreasonable given the context of the particular case; and violators will be subject to sanctions” (SILBERMAN, Linda. *The common law system – The*

A finalidade da *discovery* é, portanto, munir as partes dos elementos necessários para afirmar ou defender seus direitos<sup>514</sup>. À semelhança do que se espera alcançar com a produção antecipada de provas na configuração que recebeu no CPC/2015, a *discovery* apresenta alguns resultados interessantes: possibilita que as partes construam suas teses de forma mais bem fundamentada; facilita soluções consensuais e, principalmente, desestimula a propositura de ações infundadas.

Essa descoberta não deve ir além das questões que interessem à causa<sup>515</sup>, não sendo admitida em caso de mera curiosidade ou com caráter especulativo. Veda-se, portanto, a *fishing expedition*<sup>516</sup>, ou seja, a busca da prova sem qualquer direcionamento que a justifique. Considerando que ambas as partes têm o direito de colheita de provas na fase do *pretrial*, a *discovery* não se resume a apoiar as descobertas de fatos que interessem apenas ao autor, em especial porque as questões fáticas serão comuns, podendo interessar a ambas as partes. Pela mesma razão, o fato de o demandado entender que determinado documento constitui elemento

---

*United States*. In CHASE, Oscar G. *et al.* (coord). *Civil litigation in comparative context*. Thomson West, 2007, p. 27-28).

<sup>514</sup> “The purpose of formal discovery is to force reluctant opponents to disclose information and evidence relevant to a case. The standard rationale assumes that the parties, the judicial system, and the society at large all benefit from disclosure. The parties benefit because discovery makes it possible to litigate cases more fully and obtain more accurate results and because it reduces informational asymmetry and makes settlement easier to reach. The judicial system benefits by producing more accurate decisions and better settlements with a more complete factual record, and by saving litigation costs with a higher settlement rate. And society benefits by realizing deterrence gains from greater outcome accuracy and reduced process costs with a higher settlement rate” (BONE, Robert. *Civil Procedure...* op. cit., p. 203). O autor analisa a ferramenta a partir de uma perspectiva econômica, destacando sua vantagem a depender da prevalência dos benefícios sobre custos (muitas vezes elevadíssimos). Em outras palavras, o quanto de benefícios sociais ela acrescenta se comparado a um procedimento sem *discovery*. Há, segundo afirma, muitas razões para as partes compartilharem informações voluntariamente, sejam elas favoráveis ou não. Conclui que “this additional evidence has social value insofar as it improves the accuracy of trial outcomes and the quality of settlements negotiated in light of those outcomes” (Ibid., p. 209).

<sup>515</sup> Robert Bone lembra que desde a década de 1970, os críticos do sistema de litígios apontam os abusos na *discovery*. Esses abusos incluem pedidos onerosos de documentos, grande número de depoimentos apenas para desgastar os oponentes e pressionar acordos favoráveis. O autor afirma, porém, que pesquisas empíricas evidenciam um cenário diferente, com níveis baixos ou moderados de envolvimento das partes na *discovery*, sendo que os problemas se concentram em casos maiores e com espaços para manobras estratégicas (BONE, Robert. *Civil Procedure...* op. cit., p. 200-201). Ainda sobre os abusos da *discovery*, afirmando tratar-se de instrumento custoso, ineficiente e lento, BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, op. cit., p. 120.

<sup>516</sup> “Judges and prothonotaries may properly exercise their discretion not to compel production of documents that, although technically relevant, would have no benefit to the party seeking production. The court will not allow discovery to be used as a fishing expedition, nor will it require a party to answer a question outside of its means of knowledge. Furthermore, speculative questions asking “what would have been done if [x] had/had not happened” require conjecture and speculation and, as such, are not questions as to the deponent’s knowledge, information, and belief. Such questions are not proper. Discovery is meant to be an intermediate process between pleading and trial and not an end in itself. The purpose of discovery is production of information and documents that a party truly requires for trial” (BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. *Navigating Discovery/Disclosure in Patent Litigation in Canada, the United States, and the United Kingdom*. In *Canadian Intellectual Property Review* vol. 31, 2016, p. 115. Disponível em <https://www.stradley.com/~media/Files/Publications/2016/Canadian%20Intellectual%20Property%20Review%20-%20Parker.pdf> Acesso 04.06.2018). Sobre o ponto, à luz do sistema italiano (mais especificamente no que atine à exibição de documento), BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, op. cit., p. 183.

de defesa não o exime do dever de apresentá-lo durante a *discovery*<sup>517</sup>. Admite-se, portanto, a inclusão de todos os fatos pertinentes ao conflito.

Embora essa previsão não conste do Código de Processo Civil – que autoriza a ampliação do procedimento apenas para a inclusão de novas provas sobre o *mesmo fato* – a possibilidade de inserção de outros fatos na produção antecipada da prova decorre de uma interpretação sistemática do próprio art. 381 e da função que o procedimento assume no Código de Processo Civil de 2015.

Essa função não tem mais relação direta apenas com a urgência na produção da prova, voltando-se em especial à formação de um conjunto probatório adequado à correta percepção da viabilidade de futura demanda, da melhor delimitação de seus contornos ou da possibilidade de solução consensual. O atendimento a esses objetivos implica disponibilizar-se às partes um conhecimento amplo de todos os fatos atinentes ao conflito que embasará a futura pretensão, para o que é imprescindível a inclusão, no procedimento probatório antecipado, de todos os fatos que a ela digam respeito. Assim, se o procedimento tem por objetivo a verificação acerca da ocorrência ou não do que posteriormente configurará o fato constitutivo do direito do autor, é não só admissível como muito recomendável que aquele apontado como réu também provoque a verificação dos possíveis fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, possibilitando uma compreensão ampla daquilo que poderá caracterizar o objeto da discussão na demanda a ser eventual e futuramente proposta.

Além disso, essa possibilidade de ampliação decorre também da instrumentalidade das formas e se justifica por razões de economia processual e eficiência<sup>518</sup>.

As evidentes vantagens da produção antecipada da prova recomendariam a previsão legal de um procedimento prévio obrigatório também no sistema processual brasileiro, salvo nos casos em que a produção da prova fosse excessivamente custosa e inviável, nos moldes do que igualmente ocorre no sistema norte-americano com relação à *discovery*. Não foi isso, porém, o que fez o legislador<sup>519</sup>. Ainda assim, por todos os motivos aqui elencados, a ampliação

---

<sup>517</sup> BISPHAM. George Tucker. *Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts in Chancery*. 8th ed. New York: Banks Law Pub, 1874, p. 494-496.

<sup>518</sup> TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 95.

<sup>519</sup> O Projeto de um novo Código Comercial brasileiro (PL 1572/2011) apresenta interessante previsão que torna obrigatória, em medida preparatória, a requerimento da parte, a apresentação de documentos pela outra parte (art. 656), mesmo que já exista ação em curso (§1º). Formulado o pedido, “o juiz assinalará prazo não inferior a trinta dias, contados da citação ou intimação, para que cada parte entregue à outra, ou outras, mediante protocolo, a totalidade dos documentos que possuir, em qualquer suporte, referentes ao litígio descrito no pedido” (§2º), sendo que “a parte somente está dispensada de entregar as correspondências, mensagens eletrônicas e demais documentos em que o emissor ou o destinatário for advogado, no exercício de sua profissão” (§3º). A obrigatoriedade da apresentação aparece clara no §5º, que impõe a preclusão quanto à apresentação, na ação, de documentos que não foram apresentados na medida preparatória: “No litígio descrito no pedido, após o despacho determinando a

da produção antecipada da prova para além dos casos de urgência revela importante medida voltada à eficiência e à prestação de uma tutela jurisdicional adequada. É por isso que o manejo da ferramenta deverá ser constantemente incentivado. Não se duvida, por exemplo, da possibilidade de as partes preverem a obrigatoriedade da produção antecipada da prova pela via do negócio jurídico processual, com fundamento no art. 190 do CPC. Também não se descarta, já se disse, a possibilidade de o juiz, à luz do art. 139, VI, do CPC, alterar a ordem dos atos do procedimento para que autorize a produção da prova logo após o recebimento da petição inicial, possibilitando, assim, o melhor delineamento dos fatos e da pretensão.

O importante é que todas essas hipóteses tenham como objetivo a melhor investigação dos fatos, de forma a contribuir para o alcance da eficiência e efetividade na prestação jurisdicional.

Vale, por fim, ressaltar que, salvo nos casos em que a medida tiver por objetivo a mera documentação (art. 381, §§1º e 5º, CPC), o manejo da técnica exige que a parte indique a pretensão fundada nos fatos que pretende provar<sup>520</sup>. Essa exigência não representa a atribuição de um caráter acessório à produção da prova, que continua a representar o exercício de um direito autônomo da parte à investigação dos fatos. A utilidade da indicação, ainda que sucinta<sup>521</sup>, da pretensão decorre da necessidade de se viabilizar sua qualificação jurídica, possibilitando, dessa forma, a correta delimitação do objeto e alcance da prova. Em qualquer caso, inclusive quando se objetivar a mera documentação, será necessário indicar a justificativa para o manejo da medida.

O procedimento para a produção antecipada da prova tem por objetivo unicamente sua produção, não havendo espaço para a valoração da prova produzida ou qualquer decisão acerca

---

citação ou intimação para permuta de documentos, as partes só poderão, no processo judicial já em curso ou no que vier a ser ajuizado por qualquer delas, produzir prova documental usando documento que tiver sido entregue à parte adversa, ou desta recebido, nos termos deste artigo”. Comentando o dispositivo, Flávio Luiz Yarshell afirma que o sucesso da proposta depende de uma mudança de mentalidade, já que “ênfatisa a perspectiva das partes em relação à prova que, portanto, não gira mais em torno da figura do juiz, apenas” (YARSHELL, Flávio Luiz. *O Projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: Discovery brasileira?* In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 206-207).

<sup>520</sup> Afinal, “embora o direito à prova assuma relevância autônoma, sua proteção em processo próprio e específico justifica-se sempre sob a perspectiva de uma possível pretensão (ou defesa) relativa a outro direito” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op.cit., p. 79).

<sup>521</sup> “A rigor, a descrição das razões para o pedido de produção antecipada de provas tem referência à potencial tutela de direito substancial afirmado pela parte. Não podemos exagerar na necessidade de demonstração da existência da relação jurídica substancial, na medida em que a produção antecipada de provas pode contribuir, inclusive, para afastar a possibilidade de tal relação (art. 381, III). De outro norte, o laço não pode ser muito solto, pois a produção antecipada de provas não se presta à realização de provas sobre situações que não tenham qualquer relação, ainda que indireta, com o requerente. Ainda, assume inegável relevo a descrição, com precisão, das proposições factuais sobre os quais a prova há de recair” (GAJARDONI, Fernando, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Ed. Método, 2016, p. 307).

dos fatos que por meio dela se pretende provar, nem sobre eventuais consequências jurídicas (art. 382, §2º, CPC). Pelas mesmas razões, não se admite defesa ou recurso das decisões proferidas no procedimento, salvo em caso de indeferimento total da medida (art. 382, §4º, CPC).

#### **2.2.4.3. Especificamente, a admissibilidade da produção antecipada de caráter coletivo.**

##### **Para além do inquérito civil**

A técnica da produção antecipada da prova foi potencializada no Código de Processo Civil de 2015, com a criação de duas novas hipóteses que justificam o manejo da medida pelas partes. A produção da prova antes da ação propriamente dita possibilita a compreensão da exata dimensão dos fatos que se pretende apresentar como base de pretensão a ser eventualmente deduzida em momento posterior. Conseqüentemente, possibilita uma visão global do problema, com a possibilidade de dedução e discussão de todos os elementos necessários a uma boa tutela do direito. Atende-se, assim, à finalidade instrumental da prova e sua vocação para a adequação da tutela jurisdicional.

A medida assume significativa importância quando se trata de interesses coletivos ou coletivizáveis, não havendo qualquer restrição quanto ao uso dessa técnica como etapa prévia à propositura de uma ação coletiva<sup>522</sup>. Muito pelo contrário. Por tudo o que já se discorreu a respeito do necessário diálogo entre o microsistema processual coletivo e o Código de Processo Civil de 2015, é não só permitida como muito recomendável a aplicação dos instrumentos postos à disposição pelo Código a todas as mais variadas espécies de tutelas. Não poderia ser diferente quando se trata de técnica cujo objetivo máximo é viabilizar a adequada formação do processo e delineamento da pretensão, além da adoção de soluções consensuais, como é o caso da produção antecipada da prova. Quando visualizados no ambiente coletivo, esses objetivos tornam-se ainda mais relevantes, pela incontável quantidade de situações que sua admissão e adequada condução podem solucionar.

---

<sup>522</sup> O enunciado 663 do Fórum Permanente de Processualistas Civis assim dispõe: “Admite-se a produção antecipada de prova proposta pelos legitimados ao ajuizamento das ações coletivas, inclusive para facilitar a autocomposição ou permitir a decisão sobre o ajuizamento ou não da demanda”. Comentando o enunciado, e ressaltando que a produção da prova coletiva poderá ter por fundamento qualquer das hipóteses do art. 381, Hermes Zaneti Jr., Juliana Provedel Cardoso e Tamyres Tavares de Lucena ressaltam que a medida prestigia a economia e a efetividade processual, “proporcionando um meio importante de preparação de demandas coletivas, naturalmente complexas” (ZANETI JR., Hermes; CARDOSO, Juliana Provedel; LUCENA, Tamyres Tavares. *Direito processual coletivo*. In PEIXOTO, Ravi (coord.). Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 916).

A técnica é muito interessante, em especial para aqueles legitimados que não podem lançar mão do inquérito civil, previsto no art. 8º, §1º, da Lei 7.347/85<sup>523</sup>, para a obtenção de provas previamente à propositura de uma ação coletiva. Como, em geral, o objeto das ações coletivas será complexo e envolverá inúmeros fatos afetos a pessoas distintas, nem sempre determináveis de pronto, é interessante que os legitimados coletivos tenham à disposição ferramentas voltadas à averiguação da ocorrência dos fatos, não só para verificar a real necessidade de propositura da demanda coletiva, como também para bem instruí-la e direcionar a dedução correta dos fundamentos e formulação mais exata dos pedidos contra todos aqueles que devem figurar como réus. Em especial porque, assim como propicia o inquérito civil, a prévia averiguação dos fatos pode incentivar a busca de soluções consensuais e extrajudiciais, evitando a propositura da demanda.

Mesmo ao Ministério Público, que tem a prerrogativa de instauração do inquérito civil, o manejo da produção antecipada da prova pode ser interessante. A começar, porque se trata de ferramentas distintas. O inquérito civil tem caráter investigativo e inquisitivo e, de acordo com a doutrina majoritária, não exige a necessária observância do contraditório<sup>524</sup> por se tratar de procedimento administrativo com mero caráter investigativo<sup>525</sup>. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça entende que as provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, justamente porque inobservado o contraditório<sup>526</sup>.

---

<sup>523</sup> ZANETI JR., Hermes; CARDOSO, Juliana Provedel; LUCENA, Tamyres Tavares de. *Direito processual coletivo...* op. cit., p. 916; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas – mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 47.

<sup>524</sup> Mesmo reconhecendo não haver “obrigatoriedade do contraditório em toda sua intensidade”, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. destacam ser interessante a participação de todos os destinatários da futura ação, possibilitando inclusive a aplicação da regra do art. 472 do CPC, com a dispensa da prova pericial frente aos elementos já trazidos aos autos pelas partes (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 266). No mesmo sentido: MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública...* op. cit., p. 412, destacando que “quanto maior a realização do contraditório pelas partes no inquérito civil, mais fácil põe-se o aproveitamento da respetiva prova em juízo”. Há quem entenda, de outro lado, que a prova colhida no inquérito civil sem o crivo do contraditório não poderia ser utilizada no processo judicial, pois estaria contaminada de ilicitude: SANCHES, Eduardo Walmory. *A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. O Supremo Tribunal Federal considera desnecessário o respeito ao contraditório no inquérito civil. Nesse sentido: RE 481955-ED/PR; 1ª T. Rel. Min. Carmen Lúcia; j. 10.05.2011; DJe 25.05.2011.

<sup>525</sup> Ainda assim, entende o Superior Tribunal de Justiça não ser “lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil, embora trate-se de procedimento meramente informativo, no qual não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente”, entendendo ser aplicável ao caso a súmula vinculante 14/STF, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. (RMS 28.949/PR, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, j. 05.11.2009, DJe 26.11.2009).

<sup>526</sup> “[...] mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório” (AgRg no AREsp 572.859/RJ, 2ª T., Rel. Ministro Humberto Martins, j. 18.12.2014;

Aqueles que defendem a inexistência de contraditório o fazem sob o argumento de que se trata de procedimento administrativo, sendo que o inquérito civil não resultará na aplicação de uma sanção ao investigado, o que afastaria a necessidade de sua participação no procedimento<sup>527</sup>. O contraditório, porém, não se justifica apenas em razão da possibilidade de aplicação de uma sanção. Para muito além disso, e especialmente no que concerne à prova, trata-se de garantia que objetiva a ampla formação do material probatório com plena e efetiva participação de todos os interessados. É por isso que pensamos ser o inquérito civil um espaço no qual o contraditório deve manifestar-se, como em qualquer outro procedimento, até como forma de garantir o aproveitamento da prova em futura ação.

Seja como for, sabe-se que se trata de procedimento administrativo, instaurado pelo Ministério Público com o objetivo de colher provas, investigando se determinadas condutas podem ser objeto de um termo de ajustamento de conduta ou se deverão ser exigidas por meio de uma ação coletiva. O inquérito, portanto, volta-se unicamente à formação do convencimento do Ministério Público acerca dos fatos, com uma função orientadora desse órgão, sem a intenção de propriamente servir de base à condução adequada da demanda coletiva por todos os sujeitos processuais.

A produção antecipada da prova tem um alcance maior. A começar por seu objetivo: contribuir para a formação do convencimento prévio de todos os sujeitos interessados na produção da prova, viabilizando sua participação efetiva no procedimento. Abre-se, desse modo, o procedimento à formação completa da prova, a partir da perspectiva de todos os envolvidos, com interessante amplitude, em razão dos fatos que podem ser trazidos por esses interessados como objeto de prova.

É justamente por isso que, mais do que servir a esse convencimento, a prova produzida antecipadamente deve, sempre que possível, ser aproveitada em eventual processo futuro, não só para a formação do convencimento do juiz, mas também para garantir um melhor delineamento da demanda, a partir dos fatos evidenciados no procedimento antecipado. Não há relatividade quanto à prova produzida. Embora ela seja aproveitada no processo principal como prova emprestada, não carregando qualquer valoração (até porque valoração sequer há), a prova ingressa no processo com sua eficácia original, em especial por ter sido produzida em juízo, com amplo contraditório. Contornam-se, assim, as limitações próprias do inquérito civil, como

---

DJe 03.02.2015; AgInt no AREsp 1155352/GO; 2ª T.; Rel. Min. Assusete Magalhães; j. 10.04.2018; DJe 17.04.2018).

<sup>527</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 416-417.

a impossibilidade de, ao menos a princípio, utilizar-se o depoimento de testemunhas colhido nesse procedimento<sup>528</sup>.

A produção antecipada da prova em caráter coletivo, desse modo, poderá ser manejada por qualquer um dos legitimados à propositura da ação coletiva, desde que constatada a representatividade adequada dos interesses, e será admissível: a) sempre que for necessário o esclarecimento de fatos previamente à propositura de ações coletivas, subjacentes a qualquer direito transindividual ou individual homogêneo. Nesse caso, a produção antecipada poderá ter por objeto qualquer fato subjacente a eventual pretensão coletiva; b) quando se constatar a existência de fato comum (único ou não) que interesse a várias pessoas, ainda que para subsidiar pretensões diversas. A homogeneidade, nesse caso, estará na questão de fato comum, e não necessariamente no direito individual que nela se consubstancia. No contexto da tutela coletiva de interesses individuais, seu manejo mostra-se ainda mais pertinente, por viabilizar, assim como a técnica de concertação de atos exposta anteriormente, a produção de prova única de questão comum, com uma significativa vantagem: a produção da prova, neste caso, pode anteceder a existência de demandas individuais, servindo de base à formulação adequada e bem delineada das pretensões.

A mais completa dimensão dos fatos aferida nesse procedimento possibilitará uma compreensão global do problema e do seu verdadeiro alcance<sup>529</sup>. Nos casos em que a dimensão real do problema acaba por evidenciar a necessidade de implementação de uma política pública, a pertinência da prova coletiva produzida antecipadamente fica ainda mais evidente, em especial pelo leque de possibilidades de construção de medidas estruturantes voltadas à efetiva reparação ou prevenção dos danos. Pense-se, por exemplo, nos casos de danos ambientais com repercussão direta na esfera individual de inúmeras pessoas. Ou nos casos em que se pleiteia

---

<sup>528</sup> Egon Bockman Moreira *et al* lembram que “relativamente às testemunhas, estas devem ser ouvidas em juízo, ainda que os depoimentos tenham sido prestados no inquérito civil”, em respeito ao contraditório e à oralidade. Destacam, de todo modo, a possibilidade de transporte pela via da prova emprestada, o que seria limitado aos casos em que haverá possibilidade de respeito ao contraditório, como é o caso da prova documental. Também suscitam situação em que várias testemunhas, residentes em locais distintos, são ouvidas no inquérito, cenário que ganha especial relevância quando se trata de interesses de massa. Nestes casos, “a quantidade ou a dispersão das testemunhas, do ponto de vista da eficiência e da proporcional aplicação dos recursos judiciais, podem justificar que os depoimentos colhidos na esfera administrativa sejam utilizados no processo judicial, aliados ou não à repetição de alguns ou à realização de novos – e valorados juntamente com os demais elementos do conjunto probatório” (MOREIRA, Egon Bockmann *et al*. *Comentários...* op. cit., p. 412-414).

<sup>529</sup> “Em certos casos, aliás, essa reunião poderá mostrar-se relevante, na medida em que uma prova realizada sobre a questão como um todo poderá mostrar ao juiz a verdadeira extensão do problema e, assim, a melhor forma de tratar a situação sob exame. Vista isoladamente, a prova desse dano pode não dar a dimensão real do problema, que pode ser adquirida na observação da questão como um todo. Em síntese, a avaliação conjunta da prova pode não apenas diminuir os custos de demandas individuais e, indiretamente, o esforço jurisdicional na produção de provas complexas, mas ainda dar uma visão macroscópica do conflito, de modo a permitir a melhor decisão da causa” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 156).

vaga em creche, determinado medicamento, ou que envolvam medidas preventivas atinentes à saúde de inúmeros trabalhadores. A produção da prova de forma coletivizada e antecipada pode, nesses casos, servir de constatação à existência de um problema com dimensões muito maiores do que a violação a alguns direitos individuais, sustentando a adoção de medidas mais efetivas.

Não se pode perder de vista, também, a grande utilidade da produção antecipada da prova para a comprovação de evento futuro, nos casos em que será necessária a adoção de medidas inibitórias<sup>530</sup>, tanto no âmbito individual quanto coletivo<sup>531</sup>. A compreensão prévia dos fatos e da dimensão de possível ilícito futuro pode incentivar a adoção de medidas preventivas, ou mesmo fundamentar pedido de caráter inibitório.

Será a investigação completa e acurada dos fatos e do seu mais exato alcance que viabilizará a formulação adequada dos pedidos e a constatação das medidas necessárias à sua concretização. Embora a tutela dos direitos individuais seja necessariamente um dos resultados da demanda coletiva, a adoção de medidas estruturantes viabilizará soluções mais efetivas e que alcancem as verdadeiras causas do problema, abrindo espaço para a construção da melhor solução no caso concreto<sup>532</sup>.

---

<sup>530</sup> Ressalte-se, apenas, que no procedimento de produção antecipada da prova não haverá espaço para a adoção dessas medidas, para o que será necessária a propositura de ação própria. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, à luz do CPC de 1973: “Observe-se, desde logo, que se cuida de produção antecipada de provas, ou atividade de asseguramento de prova (arts. 846 a 851, do Cód. de Proc. Civil). Na hipótese dos autos, deseja o Ministério Público a realização de perícia, na modalidade vistoria, ad perpetuum rei memoriam (arts. 849 e 850, do Cód. de Proc. Civil) [...] À evidência, não pode ter, ou com ela se obter, efeito diverso. Sem cabência, por isso, a pretensão de dar-lhe prevalente força coativa” (TJSP; Agravo de Instrumento n. 9016830-25.1999.8.26.0000; 7ª Câmara de Direito Público; Rel. Barreto Fonseca; j. 19.06.2000; DJ 14.07.2000).

<sup>531</sup> Sobre o tema, amplamente: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Acerca da tutela do consumidor mediante a inibição do uso de cláusulas abusivas, Luiz Guilherme Marinoni, destacando a alteração do Código Civil italiano publicada em 1996, afirma que “a tutela inibitória, neste caso, pode ser usada pelos legitimados coletivos, ou seja, pelas associações representativas e pelas câmaras de comércio, de indústria, de artesanato e de agricultura. A tutela é desvinculada de uma ‘lide’ em torno de uma cláusula de determinado contrato, dependendo, apenas, da existência de cláusulas gerais reputadas abusivas para o público consumidor. A tutela tem por escopo evitar a difusão das cláusulas gerais abusivas ou, em outras palavras, impedir que as cláusulas abusivas, antes mesmo de sua concreta utilização em contratos pactuados com os consumidores, sejam postas em circulação” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237). O dispositivo mencionado pelo autor é o art. 1469-*sexies*, alterado pelo *Codice del Consumo* de 2005, que prevê expressamente a *azione inibitoria*, determinando, no art. 37: “Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all’articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l’associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l’utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l’uso delle condizioni di cui sia accertata l’abusività ai sensi del presente titolo”.

<sup>532</sup> Em artigo que aguarda publicação nos Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, defendemos a viabilidade do processo estrutural como espaço de concretização da teoria das capacidades institucionais, viabilizando um diálogo entre as instituições envolvidas na solução do problema e possibilitando, assim, a adoção da melhor solução no caso concreto: “a construção da decisão judicial adequada à realização da política pública no ambiente de um processo estrutural em que se leve em consideração as capacidades de todas as instituições envolvidas possibilitará, portanto, a proliferação de decisões judiciais atentas à realidade. Estabelecido o diálogo, constatados quais os obstáculos à implementação e estabelecidas as medidas possíveis de serem adotadas, a decisão judicial observará a franqueza necessária à sua legitimidade” (LUNARDI,

Mas não apenas isso. A produção da prova anteriormente à propositura da ação coletiva possibilitará a definição das questões prévias necessárias à correta configuração da demanda, viabilizando o preenchimento das condições da ação e pressupostos processuais. Muitas vezes, é da prova produzida antecipadamente que decorrerá a definição daqueles que deverão integrar o polo passivo da demanda, a existência de terceiros interessados, a necessidade de formação de litisconsórcio etc. A prévia compreensão do dano (ou de sua ameaça) possibilitará a definição das instituições que devem ser envolvidas na sua reparação (ou prevenção), assim como direcionar a propositura de eventual ação coletiva contra os corretos réus.

A produção antecipada coletiva da prova, portanto, possibilitará a correta delimitação objetiva e subjetiva da demanda, com o consequente desenvolvimento adequado e um melhor aproveitamento do processo.

Parece claro, nesse contexto, que todas as hipóteses de produção antecipada da prova previstas no art. 381 do CPC aplicam-se ao processo coletivo.

Em caso de urgência nessa produção, em razão de risco de perecimento da prova, poderá qualquer ente legitimado lançar mão da medida, a fim de conservar a prova para que seja utilizada em futura ação que tenha por objeto a tutela de direitos transindividuais ou individuais homogêneos.

Também as hipóteses dos incisos II e III são apropriadas quando se trata da prova dos fatos relativos a um conflito de dimensão coletiva. Em especial porque muitas vezes somente a formação do conjunto probatório acerca dos fatos que sustentarão a pretensão coletiva dará ao juiz a dimensão global do problema que será objeto da demanda e assim facilitar a sua solução, além de possibilitar a utilização da prova por todos os titulares de direitos individuais fundados nos fatos que foram objeto da prova antecipada.

#### **2.2.4.4. A legitimidade coletiva para a produção antecipada da prova e a participação no procedimento**

A produção antecipada da prova de caráter coletivo presta-se, dentre outras coisas, a suprir a falta de ferramentas colocadas à disposição dos legitimados coletivos para a averiguação dos fatos previamente à ação coletiva. Mesmo para o Ministério Público, que tem a prerrogativa de instauração do inquérito civil, a técnica é vantajosa e, em qualquer caso, muito

---

Thaís A. Paschoal. *Decisões estruturais sobre políticas públicas: uma análise a partir da teoria das capacidades institucionais*. No prelo).

produtiva para a correta verificação dos fatos e adequação de eventual ação coletiva neles fundada, com ampla participação e pleno exercício do contraditório. Concordamos, nesse ponto, com Flávio Yarshell, ao ressaltar que a legitimação extraordinária dos entes pode, nesse caso, funcionar como “fator de universalização da produção antecipada da prova”<sup>533</sup>.

De fato, a produção antecipada da prova pode ser manejada por qualquer pessoa que demonstre interesse em fundamentar alguma pretensão no fato probando. Embora não exista necessariamente uma vinculação da técnica com uma ação futura, diferentemente do que havia na vigência do Código anterior, a indicação dessa pretensão é importante não só para direcionar o procedimento de produção da prova, como também para permitir a verificação da legitimidade daquele que tem a iniciativa da medida<sup>534</sup>.

Tratando-se de produção coletiva da prova, a legitimidade será de todos aqueles que poderiam propor ações coletivas para a tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos fundados na prova a ser produzida, ou seja, todos os legitimados dos arts. 82 do CDC e 5º da LACP. Se a produção antecipada coletiva tiver como objetivo a prova de questão de fato comum a vários sujeitos, a legitimidade será, igualmente, a mesma prevista para a propositura de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos.

Considerando os reflexos que a produção da prova poderá gerar sobre processos futuros, coletivos ou individuais, o exame da representatividade adequada, a partir dos requisitos de que já se tratou anteriormente, é fundamental. A demonstração de que o requerente representa adequadamente os interesses da coletividade deve ser feita na petição que dá início ao procedimento, mas deve perpassar toda sua condução. A constatação de que se trata de representante adequado gera uma consequência fundamental: o alcance dos titulares do direito fundamentado no fato provado, que poderão utilizar a prova para fundamentar suas pretensões individuais, assim como terem a prova contra si utilizada<sup>535</sup>.

Além de indicar o fato que será objeto da prova e os meios de prova necessários, o requerente da medida deverá elencar todos os possíveis interessados a participar da produção da prova, incluindo membros da classe, em atenção ao disposto no art. 94 do CDC, aplicável também a este procedimento, com a possibilidade de limitação do número de participantes pelo juiz, pela aplicação analógica do art. 113, §1º, do CPC.

---

<sup>533</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...* op. cit., p. 371.

<sup>534</sup> “Embora não seja possível afirmar peremptoriamente que titulares do direito à prova são, sempre e invariavelmente, os titulares do direito de ação declaratória (em sentido lato), essa titularidade é referência para a determinação de quem pode demandar e ser demandado” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Seção II. Da produção antecipada da prova*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1158).

<sup>535</sup> A questão será objeto de análise no capítulo 03.

A prova produzida antecipadamente ingressará no processo futuro na forma emprestada. Como um dos requisitos essenciais do empréstimo é o respeito ao contraditório no processo de origem, sendo vedada a utilização da prova emprestada contra quem não teve a oportunidade de participar (direta ou indiretamente) de sua produção, deverão ser citados no procedimento de produção antecipada da prova todos aqueles que figurariam como partes em eventual processo futuro. Não se descarta neste caso a possibilidade de utilização das formas de intervenção de terceiros<sup>536</sup>, a fim de se garantir a participação de todos na produção da prova e sua futura utilização sem ressalvas decorrentes da ausência de contraditório na formação da prova.

Essa intervenção poderá ser determinada de ofício, o que se extrai da previsão do §1º do art. 382 do CPC. Trata-se, neste caso, de hipótese de intervenção *iussu iudicis*, presente em alguns ordenamentos e já defendida por parcela respeitável da doutrina nacional<sup>537</sup>.

Também poderá a intervenção ser provocada pelo requerente da medida<sup>538</sup>, ou pleiteada voluntariamente por qualquer interessado na produção da prova, por meio de qualquer modalidade de intervenção de terceiros. Assim, aquele que poderia ser chamado no processo principal por qualquer das hipóteses de chamamento ao processo, poderá ser instado a participar

---

<sup>536</sup> “Na produção antecipada, não cabem o chamamento ao processo e a denunciação da lide, pois não há julgamento da pretensão principal na produção antecipada. Por outro lado, se o requerente da medida pretende formular denunciação ou chamamento em posterior processo em que a prova vai ser usada, cabe-lhe desde logo incluir o futuro chamado ou denunciado no polo passivo. Se é o réu da produção antecipada quem pretende provocar depois tais modalidades interventivas, cumpre-lhe requerer ao juiz que desde logo cite o futuro chamado ou denunciado [...] É possível a assistência na produção antecipada. O terceiro que tem a perspectiva de assistir uma das partes, no futuro processo principal, pode igualmente assisti-la no processo de antecipação da prova” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 85).

<sup>537</sup> Comentando o §1º do art. 382 do CPC, em especial a previsão de determinação de ofício de todos os interessados na produção da prova, Lia Carolina Batista Cintra ressalta, com acerto, que “a mens legis não deve ser vista exclusivamente no fato de viabilizar futuramente uma intervenção de terceiro dentre aquelas já disciplinadas no ordenamento e que não poderiam ter lugar ou que teriam sua utilidade mitigada no caso de a prova produzida não ser oponível ao interveniente que não participou em contraditório da sua produção. É possível enxergar além e ver aí mais uma abertura do sistema para a realização prática do acesso à justiça, do contraditório, da economia processual e da harmonia dos julgados” (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169-170). Em outro trabalho, a autora defende uma visão mais ampla de necessidade do litisconsórcio na produção antecipada da prova, com a consequente ampliação de sua utilidade para sujeitos diversos, para além daqueles que identificados como litisconsortes necessários em futura ação fundada na prova. Além disso, afirma que o litisconsórcio será necessário sempre que a prova for um dever legal atribuído a mais de um sujeito (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada da prova*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord). *Processo em jornadas – XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 586).

<sup>538</sup> Neste sentido Chiara Besso, à luz do sistema italiano: “La parte che intende avvalersi della prova anticipata deve pertanto – nel rispetto dei termini di cui all’art. 184 c.p.c. – chiedere al giudice di ammetterla nel processo. La richiesta, in virtù del principio di acquisizione, può venire da entrambe le parti e quindi anche da quella nei cui confronti è stata chiesta l’istruzione preventiva. Non vediamo ostacoli a una ammissione d’ufficio, purché abbia ovviamente ad oggetto mezzi di prova – ad esempio un’ispezione – che possono essere disposti dal giudice senza bisogno dell’istanza di parte” (BESSO, Chiara. *La prova prima...* op. cit., p. 290).

do procedimento da produção antecipada da prova. O mesmo ocorre com o possível denunciado à lide.

Não há qualquer óbice à participação voluntária daquele que tem interesse direto ou mesmo reflexo na causa, o que abre a possibilidade de intervenção do assistente simples ou litisconsorcial.

Todos aqueles que participarem do procedimento poderão utilizar a prova produzida em processo futuro. A grande questão é se a prova poderá ser utilizada por terceiros ao procedimento, ou seja, aqueles que dele não participaram. Desde que a prova seja utilizada contra quem participou do procedimento, não parece haver problema nesse aproveitamento. Muito pelo contrário, à luz da eficiência, ele é até mesmo recomendável.

Assim como na técnica coletiva decorrente da concertação de atos para produção da prova, é imprescindível também aqui que o procedimento seja aberto à manifestação de *amici curiae*, com duplo objetivo: fornecer aos sujeitos processuais eventuais conhecimentos institucionais e técnicos necessários, além de democratizar o procedimento. Essa figura, em especial quando de caráter técnico<sup>539</sup>, poderá contribuir também para a correta delimitação dos fatos e da categoria ou grupo que será alcançada pela prova produzida, nos casos de indefinição dos sujeitos alcançados pelo fato probando, da classe titular de direitos fundados no fato ou mesmo daqueles que devem figurar como réus na ação coletiva.

A produção antecipada da prova nesses casos, com a participação de todos aqueles que possam contribuir para essa delimitação subjetiva, será de grande proveito para que a ação coletiva futura seja formada e conduzida adequadamente, gerando, via de consequência, todos os reflexos necessários na esfera daqueles que figurarem nos polos da ação. Pense-se ainda na possibilidade de que a prova produzida coletivamente e de forma antecipada incentive a busca por uma solução consensual, caso em que será fundamental delimitar todos aqueles que estarão vinculados ao possível acordo.

Não se descarta, pelas mesmas razões, a possibilidade de se admitir a intervenção de membros do grupo no procedimento, nos termos do art. 94 do CDC. Essa participação é importante em especial em razão da possibilidade de inclusão de fatos correlatos àqueles inicialmente apresentados pelo requerente da medida. Nos procedimentos instaurados previamente a ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos o ponto assume especial relevância.

---

<sup>539</sup> Sobre a possibilidade de se admitir a intervenção de *amicus curiae* com caráter técnico, TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 91; DIDIER JR., Fredie. *Possibilidade de sustentação oral do amicus curiae*. In Revista Dialética de Direito Processual, v. 8, n. 41, nov/2003, p. 34.

É imprescindível que o procedimento seja conduzido de forma colaborativa, propiciando o mais amplo aprofundamento nos fatos, em especial quando se estiver diante das hipóteses dos incisos II e III. Isso significa que o próprio juiz deve participar da produção da prova, havendo espaço, também aqui, para o exercício de seus poderes instrutórios. Nada impede, portanto, que o juiz determine de ofício a produção de qualquer meio de prova atinente aos fatos apontados pelas partes, inclusive o interrogatório livre, com o único objetivo de contribuir para a completa formação da prova e o aproveitamento do procedimento em maior grau possível, evitando a necessidade de sua complementação em processo futuro.

#### **2.2.4.5. Os meios de prova e o uso de técnicas de incentivo à sua produção**

A técnica da produção antecipada da prova admite a prática de qualquer ato probatório que poderia ser praticado no momento previsto para a instrução processual. Significa dizer que todos os meios de prova poderão ser produzidos nesse procedimento, assim como poderão os sujeitos processuais lançar mão de todas as ferramentas probatórias que o sistema coloca à sua disposição.

As provas a serem produzidas antecipadamente respeitarão o procedimento próprio estabelecido no Código de Processo Civil para cada meio probatório. Dois deles, porém, podem gerar certa dúvida e por isso merecem atenção. Trata-se da exibição de documento ou coisa e do depoimento pessoal.

No caso da exibição de documento ou coisa – que não é meio de prova, mas ferramenta voltada à obtenção de provas –, poderia haver alguma dúvida em razão da previsão legal de procedimento próprio, nos arts. 396 e ss. Porém, é justamente a inclusão da exibição de documento ou coisa no capítulo do Código dedicado às provas, em decorrência do fim das cautelares em espécie, que possibilita a conclusão de ser perfeitamente possível o manejo do procedimento da produção antecipada da prova para a obtenção de documento ou coisa.

Não é diferente no que se refere ao depoimento pessoal, que poderá igualmente ser prestado no procedimento de produção antecipada. As mesmas razões que justificam a aplicação das consequências decorrentes da recusa na exibição de documento ou coisa justificam a aplicação da pena de confesso para a parte que não comparece ou, comparecendo, age com evasivas e prejudica a colheita de seu depoimento pessoal. Via de consequência, será possível, já no procedimento da produção antecipada da prova, considerar-se confessados os

fatos que a parte pretendia provar com o depoimento pessoal<sup>540</sup>, até mesmo porque a confissão é, também, meio de prova<sup>541</sup>.

Pelas mesmas razões, também se aplicam as medidas de incentivo previstas no parágrafo único do art. 400 do CPC, com o objetivo de viabilizar a vinda do documento ou da coisa para o processo<sup>542</sup>. Não há, de outro lado, possibilidade de aplicação da presunção de veracidade dos fatos, imputável à parte que sem a devida justificativa deixe de apresentar o documento ou a coisa, prevista no *caput* do art. 400, pois a presunção de veracidade prevista nesse dispositivo gera a conclusão de que o fato está provado, o que se enquadra no âmbito da valoração da prova, e não se sua produção. Valoração que, já se disse, não ocorre no procedimento da produção antecipada da prova. Diferentemente ocorre com a confissão que, como meio de prova, implica a conclusão de que a prova do fato foi produzida, muito embora ainda não valorada (o que, já se disse, somente ocorrerá na futura ação em que a prova for utilizada).

Não há, igualmente, prejuízo na reiteração da exibição do documento ou coisa, a fim de se oportunizar mais uma vez sua apresentação no processo, caso a produção antecipada não tenha sido bem sucedida. Embora se defenda a existência de certa estabilidade sobre a validade da prova produzida antecipadamente, a reiteração da medida se justifica em razão da já discutida finalidade da prova, como forma de possibilitar a formação do convencimento judicial

---

<sup>540</sup> Em sentido contrário, admitindo apenas a confissão espontânea, comparando-a, no que se refere aos efeitos, à confissão extrajudicial: NICOTINA, Giuseppe. *L'istruzione preventiva nel Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 33.

<sup>541</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada...* op. cit., p. 13-45. Para Eduardo Talamini, a confissão provocada é admitida na produção antecipada da prova, o que não ocorre, porém, com a confissão ficta, “seja porque ali o juiz não valora a prova, seja porque ainda não estão postas as pretensões e defesas sobre cujo substrato fático a confissão incidiria. A parte que não comparece para depor ou que se recusa a responder, na produção antecipada, não incide desde logo em confissão ficta, mas caberá ao juiz do futuro processo avaliar essa anterior conduta omissiva ou renitente da parte, considerando-a como meio atípico de prova” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 85-86). Em sentido contrário, por entender que a colheita antecipada da prova sempre caracterizará assecuração, e não sua produção, bem como por entender que a confissão se localiza no âmbito da valoração da prova: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*, op. cit., p. 259. Para Chiara Besso, “il giuramento e l’interrogatorio della parte non possono, sulla base della disciplina oggi vigente, essere raccolti prima del processo. La mancata previsione dell’assunzione preventiva del giuramento non stupisce: la sua efficacia decisora del giudizio vuole che venga deferito o riferito nel processo di merito quando, alla luce della assunzione delle altre prove, ciascuna parte è in grado di valutarne la convenienza” (BESSO, Chiara. *La prova prima...* op. cit., p. 199).

<sup>542</sup> Numa análise mais ampla, considera Daniel Assumpção ser possível ao juiz “valer-se de todos os meios materiais a sua disposição para que a prova seja produzida, tanto os meios de execução forçada como os de execução indireta”, pois entende que “a produção da prova pode ser encarada como obrigação de fazer”. Assim, poderá “aplicar multa – astreinte – no caso de não comparecimento à audiência, na hipótese de redesignação, ou até mesmo aplica-la desde a designação da audiência, como forma de pressão à parte para comparecer. Também será possível a condução coercitiva da parte, não como forma de sanção à parte faltante, mas como forma de execução por subrogação, para gerar seu comparecimento à audiência”, sem prejuízo da pena de confesso, sem a qual afirma que haveria evidente ineficácia do depoimento pessoal antecipado (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 182-185).

e a conseqüente prestação da adequada tutela jurisdicional. Somente neste caso – ou seja, de reiteração da medida na ação “principal” –, é que, não havendo a exibição, poderá a presunção de veracidade ser aplicada. Seja como for, não se tratando de meio de prova, mas de instrumento voltado à obtenção de prova documental, a exibição de documento ou coisa, quando frustrada, não resulta na produção da prova, inexistindo, neste caso, qualquer estabilidade.

#### **2.2.4.6. Resultado: a produção da prova e a estabilidade do acerto quanto à sua regularidade**

A cognição na produção antecipada da prova é muito limitada. O único acerto que ocorrerá nesse momento dirá respeito à sua regularidade, inexistindo espaço para a declaração do direito material fundado no fato probando. Não haverá sequer análise sobre a comprovação, ou não, do fato<sup>543</sup>. Afinal, já se disse que a afirmação de que *o fato está provado* se enquadra no âmbito de valoração da prova, inexistente nesse procedimento. Por isso, a decisão será limitada à declaração de que a prova foi produzida regularmente.

Pelas mesmas razões, o convencimento que poderá ser formado a partir da prova produzida antecipadamente será o das partes, já que ao juiz resta apenas declarar que a prova foi validamente produzida. Havendo processo posterior com o objetivo de certificação do direito, a prova poderá ser, então, direcionada à formação do convencimento judicial.

Isso implica, por exemplo, a conclusão de que não há neste procedimento espaço para tutelas provisórias, à exceção daquelas indispensáveis à conservação da prova em caso de possível perecimento (de caráter cautelar, portanto). Nada impede, de todo modo, que a prova produzida antecipadamente sirva, no processo posterior, de fundamento para a concessão de tutela fundada na evidência, nos termos do inciso IV do art. 311 do CPC<sup>544</sup>.

Seja como for, em qualquer uma das hipóteses previstas no art. 381 do CPC haverá efetiva *produção* da prova, seja com caráter meramente conservativo (inciso I), seja com a

---

<sup>543</sup> “Não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes de fatos jurídicos. O que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi produzida regularmente” (DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso...* v. 2, op. cit., p. 141).

<sup>544</sup> À luz do Código de 1973, Flávio Yarshell afirmava que “diante da contundência da prova produzida antecipadamente, sempre será possível adequar a atribuição do ônus do tempo do processo (cujo objeto é a declaração do direito) mediante a técnica da antecipação de tutela. Assim, se a prova preliminar é ‘inequívoca’ em favor de uma das partes, embora persista eventual resistência da outra, o sistema dispõe de mecanismo para neutralizar esse tipo de conduta sem que, para tanto, seja preciso correr o risco de julgar prematuramente e, da mesma forma, de dar à decisão uma imutabilidade não compatível com o grau de participação das partes” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* op.cit., p. 362).

finalidade de viabilizar um conhecimento adequado dos fatos pelas partes e, com isso, justificar a propositura da ação, evitar seu manejo ou incentivar uma solução consensual (incisos II e III).

Essa prova efetivamente *produzida* poderá ser integralmente formada nesse procedimento, com potencial de servir à formação do convencimento das partes e/ou do juiz. Pouco importa aqui se essa produção volta-se à conservação da prova ou à sua simples formação. O que interessa é que todos os elementos de prova sejam formados, todo o iter procedimental necessário a essa formação seja corretamente observado e, ao final, a prova produzida possa servir, nesse momento ou futuramente, à formação do convencimento de algum sujeito.

A questão fica ainda mais relevante quando se busca a definição da natureza da produção antecipada da prova, sendo clássica a este respeito a diferença entre conservação (ou asseguaração) e produção da prova. A primeira tem por finalidade apenas resguardar a prova para utilização futura, nos casos em que há risco de perecimento. A produção antecipada da prova do CPC/73 e aquela prevista no inciso I do art. 381 do CPC/2015 são, como se vê, exemplos de conservação da prova. Para parte significativa da doutrina não haveria aí propriamente *produção* da prova. Isso ocorre porque, mais do que a simples formação, a produção dependeria de sua admissão no processo em que será utilizada. Como sequer se sabe se a prova será admitida, não haveria espaço para que seja considerada *produzida*<sup>545</sup>.

---

<sup>545</sup> Nesse sentido: “Note-se que não se trata, a rigor, de produção antecipada de prova, ao contrário do que faz supor o título que recebeu a figura disciplinada a partir do art. 381. É que, na realidade, a medida em estudo se limita a ‘fixar’ a prova que pode interessar a outro (futuro) processo, permitindo que ela seja aqui produzida. Vale dizer que a efetiva produção da prova – no processo para o qual essa prova se destina – dependerá das etapas anteriores (requerimento e admissão), promovidas neste processo, de modo que o magistrado deste processo não está vinculado à ‘admissão’ da colheita da prova, deferida na medida autônoma de obtenção da prova. Logicamente, ademais, se o juiz do processo a que se destina a prova sequer está vinculado à ‘admissão’ da colheita da prova – deferida na medida preparatória – a fortiori não estaria vinculado a eventual ‘valoração’ da prova que pudesse ter ocorrido neste primeiro procedimento. Por isso mesmo, e considerando que sequer é papel do magistrado deste procedimento a análise e valoração da prova cuja colheita ele preside, a lei processual proíbe o magistrado da medida de antecipação de prova de formular qualquer juízo a respeito da prova obtida (art. 382, §2º). Em outros termos, porque o processo (principal) ainda não existe, não há ainda requerimento para que nele ocorra a produção de qualquer prova, nem admissão sobre esse tema. Recorde-se que essas fases não são tomadas em abstrato, mas de modo concreto, segundo aquilo que se tornou relevante e controvertido, em face do litígio apresentado e das questões efetivamente discutidas no feito (v.g., art. 374 do CPC). Seria, portanto, incongruente admitir-se que uma prova foi produzida – em procedimento prévio – sem sequer saber se ela terá utilidade no feito principal. Daí porque se diz que, no processo em exame, não ocorre, a rigor, a produção de uma prova, mas apenas a sua asseguaração. A finalidade da medida aqui analisada é simplesmente a de preservar alguma prova, para que ela possa vir a ser utilizada na sequência. Prefere-se, assim, designar a figura em estudo de medida de asseguaração de prova. Por meio desta medida, então, consegue-se apenas documentar algum fato, que pode desaparecer no futuro, de modo que se possa utilizar desse elemento em processo subsequente, razão pela qual se costuma designar a prova aí obtida de prova *ad perpetuam rei memoriam*. Com a asseguaração de prova, logra-se obter o registro de um fato, de modo que se possa, no futuro, requerer a incorporação desse registro em outro processo e, em sendo isso admitido, produzir a prova desse fato nessa outra demanda” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII – artigos 381 a 484. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36-37). Também nesse sentido, mas à luz do CPC/73: “Produção é mais que realização fática da prova (ou melhor, meio de prova), pois significa também produção do efeito de trazer ao juiz elementos que o levem a

Não nos parece ser esse o melhor entendimento acerca da questão. A começar porque não se coaduna com a existência de um direito autônomo à prova. Além disso, nesse procedimento poderão surgir questões afetas à validade da prova, como o reconhecimento de sua ilicitude ou a instauração de incidente voltado à aferição de sua falsidade.

A conclusão fica ainda mais clara quando se analisa as hipóteses de produção antecipada da prova sem caráter assecuratório. Afinal, já se disse que o Código de Processo Civil de 2015 admite que a produção da prova ocorra antecipadamente independentemente do requisito da urgência<sup>546</sup>. A ideia de que sem admissão no processo em que será “utilizada” a prova não pode ser considerada produzida, mas apenas formada, deixa, portanto, sem explicação a natureza da produção antecipada de prova prevista nos incisos II e III, quando igualmente há formação da prova sem sua admissão no processo, assim como da prova produzida extrajudicialmente, inclusive, em ambos os casos, antes da formação do próprio processo.

Diversamente, a concepção aqui adotada considera que a produção da prova ocorre sempre que os elementos de prova sejam formados a partir da observância do iter procedimental adequado. Essa produção poderá ter caráter conservativo ou não. Em especial, esse entendimento se coaduna com a forma como a prova produzida antecipadamente será

---

decidir sobre o pedido. Ou seja, além da realização física, há a valoração e, conseqüentemente, produção de efeitos da prova no julgamento do pedido judicial [...] A evidência, não é isto que ocorre na produção antecipada de prova. A prova antecipada não influenciará no julgamento do pedido de produção antecipada. Nesse procedimento ela é apenas realizada fisicamente para servir ou não a uma futura ação. Não há ‘prova’ nessa antecipação, pois não há julgamento de pedido sobre o qual a prova antecipada tenha ainda influência. O efeito de influir no julgamento de pedido judicial somente existirá em outra demanda que não a de antecipação da prova. Somente em outro processo é que haverá a valoração da prova antecipada. E mais: essa valoração ocorrerá, principalmente, na fase da sentença do outro processo, em que se julgará a relação jurídica de direito material objeto do pedido” (MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112-113). Para Ovídio A. Baptista da Silva, “a distinção entre a verdadeira asseguarção cautelar de prova a que se procede *ad perpetuam rei memoriam* e a simples aceleração probatória, provocada pela antecipação da produção da prova, não pode ser apagada. Na primeira, não se produz prova ainda; nesta, embora antecipadamente, a prova é produzida perante o juiz da causa. Daí porque a chamada produção antecipada de prova, a que o Código se refere, pode corresponder perfeitamente ao que está dito no art. 849 a respeito dos exames periciais, assim como das demais provas. Se a prova é colhida antecipadamente perante o juiz da causa, por haver fundado receio de que ela venha a tornar-se impossível ou muito difícil de colher-se no momento adequado, o que ocorre é simples antecipação da produção da prova. Não há mera asseguarção cautelar de provas sob forma de demanda incidental durante o curso da causa principal. E nem os princípios pertinentes à prova cautelarmente assegurada, *ad perpetuam rei memoriam*, se lhe podem aplicar. A verdadeira ação cautelar de asseguarção de provas ou é preventiva, sem ser preparatória, ou já é preparatória de alguma ação satisfativa, nunca incidental, durante o curso da demanda em que a prova deverá, afinal, ser produzida” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 378). Ainda, Giuseppe Nicotina destaca que “l’istruzione preventiva non tende all’acquisizione di prove processuali” (NICOTINA, Giuseppe. *L’istruzione preventiva...* op. cit., p. 95). Em sentido contrário: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas...* op. cit., p. 28).

<sup>546</sup> Na já citada relevante obra acerca do tema, Flávio Luiz Yarshell já defendia, a partir da existência do direito autônomo à prova, a possibilidade de produção da prova sem o requisito da urgência: amplamente, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* op.cit.

aproveitada em processo futuro, pelo mecanismo da prova emprestada<sup>547</sup> que, como se verá mais adiante, possibilita o transporte para o processo de uma prova efetivamente produzida, restando ao juiz do processo destinatário realizar a devida valoração.

Assim, a assegução da prova – que não exclui a constatação de que foi ela efetivamente *produzida*, ainda que com caráter assecuratório – ocorre sempre que houver urgência na sua formação, a fim de evitar seu perecimento. Isso pode ocorrer antes da propositura da ação, judicial ou extrajudicialmente, ou ainda no próprio processo, mas em momento anterior àquele voltado especificamente à sua produção. A admissão ou não da prova pelo juiz como apta à demonstração dos fatos alegados pela parte de forma a sustentar a pretensão formulada é irrelevante. O que interessa para que se trate de mera conservação ou assegução da prova é o fato de que não servirá, ao menos no momento em que formada, ao convencimento de algum sujeito processual. Simplesmente será preservada para uso futuro e, aí sim, poderá contribuir para a formação do convencimento do juiz e das partes. Não significa, porém, que a prova não foi produzida.

Assim vistas as coisas, é possível concluir que a produção da prova poderá ter caráter conservativo ou não. Na hipótese do inciso I do art. 381 esse caráter é evidente. Já nas hipóteses dos incisos II e III há produção sem conservação. Em todos eles ocorre efetiva produção da prova, ainda que não vincule o juiz da futura demanda na qual poderá ser admitida. Para ser considerada *produzida* a prova não precisa ser necessariamente *admitida* no processo em que a pretensão nela consubstanciada será formulada.

O elemento nuclear, portanto, para a conclusão de que a prova foi *produzida* não é sua admissão no processo, mas a potencialidade de servir à demonstração de fatos aptos à sustentação de determinada pretensão e, conseqüentemente, à formação da convicção dos sujeitos processuais.

As hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 caracterizam justamente situações em que a prova é, ao menos num primeiro momento, exclusivamente destinada às partes, possibilitando a formação de seu convencimento acerca da propositura da demanda ou da realização de um acordo. Ainda que não haja *admissão* ou *valoração* da prova, sua *produção* é inequívoca.

---

<sup>547</sup> Daniel Assumpção, ainda na vigência do CPC/73, destacou o ponto: “Justamente a natureza de emprestada que tem a prova antecipada permite rumar, de forma segura, em sentido contrário à quase-totalidade da doutrina nacional em sua injusta crítica ao legislador. Por ser derivada da confusão entre a produção da prova e a geração de seus efeitos – que só ocorrerá na valoração –, a crítica ao nome legal não se sustenta quando se passa a considerar tal prova como espécie de prova emprestada” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*, op. cit., p. 132).

Isso não exclui a possibilidade de complementação da prova, quando necessária para o melhor esclarecimento dos fatos. Afinal, a reabertura da fase instrutória é possível em qualquer momento, desde que se fundamente na incompletude ou incompreensão do material probatório e, portanto, em sua insuficiência para a formação do convencimento.

Não se trata de renovação da prova, mas de sua complementação para garantir uma melhor instrução no processo<sup>548</sup>. De fato, a reprodução da prova já realizada no procedimento antecipado representaria evidente afronta à economia e à eficiência. Diferentemente ocorre com a complementação da prova, com o objetivo de agregar novos elementos, para além daqueles já obtidos antecipadamente. Pode-se, por exemplo, determinar a realização de uma segunda perícia, ou simplesmente apresentar-se quesitos suplementares ao perito, em razão de eventual incompreensão de alguns pontos do laudo pericial. Pode-se também intimar a parte para melhor esclarecimento dos fatos, realizando-se um novo ou complementar interrogatório livre. Não há, portanto, óbices à reabertura da fase instrutória, o que evidencia a inexistência de obstáculos à complementação, no processo principal, da prova que foi produzida antecipadamente.

Haverá aí, de todo modo e inevitavelmente, um certo grau de acertamento. Afinal, garantido o contraditório, a prova produzida antecipadamente será considerada regular. Em outras palavras, o acertamento dirá respeito à validade da prova, que se tornará estável<sup>549</sup> para futuras demandas. Essa estabilidade impede nova discussão sobre a regularidade da prova em processos futuros, salvo em caso de falsidade - situação em que será possível o manejo de

---

<sup>548</sup> À luz do Código de Processo Civil italiano, em especial do art. 698, segundo o qual “La assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito”, Giuseppe Nicotina afirma que “la rinnovazione in giudizio dell’istruzione preventiva deve essere compiuta tutte le volte ciò è possibile”, pois se deve respeitar “l’immediatezza della ‘prova’ nel processo”. A imediatidade poderia ser relevada, apenas, “nell’ipotesi di grave pericolo per l’acquisizione dell’accertamento o per la verifica del fatto”. O autor critica a 2ª parte do dispositivo do Codice, sob o fundamento de que a renovação da prova deveria ocorrer sempre que possível, salvo no caso de grave perigo. Para ele, “la possibilità di raccogliere la prova nel giudizio importa l’inammissibilità dell’istruzione preventiva espletata”. A renovação da prova no juízo de acertamento, desse modo, implicaria a impossibilidade de utilização do resultado obtido preventivamente. Diversa, porém, é a situação da “integrazione dei risultati dell’istruzione preventiva, con le prove acquisite in giudizio”. Neste caso, como na instrução preventiva se realizam apenas aquelas verificações que não podem ser realizadas em juízo, “non contrasta con l’istruzione preventiva l’esigenza di completare la prova nel giudizio, ascoltando altri testimoni sugli stessi capitoli formulati nel corso dell’istruzione preventiva, deducendo nuovi argomenti di prova ed effettuando la prova contraria”. É isso, aliás, que confirmaria a diferença entre “l’istruzione preventiva e quella probatoria” (NICOTINA, Giuseppe. *L’istruzione preventiva...* op. cit., p. 90-94).

<sup>549</sup> Em sentido parcialmente contrário: “Não há coisa julgada quanto ao mérito da (possível) pretensão principal, pois nem cabe pronunciamento sobre ela. Mas também a própria regularidade da prova, atestada na sentença, é passível de revisão em futuro processo em que aquela venha a ser usada. A prova antecipada não é meramente provisória. Porém, é incompleta: a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada. Por outro lado, quem pediu e obteve a antecipação da prova não pode repetir a medida de produção antecipada, senão para outro objeto probatório ou para o desenvolvimento de outros meios probatórios. Falta interesse processual para tal reiteração. Já se a medida de antecipação foi indeferida, não há o que impeça nova demanda, dada a sumariedade da cognição que ampara o pronunciamento denegatório” (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...* op. cit., p. 98-99).

pedido declaratório fundado no art. 19, II, do CPC (ou mesmo ação rescisória com base no art. 966, VI, CPC) - ou de confissão fundada em vício de consentimento (erro de fato ou coação), hipótese em que cabível ação autônoma fundada no art. 393 do CPC<sup>550</sup>.

De fato, se no próprio procedimento da produção antecipada ocorrerá o fenômeno da preclusão (endoprocessual, portanto)<sup>551</sup>, haverá, agora extraprocessualmente, também uma forma de estabilização semelhante à preclusão, mas que incidirá sobre o acerto quanto à regularidade da prova, produzindo efeitos para além do procedimento. Isso ocorre, por exemplo, nos casos de impedimento de perito<sup>552</sup> ou testemunhas, que, segundo os arts. 148, §1º, e 457, §1º, do CPC, devem ser arguidos pela parte interessada no momento adequado, sob pena de preclusão. Significa dizer que em caso de prova pericial ou testemunhal produzidas antecipadamente, eventual impedimento do perito deverá ser arguido na primeira oportunidade em que couber à parte falar neste procedimento, sob pena de preclusão (endoprocessualmente) e estabilidade para futuros processos (extraprocessualmente, portanto). O mesmo ocorre no caso de impedimento da testemunha, não arguido no momento da contradita. A exceção está nos casos em que a parte demonstrar justo impedimento, aplicando-se, neste caso, o art. 278, par. único, do CPC.

---

<sup>550</sup> Lembrando que a legitimidade para esta ação é exclusiva do confitente, podendo ser transferida a seus herdeiros se ele falecer após a propositura (ar. 393, par. único, CPC). Acerca dessa hipótese, e considerando sua exclusão do rol das hipóteses de cabimento de ação rescisória do art. 966 do CPC/2015, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini apresentam as seguintes conclusões: “(a) caberá sempre mera ação anulatória, mesmo depois do trânsito em julgado; (b) caberá, depois da formação da coisa julgada material, ação rescisória com fundamento, a depender das circunstâncias concretas, em dolo da parte vencedora ou falsidade da prova (incs. III e VI, respectivamente, do art. 966 do CPC/2015)”. Para os autores, a solução indicada no item b compatibiliza-se com a natureza jurídica da confissão como meio de prova e com a autoridade da coisa julgada. Assim, “se há um defeito na prova em que se baseou a sentença de mérito, e se essa já transitou em julgado, devem ser utilizados os mecanismos típicos de rescisão da coisa julgada” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 288). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. *et al*, que complementam: “Uma ação anulatória ajuizada contra a confissão, quando já há coisa julgada, é inócua: mesmo vitoriosa a parte, a coisa julgada permanecerá intacta. É preciso desfazer a coisa julgada – e isso tem de ser feito por ação rescisória” (DIDIER JR., Fredie *et al*. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 197).

<sup>551</sup> “[...] é censurável o emprego do termo ‘preclusão’ para expressar autoridade que se pretende que vá para fora do processo. Como visto, convencionou-se empregar o vocábulo para designar fenômeno interno ao processo: a perda da faculdade para a prática de ato dentro do processo” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 134-135). “A preclusão acontece no âmbito de uma relação jurídica processual já estabelecida e tem seus efeitos nela mesma exauridos [...] Portanto, imperioso assentar que estabilidade cujos efeitos transcendam o processo em que se perfectibilizou de preclusão não se trata” (TOSCAN, Anissara. *Preclusão...* op. cit., p. 105).

<sup>552</sup> “I - A regra do impedimento, quando dirigida ao magistrado, conforme previsão dos arts. 134 e 136 do CPC/73, atuais 144 e 147 do CPC/2015, trata de matéria de ordem pública, gerando nulidade absoluta que pode ser alegada mesmo após o trânsito em julgado, em ação rescisória. II - Embora se apliquem os mesmos motivos de impedimento e de suspeição do juiz ao membro do parquet, ao serventuário da justiça, ao perito, aos assistentes técnicos e ao interprete, a alegação de impedimento, para esses sujeitos do processo, deve ser realizada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão, em conformidade com a previsão contida nos arts. 138, § 1º, e 245 do CPC/1973. Precedente: REsp 876.942/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 31/8/2009” (AREsp 1010211/MG; 2ª T. Rel. Min. Francisco Falcão; j. 06.06.2017; DJe 13.06.2017).

A existência do fenômeno da *estabilidade*, diverso da preclusão ou da coisa julgada, tem sido defendida pela doutrina, em especial com a edição do Código de Processo Civil de 2015 e a previsão de formas de imutabilidade ou impedimento à prática de atos que não se enquadram naqueles institutos tradicionais<sup>553</sup>. É o caso, por exemplo, da estabilização da tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente, prevista no art. 304 do CPC, ou da estabilidade dos efeitos da sentença que extingue o processo sem resolução do mérito pela ausência de pressupostos processuais ou condições da ação, em razão da preempção, litispendência ou coisa julgada, ou em caso de morte e intransmissibilidade da ação (art. 485, incisos IV, V, VI e IX, e §3º, CPC)<sup>554</sup>.

De preclusão se tratará, apenas, quando o fenômeno for endoprocessual, na medida em que o impedimento à prática do ato processual em razão do tempo, da incompatibilidade com ato praticado ou da impossibilidade de reiteração do ato somente ocorrerá internamente ao processo. Para *além-muros* haverá também casos de impossibilidade de reiteração do ato ou mesmo de imutabilidade, mas não se tratará do fenômeno da preclusão.

De outro lado, e embora se trate de fenômeno extraprocessual, sabe-se que a coisa julgada material incide sobre as decisões de mérito<sup>555</sup>, impedindo a rediscussão o conteúdo da

---

<sup>553</sup> Ressaltando a adoção, pelo Código de Processo Civil de 2015, da ideia de que “a coisa julgada não pode mais ser considerada a estabilidade por excelência”, Antonio do Passo Cabral destaca que os instrumentos de estabilização “não necessariamente têm que ser a coisa julgada e a preclusão tal qual as conhecemos. Outras formas de estabilidade poderiam derivar dos princípios gerais do sistema. Afinal, um sistema de estabilidades é algo universal, presente em muitos ordenamentos jurídicos e cujas linhas fundamentais podem apresentar aproximações convergentes para um parâmetro teórico comum” (CABRAL, Antonio do Passo. *As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC*. In DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 28 e 39).

<sup>554</sup> À luz da sistemática anterior, José Roberto dos Santos Bedaque chamava a atenção para o caso de sentenças que, não obstante reconhecessem uma das hipóteses previstas no inciso VI do art. 267 do CPC de 73, eram acobertadas pela coisa julgada material. Nisso, em verdade, constitui, como afirma aquele autor, “a grande importância em se determinar a natureza da sentença de carência”. Isso tudo porque, “o exame das condições da ação implica análise da relação jurídica material. Para o juiz verificar, por exemplo, se o autor é parte legítima, tem de voltar os olhos para a situação da vida apresentada na inicial e verificar quem a integra. O mesmo procedimento utiliza para as demais condições. Trata-se, portanto, de análise das questões de mérito, ainda que feita no condicional, hipoteticamente. Isto é, o juiz examina os fatos constantes da petição inicial, ou segundo apresentados em ato de instrução superficial (nas ações possessórias, a audiência de justificação configura ato de instrução prévia, preliminar, que permite tão-somente a verificação da possibilidade jurídica, legitimidade e interesse), e conclui a respeito das condições. Ora, nada obsta a que, sem afrontar o sistema, a extinção do processo nestas circunstâncias caracterize sentença de mérito e, portanto, possa tornar-se imutável” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 5a ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112).

<sup>555</sup> Eduardo Talamini destaca que, “a rigor, o instituto da coisa julgada é essencialmente apenas um. Coisa julgada formal e coisa julgada material são duas expressões de um mesmo e único fenômeno”. Partindo desse entendimento, afirma que “em ambos os casos, verifica-se a imutabilidade do comando contido na sentença. A diferença está no objeto sobre o qual recai essa qualidade – que, em si, é a mesma. A diversidade reside no teor do comando: a coisa julgada formal consiste na imutabilidade de um comando que se limita a pôr fim ao processo; a coisa julgada material consiste na imutabilidade do comando que confere tutela a alguma das partes, isso é, que dispõe substancialmente sobre algo que vai além da simples relação processual” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 132). Digno de nota é a relevância concreta que

decisão (objetivamente dentro dos limites traçados no art. 503 do CPC) em ulterior processo<sup>556</sup>, seja por sua eficácia negativa ou positiva.

Há, portanto, um caráter declaratório no processo formado para a produção antecipada da prova<sup>557</sup>. O acertamento limita-se à prova realizada e, enquanto tal, impede rediscussão ou reiteração da prova em processo futuro, salvo nos casos já apontados.

#### 2.2.4.7.A produção antecipada da prova de caráter coletivo passivo

Nem sempre a coletividade estará presente no polo ativa de uma ação ou técnica coletiva. Em determinadas situações, haverá interesse em se formular uma pretensão *contra* a coletividade.

Algumas situações podem servir de exemplo. Imagine-se caso em que o Ministério Público de determinado Estado pretenda obter uma tutela jurisdicional que obrigue centenas de postos de combustíveis de uma determinada localidade a respeitarem um limite para margem

---

o autor afirma decorrer desse entendimento, consistente na possibilidade de propositura de ação rescisória para desconstituir a condenação aos honorários de sucumbência em sentença terminativa: “Ganha relevância, nesse ponto, a constatação de que a qualidade da coisa julgada material e da coisa julgada formal, em si, é a mesma, diferenciando-se ambas apenas pelo objeto sobre o qual recaem. Se a sentença ex art. 267 foi proferida em processo de cognição exauriente e não se limita a um comando meramente processual, dispondo também sobre uma prestação que repercute na situação substancial das partes, como é o caso da condenação em custas e honorários, seria possível dizer que sobre tal capítulo da sentença recai a coisa julgada material (Ibid., p. 141).

<sup>556</sup> “É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira. Dessa distinção derivam, aliás, importantes consequências, especialmente porque, enquanto todas as sentenças são, sem dúvida, suscetíveis da primeira, conseguiriam, pelo contrário, a segunda somente as sentenças que acolhem ou rejeitam a demanda no mérito” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pelegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 60).

<sup>557</sup> Em obra clássica em que analisa a produção antecipada da prova com a finalidade de assecuração, Gian Antonio Micheli ressalta seu caráter declaratório, afastando a tese de que haveria ali algum resultado constitutivo. Para o autor “[...] un esame delle due ipotesi mostra infatti che l’interesse ad agire per ottenere l’accertamento di determinati fatti non è che un aspetto dell’interesse ad agire per ottenere il mero accertamento di rapporti giuridici. Un fatto viene accertato in quanto esso può essere causa di effetti giuridici, in quanto cioè è rilevante rispetto un dato rapporto, che potrà essere affermato in seguito quale ragione della pretesa. D’altro lato anche l’accertamento di un rapporto giuridico può essere considerato quale accertamento di un fatto nelle sue conseguenze giuridiche. In questo secondo caso tuttavia l’accertamento giurisdizionale copre con l’autorità del giudicato l’effetto giuridico accertato, mentre nella prova in futuro, o per meglio dire nelle categorie a) e b), il provvedimento del giudice no fa che conservare la descrizione di un fatto, creando in tale modo una nuova situazione processuale com la preconstituizione di una prova. Non sarebbe peraltro esatto dire che nella assicurazione della prova il fatto viene accertato in sè e per sè, poichè il giudice assume la prova stessa solo per la rilevanza di essa rispetto ad un diritto che può divenire (o che è già) litigioso. In realtà il giudice esercita solo una parte della funzione a lui devoluta, raccogliendo preventivamente quel materiale probatorio che gli potrà servire in un futuro processo, e questo neppure in modo definitivo (contrariamente a quanto avviene, per es., nella verifica delle scritture priv., o nella querela di falso)” (MICHELI, Gian Antonio. *La prova a futura memoria*. Milano: Libreria Editrice Politecnica, 1937, p. 55-56).

de lucro<sup>558</sup>. A esse respeito, aliás, há notícia de algumas demandas propostas, mas que evidenciam um certo desconhecimento quanto à sistemática das ações coletivas passivas (ou, ao menos, certa insegurança quanto à possibilidade de seu manejo). O Procon de Goiás, por exemplo, propôs em 2017 ação civil pública<sup>559</sup> contra 96 postos de combustíveis, indicando todos como réu no polo passivo. O mesmo ocorreu em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em Teresina, na qual incluiu no polo passivo tanto o Sindicato de Revendedores de Combustíveis quanto todos os postos envolvidos<sup>560</sup>. Em todos esses casos, seria viável, ao invés de se incluir no polo passivo todos os postos envolvidos, um legitimado que representasse adequadamente o interesse de todos eles. Afinal, não é difícil imaginar o tumulto processual gerado em uma ação com centenas de réus.

Há outros casos interessantes, como é o caso de demanda tendo por objeto pretensão exercida contra Centros de Diálise e Transplantes em âmbito nacional, com vistas a evitar a paralisação dos serviços de hemodiálise perante a rede credenciada do Sistema Único de Saúde. A ação foi proposta contra a Associação Brasileira de Centros de Diálise e Transplante<sup>561</sup>.

Pense-se, ainda, em conflitos coletivos de terras<sup>562</sup>; ação rescisória tendo por objeto sentença proferida em ação coletiva (que inexoravelmente deverá incluir no polo passivo o

---

<sup>558</sup> VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 79-80. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix citam, ainda, os seguintes exemplos, colhidos na experiência de vários países: “ações possessórias ajuizadas contra grupos organizados nas invasões de propriedades (como o MST-Movimento Sem Terra brasileiro); ações intentadas contra ‘torcidas organizadas’, como as de times de futebol, de caráter inibitório ou até condenatório; processos ajuizados contra associações de fabricantes de produtos considerados nocivos, para que seus associados (e não a associação) sejam obrigados a colocar advertências nos rótulos; demandas contra categorias profissionais, para que seus membros se abstenham de exibir didascálias ofensivas a outras profissões” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países...* op. cit., p. 236-237).

<sup>559</sup> Ação civil pública n. 5436609.51.2017.8.09.0051, da 1ª Vara da Fazenda Pública de Goiânia.

<sup>560</sup> Ação civil pública n. 2002.40.00.003632-7, 5ª Vara de Teresina/PI.

<sup>561</sup> Ação civil pública n. 2003.34.00.013851-6, da 8ª Vara de Brasília/DF. O entendimento, porém, foi no sentido da impossibilidade da associação figurar como legitimada extraordinária: “1. A regularidade da indicação de associação como parte passiva extraordinária em ação civil pública demanda a possibilidade de atuação da mesma como substituta processual de seus associados, o que inócorre em relação a associações de classe. 2. A Constituição preconiza a liberdade de associação e permite aos interessados a utilização do arbítrio para ingressar ou retirar-se da sociedade, o que inviabiliza a aceitação de indicação de associação como legitimada extraordinária, eis que basta ao associado desligar-se para não mais estar obrigado pela decisão judicial dirigida à associação. 3. A falta de legitimidade extraordinária não afasta a legitimação para figurar no pólo passivo quando há indícios efetivos de participação em movimento destinado a exigir aumento na contraprestação por serviços profissionais prestados em razão de convênios com o Serviço Único de Saúde. 4. É necessária a citação de todos os associados como litisconsortes para que se possa garantir a efetividade da decisão que venha a ser adotada, não suprimindo tal necessidade a mera intimação. 5. A multa arbitrada encontra amparo na legislação vigente e não se demonstra sem razoabilidade ante a abrangência nacional da associação. 6. Agravo de instrumento parcialmente provido para manter a agravante no pólo passivo, afastando apenas a legitimação extraordinária preconizada na decisão agravada” (TRF1; Agravo de instrumento n. 2003.01.00.013498-1; 5ª T. Rel. Des. Selene Maria de Almeida; j. 16.02.2004; DJ 08.03.2004, p. 104).

<sup>562</sup> Uma ressalva a este respeito deve ser feita. O Código de Processo Civil não parece ter dado o melhor tratamento à questão, ao prever, no art. 554, §1º, que “no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por

autor da ação coletiva, ou seja, o ente legitimado); e a ação de revisão prevista no art. 304, §§ 2º e 3º, proposta pelo réu de ação coletiva em caso de estabilização de tutela antecipada de urgência nela concedida (se se admitir, é claro, o cabimento de estabilização em ação coletiva), que, igualmente, deverá ter no polo passivo o representante da coletividade<sup>563</sup>.

Trata-se de situações em que a propositura de uma ação individual contra cada posto, cada Centro de Diálise ou cada ocupante, ou mesmo com formação de litisconsórcio passivo multitudinário, seria claramente inviável. Para situações como essas é que se tem defendido a possibilidade de propositura de uma ação coletiva passiva, nas modalidades da *bilateral class action* (casos em que tanto o polo ativo quanto o polo passivo serão integrados por uma coletividade) ou *defendant class action* (situação em que a coletividade se encontrará apenas no polo passivo).

A ação coletiva passiva, como se vê desses exemplos, é um instrumento utilizado para a obtenção de uma tutela *contra* uma coletividade<sup>564</sup>. Parte-se da já mencionada ideia, que

---

editais dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública”. Melhor seria que tivesse aplicado efetivamente a lógica das ações coletivas, com o direcionamento da demanda contra representante adequado, configurando hipótese de ação coletiva passiva. Sérgio Cruz Arenhart, anteriormente à edição do CPC de 2015, já afirmava que “a única solução aceitável é aquela mesma defendida pela jurisprudência brasileira: admitir que os supostos invasores sejam defendidos no processo por seus líderes, bastando a citação destes para que esteja adequadamente formado o polo passivo da demanda” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 212).

<sup>563</sup> Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. citam os seguintes exemplos: litígios trabalhistas coletivos; demanda judicial proposta pelo Governo Federal contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, pleiteando o retorno das atividades. A mesma situação ocorreu recentemente, em razão da greve dos caminhoneiros, em 2018; ação proposta pela Universidade de Brasília contra estudantes que invadiram o prédio da Reitoria reivindicando a renúncia do reitor, acusado de irregularidades; ação contra grupo de servidores públicos para a revisão do pagamento de precatórios, admitida pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo; reconvenção no processo coletivo ativo (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 521-524). Sob a vigência do CPC de 1973, o Superior Tribunal de Justiça já analisou questão interessante, decorrente de ação proposta por Sindicato dos Trabalhadores de Empresas de Telecomunicação contra Fundação de Seguridade Social. A fundação, ré na demanda, apresentou pedido declaratório incidental. O Tribunal entendeu pela inadmissibilidade da medida, pois “a atribuição de legitimidade ativa não implica, automaticamente, legitimidade passiva dessas entidades para figurarem, como réis, em ações coletivas, salvo hipóteses excepcionais”. Ressaltou-se, ainda, que a disciplina da coisa julgada coletiva seria incompatível com o pedido declaratório incidental, sendo que “a pretensão a que se declare a extensão dos efeitos de cláusula contratual, com eficácia de coisa julgada, implicaria, por via transversa, burlar a norma do art. 103, III, do CDC” (REsp 1051302/DF; 3ª T.; Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 23.03.2010; DJe 28.04.2010).

<sup>564</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 517. No mesmo sentido, admitindo a ação coletiva passiva no sistema brasileiro, já que “Entendimento contrário importaria que todo o arcabouço jurídico de proteção a esses direitos, que reconhecem a primazia do tratamento coletivo sobre o tratamento individual das controvérsias que o atinjam, só estaria acessível quando a iniciativa da propositura da demanda fosse do ente coletivo por seus legitimados”, COSTA, Susana Henriques; FRANCISCO, João Eberhardt. *Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público na efetivação do contraditório nas demandas possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas*. In Revista de Processo vol. 250/2015, dez/2015, p. 322. Em sentido contrário, sinalizando no sentido da impossibilidade de se reconhecer, no sistema de tutela coletiva brasileiro, previsão para a ação coletiva passiva, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 55, jan./mar. 2015, p. 98.

norteia o próprio sistema de tutela coletiva, de que a coletivização é comumente mais efetiva do que o tratamento individualizado das pretensões<sup>565</sup>.

A lógica é muito parecida com aquela que se aplica às ações coletivas de um modo geral. Na ação coletiva passiva, porém, a situação jurídica coletiva se encontra no polo passivo. Existe uma coletividade contra a qual se pretende defender ou pleitear um determinado direito.

O interesse contra a coletividade pode consistir, ao menos num primeiro momento, apenas na produção antecipada da prova, em qualquer uma das hipóteses dos incisos do art. 381 do CPC. Neste caso, a iniciativa do procedimento será daquele que pretenda a investigação de fatos afetos a pretensão possivelmente formulada *contra* uma classe, ou daquele que pretende a formação de prova para o fim de subsidiar sua defesa em futura ação coletiva contra si proposta. Seja em caráter urgente, seja para fins de incentivo à solução consensual, justificação ou desmotivação quanto à propositura da demanda, a hipótese caracterizará um procedimento de produção antecipada da prova em face da coletividade, configurando, também aqui, uma espécie de ação coletiva passiva.

Determinada empresa, por exemplo, pode ter interesse na produção de prova da inexistência de prática de ato poluidor. Uma instituição financeira pode ter interesse na realização de prova da regularidade de encargos cobrados em determinado contrato celebrado com inúmeros clientes. Um empregador pode ter interesse em comprovar que atende todas as normas trabalhistas, inexistindo exposição de seus funcionários a situações de insalubridade.

Em todos esses casos, o interesse da coletividade estará no acompanhamento da prova a ser produzida, como ocorreria em se tratando de procedimento iniciado por um ente legitimado dotado de legitimidade coletiva. A diferença está em que, não exatamente como réus no processo (até mesmo porque na produção antecipada de prova, como já se viu, essa figura não existe), mas como interessados na sua produção, o representante adequado da classe deverá ser intimado para acompanhar o procedimento, não só para participar da produção da prova como também, em sendo o caso, para pleitear a produção de prova de fatos correlatos que interessem à coletividade.

---

<sup>565</sup> Em artigo específico sobre o tema, Francis X. Shen, da Universidade de Minnesota, aponta três princípios fundamentais que regem as *defendant class actions*: a) *Forward looking deterrence principle*, segundo o qual a utilidade de uma ação coletiva passiva deve ser medida por sua contribuição para desestimular práticas que gerem danos pela classe demandada; b) *Dynamic effects principle*, que se opõe à posição de que o tribunal deve concentrar-se apenas nos efeitos imediatos para o demandante e os acusados, observando todos os efeitos secundários, tais como geração de informação, feedbacks, ajustes de preços, novas estruturas de incentivo e mudança na dinâmica do grupo; c) *Aggregate analysis principle*, que sustenta que a viabilidade de uma ação de classe deve levar em conta o custo-benefício agregado e de toda a sociedade, levando à consideração dos múltiplos efeitos transversais em altos níveis de agregação (SHEN, Francis X. *The overlooked utility of the defendant class action*. In *Denver University Law Review* v. 88, 2010, p. 76-77).

Assim como a produção antecipada da prova manejada pelos entes legitimados que não têm acesso ao inquérito civil, a produção antecipada da prova de caráter coletivo proposta por aquele que se identifica com a posição de futuro réu em uma ação coletiva tem por objetivo viabilizar uma investigação ampla, de modo a melhor esclarecer-se sobre os fatos. Ou, ainda, viabilizar a produção de prova que justifique a propositura de ação coletiva contra a coletividade, perfeitamente admissível, como já se demonstrou.

Por fim, e porque se trata de tema relevantíssimo quando se trata de ações coletivas passivas, é importante destacar não haver no Brasil propriamente um dispositivo legal que autorize o seu manejo. É possível, de todo modo, extrair-se essa autorização do microsistema de tutela coletiva, em especial do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que para a defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. E também, como não poderia deixar de ser, do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Alguns dos projetos que buscam a construção de um sistema processual coletivo também preveem a ação coletiva passiva, como por exemplo o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, que traz a previsão em seu artigo 35<sup>566</sup>.

É essencial, nesse caso, que se verifique a representatividade adequada daquele que ocupa o polo passivo da demanda. Afinal, será isso que possibilitará a vinculação de todos os componentes do grupo à sentença. Nos dois primeiros exemplos citados, o polo passivo foi ocupado pelo sindicato dos postos e pela associação dos centros de diálise.

Essa identificação do polo passivo de uma ação coletiva passiva é importante para que se possa responder a uma das questões mais complexas quando se trata de tutela coletiva. Trata-se, mais uma vez, do problema da coisa julgada coletiva, ou seja, da investigação acerca de quem estará vinculado ao resultado de uma ação coletiva passiva, provocando a aplicação do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Transportando-se essa sistemática para as ações coletivas passivas, o entendimento mais tradicional – inclusive adotado pelo Anteprojeto<sup>567</sup> – é o de que a coisa julgada se formará

---

<sup>566</sup> Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

<sup>567</sup> Art. 36. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos – Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará erga omnes no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual. Parágrafo

da mesma forma como previsto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. No caso de direitos individuais homogêneos, isso significa que a procedência da demanda não vincula os membros da coletividade, o que põe em destaque a inutilidade de sua adoção<sup>568</sup>.

O melhor entendimento acerca do tema seria o de que a coisa julgada, nesse caso, deverá ser produzida qualquer que seja o resultado da decisão, vinculando todos os membros daquela coletividade, mesmo que se trate de direitos individuais homogêneos. Não fosse assim, o manejo da ação coletiva passiva não faria qualquer sentido. Basicamente porque, se a coisa julgada coletiva passiva não tivesse o condão de atingir todos os integrantes do grupo, isso significa que seria possível rediscutir o resultado em posteriores demandas, revelando-se inútil a propositura da ação em caráter coletivo.

Aplicando-se esse raciocínio aos exemplos citados, pode-se concluir que, no caso da ação contra o sindicato dos postos de combustíveis, serão alcançados pelos efeitos da sentença e também pela autoridade da coisa julgada todos os postos de combustíveis daquela localidade; e na ação proposta pela União, todos os centros de diálise e transplantes.

## **2.2.5. Produção coletiva negociada da prova**

### **2.2.5.1. A autocomposição em conflitos coletivos**

Os direitos coletivos e os direitos coletivizáveis carregam o traço comum da indisponibilidade. Os primeiros em razão da própria natureza dos direitos, enquanto os individuais, quando tratados coletivamente, assumem essa característica justamente em razão dessa especial forma de tutela, manejada por quem não possui sua titularidade.

O ponto levanta algumas dúvidas atinentes à possibilidade de autocomposição em ações coletivas e, conseqüentemente, de celebração de negócios jurídicos processuais coletivos.

---

único. Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido

<sup>568</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 533.

Há, também para os direitos indisponíveis<sup>569</sup>, algum espaço de negociação, quando isso não implicar renúncia ao direito material<sup>570</sup>. Em outras palavras, indisponibilidade não é sinônimo de inegociabilidade ou intransigibilidade<sup>571</sup>, significando apenas que, com relação a determinados direitos elencados como merecedores de uma maior proteção do Estado, há limites à negociação, em geral ligados à impossibilidade de sua renúncia.

Tanto é que o próprio legislador tomou o cuidado de, em algumas previsões do Código de Processo Civil de 2015, afastar o critério da indisponibilidade do direito como limitador de negociações, prevendo em seu lugar a restrição apenas para aqueles que não admitam autocomposição, situação muito menos abrangente do que aquela afeta aos direitos indisponíveis. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 190 e a autorização para a negociação processual, ou a previsão do §4º do art. 334, que afasta a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação ou mediação nos casos em que não se admitir a autocomposição. É por isso que, em especial após a edição da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a previsão, em seu art. 3º, de que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis

---

<sup>569</sup> “No universo de direitos indisponíveis haverá, em muitas situações, componentes que se revelam disponíveis, e tal disponibilidade está, no mais das vezes, atrelada à sua expressão econômica, de forma que o modo de fruição destes direitos admite composição, transação e até renúncia, em cada caso e individualmente considerados. Entretanto, isto não significa dizer que tais direitos possam ser a priori suprimidos, justamente porque possuem esta natureza de ordem pública” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo – o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18).

<sup>570</sup> “Nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário. Apenas muito excepcionalmente o ordenamento veda que alguém que constata não ter razão componha-se com a parte contrária. Nesses casos excepcionais, há indisponibilidade não do direito material, mas da pretensão de tutela judicial: é obrigatório submeter a causa ao Judiciário (exemplos: defesa em face da acusação penal, falência, suspensão de direitos por improbidade administrativa) (...) Em suma, a autocomposição abrange qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio” (TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em:

[https://www.academia.edu/17136701/Um\\_processo\\_pra\\_chamar\\_de\\_seu\\_nota\\_sobre\\_os\\_neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_2015](https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015) p. 5 Acesso 23.06.2018). Ainda, do mesmo autor e no mesmo sentido, mais especificamente acerca da indisponibilidade do interesse público pela Fazenda Pública: TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015*. In Revista de Processo vol. 264, ano 42, p. 83-107, fev.2017.

<sup>571</sup> “É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização” (VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* In Revista de Processo, v. 251, 2016, p. 410). Como explica Jorge Reis Novais, “uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fática ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram” (NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: Miranda, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. I. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 282). Acerca da diferença entre indisponibilidade e intransigibilidade para fins de autocomposição coletiva, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, op. cit., p. 143.

ou sobre *direitos indisponíveis que admitam transação*” (destacamos), entende-se perfeitamente possível a realização de transação relativa a direitos indisponíveis. Lembre-se, apenas, de que a Lei de Arbitragem mantém como critério limitador a disponibilidade dos direitos (art. 1º Lei 9.307/96)<sup>572</sup>, autorizando o uso da técnica também pela Administração Pública direta e indireta, desde que para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º, inserido pela Lei 13.129/2015).

Essas previsões inserem-se numa política de incentivo aos meios adequados de solução de conflitos, introduzida pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e incorporada no Código de Processo Civil de 2015<sup>573</sup>. Pela carga protetiva a um número elevadíssimo de direitos, e pela amplitude que a solução coletiva pode representar, não parece correto excluir-se do âmbito de alcance dessa política<sup>574</sup> os direitos coletivos e coletivizáveis. Aliam-se neste ponto duas ferramentas com finalidades distintas, mas que convergem para um mesmo objetivo: a prestação eficiente de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Não há, portanto, óbices à realização de transação envolvendo direitos indisponíveis, aí incluídos os direitos difusos<sup>575</sup> e coletivos<sup>576</sup>. Afinal, o vetor da indisponibilidade dos direitos é o interesse público subjacente à sua proteção, a impedir sua negociação, ainda que pelos próprios titulares, já que se supõe que isso poderia implicar renúncia ao direito. Nada obsta, porém, a realização de acordos que tenham por objetivo justamente garantir uma maior proteção

---

<sup>572</sup> Sobre o tema, RICCI, Edoardo. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>573</sup> Para uma interessante análise crítica sobre as Alternative Dispute Resolution e sua adoção no sistema norte-americano: FISS, Owen. *Against Settlement*. In *The Yale Law Journal* v. 93, p. 1073-1090, 1984. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215) Acesso 10.07.2018.

<sup>574</sup> Com base em situações envolvendo litígios coletivos com múltiplos atores e múltiplos interesses (caso Samarco, as ocupações das escolas públicas pelos estudantes, conflitos envolvendo os familiares de policiais no Espírito Santo e Rio de Janeiro, que se colocaram em frente aos quartéis impedindo-os de saírem para as ruas), Marcelo Abelha destaca que para alguns tipos de conflito (“megaconflitos envolvendo políticas públicas”), o método adversarial do processo “deve dar lugar ao método estrutural de solução de conflitos”. Nestes casos e em vários outros semelhantes, o consenso revela-se método mais célere, transparente e democrático, “pedagógico em uma sociedade marcada por múltiplos direitos e interesses que ora convergem e ora divergem entre si, seja por razões econômicas, políticas, culturais ou sociais” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, op. cit., p. 136).

<sup>575</sup> Acerca do tema, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça: “1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra” (REsp 299400/RJ; 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon; j. 01.06.2006; DJ 02.08.2006, p. 229).

<sup>576</sup> Sobre o tema, no contexto de uma crítica geral às formas de realização de acordos no sistema norte-americano, Owen Fiss destaca que a norma que regula as ações coletivas não estabelece um padrão específico para a aprovação de acordos, confiando toda a questão ao juiz. A decisão do juiz deveria depender do consentimento de todos os membros do grupo, o que é impossível, já que isso exige muitas vezes a aceitação de milhares de pessoas. Por isso, o critério adotado não é o consentimento, mas a proximidade do acordo com a possível sentença que julgaria o caso (FISS, Owen. *Against Settlement*, op. cit., p. 1082).

aos direitos e uma maior efetividade à sua tutela, em especial quando se permite a difusão de formas de participação que garantam sua legitimidade<sup>577</sup>.

A própria Lei da Ação Civil Pública autoriza a realização de termo de ajustamento de conduta pelos órgãos públicos legitimados<sup>578</sup>, com possibilidade de aplicação de medidas coercitivas e formação de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º)<sup>579</sup>. O Código de Processo Civil também inclui dentre os títulos executivos extrajudiciais o instrumento de transação referendado, dentre outros, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 784, IV), o que acaba por estender aos demais legitimados a prerrogativa da realização de acordos coletivos.

É claro que isso requer o atendimento a alguns critérios imprescindíveis à correta aplicação, aos litígios coletivos, das técnicas consensuais de solução de conflitos, a começar pela qualificação do mediador ou do conciliador para a condução dessa espécie de negociação<sup>580</sup>. Além disso, assume especial importância a atuação do ator coletivo, que, além de tudo o que já se afirmou acerca da representação *verdadeiramente* adequada dos interesses da coletividade, deve também munir-se de todas as informações técnicas necessárias à correta condução dos termos da composição<sup>581</sup>.

Os limites à negociação, porém, são muito mais rigorosos<sup>582</sup>, não só em razão da natureza e dimensão dos direitos (em especial quando se trata de direitos difusos ou coletivos

<sup>577</sup> “De igual forma, em um Estado no qual existam e funcionem estruturas institucionais democráticas e independentes (tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a imprensa, e as organizações sociais, dentre outras), bem como procedimentos de representatividade social que permitam a adequada manifestação da vontade dos cidadãos (tal como as audiências públicas), não parece razoável que o interesse público e os direitos difusos e coletivos sejam considerados inegociáveis ou intransacionáveis, pela mera e abstrata rotulagem da indisponibilidade” (VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* Op. cit., p. 410).

<sup>578</sup> “O termo de ajustamento de conduta – TAC é negócio jurídico de direito administrativo classificável como ato administrativo consensual, celebrado entre um órgão público e, usualmente, uma pessoa privada, por meio do qual esta formalmente se compromete a, de modo geral, praticar (ou não) determinada conduta” (MOREIRA, Egon Bockmann *et al. Comentários... op. cit.*, p. 370). Diferentemente, Antonio do Passo Cabral considera tratar-se de hipótese de transação, pois “há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela desses interesses. Neste sentido, ainda que indisponíveis em algum grau, este dado não impede a negociação” (CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*. In ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327).

<sup>579</sup> Alexandre Amaral Gavronski afirma, com acerto, que a melhor interpretação do dispositivo é a que autoriza a realização de termo de ajustamento de conduta também no curso da ação civil pública (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas*. In ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 347).

<sup>580</sup> Nesse sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, op. cit., p. 147.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>582</sup> “[...] o núcleo substancial do direito ele mesmo – no mais das vezes, de índole indisponível – conforme se afirma, não pode ser objeto de relativização [...] o TAC precisa envolver a adequada compreensão das ‘possibilidades fáticas e jurídicas’, a fim de que, por meio de interação colaborativa, venha a efetivamente realizar os direitos postos em jogo naquele caso concreto. Não se trata de defender proibição a negociações (sobretudo se com lastro na já vetusta ideia de ‘indisponibilidade do interesse público’, que invabiliza que se pense no TAC), mas sim de instalar racionalidade proativa – para que o ajustamento se desenvolva de maneira a efetivar o direito

*stricto sensu*), como pela ausência de sua titularidade pelo autor da demanda coletiva<sup>583</sup>. Em linhas gerais, tradicionalmente se considera que o TAC nada mais é do que uma solução consensual estabelecida entre o ente legitimado e aquele indicado como causador do dano coletivo, limitando-se ao estabelecimento de formas de solução do problema, sem que seja negociado o cumprimento da lei no que se refere ao estabelecimento das obrigações<sup>584</sup>. Em

---

‘na maior medida possível’ (e não ‘na maior medida imaginada’ nem ‘na maior medida impraticável’” (MOREIRA, Egon Bockmann *et al. Comentários...* op. cit., p. 380).

<sup>583</sup> Owen Fiss aponta a falta de consentimento legítimo como um dos problemas para a aceitação das *ADRs*. No que toca aos casos em que as partes não são indivíduos, mas organizações ou grupos, “we do not know who is entitled to speak for these entities and to give the consent upon which so much of the appeal of settlement depends”. Aponta que a situação é ainda mais grave diante dos atuais litígios envolvendo entidades sociais como as minorias étnicas ou raciais, internos de uma prisão ou de instituições para portadores de necessidades especiais, “but they do not have any formal organizational structure and therefore lack any procedures for generating authoritative consent”. Destaca, ainda, que a ausência desse consenso legítimo é ainda mais acentuada em casos envolvendo grupos de consumidores, como por exemplo de alguma companhia aérea, “which is constructed solely in order to create funds large enough to make it financially attractive for lawyers to handle the case” (FISS, Owen. *Against Settlement*, op. cit., p. 1078-1079). Em sentido semelhante, chamando a atenção para o caráter de *market mechanism* da negociação nesses casos, e destacando que não há legitimidade para a negociação, assim como não há legitimidade para a corte dizer que os membros da classe devem ser atingidos pelos resultados de uma negociação da qual não participaram: ERICHSON, Howard M. *The Problem of Settlement Class Actions*, In *The George Washington Law Review* v. 82, n. 3, may/2014, p. 971. Disponível em [https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/](https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/) Acesso 11.06.2018. Para o autor: “Class certification requires adequate representation. So does the preclusive effect of any class judgment as a matter of due process. Regardless of skill, diligence, and good faith, it is difficult to see how any lawyer or putative class representative negotiating a settlement class action can provide adequate representation in light of the structural shortcomings of the settlement class action form. Settlement class actions present a client-lawyer conflict of interest. The lawyer wishes to reach a deal with the defendant and obtains the class franchise only if she does so, but she lacks the leverage to negotiate adequately on behalf of the class”. É por isso que, no final das contas, o acordo vincula pela decisão judicial que o homologa, mas não há base sólida para o exercício desse poder judicial, porque “It is not an adjudication on the merits. It is not the enforcement of a compromise to which the claimants agreed. It is, instead, a judicially binding restatement of an agreement negotiated between a defendant and would-be class counsel” (Ibid., p. 970-971). Interessante análise sobre o tema é realizada por Samuel Issacharoff e Theodore Rave a partir da análise do *Deepwater Horizon oil spill* – o acidente com vazamento de óleo da plataforma de petróleo Deepwater Horizon, em 2010. A atenção dos autores é focada na comparação entre o acordo no âmbito das ações individuais e coletivas propostas contra a BP (e consolidadas num *multidistrict* no distrito de Louisiana) e a solução privada decorrente do *Gulf Coast Claims Facility*, um esquema de compensação financiado pela BP. Destacando a dimensão manifestamente pública de disputas de direito privado, o que acarreta a necessária coordenação para encerramento da disputa não apenas quanto às demandas individuais, defendem que um acordo em ação coletiva pode ser mais vantajoso para as partes do que um sistema privado de solução de litígios, em razão da transparência no tratamento das questões comuns e a capacidade de vincular ausentes que não pedem expressamente sua exclusão. A conclusão é a de que “the claimants did better under the class action settlement because it allowed them to offer BP something it valued - a greater degree of finality than the GCCF could ever provide - in exchange for a ‘peace premium’. At this level, the higher cost system almost appears to offer a win-win for claimants and BP. Additionally, other features of the public system of class action litigation, including guarantees of transparency consistent treatment of similar claims, and the ability to bind absentees who do not affirmatively opt out, improved the efficacy of the settlement structure in terms of achieving closure and aided in satisfying the equitable concerns of the court in binding absent class members” (ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, Theodore. *The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation*. In *Louisiana Law Review* v. 74, 2013, p. 403).

<sup>584</sup> MOREIRA, Egon Bockmann *et al. Comentários...* op. cit., p. 375. Alexandre Amaral Gavronski lembra que “o necessário respeito à ordem jurídica positiva não elimina, apenas reduz a liberdade do legitimado na concretização do direito pelas técnicas extraprocessuais [...] Assim, em tudo que a norma não pré-estabelece os critérios para essa concretização, ou seja, na lacuna, há um considerável espaço de atuação do legitimado coletivo na concretização do direito. Antes da fixação desses aspectos lacunosos, não há direito a um determinado prazo ou à implementação de dado modo ou em dado lugar sobre o qual se possa dispor. Não há, pois, verdadeira disposição ou disponibilidade sobre direitos e interesses coletivos na disciplina construída consensualmente entre aqueles que

outras palavras, não haveria nele espaço para, indo além do texto legal, dispor sobre deveres diversos daqueles já expressamente consignados pela lei. O ponto tem sido objeto de críticas, sob o fundamento da evidente falta de efetividade que o engessamento da celebração de termos de ajustamento de conduta pode representar<sup>585</sup>.

Seja como for, o fato é que se admite a autocomposição com relação aos direitos transindividuais e individuais homogêneos<sup>586</sup>, desde que tenha por objeto sua devida proteção, a ser efetivada de forma individual (ou seja, por meio da previsão de formas de concretização do direito diretamente nas mãos de seu titular) ou coletiva. Neste último caso, o resultado da autocomposição insere-se no âmbito de adoção de medidas de caráter estrutural que possam garantir a devida proteção a todos esses direitos de forma global, em especial em se tratando de questões afetas a políticas públicas. Aliás, já se disse ser justamente no âmbito do processo estrutural e do conseqüente espaço para a consideração das capacidades institucionais dos envolvidos, que se vislumbra terreno fértil para a realização de autocomposição com resultados ainda mais efetivos para a concretização desses direitos.

---

foram, por lei, legitimados para a defesa desses direitos e interesses e aqueles que devem implementá-los. Há aí concretização de direito, e não disposição”. Essa concretização, afirma, deve pautar-se no direito positivo e na proporcionalidade (GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 400). É por isso que “não estará o legitimado coletivo dispondo do direito ao pactuar determinado prazo para a colocação do filtro ou permitir que a empresa coloque determinado filtro em vez de outro, ou em pactuar que o Estado forneça determinado medicamento e não outro e que o faça apenas nas cidades em que o Sistema Único de Saúde preste atendimento integral à doença tratada com o medicamento em questão (desde que, neste caso, disponibilize o transporte e o custeio necessário aos pacientes do SUS, como ocorre no chamado programa de tratamento fora do domicílio). Sem essa disciplina, o direito não está concretizado; não há disponibilidade em estabelecê-la, mas concretização, como a que seria feita em juízo ou pela via administrativa, nestes casos com a possibilidade de imposição forçada independentemente do consenso. Disponibilidade ilegítima poderia ocorrer se eventual acordo se fizesse após uma decisão judicial que estabelecesse os referidos critérios de implementação de forma a prejudicar os direitos e interesses coletivos envolvidos, pelo que uma tal alteração deve se sujeitar à homologação do mesmo juízo” (Ibid., p. 165).

<sup>585</sup> “Em primeiro lugar, a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. Afastada ab initio qualquer possibilidade de negociação relativamente à essência do conflito coletivo, a mera regulação de ‘prazos e formas’ para o cumprimento da obrigação não é conciliação (muito menos transação), senão retórico reforço a disposições constitucionais, legais ou contratuais consideradas indiscutíveis e imutáveis. Neste sentido, a assinatura de ajustes de conduta, no mais das vezes, revela-se pouco útil e insuficiente para garantir concretamente a melhor ou a possível proteção dos direitos ou interesses em discussão. Pior, sob a ótica da validade, transfigurados muitas vezes em mecanismos de imposição de condutas, os compromissos de ajustamento correm sério risco de ser considerados ilegais por não obedecerem a típicas condições de validade contratual” (VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* Op. cit., p. 406).

<sup>586</sup> “Conquanto seja, na prática, bastante mais difícil uma autocomposição numa ação destinada a fixar a responsabilização civil por meio de condenação genérica (art. 95, CDC) à obrigação de pagar quantia em dinheiro, ela não é impossível nem desprovida de utilidade, vez que poderá resultar na fixação de parâmetros para essa condenação que extingam a ação coletiva sem prejudicar a tutela individual dos lesados. Ao apontado responsável, a composição consensual poderá interessar evitar o desgaste de tempo, dinheiro e imagem que poderá exprimentar com o trâmite do processo, especialmente nos casos em que sua responsabilidade for evidente. Embora não usuais, tampouco se podem tachar de raros os ajustamentos nesse sentido, feitos antes ou no curso de processos judiciais” (GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC...* op. cit., p. 347).

Em razão da sistemática adotada pelo ordenamento brasileiro para a coisa julgada formada em ações coletivas que tutelem direitos individuais homogêneos, os titulares dos direitos individuais podem excluir-se do âmbito de alcance do acordo realizado coletivamente<sup>587</sup>. Também se afirma que outros legitimados podem questionar os termos do acordo<sup>588</sup>, e até proporem ações coletivas buscando o estabelecimento de medidas diversas<sup>589</sup>. Concordamos em termos com essa posição. Embora não seja possível, à luz da atual sistemática brasileira, impor ao titular de um direito individual acordo do qual não participou diretamente, não parece adequado autorizar que outros legitimados venham a discutir os termos do acordo, o que representaria claro desprestígio à forma de composição consensual. O ideal nesse caso é que sejam chamados para participar da autocomposição o maior número de legitimados possíveis, em especial aquelas entidades que mais fielmente representem os interesses da sociedade civil (como é o caso das associações sérias), e se admitir a discussão coletiva dos termos do acordo somente em caso de evidente abusividade.

A conclusão é a de que se admite a autocomposição relativa a direitos e interesses coletivos ou coletivizáveis, não obstante mantenham seu caráter indisponível, o que de modo algum é incompatível com soluções consensuais. Não se descarta a possibilidade de uso dos meios adequados de solução de conflitos a esses interesses, incluindo a conciliação, a mediação, e para alguns até mesmo a arbitragem<sup>590</sup>, desde que voltadas à garantia da melhor proteção a

---

<sup>587</sup> Nesse sentido: “As medidas de política judiciária destinadas ao estímulo à autocomposição das lides e à redução de demandas judiciais individuais não podem se sobrepor ao direito fundamental do acesso à justiça pelo cidadão. A existência de acordo celebrado em Ação Civil Pública entre o INSS e o Ministério Público não induz litispendência ou coisa julgada. Há interesse de agir do segurado quando, não obstante a revisão administrativa pela autarquia previdenciária, o objeto da ação envolve a discordância com os próprios critérios da revisão [...] Como o interessado (segurado) não participou da relação jurídica processual na ação coletiva que resultou na celebração de um acordo judicial, não poderia submeter-se às cláusulas pactuadas no instrumento jurídico que pôs fim à demanda coletiva”. O fundamento da decisão foi a conjugação dos arts. 103 e 104 do CDC, em razão da inexistência de litispendência entre ações coletivas e ações individuais, e a consequente impossibilidade de impedimento ao ingresso individual em juízo, para aqueles titulares que não ingressaram na ação coletiva como litisconsortes ou não pleiteram a suspensão de suas demandas individuais (REsp 1722626/RS; 2ª T. Rel. Min. Herman Benjamin; j. 17.04.2018; DJe 23.05.2018).

<sup>588</sup> MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Comentários...* op. cit., p. 381.

<sup>589</sup> Como já decidiu o STJ: “A sentença proferida em ação civil pública ajuizada para a tutela de direitos transindividuais, se mais vantajosa aos beneficiários, deve prevalecer em face de termo de ajustamento de conduta celebrado entre o órgão público e o demandado, seja pela preponderância da coisa julgada, seja pela independência das esferas judicial e administrativa, seja, ainda, pela qualidade e titularidade dos direitos controvertidos” (STJ; REsp 1.309.948/SP; 4ª T. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão; j. 18.12.2014; DJe 24.02.2015).

<sup>590</sup> Richard Nagareda, em trabalho específico sobre o tema, conta que surgiu, no âmbito da Corte de Nova Iorque, o desejo de se submeter uma *class action* ao procedimento arbitral, o que foi contrariado sob o argumento de que não havia expressa autorização legislativa que permitisse a submissão de uma questão coletiva ao procedimento arbitral. Defende, contudo, o autor que se o argumento é de que a *class action* é mais adequada ao tratamento das causas de interesse coletivo do que os outros métodos disponíveis por ser mais justa e eficiente a fim de solucionar a controvérsia, não há que se contrariar a possível maior eficácia da arbitragem. Em especial, porque não há renúncia aos direitos materiais, mas apenas a opção por sua resolução/declaração por meio de tribunais judiciais (NAGAREDA, Richard A., *The Litigation-Arbitration Dichotomy Meets the Class Action Notre Dame Law Review*, Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 10-34, 2010, p. 16. In

esses direitos, o que deve ser aferido à luz de todos os fins já citados neste trabalho, resumidos na realização de uma tutela coletiva adequada à tutela isonômica, eficiente e efetiva dos direitos.

### 2.2.5.2. A admissão de negócios jurídicos processuais coletivos

Os mesmos fundamentos que justificam a possibilidade de autocomposição sobre conflitos coletivos servem de base à constatação acerca da legalidade de negócios jurídicos processuais em ações coletivas (ou mesmo previamente a elas).

Afinal, sabe-se que o art. 190 do CPC prevê a possibilidade de realização de acordos processuais<sup>591</sup> versando sobre atos do procedimento, ou sobre os ônus, poderes, deveres e faculdades das partes. A novidade, comparada ao Código de 1973, está na autorização para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, ao lado de uma também inovadora ampliação na previsão dos negócios típicos, que muito timidamente apareciam no Código anterior. Assim, o novo Código autoriza a delimitação pelas partes, anteriormente ou durante o saneamento, das questões de fato e de direito que poderão ser objeto de análise judicial (art. 357, §2º); a escolha do perito (art. 471), do conciliador ou mediador, ou da câmara privada de conciliação (art. 168); a fixação, em conjunto com o juiz, de um calendário processual,

---

<https://ssrn.com/abstract=1670722> – acesso em 11 jun. 2018) Em paper extraído de obra de mesmo título, S.I. Strong explica o surgimento e desenvolvimento das class arbitration no cenário nacional e internacional: “Class arbitration first developed in the United States in the 1980s as a means of providing large numbers of individuals with the means of asserting their claims at the same time and in the same proceeding. In the thirty years since class arbitration was born, large-scale arbitration has spread beyond U.S. borders and is now seen in Europe as collective arbitration and in the international investment context as mass arbitration” (STRONG, S. I. *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*. In University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2012-35, 2013). Acerca de seu surgimento nos Estados Unidos, narra que “courts quickly recognized that the use of arbitration agreements to eliminate class relief could detrimentally affect various ‘class action principles’ and ‘chill the effective protection of interests common to a group’. While courts believed it would be possible to bar arbitration in these cases altogether, ‘(t)he statutes and public policy supportive of arbitration require... that this result be avoided if means are available to give expression to the basic arbitration commitment of the parties’. The Supreme Court of California in Keating therefore harmonized the demands of both class relief and arbitration by concluding that class arbitration, ‘for all its difficulties, may offer a better, more efficient, and fairer solution’ than bilateral arbitration and may be justified in cases where ‘gross unfairness would result from the denial of opportunity to proceed on a classwide basis’” (STRONG, S.I. *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*. Oxford University Press, 2013, p. 8). No Brasil, o uso da arbitragem para conflitos coletivos também já tem sido defendido. A este respeito: VENTURI, Elton. *Arbitragem para quem? Os desafios das arbitragens públicas, gratuitas e coletivas*. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTE, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; GONÇALVES, Eduardo Damiano. *O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos*. In LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>591</sup> Segundo Fredie Didier Jr., o negócio processual é o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”. (DIDIER JR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015*. Revista Brasileira da Advocacia. v. 1, abr-jun 2016, p. 59-84).

definindo os prazos para a prática dos inúmeros atos processuais (art. 191). Mantém-se a previsão, já existente no Código anterior, de convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º) e do foro de eleição (art. 63).

O art. 190, por sua vez, cria uma cláusula geral de negociação, respeitando o autorregramento da vontade no processo<sup>592</sup>. Os requisitos desses negócios são os mesmos de qualquer negócio jurídico: pessoas capazes (capacidade processual negocial), objeto lícito e forma prevista ou não proibida em lei. O dispositivo, como já se disse, autoriza a celebração de negócios processuais sempre que o direito material subjacente ao processo admita autocomposição<sup>593</sup>, nas hipóteses já descritas, previstas no art. 190 do CPC.

O ponto central quando se trata de negócios processuais sem dúvida diz respeito aos limites da negociação, em especial quando a convenção tem o condão de gerar efeitos sobre terceiros. Quando se trata de disposições acerca das provas no processo, a preocupação é ainda maior, considerando que um dos pontos nucleares da concepção probatória que sempre foi adotada no ordenamento brasileiro (e que se mantém no Código de 2015) é a atribuição de poderes instrutórios amplos ao juiz.

A opção do Código no que se refere a esses limites foi estabelecer alguns parâmetros expressos para determinados negócios típicos, como é o caso da necessidade de homologação judicial quando se tratar de delimitação negocial das questões de fato ou de direito (art. 357, §2º), ou da participação obrigatória do juiz na definição do calendário processual (art. 191). Para outros, não há parâmetros estabelecidos para além dos requisitos gerais de qualquer negócio processual.

Já com relação aos negócios processuais atípicos previstos no art. 190, há apenas a possibilidade de controle judicial em caso de abusividade inserida em contrato de adesão, ou nos casos em que uma das partes se encontrar em situação de vulnerabilidade.

Tendo em vista essa previsão, parte da doutrina tem admitido amplamente a possibilidade de realização de negócios processuais atípicos que vinculem o juiz, inclusive no que se refere à produção de provas no processo<sup>594</sup>. Para Eduardo Talamini, somente podem ser

---

<sup>592</sup> Fredie Didier Jr. inclui dentre as garantias fundamentais do processo o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, que tem por objetivo a “obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 110).

<sup>593</sup> Especificamente com relação à convenção sobre ônus da prova, a negociação não pode ocorrer quando “recair sobre *direito indisponível* da parte” (art. 373, §3º, I, destacamos).

<sup>594</sup> Paulo Osternack Amaral considera possível a celebração dos seguintes negócios: “(i) somente será admissível a produção de prova documental; (ii) caberá todos os meios de prova, exceto a prova pericial; (iii) não caberá audiência, de modo que os depoimentos deverão ser documentados extrajudicialmente e então ser trazidos aos autos” (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...*, op. cit., p 143).

admitidos negócios processuais sobre meios de prova quando se tratar de direitos disponíveis, na medida em que ao abrir mão de determinado meio de prova a parte pode, em última análise, acabar por abrir mão de seu próprio direito material. Estando presente a disponibilidade do direito, não haveria óbices à celebração desse pacto<sup>595</sup>.

Há, de outro lado, posições que, embora admitam a celebração de negócios acerca das provas no processo, não entendem possível que o acordo limite os poderes do juiz<sup>596</sup>.

Em trabalho publicado em coautoria com Rogéria Dotti, tivemos a oportunidade de, enfrentando essa questão, apresentar o seguinte posicionamento:

Enquanto terceiro ao negócio, o juiz não poderia ter seus poderes afetados pela convenção processual celebrada entre as partes. Seria possível, em última análise, a celebração de negócio jurídico processual que afetasse ato processual de interesse para a Jurisdição? Teríamos, de fato, a inauguração de um modelo neoprocessualista, caracterizado por um certo caráter privatista no processo?

Parece-nos que a resposta deve ser negativa. Afinal, a Jurisdição se preocupa com a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, atendendo às necessidades do direito material, e muitos dos instrumentos previstos no Código de Processo Civil voltam-se justamente à concretização dessa finalidade. A prova é um deles. Se a finalidade da prova é possibilitar a formação de um convencimento suficiente à solução das questões fáticas do processo e com isso viabilizar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, é essencial que o material probatório seja formado de modo a propiciar a concretização desse objetivo. A legitimidade da decisão judicial, na perspectiva do atendimento aos direitos fundamentais, depende do adequado manejo da prova no processo, que legitima o exercício da Jurisdição.

É a partir disso que devem ser construídos os limites à negociação processual em geral e em matéria de prova: a partir da constatação do que, afinal, influi mais diretamente na prestação adequada da tutela jurisdicional, viabilizando o cumprimento da principal função da Jurisdição<sup>597</sup>.

---

<sup>595</sup> “Um ajuste a esse respeito pode ter a natureza de ato de verdade. As partes indicam que apenas se produzirá prova oral porque reputam que isso basta para a reconstituição histórica dos fatos. Se o juiz concorda com essa apreciação das partes, defere apenas tal prova. Ou seja, ele toma para si essa deliberação. Nesse caso, o pressuposto para que ele defira a definição consensual das partes é a correção dos meios de prova por elas predefinidos. Mas um ajuste probatório pode retratar também um ato de vontade das partes. Elas restringem a instrução à prova documental, por exemplo, não porque achem isso suficiente, mas porque assim o querem (porque desejam um procedimento célere e simplificado etc.). Nessa hipótese, a mera consideração de documentos pode não ser suficiente para reconstituir o passado – e pode, conseqüentemente, interferir no resultado final do processo (por via documental pode ser impossível provar um fato que efetivamente ocorreu e que ensejaria a incidência de outras normas, cuja não consideração conduz a solução jurídica diversa da que se teria com a plenitude probatória). Portanto, o pacto probatório como ato de vontade apenas pode ser admitido quando se estiver diante de direitos materiais disponíveis – hipótese em que, declarada e conscientemente, a parte opta por uma solução mais simples, mas que pode, todavia suprimir-lhe direito material” (TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu...* op. cit., p. 18). No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Capítulo X. Do julgamento conforme o estado do processo*. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200.

<sup>596</sup> MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380*. v. 6 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 145; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ano novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 575.

<sup>597</sup> DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. *Evidência negociada e poderes instrutórios do juiz*. In JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coord.). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 825.

Assim, a possibilidade de que o acordo limite os poderes instrutórios do juiz (no aspecto da determinação da prova de ofício) dependerá do alcance da finalidade da Jurisdição (prestação de tutela jurisdicional adequada com eficiência). Significa dizer que não se vislumbra possível a realização de todo e qualquer negócio jurídico processual que limite os poderes do juiz sobre as provas, mas igualmente não se cogita a hipótese de se impor às partes a produção de uma prova quando a medida onerar demasiadamente o processo no que se refere aos custos e ao tempo para o seu desenvolvimento. Se as partes decidem pela não realização de perícia com elevado custo ou que demandará longo tempo para realização, prejudicando a fruição do direito material em discussão, nada obsta que esse negócio possa vincular o juiz, na medida em que garantirá, em última análise, a prestação eficiente da tutela jurisdicional. No mais, a pura e simples convenção processual sobre provas não tem o condão de afastar automaticamente, em qualquer caso, os poderes instrutórios do juiz<sup>598</sup>.

No caso da tutela coletiva, alguns pontos devem ser considerados. Em primeiro lugar, como já alertado, para todas as espécies de direitos tuteláveis coletivamente (inclusive os direitos individuais homogêneos), não há que se falar em plena disponibilidade. Afinal, a tutela será pleiteada por legitimado que não possui a titularidade do direito. É por isso que, reitere-se, mesmo quando individuais os direitos tutelados pela via coletiva, assumem eles um caráter de indisponibilidade, como consequência lógica da falta de legitimidade ordinária para seu exercício. Isso, porém, não impede que sejam objeto de negociação, desde que para garantir sua plena efetividade.

Em se tratando de direitos individuais, essa efetividade passa, como não poderia deixar de ser, pela concretização do direito nas mãos de seus titulares. Mas não se trata apenas disso. A dimensão coletiva desses direitos, para além de suas características puramente individuais, exsurge justamente de uma técnica que viabiliza a compreensão global do problema que deu origem a cada uma das violações individuais. Se não há vagas em creches para várias crianças, ou vagas em hospitais para vários enfermos, há uma violação a um direito individual, mas há algo muito maior do que isso. Se um fornecedor coloca no mercado produtos defeituosos que causam danos aos consumidores, haverá o direito individual à reparação de cada consumidor, mas há, também aí, algo que vai além dessa individualidade. Ecoa nesses casos a necessidade de um tratamento *efetivamente* coletivo ao problema. Ao lado da indisponibilidade decorrente

---

<sup>598</sup> “Dès lors que le procès civil est conçu comme la chose des parties tout autant que celle du juge, il est permis de considérer que les règles processuelles peuvent être conventionnellement aménagées dans la limite ‘des lois qui intéressent l’ordre public’ selon la disposition de l’article 6 du Code civil français.” (CADIET, Loïc. *La qualification juridique des accords processuels*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). In: *Negócios processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 95).

da legitimação extraordinária, portanto, a impossibilidade de renúncia aos direitos tutelados coletivamente decorre também da dimensão coletiva que sua *solução* inequivocamente assumirá. Ao mesmo tempo, e como consequência, qualquer autocomposição deverá ter por objeto também a concretização dessa dimensão coletiva. O mesmo se aplica aos negócios processuais.

Assim, pode-se afirmar não ser vedada a realização de negócio processual no âmbito de ações coletivas<sup>599</sup>. Esses acordos, porém, não podem impedir a realização dos fins da jurisdição coletiva, calcados na prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva à tutela do direito material, com isonomia e eficiência<sup>600</sup>. Mesmo indisponíveis os direitos, admite-se certo grau de negociação voltada à sua concretização. De forma exemplificativa, pode-se afirmar não ser possível, no âmbito coletivo, negócio processual que limite a produção de provas, mas admite-se negociações que definam formas de *produção mais eficiente da prova*.

A legitimação para a realização dos negócios nesse caso decorre da legitimação para as ações coletivas. Significa dizer que todos os legitimados previstos no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC podem, observados os critérios acima especificados, celebrar negócios processuais de cunho coletivo<sup>601</sup>, desde que preenchido o requisito da representatividade adequada. Em se tratando de negócio processual celebrado no curso da demanda, o requisito já terá sido objeto de análise no momento de sua admissão. Além disso, será necessário analisar se o acordo processual é celebrado em benefício à tutela coletiva de direitos, caso em que poderá ser homologado pelo juiz. Abre-se aí, portanto, uma amplitude muito maior de controle do negócio pelo juiz, para além das hipóteses expressamente estabelecidas no Código de Processo Civil, seja relativamente a alguns negócios típicos, seja no que se refere à cláusula geral de negociação e as limitações previstas no parágrafo único do art. 190 do CPC.

---

<sup>599</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos...* op. cit., p. 50; CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta...* op. cit., p. 329.

<sup>600</sup> Como lembra Antonio do Passo Cabral, “a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilitem o acesso à justiça do incapaz” (CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo de ajustamento...* op. cit., p. 329).

<sup>601</sup> Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. A Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Aplica-se, por analogia, também, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas...* op.cit., p. 51).

### 2.2.5.3. Segue. Convenção processual coletiva para antecipação da prova

Já se viu que a produção antecipada da prova nas hipóteses previstas no art. 381 do CPC dependerá sempre da iniciativa da parte, não sendo possível defender-se a existência de uma fase prévia obrigatória de produção de provas, muito embora a pertinência de previsão nesse sentido.

Nada impede, de todo modo, que essa obrigatoriedade seja instituída por meio de negócio jurídico processual, mesmo que relativamente a direitos coletivos ou coletivizáveis. Admite-se, assim, a celebração de negócio processual que crie uma fase prévia obrigatória para a produção de provas. O acordo poderá prever que, havendo a necessidade de propositura de demanda posterior, as partes deverão apresentar antecipadamente todas as provas que pretendam utilizar no processo<sup>602</sup>, viabilizando uma espécie de *discovery negociada*. No âmbito exclusivamente individual, seria possível acordar inclusive a vedação à produção posterior de outras provas pelas partes (extensível ao juiz apenas na hipótese em que a produção da prova possa comprometer a prestação jurisdicional, como já se apontou anteriormente).

Poder-se-ia alegar que essa espécie de acordo processual interferiria no direito de ação, sendo por isso inadmissível diante do potencial de alcançar questão de ordem pública e limitar o exercício de um direito fundamental<sup>603</sup>.

Não é, porém, o que ocorre. A começar porque o exercício do direito de ação não será de modo algum inviabilizado. Muito diferente disso, apenas se criará uma condição absolutamente legítima para o seu exercício: a necessidade de que as partes tenham acesso a todas as provas dos fatos que embasam suas pretensões materiais para, então, decidir se levam

---

<sup>602</sup> Acerca dessa possibilidade, no contexto dos contratos empresariais: DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. In DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 189. Para os autores, que apresentam visão um pouco mais ampla acerca das possibilidades em torno dessa espécie de negócio, “como se trata de negócio jurídico atípico, poderão ser estabelecidas regras diversas para apresentação de documento, criando novos critérios, limitações, obrigações e sanções não previstas no direito anglo-saxão, a exemplo da criação de critérios para classificação de um documento como relevante, ou da criação de multas pela não apresentação de documentos assim considerados. Como vislumbrado acima, a sanção pode ser a presunção de veracidade das alegações, no caso de não apresentação de documentos” (Ibid., p. 190). Embora concordemos com a possibilidade de estabelecimento de sanções em caso de não apresentação do documento (inclusive com o impedimento de apresentação do documento em momento posterior, quando já proposta a demanda principal), não parece ser possível a realização de negócio que impeça a livre valoração da prova pelo juiz, como ocorreria em caso de acordo acerca da atribuição prévia de relevância a determinado documento.

<sup>603</sup> Analisando a validade do *pactum de non petendo*, Paula Costa e Silva destaca que “as esparsas considerações que podem ser colhidas a partir da doutrina portuguesa relativamente aos negócios que tenham por objeto o direito de acção vão maioritariamente no sentido de sua inadmissibilidade”. Um dos argumentos para tanto seria o de que “as partes não podem dispor do direito de acção, na medida em que esse respeita a interesses indisponíveis” (COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 427).

a propositura da demanda adiante, neste caso de forma muito mais substancial do que ocorreria sem o embasamento fático obtido nessa etapa prévia.

Além disso, não parece haver óbices à criação, pelas próprias partes, de limitações ao próprio exercício do direito de ação, quando o direito subjacente admitir autocomposição<sup>604</sup>.

Por fim, não se vislumbra nessa espécie de negociação um prejuízo ao exercício dos poderes instrutórios do juiz, que também participa do procedimento voltado à produção antecipada da prova, exercendo seus poderes instrutórios amplos sempre que vislumbrar a necessidade de melhor esclarecimento acerca dos fatos. Eventual limitação ao exercício desses poderes nessa etapa, por tudo o que já se afirmou anteriormente, não será admitida.

Pode-se afirmar, desse modo, que a negociação para criação de etapa prévia de produção antecipada da prova é admissível em qualquer caso em que se admita a realização de negócios processuais fundados no art. 190 do CPC, ou seja, em todos aqueles casos nos quais se admita a autocomposição. Não é diferente em se tratando de conflitos coletivos.

Algumas possibilidades se revelam neste caso. Em primeiro lugar, convenção para estipular um procedimento judicial de produção antecipada da prova. Não parece haver impedimento para que o próprio TAC, celebrado durante a fase do inquérito civil ou mesmo sem que seja ela realizada, possa servir de mecanismo a essa pactuação. Ainda na mesma esteira, admite-se também pacto para produção de prova em ação já iniciada, mas anteriormente à fase instrutória do processo, caracterizando, também aqui, possibilidade de antecipação da prova. Por fim, autoriza-se a produção extrajudicial da prova pelas partes, sem um controle judicial *a priori*, mas com ampla participação de todos os interessados, de forma muito mais ampla e participativa do que se admite no inquérito civil.

Pelas mesmas razões, não há impedimento à previsão de etapa prévia de produção judicial de provas anteriormente à adoção de medidas coletivas. Afinal, também aqui a produção prévia da prova oportunizará um melhor conhecimento dos fatos sustentadores de eventual pretensão coletiva e da exata (ou ao menos melhor definida) extensão do dano, além da mais correta delimitação dos contornos de eventual demanda coletiva.

Não se pode perder de vista o benefício que a atividade pode acarretar para o incentivo a uma solução consensual, estimulando a celebração de TAC e resolvendo-se a questão sem a necessidade de propositura de uma ação coletiva. Retome-se aqui tudo o que se disse no item

---

<sup>604</sup> Acerca do tema, admitindo o *pactum de non petendo*, mas ressaltando que o acordo não tem por objeto afastar o direito à tutela jurisdicional e sim a exigibilidade da obrigação: COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo...* op. cit.

anterior com relação à ação proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o excessivo tempo despendido para seu encerramento.

Aplica-se à hipótese tudo o que se afirmou acerca da produção antecipada da prova prevista no art. 381 do CPC. Admite-se, portanto, qualquer meio de prova (inclusive inspeção judicial, já que neste caso haverá participação do juiz), provas orais, documentais ou técnicas, em qualquer modalidade. É possível pensar também no manejo de provas atípicas, incluindo a prova estatística.

#### **2.2.5.4. Negociação para produção extrajudicial coletiva da prova**

Uma das bases sobre as quais se alicerçam as ideias apresentadas neste trabalho é o caráter instrumental da prova. Prova, já se disse, é meio para a investigação dos fatos, com o objetivo de formar o convencimento de todos aqueles que de alguma forma têm interesse no seu melhor esclarecimento, a fim de nortear uma série de condutas, como a constatação acerca da (des)necessidade da demanda ou a realização de acordo que solucione da forma mais correta possível o problema.

Esse aspecto fundamental da prova conduz à conclusão de que se deve dar à sua produção o melhor aproveitamento, o que deve ser compreendido sob dois aspectos. Em primeiro lugar, a partir da constatação de que se trata de meio de prova apto ao esclarecimento dos fatos. Além disso, levando em conta a forma mais benéfica dessa produção, a partir das variáveis custo e tempo. Em outras palavras, se a prova pode ser produzida de forma mais desburocratizada e adequada para a consecução dos seus fins e da finalidade da Jurisdição, não há porque não se insistir nessa forma de produção, desde que compatível com o direito positivo.

À luz de todos esses fatores, e com base na previsão do art. 190 do CPC, admite-se a produção extrajudicial<sup>605</sup> de qualquer meio de prova (salvo a inspeção judicial, por depender da atuação direta do juiz), inclusive atípicos, de forma colaborativa entre os interessados nessa produção.

Alguns cenários podem ser a este respeito considerados: instaurado o inquérito civil, com a apuração de condutas possivelmente ilícitas, é possível que o Ministério Público e o interessado (entidade pública ou particular) negociem a realização de prova pericial extrajudicial, realizada por perito escolhido de comum acordo, a fim de apurar a efetiva existência de conduta indevida e sua extensão; recebidas denúncias, Ministério Público e réu

---

<sup>605</sup> Sobre o tema, amplamente, MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova – análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

acordem a produção de prova extrajudicial, para investigação conjunta dos fatos, viabilizando a participação de todos os interessados na produção da prova; as mesmas hipóteses justificam a oitiva de terceiros que possam prestar informações (inclusive técnicas) interessantes sobre o caso. Lembre-se, neste ponto, da interessante novidade do Código de Processo Civil de 2015 e a possibilidade de oitiva de especialista prevista no art. 464 (a que se chamou de “prova técnica simplificada”), aproximando-se de certo modo da figura do *expert witness*<sup>606</sup>, muito comum na arbitragem<sup>607</sup>.

Por uma questão de efetividade, não parece que o melhor entendimento acerca da questão seja aquele que reduz essas hipóteses à atuação do Ministério Público. Todos os órgãos a quem a lei atribui a prerrogativa de celebração de termo de ajustamento de conduta poderão realizar negociação que, ao fim e ao cabo, terá objeto muito mais simples e restrito do que o estabelecimento de pautas de condutas relativamente ao dano coletivo e sua reparação. Assim, em primeiro lugar, a hipótese de negociação para produção de prova extrajudicial de caráter coletivo deve ser estendida a todos os legitimados públicos, incluindo a Defensoria Pública.

Mas não parece equivocado ir um pouco mais além, para que se defenda também a possibilidade de que outros legitimados participem dessa produção, de forma a ampliar subjetivamente o seu alcance e, com uma maior participação, garantir uma melhor produção da prova. A participação do Ministério Público nesses casos será fundamental, mas nada impede que a iniciativa e a condução das negociações sejam assumidas por ente coletivo privado.

---

<sup>606</sup> Destacando a previsão desse meio de prova na Rule 702 das Federal Rules of Evidence do Direito norteamericano, Paulo Osternack Amaral lembra que a testemunha será qualificada como especialista “por seu conhecimento, habilidade, experiência, formação ou educação”, sendo que seu testemunho poderá ser prestado por meio de um parecer escrito ou de outra maneira. E complementa: “Em princípio, o trabalho do expert não precisa justificar os fatos e dados subjacentes à sua análise. Todavia, ele poderá ser compelido a demonstrar tais circunstâncias quando existir ordem judicial assim dispondo ou ele seja questionado no cross-examination (Rule 705). A atuação do expert pode ser requerida pelas partes ou determinada pelo juiz. Incumbe à parte que pretende a atuação do expert testimony a demonstração de que ele ostenta conhecimentos especiais e que tal expertise é adequada para elucidar determinada matéria complexa debatida nos autos” (AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 128-129).

<sup>607</sup> Com a ressalva de que a *witness expert* é comumente indicada pela parte. Vale considerar o que a este respeito afirma P. Oberhammer em interessante artigo no qual analisa essa figura: “party-appointed experts a strong motivation as they compete to convince the tribunal; they have no agenda as it is plain to see that they are there to help the party that has and they normally have much broader access to the facts and certain risk have d much more time for their work than court-appointed or tribunal-appointed experts, if necessary. Therefore, it might be worth thinking about relying on party-appointed experts in the first place also in court proceedings and to have court-appointed experts only if it turns out that the party-appointed experts do not yet provide a sufficient basis for the court's decision with respect to specific issues. In many cases however, a confrontation of experts ('expert conferencing') might lead to very reliable results without the involvement of a court-appointed expert. (I hope the reader notes that I do not talk about small claims proceedings here)” (OBERHAMMER, P. *Evidence: Learning from Arbitration*. In RHEE, C.H. van; UZELAC, Alan (eds). *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*. Cambridge: Intersentia, 2015, p. 246-247).

A negociação para produção extrajudicial da prova deverá prever o objeto da prova, os meios que serão utilizados, eventuais terceiros necessários a essa realização e o procedimento probatório. A primeira providência será a especificação dos fatos que serão objeto da prova. O ideal é que todos os fatos necessários à correta apuração de eventual conduta ilícita sejam investigados, tanto aqueles que podem embasar futura pretensão coletiva direcionada contra o suposto causador do dano, quanto aqueles que podem impedir, extinguir ou modificar os fatos constitutivos. Mesmo com essa especificação prévia, nada obsta o surgimento de fatos que possam ser incluídos no procedimento extrajudicial, viabilizando a mais completa formação da prova, não só para possibilitar o melhor conhecimento dos fatos, como para evitar que, em eventual ação coletiva proposta posteriormente, haja a necessidade de complementação da prova. Mais do que isso: a produção ampla da prova neste momento pode viabilizar inclusive a definição de todos aqueles que podem contribuir para a solução de eventual problema.

Salvo a inspeção judicial, qualquer meio de prova poderá ser utilizado no procedimento, tratando-se de definição que igualmente deve fazer parte da negociação. Havendo a necessidade de participação de terceiros – como no caso da prova pericial, testemunhal ou do *expert witness* – deverão ser indicados no acordo, ou haver previsão de um prazo para que sejam apresentados pelas partes. O mesmo se diz com relação ao procedimento, incluindo o local de produção da prova. Nada impede que também a prova oral seja produzida extrajudicialmente<sup>608</sup>. Veja-se que, neste caso, se estará diante de prova considerada típica pelo Código de Processo Civil, mas que se revestirá de atipicidade decorrente da sua forma de produção. Tratando-se, por exemplo, de testemunhas, a oitiva não ocorrerá em juízo, como prevê o art. 453 do CPC, mas consistirá, assim como a prova testemunhal, na contribuição de terceiros com o esclarecimento dos fatos. É disso que decorre o caráter atípico dessa prova.

A produção da prova neste caso igualmente não exclui a determinação de outras provas no processo pelo juiz em futura ação coletiva, como decorrência de seus poderes instrutórios amplos. Tendo em vista a indisponibilidade dos direitos tutelados coletivamente, também não será admitido que as partes acordem a impossibilidade de produção de outras provas em futura ação judicial.

---

<sup>608</sup> “A produção extrajudicial da prova oral, nesse cenário, é instrumento capaz de atender à vontade e desejo das partes, sem prejudicar o tempo do juiz, redistribuindo atividades processuais de modo a dar eficiência ao processo” (MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização...* op. cit., p. 227).

### 3. O TRANSPORTE *IN UTILIBUS* DA PROVA PRODUZIDA COLETIVAMENTE

#### 3.1. Colocação do problema: o aproveitamento da prova coletiva

Nos capítulos anteriores foram apresentadas técnicas de produção coletiva da prova, com foco na eficiência e isonomia, sem perder de vista a adequação da tutela jurisdicional à tutela efetiva de direitos. A prova, nesse contexto, pode ser produzida coletivamente por meio dos seguintes mecanismos: a) a instauração de um incidente de coletivização da prova, voltado exclusivamente à produção da prova de fato repetitivo; b) a produção antecipada coletiva da prova de fato subjacente a direitos transindividuais ou individuais homogêneos; c) ainda sobre a produção antecipada, sua produção (judicial ou extrajudicial) de forma negociada.

Não se descarta também, é claro, a produção da prova no âmbito de uma ação coletiva propriamente dita, seja na fase instrutória, seja em momento anterior (art. 139, VI, do CPC), que, assim como a prova produzida por meio das técnicas propostas, poderá ser aproveitada em futuras demandas individuais.

O que se pretende agora analisar são os reflexos que essa prova produzida coletivamente pode gerar em ações futuras, sejam elas coletivas ou individuais. A questão passa pela análise: (i) da forma como a prova pode ser aproveitada nessas demandas e, em especial, se poderá ser utilizada por e contra todos aqueles que tenham interesse nesse aproveitamento; (ii) da carga declaratória (se é que existe alguma) que a prova já produzida carrega para outras demandas. Investiga-se, por exemplo, a possibilidade de se rediscutir a validade da prova; (iii) da existência, ou não, de coisa julgada (ou de alguma forma de estabilidade) sobre a decisão da questão fático-probatória, e do seu conseqüente transporte para demandas futuras, em especial de caráter individual. Neste específico ponto, a questão tangencia a análise da eficácia subjetiva da coisa julgada sobre questão. Afinal, à luz da isonomia e da eficiência, o aproveitamento da decisão coletiva sobre questão fática fundada na prova pode ser tão importante quanto a utilização da prova produzida coletivamente. Já se adiante que, neste específico ponto, não há como desconsiderar uma análise também de *lege ferenda*. Por fim, e por suas peculiaridades, a questão indicada no item (iii) será analisada com um olhar voltado especificamente sobre a falsidade documental.

O tratamento da questão exige uma importante separação. Afinal, uma coisa é discutir o transporte de uma prova que não foi objeto de valoração, ressalvada aquela necessária à condução de sua produção, como é o caso da produção antecipada coletiva da prova ou do incidente de coletivização. Algo diferente ocorre com a prova produzida em uma ação coletiva

e que, portanto, recebeu a devida valoração, fundamentando a decisão coletiva. A grande questão, portanto, mais do que o transporte da prova para processos futuros e os limites desse transporte, está em saber se a valoração já realizada sobre a prova, e a consequente decisão sobre a questão fática nela embasada, podem igualmente ser aproveitadas em demandas futuras. E se podem, que força esse aproveitamento terá.

### **3.2. A convivência entre ações individuais e formas de tutela coletiva no microsistema processual coletivo brasileiro**

Em nosso ordenamento, e até porque há previsão legal nesse sentido, as ações coletivas não têm inibido a propositura de ações individuais com idêntico objeto<sup>609</sup>. Significa dizer que, ainda que tenha havido a propositura de uma ação coletiva com o potencial de garantir o direito de centenas ou milhares de pessoas, essas centenas ou milhares continuam propondo suas ações individuais para formular a pretensão já discutida na ação coletiva.

Há, por exemplo, notícia de que tramitam cerca de 1,1 milhão de ações que pedem ressarcimento por perdas ocorridas nos planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II<sup>610</sup>. A mesma fonte indica que o número de ações foi proposta por apenas 10% dos poupadores que têm direito à restituição das diferenças de correção monetária em razão dos planos<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> A já citada pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público sobre as ações coletivas no Brasil aponta, com base em vários dados extraídos de determinados tribunais, a seguinte conclusão: “Os tribunais aqui analisados têm jurisprudência que facilita este tipo de demanda, seja porque flexibilizam a aplicação da coisa julgada em ações coletivas às ações individuais, seja porque permitem o ajuizamento de ações individuais mesmo quando as coletivas receberam sentença favorável. Deixam a critério do demandante, portanto, vincular-se ou não à ação coletiva em trâmite. Observamos um cenário em que ações coletivas, em vez de produzirem soluções para problemas atinentes a coletividades, ou soluções em larga escala para tutela de direitos individuais homogêneos, promovem uma proliferação de demandas individuais – quer as mascaradas sob o título de um processo coletivo, como ocorre com ações que requerem tratamento de saúde para indivíduos determinados, quer as ações individuais que se fundamentam em uma demanda coletiva mas a ela não se atrelam para evitar as regras de execução definidas por decisão em processo coletivo. Esse efeito adverso observado pela pesquisa é recepcionado e estimulado por entendimentos jurisprudenciais dos tribunais analisados. Tais entendimentos estão enraizados na lógica processual tradicional, que coloca o indivíduo como centro da tutela jurisdicional e sujeita o sucesso de demandas individuais, ainda que contrárias a ações/decisões coletivas, a conceitos como ‘interesse de agir’ e ‘inafastabilidade da jurisdição’. Não se trata de negar a importância de tais conceitos para o direito processual, mas de saber como compatibiliza-los com a tutela coletiva, algo que não tem sido problematizado de maneira adequada pelos Tribunais. Essa reflexão é indispensável para que a lógica do processo individual não prejudique a unidade e a força da coisa julgada produzida pelo sistema de tutela coletiva” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. “*Justiça em Pesquisa*”... op. cit., p. 191).

<sup>610</sup> Fontes: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,poupadores-devem-ser-ressarcidos-por-perdas-nos-planos-economicos,70001957503> Acesso 24.04.2018.  
<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/11/so-quem-acionou-a-justica-vai-recuperar-dinheiro-perdido-na-poupanca-1014109440.html> Acesso 24.02.2018.

<sup>611</sup> No dia 11 de dezembro de 2017 foi realizado acordo coletivo tendo por objeto o pagamento aos poupadores. O acordo foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 01 de março de 2018. A íntegra dos termos do acordo pode ser consultada em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE591797minuta.pdf> Acesso 21.07.2018.

Já se disse que na única Vara Cível da Comarca de Bocaiúva do Sul tramitam cerca de 2.300 ações individuais (de reparação de dano moral) propostas contra Trevisa Investimentos S/A, Plumbum do Brasil Ltda., Plumbum Comércio e Representações de Produtos Minerais e Industriais Ltda., Lloyds TSB, Itaú Unibanco S/A e HSBC Bank Brasil S/A, tendo como objeto a exploração do minério de chumbo no Município de Adrianópolis/PR e a poluição ambiental provocada na região pelo desenvolvimento dessa atividade ao longo de mais de 50 anos. O dano apontado consiste no abandono a céu aberto de resíduos da mineração de chumbo após o encerramento das atividades das empresas Plumbum. Os bancos foram incluídos no polo passivo da demanda pois seriam responsáveis solidários pelo dano causado (poluidor indireto), em razão da concessão de financiamento para importação de equipamento.

Os mesmos fatos justificaram a propositura, pelo Ministério Público do Paraná, Município de Adrianópolis, Liga Ambiental e Centro de Estudos, Defesa e Educação Ambiental contra Plumbum do Brasil, a União Federal e outros, de duas ações coletivas, que tramitam na Vara Federal Ambiental de Curitiba/PR (autos nº 2001.70.00.019188-2 e nº 5004891-93.2011.404.7000)<sup>612</sup>.

Tão logo recebeu (praticamente numa mesma semana) todas as ações individuais, o Juízo de Bocaiúva do Sul/PR determinou sua suspensão até o julgamento das ações coletivas, o que ensejou a interposição de milhares de agravos de instrumento<sup>613</sup>, distribuídos para Câmaras Cíveis diversas do Tribunal de Justiça do Paraná, com a prolação de decisões em sentido contrário, algumas determinando a manutenção da suspensão, outras o prosseguimento da ação. Um desses recursos (agravo de instrumento n. 0029898-86.2013.8.16.0000) ensejou a interposição de Recurso Especial que acabou sendo afetado nos termos do art. 543-C do CPC 73<sup>614</sup>.

---

<sup>612</sup> As instituições financeiras não integram o polo passivo das demandas coletivas. O pedido formulado nessas ações consiste na “reparação dos danos morais e materiais difusos e individuais homogêneos causados ao ambiente, à sociedade em geral e, em especial, aos cidadãos que vivem nas comunidades da Vila Mota e da Vila Capelinha, localizadas no Município de Adrianópolis, bem como [...], à obrigação de fazer e de não fazer, qual seja a de implementar todas as recomendações de ordem técnica [adequadas]”.

<sup>613</sup> Um desses recursos foi remetido à Seção Cível do TJPR pelo relator, Des. Fagundes Cunha, nos termos do art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, para se prevenir a divergência acerca do tema entre as Câmaras do Tribunal. A Seção Cível, por meio de voto divergente proferido pelo Des. Luiz Osório Moraes Panza, entendeu que o incidente seria incabível, pois as decisões proferidas nos agravos de instrumento ainda eram monocráticas, sequer havendo a integralização do contraditório (TJPR; Agravo de Instrumento n. 0028967-83.2013.8.16.0000; Seção Cível; Rel. designado Des. Luiz Osório Moraes Panza; j. 18.10.2013; DJ 21.01.2014). Retornando à Câmara julgadora, o Agravo de Instrumento foi provido, para se determinar o prosseguimento da ação individual, considerando a inexistência de litispendência. Após a interposição de Recurso Especial, determinou-se o sobrestamento pelo STJ.

<sup>614</sup> “Verifico que o presente recurso especial traz controvérsia repetitiva, de caráter multitudinário, já tendo muitos recursos idênticos chegado a este Tribunal versando sobre o mesmo tema, qual seja, necessidade ou não de suspensão das ações individuais em que se pleiteia indenização por dano moral em razão de suposta exposição à contaminação ambiental, decorrente da exploração de jazida de chumbo no município de Adrianópolis-PR, até o

O caso levanta algumas questões. Em primeiro lugar, chama a atenção que somente no âmbito de Recurso Especial afetado à modalidade dos recursos repetitivos tenha sido possível a suspensão das ações individuais “movidas por inúmeros autores, alegando lesões decorrentes do mesmo fato” para que “recebam tratamento jurisdicional uniforme”, não obstante a existência de duas ações coletivas em que essa finalidade poderia ser muito mais facilmente alcançada. O exemplo reforça a lógica individual que norteia o tratamento de questões coletivas.

Previamente a essa questão, porém, há outras igualmente interessantes. Há, nas ações individuais, uma parte que não compõe o polo passivo das ações coletivas. Trata-se das instituições financeiras que teriam financiado a atividade poluidora. Não nos parece um problema. Afinal, ainda que com partes distintas, a questão comum que justifica a suspensão das ações individuais (ou, como já se viu, a agregação para fins probatórios e o posterior aproveitamento da prova produzida nas ações coletivas) é o dano ambiental, do qual decorrem todos os pedidos formulados nas ações coletivas e nas ações individuais. Uma ressalva, contudo, deve ser feita: se as instituições financeiras não integram o polo passivo das ações coletivas e, por isso, não participam da produção da prova naquelas demandas, isso pode ser um empecilho à utilização dessa prova de forma desfavorável aos bancos em processos futuros.

A coexistência desse número elevadíssimo de ações repetitivas e a consequente falta de racionalidade da prestação jurisdicional tem justificativa num sistema de tutela coletiva que apresenta uma série de incentivos à propositura de ações individuais, mesmo nos casos em que há ação coletiva de mesmo objeto. A começar pela possibilidade de tramitação concomitante de demandas individuais e coletivas, sob o fundamento da aplicação do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. A opção nesse caso será do autor da ação individual: poderá, se assim desejar, pleitear a suspensão de sua demanda no aguardo do julgamento da ação coletiva<sup>615</sup>.

---

juízo das Ações Cíveis Públicas (5004891-93.2011.404.7000 e 2001.70.00.019188-2), em trâmite perante a Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba. Aqui, oportuno salientar a conveniência de que ações movidas por inúmeros autores, alegando lesões decorrentes do mesmo fato, recebam tratamento jurisdicional uniforme” (REsp 1525327-PR; 2ª Seção; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 15.04.2015; DJe 22.04.2015).

<sup>615</sup> Em 28.10.2009, a 2ª Seção do STJ pacificou, no julgamento de recurso especial repetitivo, o entendimento de que “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. Essa solução, segundo se ressaltou naquele julgamento, garante o “interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários” (REsp 1.110.549-RS; 2ª Seção; Rel. Min. Sidnei Beneti; j. 28.10.2009; DJe 14.12.2009). Decisão no mesmo sentido – referendando o entendimento da 2ª Seção – foi proferida pela 1ª Seção mais recentemente, também sob o rito dos recursos repetitivos: “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009). 2. Este STJ também compreende

A previsão desvirtua o objetivo da tutela coletiva, vocacionada à universalidade da Jurisdição, garantia de isonomia, efetividade e eficiência<sup>616</sup>, que justificam a suspensão das ações individuais quando há ação ou técnica coletiva em que os pedidos ou uma determinada questão fundamental são discutidos.

Há aqui uma questão conceitual importante. Porque a racionalidade da tutela coletiva é muito diversa daquela que justifica e orienta a tutela individual, não há motivos para não se considerar possível o reconhecimento da litispendência (ainda que parcial) no caso<sup>617</sup>. De fato, essa diversa racionalidade exige um novo olhar sobre os próprios institutos do processo civil, que não devem ser desconsiderados, mas sim adequados à lógica coletiva. O que importa, no caso, é o resultado que será alcançado. As sentenças coletivas e individuais, quando as ações têm o mesmo objeto, terão, ao menos no que se refere aos interesses individuais, o mesmo resultado: a tutela a esses direitos. Ainda que essa tutela seja prestada por via diversa (coletiva/individual) e se considere haver situação jurídica diversa (coletiva/individual), isso

---

que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, ‘não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)’. 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido” (REsp 1353801/RS; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; j. 14.08.2013; DJe 23.08.2013).

Embora muitas decisões tenham sido proferidas posteriormente nesse sentido, essa orientação não parece ter sido suficiente à solução do problema, havendo decisões recentes, do próprio STJ, no sentido da desnecessidade de suspensão das ações individuais quando há demanda coletiva com mesmo objeto. Como exemplo, a seguinte decisão, proferida após o julgamento, em 2009, do primeiro recurso afetado: "Esta Corte já se manifestou no sentido de que a demanda coletiva para defesa de interesses de uma categoria convive de forma harmônica com ação individual para defesa desses mesmos interesses de forma particularizada, consoante o disposto no art. 104 do CDC" (AgRg no REsp 1360502/RS, 1ª T. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 23.04.2013, DJe 29.04.2013). No sentido da decisão paradigmática: "Diante dos fatos narrados no acórdão recorrido, acerca da multiplicidade de ações individuais existentes e da possibilidade real destas gerarem decisões judiciais contraditórias, mormente pela existência de uma ação civil pública cuidando da mesma questão jurídica, mostra-se acertada a decisão do Tribunal de origem de suspender os processos singulares" (AgRg nos EDcl no AREsp 210833/RS; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 24.09.2013; DJe 02.10.2013). Mais recentemente, tem se pacificado na Corte o entendimento de que apenas as ações individuais já propostas podem ser alcançadas pela suspensão: "A incidência do art. 104 do CDC se dá em casos de propositura da ação coletiva após o ajuizamento de ações individuais, hipótese diversa da situação dos autos, em que, conforme se depreende do acórdão recorrido, a ação coletiva foi proposta anos antes da ação individual." (REsp 1653095/RJ, 2ª Turma; Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 21/03/2017, DJe 24/04/2017). Discordamos desse entendimento. Por coerência, e se o fundamento para a suspensão das ações individuais é a racionalidade da prestação jurisdicional, além da garantia de isonomia, não há razão para não se entender que qualquer ação individual que veicule mesmo objeto, ainda que proposta posteriormente à ação coletiva, deverá ser automaticamente suspensa.

<sup>616</sup> “As necessidades atuais de tutela impõem a otimização do tratamento coletivo dessas questões. O Poder Judiciário, na atualidade, não se pode dar ao luxo de desperdiçar recursos (econômicos, materiais e humanos) com a solução de pretensões individuais que já são objeto de tutela conjunta, especialmente quando precisa também dar resposta adequada e tempestiva a outras tantas demandas (individuais e coletivas) a ele submetidas” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 279-280).

<sup>617</sup> Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que “realmente, não se está diante de ações idênticas. Nas ações coletivas, pleiteia-se o direito coletivo lato sensu (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Já nas ações individuais, busca-se a tutela de direito individual. As demandas veiculam afirmação de situações jurídicas ativas distintas; não podem ser consideradas idênticas” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 182).

diz respeito apenas à forma como a pretensão (coletiva/individual) é veiculada, não interferindo no resultado material que será alcançado. Sob esse aspecto, é possível defender a existência de litispendência entre ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos e ações individuais de mesmo objeto, em especial porque as partes na ação coletiva, em sentido material, são os mesmos titulares dos direitos discutidos nas ações individuais. É por isso que, pensamos, não há sentido, ao menos se partirmos de uma racionalidade efetivamente coletiva, na previsão do art. 104 do CDC.

A opção do legislador, porém, foi outra. E não é difícil de compreendê-la. Já se viu que o sistema brasileiro não adota propriamente uma lógica coletiva, prevendo essa forma de tutela, mas a partir de premissas que se identificam com a racionalidade que orienta o processo individual. O repensar desse microsistema em busca de uma nova Jurisdição coletiva exige várias releituras e novas disposições legislativas, dentre as quais a que viabilize um tratamento efetivamente coletivo de questões individuais, a partir da impossibilidade de discussão individual quando há técnica coletiva manejada com a mesma finalidade. Isso, igualmente já se disse, exigiria uma readequação de grande parte da sistemática processual coletiva, a começar pelo controle da representatividade adequada e a mudança na força da coisa julgada e sua extensão subjetiva.

Fato é, porém, que no atual sistema coletivo brasileiro não há espaço para o reconhecimento da litispendência e a conseqüente extinção das demandas individuais. Isso, porém, não resulta na harmônica convivência entre ações coletivas e ações individuais com mesmo objeto, já que geradora de repetições desnecessárias, possíveis decisões conflitantes e falta de racionalidade na prestação jurisdicional. Tudo isso recomenda que, muito embora não se trate de litispendência e, portanto, não se mostre possível a extinção das ações individuais, haja a suspensão dessas demandas até que a ação coletiva seja definitivamente julgada. Até porque, tecnicamente, se está diante de prejudicialidade, aplicando-se o disposto no art. 313, V, a, do CPC.

Seria possível pensar também nos casos em que, embora a ação coletiva tenha por objeto direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a sentença gere repercussões na esfera individual, com o reconhecimento de direitos individuais decorrentes do dano coletivo. Nesses casos, não há razão para não se reconhecer ao menos a conexão entre a ação coletiva e as ações individuais<sup>618</sup>, o que, por tudo o que já se discorreu, poderia ensejar também a suspensão das ações individuais propostas anteriormente à ação coletiva.

---

<sup>618</sup> Discorrendo acerca da cumulação de pretensões de tutela difusa, coletiva e individual homogênea em diversas ações coletivas, Elton Venturi afirma ser certo que o art. 103, §3º, do CDC determinou expressamente “a

Assim, ainda que não se entenda tratar-se de litispendência, ao menos a existência de conexão entre a ação coletiva e as individuais deve ser reconhecida. Apenas não deverá essa conexão implicar a necessária reunião dos casos, o que seria evidente causa de tumulto processual<sup>619</sup>. A suspensão das ações individuais é suficiente para evitar ineficiência e risco de decisões conflitantes e, como já se viu, é consequência que, ao lado da reunião de demandas, se compatibiliza com o instituto da conexão.

Embora a solução ideal para a funcionalidade e efetividade do sistema de tutela coletiva no Brasil passe pela impossibilidade de propositura de ação individual em razão da existência de ação coletiva de mesmo objeto (num contexto, é claro, de revisitação e aprimoramento de vários institutos que integram o sistema processual coletivo e, por evidente, no âmbito de uma proposta de *lege ferenda*), a suspensão das ações individuais já poderá, de algum modo, reduzir, ao menos, as chances de decisões contraditórias e anti-isonômicas.

De outro lado, a suspensão das ações individuais quando há ação coletiva sobre o mesmo tema central garante a efetividade do processo – já que apenas na macro lide será necessária a discussão e solução da questão principal, atinente aos milhares de conflitos individuais – e a isonomia, evitando que um mesmo fato seja resolvido e qualificado juridicamente ou que um mesmo pedido seja julgado de formas diversas, para situações idênticas, dando à questão, por fim, a melhor interpretação, considerando-se o caráter teleológico da tutela coletiva<sup>620</sup>.

---

transposição do resultado de procedência da ação civil pública para beneficiar individualmente as vítimas e seus sucessores, acarretando, assim, a automática inclusão de uma espécie de ‘pedido implícito’ de tutela de direitos individuais homogêneos no âmbito de qualquer ação coletiva que tenha visado à expressa tutela de direitos difusos ou coletivos”. Por isso, considera correto afirmar que “o ajuizamento da ação civil pública veicula, necessariamente, pretensão de tutela de direitos individuais homogêneos, produzindo, portanto, ou a litispendência ou a continência, respectivamente, em relação a eventuais outras ações que intentem a mesma pretensão fundadas nas mesmas causas de pedir ou que deduzam outras causas de pedir ou pedidos” (VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, op. cit., p. 337). Concordamos com o autor no ponto em que afirma tratar-se de litispendência ou, ao menos, de continência (que nada mais é do que hipótese de litispendência parcial). Porém, com a previsão do art. 57 do CPC e a necessária extinção da ação contida, parece não haver, no âmbito do microssistema processual coletivo brasileiro, espaço para a consideração de continência (litispendência parcial) entre ações coletivas e individuais. Daí porque optamos pela existência de, ao menos, conexão.

<sup>619</sup> “Não nos parece que o efeito da conexão/continência entre ação coletiva e ação individual deva ser o da reunião dos processos, que, certamente, tumultuaria muito a condução do procedimento. É mais adequado imputar a esse fato o efeito da suspensão do procedimento da ação individual, à espera do julgamento da causa coletiva, até mesmo ex officio, pelo tribunal, conforme será demonstrado em próximo item. Aliás, é essa a disciplina do julgamento de casos repetitivos, que permite inclusive a suspensão nacional. Porém, deve ser observado, sempre, o princípio de que a ação coletiva no Brasil não constitui óbice à tutela individual do direito, permitindo-se ao autor da ação individual a exclusão e a continuação de seu processo sempre que a referida suspensão ex officio ultrapassar prazo razoável. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, essa norma foi prevista expressamente (art. 980, parágrafo único, CPC)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 188).

<sup>620</sup> Em artigo específico sobre o tema, Kazuo Watanabe defende que “a solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incidível. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos

Solução em sentido contrário impede o adequado aproveitamento da tutela coletiva. A disposição que autoriza a tramitação de ações individuais concomitantes a ações coletivas, aliada à ausência de formação de coisa julgada nos casos de sentença de improcedência, são evidentes fatores de estímulo à propositura de ações individuais mesmo nos casos em que a questão já é objetivo de ação coletiva. No sistema brasileiro, é o titular do direito individual quem decide se será, ou não, incluído no âmbito de alcance da sentença coletiva, seja pela possibilidade de suspensão de ação individual já proposta<sup>621</sup>, seja pela necessidade de manejo da execução individual da sentença coletiva<sup>622</sup>.

A suspensão aqui proposta, todavia, não deve se limitar apenas às ações individuais que tenham o mesmo objeto (ou seja, o mesmo pedido) de uma ação coletiva. É claro que para essas situações a suspensão se mostra ainda mais adequada, na medida em que o próprio pedido afeto ao direito individual já será apreciado em uma ação coletiva, alcançando inevitavelmente, ao menos em caso de procedência, os titulares desses direitos. Há, porém, outras situações em que a suspensão se mostra especialmente adequada.

---

práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa” (WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, kazuo (coord). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.: “a jurisprudência poderia, de maneira criativa, dando concreção aos direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da duração razoável do processo e da segurança jurídica, encaminhar-se no sentido de reconhecer como de interesse público (não ficando na dependência da vontade do particular, que muitas vezes desconhece a existência de uma ação coletiva) a suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de uma exigência decorrente da necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade. A aplicação dessa regra, permitindo a suspensão dos processos individuais por prejudicialidade, conforme o disposto no art. 313, V, a do CPC, já foi utilizada com sucesso em diversos precedentes do Rio Grande do Sul no caso dos expurgos inflacionários da poupança. Trata-se de evidente aplicação do princípio da efetividade, adequação e da flexibilização dos procedimentos aos processos coletivos”. E complementam, com base na análise do já citado recurso especial paradigmático julgado pelo STJ: “de nada adiantaria não autorizar a suspensão ex officio, quando os recursos especiais provenientes destas causas repetitivas poderiam ter o seu curso sobrestado, ex officio, por decisão do ministro do STJ. Era preciso dar coerência ao sistema” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, op. cit., p. 191-193).

<sup>621</sup> “O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos individuais privilegiou a autonomia individual, optando por um regime em que as ações individuais têm sempre preferência sobre as demandas coletivas e em que o particular só é atingido pelos efeitos da sentença coletiva se assim expressamente pretender (sistema *opt in*). Vale dizer que, no sistema vigente, a demanda coletiva tem aplicação apenas subsidiária e eventual aos indivíduos, que podem escapar de seus efeitos, seja promovendo demandas individuais, seja não aderindo expressamente à ação coletiva. Ainda que o sistema tenha algumas variações nesse critério – como é o caso do regime da coisa julgada *secundum eventum litis* (com a sua extensão aos indivíduos, no caso de sentença coletiva favorável) ou do transporte *in utilibus* dos efeitos da sentença favorável às relações individuais – o sistema segue, basicamente, as linhas gerais da proteção da ação individual” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 55).

<sup>622</sup> “Para a fase de execução, o regime privilegia a execução individual do julgado, estimulando o indivíduo a apresentar-se em juízo para postular o valor que lhe é devido, valendo-se do rito previsto para o processo de execução tradicional” (Ibid., p. 60).

Trata-se dos casos em que, embora o pedido seja diverso, há fundamentos – questões de fato ou de direito – discutidos tanto nas ações coletivas quanto nas ações individuais<sup>623</sup>. Pense-se, ainda, nos casos em que há questão de fato objeto de prova na ação coletiva, com o condão de influenciar as decisões nas ações individuais ou ao menos com o potencial de evitar a produção dessa mesma prova de forma individual em todas as demandas. Nesses casos, não há dúvidas acerca da necessidade de se determinar a suspensão das ações individuais no aguardo da prova produzida na coletiva, por tudo o que já se discorreu e pela aplicação do art. 313, V, b, que prevê a suspensão do processo quando a sentença tiver de ser proferida após a verificação de fato<sup>624</sup> ou a produção de prova em outro juízo<sup>625</sup>, aplicável, nos termos do art. 377 do CPC, nos casos em que a prova por meio desses atos solicitada seja imprescindível. Por uma interpretação sistemática, a regra deve estender-se para qualquer ato de cooperação nacional voltado à produção de provas. Embora o dispositivo fale em pleito formulado até o saneamento, não parece haver óbices, no caso de prova produzida coletivamente, à suspensão também quando a prova for determinada após essa etapa.

Assim, havendo instauração de incidente de coletivização da prova (por meio da concertação de atos), produção antecipada coletiva da prova (negocial ou não) ou mesmo ação coletiva em que a prova comum seja produzida, deve ocorrer a suspensão de todas as ações individuais em que a mesma questão fática é discutida, desde que, é claro, trate-se de questão essencial para o julgamento das pretensões formuladas em cada uma das demandas individuais.

Essa prova produzida coletivamente será, então, utilizada nas ações individuais na qualidade de prova emprestada, podendo ser aposta inclusive contra os autores daquelas demandas, desde que representados adequadamente na ação coletiva. Nada impede também que esses titulares participem da produção da prova na ação coletiva, aplicando-se ao caso, por analogia, o art. 94 do CDC, cabendo ao juiz limitar as intervenções a fim de evitar transtorno e dificuldades na produção da prova, por aplicação analógica do art. 113, §1º, do CPC.

Por fim, uma ressalva, já realizada anteriormente, mas fundamental para que as discussões travadas em torno dessa proposta sejam francas. Não se desconhece o tempo gasto com uma ação coletiva. Não se ignora, também, a excessiva demora que, muitas vezes, a

---

<sup>623</sup> Ibid., p. 277.

<sup>624</sup> Egas Moniz de Aragão, à luz do art. 265 do CPC de 1973, lembrava que “a ocorrência do fato tanto pode ser uma condição, a que esteja subordinada a relação jurídica, objeto principal ou secundário do processo, como a prática, por uma das partes, de ato que constitua contraprestação ou contrapartida de outro, o qual, posto exigível, não seja um dos requisitos da própria possibilidade jurídica do pedido, como seria o depósito preparatório da ação, por exemplo” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, v. II: arts. 154-269, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 360).

<sup>625</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 243.

produção de uma prova coletiva acarreta. Essas constatações evidenciam que a suspensão das ações individuais em todas essas situações poderá resultar em demora excessiva na prestação da tutela jurisdicional aos direitos individuais. Não se descarta, por isso, a aplicação ao caso do período máximo de suspensão (1 ano) previsto no §4º do art. 313 do CPC. Muito embora represente uma excelente solução para os problemas de efetividade, eficiência, tutela isonômica dos direitos e universalidade, a coletivização e outras propostas voltadas a esses fins devem caminhar juntas, possibilitando a melhora do sistema de Justiça como um todo.

### 3.3. O aproveitamento da prova produzida coletivamente

#### 3.3.1. A prova emprestada

A possibilidade de empréstimo da prova produzida em outro processo, já amplamente admitida na doutrina<sup>626</sup> e na jurisprudência<sup>627</sup>, está agora prevista no art. 372 do CPC. A medida se funda em razões de economia processual e eficiência. Afinal, tratando-se dos mesmos fatos e tendo sido a prova já produzida em processo anterior, não há razão para que não se determine

<sup>626</sup> “Pergunta-se: é admissível a prova emprestada? Indiscutivelmente, sim. Sempre é uma peça de instrução, que, quando maior efeito não tenha, trará consigo valor argumental, servirá de subsídio na formação do convencimento. Às vezes, quando reconhecida a sua existência ou validade pela sentença proferida no processo de que é retirada, valerá como meio de prova, ‘ato processado em juízo’ (Cód. Civil, art. 136 n. III), entendendo-se como tal aquele que já foi objeto de um processo e cuja existência ou validade foi reconhecida por sentença” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. I, op. cit., p. 307). “A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram” (TALAMINI Eduardo. *A prova emprestada...* op. cit., p. 146). “Somos favoráveis à situação da prova emprestada e, por isso, pela sua admissibilidade, se o fato é o mesmo, visto que um dos requisitos da prova emprestada é a identidade sobre o fato. Se o fato é o mesmo e foi provado em outro processo, porque não se admitir essa prova? E, mais se reforça a admissibilidade dela, porque foi resguardada a garantia do contraditório que se apresenta também como requisito essencial para a possibilidade da prova emprestada” (GOÊS, Gisele. *Teoria geral da prova – apontamentos*. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 62-63). “Prova emprestada é assim chamada pela doutrina ao se referir à prova constituída em um processo que é trasladada para outro, seja depoimento pessoal, prova testemunhal, pericial ou até mesmo a confissão, com a finalidade de que seja apreciada e considerada válida tal como se tivesse sido produzida no próprio processo em que foi juntada. Sua admissão é permitida no sistema por razões de economia processual, já que ela evita repetições inúteis da prova” (AURELLI, Arlete Inês. *Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015*. In JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 394).

<sup>627</sup> “A admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios da economia processual e da unidade da jurisdição, almejando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas de forma idônea perante outro juízo” (STJ, AgRg no Ag no REsp 1417563/MG, 5ª T. Rel. Min. Felix Fischer, j. em 17.10.2017, DJe 23.10.2017). “É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta é produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa: AgRg no AREsp 301.952/CE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 7/8/2014, DJe 20/8/2014: REsp 1.397.415/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013; (AgRg no AREsp 299.583/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/5/2013)” (STJ, AgInt no AREsp 916197/RS, 2ª. T., Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 19.09.2017, DJe 25.09.2017).

seu transporte e utilização em outras demandas, privilegiando-se a eficiência e a gestão adequada da prova e do processo. A medida se justifica também nos casos em que há a impossibilidade de reprodução da prova.

A prova objeto de empréstimo poderá ter sido produzida por qualquer meio, típico ou atípico. Ao ser transportada, ingressará no processo de origem como prova documental, mantendo, porém, o valor probatório original<sup>628</sup>. O empréstimo poderá decorrer de pedido das partes ou determinação de ofício do juiz<sup>629</sup>, inserindo-se no âmbito de seus poderes instrutórios e de seus poderes de gestão da prova e do processo. Seja de quem for a iniciativa, a colaboração impõe que a admissão da prova emprestada seja objeto de diálogo entre os sujeitos processuais, o que imperativamente deve ocorrer também após sua inclusão no processo, ainda que o contraditório tenha se formado no processo de origem.

Admite-se o empréstimo de prova produzida no processo penal<sup>630</sup>, salvo em se tratando de interceptação telefônica. A vedação decorre de previsão constitucional (art. 5º, XII, CF), com a exceção, também prevista constitucionalmente, apenas no caso de interceptação produzida no processo penal. Aceitar-se o empréstimo de interceptação telefônica produzida no juízo penal para um processo de natureza cível corresponderia a burlar o dispositivo constitucional, concordando-se com a produção de uma prova ilícita<sup>631</sup>.

A doutrina diverge sobre a admissão do empréstimo de prova realizada em processo administrativo, em especial porque produzida perante órgão que não desempenha função jurisdicional<sup>632</sup>. Em especial, o empréstimo da prova não seria admitido pelas restrições que

<sup>628</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 250.

<sup>629</sup> Ivan Righi cita interessante exemplo: “[...] a mulher, já separada do marido, opôs embargos de terceiro para livrar sua meação sobre um bem penhorado por dívida do marido e dizia que estando ela separada do marido, por certo, a dívida pelo marido contraída após a separação não beneficiaria o casal; não beneficiando o casal, não era dívida pela qual a mulher respondesse. Produzida essa prova, obteve ela ganho de causa. Seus embargos foram tidos como procedentes e foi resguardada, ressalvada sua meação sobre o bem penhorado. Tempos depois, no mesmo Tribunal de Alçada, relator um outro Juiz, e vogal eu, surge uma nova discussão, um novo processo, no qual a parte é a mesma mulher, a questão é igualmente aquela, de ela dizer que não pode responder com seus bens, da sua meação, por dívida contraída pelo marido, porque ele contraíra a dívida depois da separação. Porém no segundo processo ela não fez prova disso e estava perdendo a causa pelo voto do relator. Aí, então, pedi vista e passei a me preocupar com o problema de poder o Juiz, ou não, valer-se da ciência que tem dos fatos da causa, mas que ele hauriu, não do processo em julgamento, e sim em outro por ele apreciado, e na circunstância, acabou por prevalecer o entendimento, de que a mulher não podia perder a causa; o entendimento de que pelo menos se poderia trasladar do primeiro para o segundo processo a prova produzida quanto à data da separação” (RIGHI, Ivan Ordine. *Os Poderes do Juiz*, op. cit., p. 46).

<sup>630</sup> “[...] a verdade, relativamente a um fato, é a mesma no civil e no penal” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. I, op. cit., p. 323).

<sup>631</sup> Nesse sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 115-118, admitindo, porém, o empréstimo em situações muito excepcionais, à luz da proporcionalidade (Ibid., p. 118).

<sup>632</sup> Nesse sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 111; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. I, op. cit., p. 321. O autor cita, porém, situação analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a Administração produziu prova contra si mesmo, não havendo, neste caso, porque não se admitir o empréstimo da prova produzida no procedimento administrativo (Ibid., p. 322). No sentido da admissibilidade da

esse procedimento apresenta ao contraditório. É o caso do já citado inquérito civil, com todas as repercussões a seu respeito levantadas anteriormente.

Diverso deve ser o entendimento em se tratando de prova produzida no juízo arbitral<sup>633</sup>, tendo em vista o tratamento da arbitragem como equivalente jurisdicional<sup>634</sup>.

Veja-se que não se trata de inadmitir o ingresso da prova no processo. Mesmo nos casos em que não se admite que a prova produzida em procedimento administrativo carregue para o processo sua eficácia original, nada impede que seja considerada no conjunto probatório daqueles autos, ao menos como indício. Outro ponto que reforça essa possibilidade é o fato de a prova emprestada não levar para o processo futuro a valoração realizada no processo de origem<sup>635</sup>.

---

prova produzida em processo administrativo: CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova emprestada no CPC/2015*. In MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Coleção novo CPC, doutrina selecionada, v. 3. Processo de conhecimento – provas. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 393; MOREIRA, Egon Bockman *et al.* *Comentários...* op. cit., p. 412-413; MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 362-364.

<sup>633</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...* op. cit., p. 114; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova emprestada...* op. cit., p. 394.

<sup>634</sup> Concordamos, a este respeito, com a posição de Sérgio Cruz Arenhart, para quem, ao menos a partir de uma análise das teorias tradicionais acerca da Jurisdição (Allorio, Carnelutti e Chiovenda), o procedimento arbitral não possui, em última análise, a mesma natureza do Processo Civil (ARENHART, Sérgio Cruz. *Breves observações sobre o procedimento arbitral*. Disponível em [https://www.academia.edu/214088/BREVES\\_OBSERVA%C3%87%C3%95ES\\_SOBRE\\_O\\_PROCEDIMENTO\\_ARBITRAL](https://www.academia.edu/214088/BREVES_OBSERVA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_O_PROCEDIMENTO_ARBITRAL). Acesso 03.05.2016). Para Eduardo Talamini, “Sua origem está em um ato negocial das partes – regrado e até protegido e incentivado pelo Estado. Mas não há um ato de delegação estatal. Se for para utilizar o termo “jurisdição” no sentido clássico, de uma das modalidades de expressão do poder soberano do Estado, a arbitragem não é “jurisdicional” (ainda que o seja em outra acepção, a seguir destacada). O árbitro, sujeito privado, não fundamenta sua posição na soberania estatal, como o juiz, mas na convenção celebrada entre as partes. A base de legitimidade da arbitragem não é nenhuma chancela ou outorga do Estado, mas a liberdade das partes. A arbitragem tem início (formação) negocial e desenvolvimento que se poderia chamar de institucional e processualizado. Institucional porque, embora constituída e previamente organizada pelo acordo entre as partes, passa depois a desenvolver-se em uma estrutura dinâmica, complexa, relativamente objetivada. Processualizado porque atividade aí desenvolvida é procedimentalizada e sujeita ao contraditório, entre as partes e do árbitro com as partes. Pode-se aludir a um negócio jurídico processual, em lugar da vetusta noção francesa de contrato de direito privado” (TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015*. In Revista de Arbitragem e Mediação v. 46/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 288). O mesmo autor, juntamente com Luiz Rodrigues Wambier, conclui, desse modo, por enquadrar a arbitragem como “equivalente jurisdicional” na medida em que “equipara-se à atuação jurisdicional cognitiva” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 108), não sendo, porém, idêntica a ela (TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória...* op. cit., p. 288), mas, acima de tudo, adequada à “diretriz constitucional de busca de tutela efetiva e adequada”. Assim, e porque “o árbitro tem a tarefa de verificar e atuar as normas concretamente incidentes – e o faz como um terceiro, imparcial (não parte), estranho, alheio às partes”, a arbitragem, considerando-se o “conteúdo da atuação, da condição de ‘não sujeito’ (asoggettività) do árbitro e do resultado visado”, equivale à jurisdição (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 108).

<sup>635</sup> “A prova emprestada, como todas as espécies de provas, é sujeita à avaliação e vale pelo poder de convencimento que carrega. Tanto poderá, por si só, convencer, como poderá cooperar no convencimento, quando mais não seja, pelo seu simples valor argumental, como ainda poderá ser considerada inteiramente ineficiente, tudo dependendo das condições objetivas e subjetivas que apresenta, das partes nela interessadas, do caráter do fato probando, da natureza do processo, enfim das circunstâncias que influem na avaliação e estimação das provas” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. I, op. cit., p. 309).

De fato, é conhecido e pacífico o entendimento de que a prova objeto do empréstimo não carrega a valoração realizada no processo em que produzida, devendo ser considerada pelo juiz da segunda demanda no exame do conjunto probatório dos autos. O livre convencimento motivado assume, neste ponto, dupla importância. Em primeiro lugar, serve de justificativa à autorização do julgamento fundado em prova produzida em outra ação<sup>636</sup>. De outro lado, garante a inserção desses elementos no material probatório da segunda demanda, permitindo que o juiz forme seu convencimento livremente a partir do conjunto das provas posto no específico caso sob julgamento. Na medida em que o valor probatório atribuído em cada caso possui, como lembra Calamandrei, caráter *relativo e contingente*<sup>637</sup>, não está o juiz da segunda demanda vinculado à valoração anterior. Afinal, o raciocínio probatório tem relação direta com o caso concreto e o material probatório colocado à disposição do juiz, que tem como base fatos e provas que não necessariamente podem ter integrado o conjunto probatório da primeira ação. Inserido em meio a outros fatos e provas, aquele fato inicialmente reconhecido na sentença anterior pode ensejar conclusão diversa. Como se verá mais adiante, em alguns casos verifica-se maior dificuldade à essa conclusão. Afinal, muitas vezes o raciocínio probatório desenvolvido na primeira ação funda-se em conduta da parte, sendo vedado qualquer comportamento contraditório em demanda posterior. O tema tem relação direta com a atribuição de certa estabilidade à conduta probatória da parte, analisado linhas a frente.

---

<sup>636</sup> Em trabalho no qual analisa a hipótese de se considerar a sentença como meio de prova, Calamandrei aborda a questão da seguinte forma: “in mancanza di un espresso divieto di legge, non si potrebbe inibire al giudice di prendere in considerazione, tra i vari elementi probatori di cui egli può tener conto per risolvere le questioni della causa, i giudizi sugli stessi fatti che trovi enunciati in un'altra sentenza, e di valutarli così, per arrivare a formar la convinzione propria, anche l'opinione espressa in proposito da un diverso giudice in un diverso processo” (CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 15, n. 1, 1938, p. 118-119).

<sup>637</sup> *Ibid.*, p. 120. Dentre outras razões, é por isso que, para o autor, a sentença não pode ser utilizada pelo juiz da segunda demanda como prova documental da ocorrência dos fatos reconhecidos em ação anterior: “Può darsi che il giudice che trae dalla precedente sentenza una presunzione di verità, sia stato convinto non tanto dalla opinione personale in essa enunciata, quanto dai riferimenti alle risultanze istruttorie su cui tale opinione sia espressamente basata: in tal caso la sentenza emessa nel processo precedente non è che uno strumento sbrigativo offerto al nuovo giudice per conoscere nei loro elementi essenziali e per rivalutare *ex novo* le prove su cui la precedente sentenza si è basata; e il problema della efficacia probatoria della sentenza rientra così nell'altro problema della utilizzabilità in un processo delle prove raccolte in un processo diverso. Ma se il nuovo giudice basa il suo ragionamento presuntivo sul solo fondamento dell'opinione espressa dal giudice precedente, senza cercar di risalire da essa all'istruttoria che l'ha preceduta e di valutare nuovamente per proprio conto quei materiali probatori su cui ha ragionato il giudice precedente, allora mi pare che questo servile ossequio alla opinione altrui non si possa considerare come un pilastro abbastanza solido per fondarvi sopra una presunzione: e che tutta la stima che un giudice possa avere per il raziocinio del collega che l'ha preceduto nel valutare gli stessi fatti, non sia sufficiente a esonerarlo dal dovere di ragionare colla testa propria” (*Ibid.*, p. 124-125). É por isso que, “tale efficacia probatoria deve essere in generale negata alla sentenza civile: non solo nel senso che ad essa non possa mai riconoscersi il carattere di una prova legale dei fatti enunciati nelle sue premesse, ma altresì nel senso che non possa ravvisarsi in essa neanche un elemento idoneo a formare in un diverso processo la libera convinzione del giudice e a tener luogo della diretta valutazione delle prove, che sola può costituire una sufficiente motivazione della nuova sentenza” (*Ibid.*, p. 128).

O adequado manejo da prova emprestada poderá contribuir significativamente para a gestão adequada da prova e do processo. Afinal, inúmeras são as situações em que um mesmo fato é objeto de prova em processos diversos, obtendo-se o mesmo resultado, com evidente e desnecessário dispêndio de tempo, além dos custos para a produção da prova. Assim, se já integralmente produzida a prova no processo de origem, e desde que se trate do mesmo fato, possível será o seu aproveitamento para processos futuros.

Contudo, a necessidade de observância do contraditório na produção da prova para que possa ser utilizada contra quem foi produzida, exige a adoção de outras ferramentas que viabilizem a produção da prova e seu aproveitamento ainda quando não haja a efetiva participação individual de todos os interessados.

É o que ocorre com a prova de alcance coletivo produzida antecipadamente.

### **3.3.2. Prova coletiva emprestada e contraditório**

Para a admissão da prova emprestada é imprescindível que se trate do mesmo fato *probando* e haja observância do contraditório, tanto no processo de origem, quanto no processo para o qual será transportada a prova. O contraditório, neste caso, inclui não só a necessária manifestação no processo em que a prova será aproveitada, como também a participação das partes (ou, ao menos, daquela contra quem a prova será utilizada) durante sua produção.

Essa necessária participação de todos os sujeitos na formação da prova acaba por inviabilizar um melhor aproveitamento desse mecanismo, o que se justifica pela necessidade de preservação da garantia constitucional do contraditório<sup>638</sup>. Afinal, nem sempre o fato comum que já foi objeto de prova produzida anteriormente será discutido pelas mesmas partes que compuseram a ação anterior. Desse modo, para além da utilização da prova emprestada nos casos em que partes idênticas pleiteiam, com fundamento em uma mesma causa de pedir (ao menos, com fundamento nos mesmos fatos) pretensões diversas, a prova emprestada pode ser utilizada também em ações com partes diversas<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> “É certo que a efetividade do acesso à justiça depende da racionalização da prática de atos processuais e está intimamente ligada à possibilidade de se poder alegar e provar, mas tudo isso deve ser temperado diante do direito que os interessados na solução do litígio têm de adequadamente participar da aquisição da prova que vai importar para a formação do juízo. Aliás, esse direito garantido às partes também possui importância fundamental para que a própria jurisdição possa cumprir sua obrigação de forma perfeita e legítima” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 299).

<sup>639</sup> Interessante colocação a respeito é feita por Moacyr Amaral Santos: “Mas, neste sistema, ‘no processo concebido como instrumento público de distribuição da justiça’, ‘em que as testemunhas e os peritos passam a ser testemunhas e peritos do juízo’, as razões excludentes do valor das provas produzidas entre terceiros devem ser acolhidas com certa reserva. Porque, presume-se, se a prova é do juízo, pelo juízo formada, é de entender-se ter sido feita com as necessárias garantias à descoberta da verdade. Se o fato é o mesmo, ali e aqui, e foi judicialmente

Para isso, porém, é imprescindível que a parte contra quem será a prova utilizada no processo futuro tenha participado de sua formação, ainda que aquele que pretenda beneficiar-se da prova tenha sido terceiro naquele processo<sup>640</sup>. Tanto num caso (utilização da prova pelas mesmas partes) como no outro (prova utilizada em favor de quem não participou de sua formação), é perfeitamente admissível sua eventual complementação no processo futuro. Aplica-se a essa situação tudo aquilo que se afirmou acerca do transporte da prova produzida antecipadamente, até mesmo porque, como lá se viu, a prova antecipada é transportada como prova emprestada. Em ambos os casos não há transporte da valoração da prova, mas ela carrega o acerto acerca de sua validade reconhecida no processo de origem, sem prejuízo de sua complementação no processo posterior para apuração de novos fatos ou esclarecimento de fatos que permaneceram obscuros, ou impugnação pelas vias autônomas já mencionadas.

O empréstimo de prova produzida em processo do qual a parte que com ela será prejudicada não participou dependerá da viabilidade de sua reprodução integral no processo seguinte, possibilitando o exercício do contraditório.

Isso variará de acordo com o meio de prova. Tratando-se, por exemplo, de prova documental, não há, a princípio, óbice à sua reprodução no processo, o que evidencia que

---

reconhecido como provado no primeiro processo, por que motivo não se atribuir à prova emprestada ao segundo uma certa eficácia? A verdade é que todo elemento probatório, trazido a um processo deverá ser estimado e avaliado. Cumpra ao juiz pesa-lo não só isoladamente, como nas suas condições objetivas e subjetivas, como no conjunto, com as demais provas, atendendo ao fato probando, às alegações das partes, ao direito violado, à norma jurídica invocada, enfim às circunstâncias que influem na formação do convencimento. Mercará, às vezes, a espécie de prova em apreço ser tida em valor secundário, quase nenhum, quase nulo, como merecerá, outras vezes, a mais distinguida atenção, dependendo a sua maior ou menor eficácia do poder de convencer, que possuir, à vista dos fatos e circunstâncias dos autos. Quando maior eficácia não tenha, ao menos constituirá uma presunção de homem, e como tal sempre deverá ser estimada e avaliada. Se são admissíveis presunções simples, 'nada veda ao juiz lobriga-las, na prova de um processo debatido entre partes diversas' (Lessona) 'máxime no caso de comunhão ou identidade de interesses' (Mortara)" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. I, op. cit., p. 312-313).<sup>640</sup> Esse é o entendimento da doutrina majoritária. Em regra, entende-se que o compartilhamento da prova somente poderá ocorrer entre processos que tenham as mesmas partes, ou, ao menos que a parte contra quem se pretenda produzir a prova tenha participado do processo de origem, preservando-se o contraditório. Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. *A prova emprestada...* op. cit., p. 149; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 250; GOÉS, Gisele. *Teoria geral...* op. cit., p. 62/63; DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso...* v. 2, op. cit., p. 148, que ressalva a possibilidade de importação da prova quando tanto aquele que a requer, quanto aquele contra quem ela será produzida forem terceiros em relação ao processo de origem, pois, "como nenhuma das partes participou da formação da prova, qualquer delas pode pedir a importação; o contraditório será garantido no processo para onde a prova foi trasladada" (Ibid., p. 148-149). Em sentido contrário, admitindo o empréstimo mesmo contra a parte que não participou de sua produção: "Antes de mais nada, é preciso reconhecer que o contraditório pode perfeitamente realizar-se no processo em que se verifique a apresentação da prova emprestada. Nesse momento, a parte que não participou da produção poderá impugnar o respectivo resultado. Além do mais, não é raro acontecer, especialmente nos processos de massa versando sobre o mesmo tema, que determinado meio de prova tenha possibilitado várias conclusões idênticas, sempre sob o crivo do contraditório. A utilização dessa prova em processo diverso, envolvendo a mesma controvérsia fática, não deve ser vedada. A ausência de uma das partes no momento da produção não a impede de impugnar o resultado ou demonstrar a existência de especificidades que o tornariam inaplicável à situação concreta" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, op. cit., p. 169).

sempre será possível a observância do contraditório com relação a esse meio de prova<sup>641</sup>. O empréstimo da prova oral apresenta maiores problemas, considerando que, não obstante carregue sua eficácia original, a prova ingressará no processo como documento, o que, de todo modo, não tem por si só o condão de lhe retirar a eficácia<sup>642</sup>.

No mais, quando não for possível o exercício do contraditório, a prova emprestada não será a princípio admitida, não se podendo descartar sua produção quando imprescindível à tutela do direito, caso em que se estará diante de conflito entre direitos fundamentais, a ser solucionado caso a caso, mediante juízo de ponderação<sup>643</sup>. A situação se verificará principalmente quando a reprodução da prova não for possível, nos casos, por exemplo, em que houve perecimento de elementos importantes para essa reprodução.

De outro lado, e com fundamento na efetividade, a jurisprudência admite o empréstimo de prova, ainda que as partes do processo para o qual será transportada não tenham participado de sua produção no processo de origem<sup>644</sup>.

Essa participação na formação da prova, via de regra, deverá ser direta, ou seja, qualquer sujeito que possa ser prejudicado com a prova no processo futuro deverá ter participado de sua produção.

A questão assume outra perspectiva quando se trata de técnica coletiva de produção da prova (incidente de coletivização da prova ou produção antecipada de caráter coletivo), ou do empréstimo de prova produzida em ação coletiva.

Afinal, já se disse que um sistema de tutela coletiva realmente efetivo não se sustenta sem que se proceda a uma necessária revisitação da legitimidade ativa *ad causam*. É um olhar sobre esse conceito e todas as suas potencialidades que possibilita a defesa de uma série de questões afetas à tutela coletiva, como é o caso da litispendência, da coisa julgada, da suspensão das ações individuais de mesmo objeto etc. de que já se tratou anteriormente. O mesmo ocorre

---

<sup>641</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 299.

<sup>642</sup> Embora reconhecendo que o Código atribui menor eficácia à prova oral emprestada quando não respeitados na sua produção os princípios da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração, Moacyr Amaral Santos destaca que o mesmo ocorre com a prova produzida por meio de carta precatória, sem que, com isso, ela deixe de ter seu valor original. Assim, a melhor solução, segundo o autor, para o empréstimo de prova oral, é atribuir-lhe o mesmo valor da prova produzida por meio de carta (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. I, op. cit., p. 310).

<sup>643</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 299.

<sup>644</sup> Nesse sentido: “[...] 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo” (STJ, EREsp 617.428/SP, CE, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 04.06.2014, DJe 17.06.2014).

com relação ao empréstimo de prova produzida coletivamente, e seu aproveitamento em demandas individuais, a partir do pressuposto de que houve efetiva participação de todos os interessados na produção da prova, o que se dá mediante a atuação do representante adequado. Trata-se, como se vê, de mais um fator a recomendar especial cautela e minúcia na aferição da real condição do ente coletivo para a representação da classe, a partir dos critérios apresentados no capítulo 01. De fato, o requisito da representatividade adequada é decorrência da função nuclear do microssistema de tutela coletiva, voltado à proteção adequada dos direitos transindividuais e individuais homogêneos (ou coletivizáveis). Decorre, portanto, da garantia constitucional à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, o que torna imprescindível o exame da adequada representação do ente coletivo em cada caso.

Em linhas gerais, considerar a representação de um ente legitimado adequada pressupõe a condução correta e idônea da ação ou técnica coletiva. No que se refere especificamente à prova, a atuação do representante adequado na produção antecipada possibilita que essa produção seja alicerçada sobre uma intensa participação da coletividade, por meio de um representante que conduz o procedimento probatório de forma a possibilitar a correta investigação dos fatos, a partir da apresentação de todos os elementos para tanto, além de todos os fatos que orbitem aqueles necessários à investigação realizada. Especificamente no que se refere à prova produzida coletivamente, de forma antecipada, no incidente de coletivização ou na própria ação coletiva, essa atuação resulta na possibilidade de empréstimo da prova para qualquer ação individual proposta por ou contra aqueles que estejam representados, sem prejuízo da demonstração, pelo interessado, de que essa representatividade não foi adequada.

O processo coletivo de origem poderá ter por objeto a prova de fatos que sirvam de base a direitos individuais ou difusos, produzida de forma antecipada ou no curso de uma ação coletiva. Ou, especificamente quanto a direitos individuais homogêneos, produzida no incidente de coletivização da prova formado a partir da concertação de atos. Nada impede também que a prova produzida nesse incidente seja utilizada por algum ente coletivo para fundamentar a propositura de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. O interesse para tanto pode ter surgido justamente da prova produzida no incidente de coletivização.

Poderia haver alguma dúvida quanto à possibilidade de empréstimo, para ações individuais, da prova voltada à demonstração de fato que caracterize fundamento de direito difuso – seja numa ação coletiva, seja produzida antecipadamente. Afinal, nestes casos, o direito não pertence a determinado indivíduo, mas sim à toda a coletividade de forma indistinta.

Retome-se o caso da ação coletiva proposta contra a Plumbum pelo dano ambiental causado na região de Adrianópolis, no Paraná. A ação coletiva que tramita na Justiça Federal de Curitiba tem por objeto a condenação da empresa a reparar o meio ambiente. O pedido é de condenação ao pagamento de danos morais coletivos. Paralelamente a essa demanda, tramitam mais de 2.000 ações individuais em que se pleiteia a condenação da Plumbum ao pagamento de danos morais individuais aos moradores da região, diretamente afetados pelo chumbo lançado no meio ambiente.

Imagine-se que na ação coletiva haja a produção de prova da responsabilidade da empresa pelo dano ambiental, o que é suficiente a fundamentar sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, mas também pode servir de base à sua condenação à reparação dos danos morais individuais. Afinal, a fundamentação apresentada em todas as demandas individuais é apenas a prática dos atos danosos pelos réus e a exposição da imagem dos moradores da região.

É por isso que, ao menos no que se refere à constatação de que a empresa foi responsável pelo ato ilícito (lançamento de chumbo no meio ambiente), a prova produzida na demanda coletiva poderia, sem maiores dificuldades, ser emprestada para as ações individuais. E isso, por duas razões: a) o ente legitimado representa adequadamente a coletividade. Assim, qualquer indivíduo que pretenda utilizar a prova produzida coletivamente para fundamentar uma pretensão individual poderá requerer seu empréstimo para sua ação; b) eventual prova produzida nas ações individuais teria por objeto o mesmo fato provado na ação coletiva – a responsabilidade da Plumbum pelo dano ambiental, caracterizado pelo lançamento de chumbo no meio ambiente –, que é justamente o que justifica, ao lado de outros fundamentos individualmente considerados, o pedido de indenização por dano moral formulado nas ações individuais. Pelas mesmas razões, tratando-se de representação adequada, o empréstimo da prova seria determinado ainda que o resultado fosse contrário aos autores das demandas individuais, que por meio de seu adequado representante participaram da produção da prova.

Outro interessante exemplo é o dos casos das pílulas de farinha. No recurso especial interposto na ação coletiva reconheceu-se a responsabilidade da empresa pelo descarte indevido dos medicamentos defeituosos e pela falta de informação adequada às consumidoras<sup>645</sup>. Nada

---

<sup>645</sup> “Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que

obsta que as provas utilizadas na ação coletiva para a demonstração desses específicos fatos sejam utilizadas nas ações individuais propostas pelas consumidoras do medicamento. Muito pelo contrário: trata-se, por tudo o que já se disse neste trabalho, de medida muito recomendável.

Não é demais lembrar que a existência, nas demandas individuais, de outras questões necessárias para a configuração do dano individual e do consequente direito à reparação, não obsta o aproveitamento da prova coletiva. Se a causa de pedir das ações individuais tem como uma de suas premissas fato já discutido e provado na ação coletiva, isso basta para o aproveitamento da prova relativamente a esse fato, ainda que nas ações individuais haja continuidade da fase instrutória para apuração de outros.

### **3.4. O transporte da decisão coletiva sobre questão fundada na prova**

#### **3.4.1. Colocação do problema**

O que se afirmou no item anterior diz respeito ao aproveitamento, em processos futuros, da prova produzida coletivamente. Não há nesses casos discussão sobre a possibilidade de transporte de decisão sobre questão fundada na prova produzida. Afinal, na produção antecipada da prova e no incidente de coletivização não há espaço para que a questão comum de fato seja decidida. É por isso que a única forma de aproveitamento da prova será por meio do seu empréstimo, com a vantagem de, tendo em vista a adequada representação, o aproveitamento poder ser realizado por ou contra os titulares de eventual direito individual fundado no fato objeto da prova produzida coletivamente.

Situação diversa ocorre quando se trata de ação coletiva. Haverá, neste caso, efetiva decisão sobre questão que pode interessar a pretensões futuras de caráter coletivo ou individual, havendo de se indagar se será possível o transporte dessa decisão para outras demandas. E, além

---

a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores [...] A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras [...] A empresa fornecedora descumpra o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema” (REsp 866.636-SP; 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 29.11.2007; DJ 06.12.2007).

disso, qual a força desse aproveitamento, ou seja, se haverá possibilidade de, na ação individual, discutir-se novamente a questão decidida.

Afinal, tendo sido reconhecida a reponsabilidade da Plumbum na ação coletiva referida anteriormente, somente a prova que embasou essa declaração será transportada, podendo, inclusive, ser objeto de diferente valoração pelo Juízo destinatário, ou será possível que os titulares de direitos individuais decorrentes do dano ambiental fundamentem suas pretensões na decisão sobre a responsabilidade da empresa, proferida na ação coletiva e estável para processos futuros?

A resposta passa inevitavelmente por uma análise da coisa julgada sobre questão decidida na ação coletiva e seu alcance subjetivo. Mais do que isso: exige a análise acerca da possibilidade de uma decisão de questão fundada na prova ser alcançada por essa autoridade. É o que ocorre, por exemplo, com questões afetas a contratos, como a nulidade ou a falsidade contratual, ou a responsabilidade de fornecedores ou poluidores, constatada no âmbito das ações coletivas já citadas neste capítulo.

### **3.4.2. Coisa julgada sobre questão: do *estoppel by record* à *collateral estoppel***

A relevante alteração introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 para os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada apresenta relevantes reflexos no processo coletivo. Afinal, se à luz do CPC de 1973 a discussão em torno da imutabilidade da decisão sobre questão se frustrava pela regra do art. 469, III, agora, com a inserção do art. 503, §1º, do CPC e a exclusão da questão prejudicial da previsão do art. 504 (equivalente ao art. 459 do Código anterior), a indiscutibilidade em processos futuros da questão já decidida não só é possível, como necessária.

De fato, a doutrina de Chiovenda, com inspiração eminentemente romana e que influenciou a concepção tradicional acerca dos limites da coisa julgada, parte da consideração de que a sentença materializa a vontade do Estado na aplicação da lei ao caso concreto e consequente solução do conflito. Daí ser impensável, para o processualista italiano, a extensão da coisa julgada a outros elementos da sentença que não aquele em que se decide acerca do bem da vida<sup>646</sup>, ou seja, o dispositivo. Afinal, para Chiovenda, a coisa julgada nada mais é do que a

---

<sup>646</sup> “Torno dunque a dire: la cosa giudicata è l’efficacia propria dela sentenza che accoglie o respinge la domanda, e consiste in ciò che, per la suprema esigenza dell’ordine e della sicurezza della vita socieale, la situazione dele parti fissata dal giudice rispetto al bene dela vita (res) che fu oggetto di contestazione, non può più essere sucessivamente contestata; l’attore che há vinto non può più essere disturbato nel godimento di quel bene, l’attore che há perduto non può ulteriormente reclamarne il godimento. L’efficacia o autorità dela cosa giudicata è dunque

*res in iudicium deducta* depois de *iudicata*<sup>647</sup>. A coisa julgada, assim, incide sobre o pedido (o mérito), enquanto as questões decididas no processo sofrem apenas a incidência do fenômeno da preclusão. No núcleo dessa concepção está o princípio da demanda ou dispositivo. Se o pedido é delineado pelo autor, é somente a solução a ele dada que deve se revestir da imutabilidade decorrente da coisa julgada<sup>648</sup>. Para essa teoria, estaria o Estado excedendo-se na sua função jurisdicional se assim não fosse. Daí porque sempre se entendeu que a autoridade da coisa julgada atinge o objeto do processo, expresso no pedido do autor, veiculado na demanda<sup>649</sup>. A resposta jurisdicional a ser concedida no dispositivo da sentença, portanto, vincula-se integralmente a esse pedido, em obediência ao princípio da correlação ou congruência, de modo que somente o dispositivo receberá a incidência da imutabilidade decorrente da coisa julgada material<sup>650</sup>.

Ao mesmo tempo, sempre prevaleceu a ideia de que os motivos não caracterizam propriamente *decisum*, mas apenas ilustram o raciocínio lógico empregado pelo julgador ao proferir o comando final da sentença. Não sendo dotados de qualidade “decisória”, ficam excluídos da autoridade da coisa julgada<sup>651</sup>.

---

per definizione destinata ad agire nel futuro, di fronte ai futuri processi. La risoluzione invece data dal giudice alle singole questione logiche che si presentano nel processo, sai essa contenuta in sentenze interlocutorie o nella sentenza definitiva, riguardi questioni processual o sostanziali, di fatto o di diritto, appunto perché è distinta dalla pronuncia d'accoglimento o di rigetto, non há l'efficacia própria di quest'ultima: essa ha soltanto un'efficacia più limitata, imposta da esigenze d'ordine e di sicurezza nello svolgimento del processo, che consiste nella preclusione dela facoltà di rinnovare la stessa questione nello stesso processo” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Saggi di Diritto Processuale Civile, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 267)

<sup>647</sup> “Ma cosa giudicata non vuol dire giudizio, vuol dire bene riconosciuto o negato. Se invece di cosa giudicata noi potessimo dire bene giudicato, noi renderemmo nel modo più evidente la differenza tra cosa giudicata e questioni giudicate” (Ibid., p. 238).

<sup>648</sup> “Apenas o *decisum* adquire a condição de coisa julgada, nunca os motivos e os fundamentos da sentença que, como elementos lógicos necessários ao julgador, para que ele alcance o *decisum*, devem desaparecer ou tornar-se indiferentes ao alcance da coisa julgada, não obstante continuem a ter utilidade como elementos capazes de esclarecerem o sentido do julgado” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 509).

<sup>649</sup> “Através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro...* op. cit., p. 12).

<sup>650</sup> “Ao juiz compete julgar a lide ‘nos limites em que foi proposta’ (art. 128). Ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei, não pode haver julgamento fora ou além do pedido. Nem pode a autoridade da coisa julgada cobrir o que não tenha sido objeto de julgamento; haveria, aliás, manifesta contradição nos termos. Se o pedido originário se refere exclusivamente à relação jurídica subordinada, uma de duas: ou alguma das partes pede a declaração (positiva ou negativa) da relação jurídica subordinante, e então – mas só então! – pode formar-se a respeito dela a *res iudicata*, ou nenhuma das partes o faz, e neste caso, ainda que o órgão judicial se pronuncie *expressis verbis* ao propósito na sentença, apenas o terá feito como razão ou motivo de decidir, e tal pronunciamento não adquirirá em absoluto, a *auctoritas rei iudicatae*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. In Revista Forense, v. 246, ano 70, abril/junho 1974, p. 33).

<sup>651</sup> “Não se abrangem na coisa julgada, ainda que discutidas e decididas, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como premissa da questão principal: foram elas *conhecidas*, mas não *decididas*, porque sobre elas o juiz não sentenciou, e por isso podem ser julgadas livremente em outro

A ideia diferencia-se daquilo que no direito norte-americano recebe a denominação de *issue preclusion* ou *collateral estoppel*.

Com efeito, o sistema da *common law* prevê, ao lado da *claim preclusion* (que se aproxima da coisa julgada do ordenamento brasileiro), também a *issue preclusion* ou *collateral estoppel*, ou seja, a preclusão de todas as questões fundamentais para o julgamento do mérito<sup>652</sup>. Significa dizer que, uma vez decidida a demanda, as partes não poderão, em ação posterior, discutir as questões que integraram o raciocínio judicial na ação anterior.

A *issue preclusion*, porém, é mais ampla do que a regra do já citado §1º do art. 503, na medida em que qualquer questão – não apenas aquelas que no sistema brasileiro são chamadas de “prejudiciais” – necessária ao julgamento do pedido estará impedida de ser discutida em processo posterior.

Surgida inicialmente no direito inglês<sup>653</sup>, a preclusão das questões decididas no processo nasceu como forma de impedir que a parte negasse, em ação posterior, os fatos alegados e discutidos em demanda anterior, relacionando-se com a boa-fé e tendo função probatória<sup>654</sup>. Tratava-se, até então, daquilo que se chamava de *estoppel by record*<sup>655</sup>, conceito

---

processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...* op. cit., p. 56).

<sup>652</sup> “Issue preclusion is the first cousin of claim preclusion. It is narrower in scope than claim preclusion by definition. Whereas claim preclusion bars relitigation of entire claims, issue preclusion bars relitigation only of certain issues that have been previously determined. A key distinction between issue preclusion and claim preclusion is that whereas issue preclusion bars relitigation only of issues that have been actually litigated and determined, claim preclusion bars assertion of whole claims that might have been brought in the prior action but were not” (CAVANAGH, Edward D., *Issue Preclusion in Complex Litigation* (2010). Review of Litigation, Vol. 29, p. 859, 2010; St. John’s Legal Studies Research Paper No. 12-0017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2151524>).

<sup>653</sup> Para uma análise da evolução do instituto do direito inglês ao direito norte-americano, FACHINELLO, João Antonio Tschá. *Do estoppel by record à issue preclusion: a transladação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano*. In Revista de Processo Comparado v. 7, p. 195-223, jan-jun/2018.

<sup>654</sup> “Si bien la doctrina del estoppel convivió originalmente en el derecho inglés con la de la res judicata, su evolución resultó mucho más accidentada. En primer término, fue transformada para devenir en la noción de estoppel by record, entendiendo por tal una presunción incontestable sobre la verdad de las afirmaciones contenidas en los registros de las Cortes del Rey. En su nuevo rol, la doctrina era utilizada para mantener la preeminencia de estos tribunales sobre los demás (que no contaban con tales registros formales). Sin embargo, en esta mutación el estoppel perdió justamente aquella nota que lo caracterizaba: el descansar sobre las declaraciones de las partes como productoras de la preclusión frente a eventuales procesos. El instituto pasó a ser utilizado como una herramienta más para proteger la ‘sacralidad’ de los pronunciamientos judiciales - al igual que la doctrina de la res judicata -, lo cual llevó a considerar que se trata de dos brazos de una misma doctrina. Trasladada a las colonias norteamericanas, la issue preclusion encontró respaldo en la necesidad de preservar el carácter definitivo de los fallos judiciales y en el objetivo de optimizar la economía del sistema, evitando para ello la reproducción de litigios sobre una misma cuestión. Su aparición en escena con este perfil se remonta a un leading case del año 1.876” (VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley general del ambiente de la república argentina*. In Revista de Processo, v. 167, 2008, p. 192).

<sup>655</sup> Como destaca Luiz Guilherme Marinoni, “tratava-se de uma técnica que impedia a parte de pôr em dúvida as alegações e as conclusões que deram origem à decisão de resolução do litígio, mas que era vista como regra de prova” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas – decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26). Em artigo no qual traça a origem histórica do *estoppel by record* e sua relação com a *res judicata*, Robert Millar explica: “But where the second suit is not

que evoluiu até a criação do *estoppel by judgment*<sup>656</sup>. O instituto, como destaca Luiz Guilherme Marinoni, “prosseguiu relacionado apenas com os fatos e, inclusive, influenciou a inserção da coisa julgada no espaço teórico da ‘prova dos fatos’”<sup>657</sup>. Posteriormente, passou-se a admitir a extensão da *collateral estoppel* também às questões de direito.

A finalidade é a mesma à qual se destina a coisa julgada: evitar a rediscussão daquilo que já foi decidido, garantindo que a resolução sobre questões seja efetiva, evitando-se julgamentos contraditórios<sup>658</sup>. Afinal, “sem a coisa julgada não há como falar em discurso jurídico e, por consequência, em Estado Democrático de Direito”<sup>659</sup>.

Inicialmente, a *collateral estoppel* evitava apenas a rediscussão das questões já decididas entre as mesmas partes. Entendia-se que aqueles que não tiveram oportunidade de exercício adequado do contraditório não poderiam ser alcançados pela preclusão das questões,

---

merely a repetition of the former controversy, yet is so related that to allow a given allegation therein would be to permit a contradiction of some allegation, admission or finding in the first suit, it is not the judgment itself in the first suit but the particular record item which would be thus contradicted that stands as the barrier: this and this only is the case of estoppel by record” (MILLAR, Robert Wyness. *The historical relation of estoppel by record to res judicata*, Illinois Law Review of Northwestern University, vol. 35, 1940, p. 46). E ainda: “la principale caratteristica del neonato estoppel by record era dunque quella di atteggiarsi alla stregua di una regola di prova, consistente nel divieto, gravante sulle parti del processo, di affermare e dimostrare il contrario di quanto da loro stesse dedotto ed allegato in una precedente controversia” (VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: CEDAM, 2007, p. 97).

<sup>656</sup> “A introdução do conceito romano de *res judicata* no direito inglês fez com que o *estoppel*, concebido como exigência de presumir verdadeiras as alegações de fato deduzidas e declaradas no processo, aproxima-se da ideia de coisa julgada, de modo que a preclusão sobre os fatos passou a ser aceita como uma consequência da coisa julgada. Basicamente, entendeu-se que, se a coisa julgada faz recair efeitos preclusivos sobre o resultado final do processo ou sobre a parte dispositiva da decisão, o *estoppel* acobertava as passagens ou as questões de fato solucionadas pelo juiz para chegar ao desenlace do litígio. Daí o motivo pelo qual se passou a falar em *estoppel by judgment*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente...op. cit.*, p. 27). Ainda, como destaca Michele Taruffo: “Nacque così l'estoppel by record, come divieto, per le parti, di contrastare in un giudizio successivo ciò che era stato recorded nel giudizio precedente, il che si traduceva sostanzialmente nell'impossibilità di provare il contrario di quanto le parti stesse avevano in esso affermato. Anche quando la dottrina romanistica del giudicato penetrò in Inghilterra, essa non sostituì il meccanismo dell'estoppel by record, ed anzi i due istituti poterono convivere, dando luogo a due nozioni complementari: il termine *res judicata* indicò la consunzione (*merger*) dell'azione e la preclusione (*bar*) per il convenuto di rimettere in discussione la stessa causa, mentre l'estoppel continuò a costituire il fondamento della presunzione di verità dei fatti affermati nel giudizio precedente. Peraltro, l'effetto della *res judicata* si produceva esso pure attraverso il meccanismo dell'estoppel: poiché la decisione nasceva dalle allegazioni (su cui operava direttamente l'estoppel by record), l'estoppel si estese anche a tutte le questioni decise, in quanto agiva nel senso di escludere la successiva contestazione dei presupposti della decisione. Poiché inoltre l'estoppel operava a condizione che vi fosse una sentenza, si precisò la nozione di *estoppel by judgment*” (TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e “*giudicato sulle questioni*”, In *Rivista di Diritto Processuale*, aprile-giugno 1972, anno XXVII, n. 2, p. 277).

<sup>657</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente... op. cit.*, p. 27.

<sup>658</sup> “The established common-law doctrine of collateral estoppel serves several purposes. Specifically, collateral estoppel is intended to accomplish the following: conserve judicial resources, preserve the ‘integrity of the court’ by preventing inconsistent resolution of issues, promote ‘finality of judgments’, protect defendants from repetitive litigation, ensure that a winning ‘party should not have to fight anew a battle it has already won’, and promote ‘conclusive resolution of disputes’. Although articulated differently, these objectives often overlap one another and have much in common. Each constitutes either a consequence or a cause of reduced litigation, which may be considered the general objective of collateral estoppel” (RICHARDSON, Eli. J. *Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel*. *Mississippi Law Journal*, n. 35, p. 41-98, 1995, p. 46).

<sup>659</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184.

respeitando-se, assim, a cláusula do *due process* e garantindo seu direito a um *day in court*. Posteriormente, a extensão da preclusão a terceiros passou a ser admitida, desde que ficasse claro que esses terceiros estavam adequadamente representados no primeiro processo. No caso *Richards v. Jefferson County*, em 1996, a Corte Estadual entendeu que essa representação adequada poderia se caracterizar como uma “*virtual representation*”<sup>660</sup>, ou seja, a percepção de que os litigantes tiveram condições de defender adequadamente os interesses dos terceiros. A Suprema Corte Norte-Americana, porém, considerou que os terceiros não estavam adequadamente representados no processo, havendo ofensa à garantia do *due process of law*, na medida em que “a circunstância de alguns poderem discutir uma questão de direito que também diz respeito ao direito de outros jamais pode excluir o direito dos últimos de falar direta ou indiretamente – mediante representação adequada – perante a Corte”<sup>661</sup>.

A evolução das decisões proferidas nas Cortes norte-americanas evidencia, ao fim e ao cabo, a necessidade de respeito ao *due process of law*, oportunizando-se às partes o seu *day in court*, ainda que com relação a questão já decidida em ação anterior com partes diversas. A preclusão da discussão acerca da questão somente se verificará se se entender que os terceiros puderam exercer devidamente o contraditório na demanda anterior, seja diretamente, seja por meio de representantes adequados, inadmitida, ao menos como regra, a representação virtual.

Em artigo no qual analisa a doutrina do *prior adjudication* (que descreve a forma como um julgamento prévio pode ter efeito preclusivo em uma subsequente ação), Edward Cavanagh explica que o princípio subjacente supõe que, uma vez que um litigante teve uma oportunidade completa e justa para litigar no caso, não terá uma segunda chance de fazê-lo. Segundo o autor,

---

<sup>660</sup> Em artigo no qual realiza uma análise de clássico artigo escrito pelo prof. Philip A. Trautman intitulado “Claim and Issue Preclusion in Civil Litigation in Washington” e buscando essencialmente traçar um paralelo atual com as ideias desenvolvidas por esse professor e as condutas do Tribunal de Washington, Kathleen M. McGinnis aponta alguns objetivos que deveriam ser acatados pelo Tribunal para aplicar corretamente a doutrina da claim e da issue preclusion. Essencialmente, para ela, “the Court should abandon the discredited doctrine of virtual representation, which permits issue preclusion to bind some litigants who were not parties to the original action. Rejecting the doctrine would protect litigants’ legitimate expectations of a day in court that they control, and would satisfy due process concerns. The United States Supreme Court recognizes several categories of nonparty preclusion. If the Washington State Supreme Court elects to go beyond those recognized exceptions, it should do so only in cases that involve serial litigation over a public rather than private right, and patently adequate representation in the first proceeding. Before taking that step, however, the Court should examine how existing joinder mechanisms could help parties avoid repetitive litigation over matters of public concern. This would allow Washington courts to avoid controversial decisions on the scope of nonparty preclusion” [MCGINNIS, Kathleen M. Revisiting Claim and Issue Preclusion In Washington. In *Washington Law Review*, Vol. 90, No. 1, pp. 75-145, (March 30, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2613191> Acesso 10.12.2017].

<sup>661</sup> Como narra Luiz Guilherme Marinoni, tratava-se de caso em que, em ação movida por três contribuintes, concluiu-se pela constitucionalidade de determinada taxa de ocupação. Posteriormente, outros contribuintes, em uma *class action*, buscaram o reconhecimento da inconstitucionalidade da mesma taxa. De acordo com a Corte Estadual, o segundo grupo de contribuintes estaria vedado de discutir a questão em razão da *collateral estoppel*, ou seja, dos efeitos preclusivos da decisão proferida na primeira demanda, da qual não participaram (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* op. cit., p. 29-30).

a *issue preclusion* impede a replicação de questões que foram realmente litigadas e determinadas, e foram necessárias para o julgamento final. Além disso, uma pessoa que não é parte em um julgamento prévio não pode ser vinculada por esse julgamento. O devido processo, no entanto, não impedirá que outras pessoas possam se beneficiar desse julgamento. Por exemplo: A e B se envolveram em um acidente de trânsito. A processa B por negligência. No momento do acidente, B estava dirigindo o veículo de O. Na primeira ação, a Corte determina que B não foi negligente e B vence. A, então, processa O por danos pessoais sofridos no acidente, com base na negligência de B. O pretende invocar o julgamento anterior, dizendo que B não foi negligente<sup>662</sup>.

Porém, o uso ofensivo da *issue preclusion* não permite o alcance dessa finalidade da mesma forma que o seu uso defensivo, havendo receio de que a *offensive* acarrete incentivo à proliferação de demandas; a criação de situação de surpresa para o litigante se na primeira causa os valores envolvidos eram menores, que se negue ao réu uma vantagem processual em virtude do julgamento anterior; ou possibilite julgamentos inconsistentes se a questão é invocada com base em um julgamento favorável, mas que depois é seguido de vários julgamentos desfavoráveis<sup>663</sup>.

Para o autor, negar o efeito preclusivo aos julgamentos promove o (re)litígio e, conseqüentemente, o aumento da carga judicial, concluindo que os princípios da *issue preclusion* aplicam-se amplamente a questões factuais recorrentes em litígios complexos e desempenham um papel importante na garantia de soluções justas, rápidas e baratas de ações civis. Trata-se de procedimento que garante a eficiência e a coerência na solução dos litígios<sup>664</sup>.

É importante destacar também que a doutrina da *issue preclusion* ou da *collateral estoppel* exige que a questão tenha sido efetivamente debatida no primeiro processo, para que tenha o condão de, numa segunda demanda, vedar a rediscussão das questões. Assim, evita-se a eficácia preclusiva quando se constata que a parte, diante do ínfimo valor em discussão na primeira demanda, não se empenhou em sua defesa, deixando de produzir, por exemplo, todas as provas que poderia ter produzido. Eventualmente, se a mesma questão for fundamento de pedido mais significativo em nova demanda, permite-se que a parte possa novamente discuti-la, desta vez defendendo-se com afincos diante da maior relevância do segundo processo. O contraditório, portanto, tem que ser efetivamente exercido, não bastando que seja apenas

---

<sup>662</sup> CAVANAGH, Edward. *Issue preclusion...* op. cit., p. 869-871.

<sup>663</sup> Loc. cit.

<sup>664</sup> Loc. cit.

possibilitado à parte<sup>665</sup>. Trata-se da regra do *full and fair opportunity* de participação no processo, abrangendo a possibilidade de manifestação e produção adequada da prova.

O sistema da *issue preclusion* ou *collateral estoppel*, assim, apresenta as seguintes regras<sup>666</sup>: a) está vedada a rediscussão acerca das questões de fato ou de direito discutidas e decididas em demanda anterior entre as mesmas partes; b) deve ter sido garantida no processo a *full and fair opportunity* de participação, ou seja, a proibição de rediscussão da questão decorrerá da efetiva manifestação das partes no processo, além da produção adequada da prova; c) essa eficácia preclusiva poderá alcançar terceiros, apenas para beneficiá-los (*defensive collateral estoppel*), nunca para prejudicá-los (*offensive collateral estoppel*), salvo se puderam exercer o seu direito ao *day in court* de forma direta ou adequadamente representados, e o direito à *full and fair opportunity* de participação<sup>667</sup>, respeitando-se, assim, a cláusula do *due process*

---

<sup>665</sup> “Quando o réu se depara com afirmação da sua responsabilidade por dano ínfimo, é claro que a sua preocupação em face da declaração da sua culpa será compatível com o eventual prejuízo que poderá sofrer em virtude da procedência do pedido. No direito estadunidense, a limitação dos efeitos preclusivos do *collateral estoppel* tem relação direta com a possibilidade de a questão poder assumir configuração distinta em ação futura. Lembra-se claramente como hipótese a situação em que a demanda tem valor econômico destituído de significação, de modo que a parte poderia não ver razão para discutir imensamente a questão. Deixa-se ver que, a rigidez da preclusão da rediscussão da questão, deve ser abrandada pela circunstância de que a parte sempre considera a questão diante do caso específico e nunca em face de casos futuros”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro*. In Revista de Processo v. 259, p. 97-116, set/2016). O autor cita como exemplo o caso *Peavey vs United States*, no qual se reconheceu que “issue preclusion is sometimes unfair if party to be bound lacked an incentive to litigate in first trial, especially in comparison to stakes of second trial”.

<sup>666</sup> Carolina Uzeda Libardoni lembra que a *collateral estoppel* poderá ser invocada em outro processo desde que sejam preenchidos os seguintes requisitos: “a questão deve ser absolutamente idêntica. Nesse caso, não basta, por exemplo, que a matéria seja parecida; é necessária a identidade; que seja, de fato, a mesma questão, em processos distintos. Daí por que não se admite a utilização do *collateral estoppel*, por exemplo, para contratos diferentes, ainda que suas cláusulas e as partes sejam idênticas. Outro exemplo é a diferença de ônus probatório entre as duas causas. Caso a parte possua restrições probatórias na primeira ou, simplesmente, não tenha o ônus de produzir a prova, não poderá ser impedida de, em um processo futuro, levantar a mesma questão; deve ter havido litígio sobre a questão. A matéria tem que ter sido discutida e controvertida no processo. Não se presta ao *collateral estoppel*, por exemplo, os pontos admitidos como verdadeiros ou simplesmente não contestados. É necessário contraditório amplo e efetivo para que ocorra, em um novo processo, o aproveitamento da questão decidida; como os recursos contra decisões interlocutórias, no sistema norte-americano, são restritos, exige-se, ainda, que a decisão que julga a questão prejudicial seja final, o que implica dizer que é necessária a confirmação do que foi decidido pela sentença, transitada em julgado; por fim, a questão prejudicial deve ser determinante, necessária à decisão final. Não seria possível chegar ao resultado final não fosse por ela” (LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema Norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada*. In Revista de Processo v. 258, pp. 449-467, ago/2016).

<sup>667</sup> “Podemos destacar que - de acuerdo a la tendencia actual - para determinar si la doctrina de la issue preclusion resulta utilizable en cualquiera de sus modalidades (defensiva u ofensiva) por un tercero frente a quien fue parte en el proceso originario, el punto central está en considerar en qué medida este último tuvo oportunidad de discutir sobre la cuestión en forma justa y completa durante el desarrollo de la primera causa. A mi modo de ver, la actual postura frente a la mutuality rule traduce un correcto entendimiento de la garantía de igualdad, tratando de modo similar a quienes se encuentran en situación similar. Efectuando un análisis no superficial del problema, puede advertirse que la garantía no se violenta en lo más mínimo por el hecho de permitir al tercero valerse de la sentencia recaída en el primer proceso, aún cuando tal particularidad genere un cierto nivel de asimetría entre las partes. Sucede que las circunstancias del tercero y del sujeto que fue parte en el marco de la causa primigenia eran distintas: uno no pudo defender sus razones mientras que el otro sí. En razón de ello, resulta plenamente justificable el (también) diverso tratamiento que se confiere en el marco de una eventual segunda causa a los efectos del decisorio por entonces recaído” (VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada.. op. cit., p. 192*).

*of law*. A *adequacy of representantion* é a mesma exigida para a aferição da legitimidade para as *class actions*, sendo vedada a *virtual representantion*, ou seja, a pressuposição, pelo simples fato de haver interesses idênticos, de que os litigantes puderam defender adequadamente os interesses dos terceiros.

### **3.4.3. O novo paradigma estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto aos limites objetivos da coisa julgada**

O art. 469 do CPC de 1973 excluía taxativamente do alcance da coisa julgada a motivação, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais<sup>668</sup>.

Na doutrina, eram muitas as críticas encontradas a essa limitação. Em clássica obra sobre o tema, Ronaldo Cunha Campos afirma tratar-se de doutrina que “contraria o princípio publicístico do processo”. Afinal, “se a extensão da autoridade da coisa julgada previne lides, evita duplicação da atividade do poder judiciário, elimina o perigo de decisões contraditórias, razão alguma há para que não se estenda à decisão das questões prejudiciais a autoridade da coisa julgada”<sup>669</sup>.

De fato, os inconvenientes a essa previsão eram muitos. Aquele que era reconhecido como pai em ação de alimentos poderia não ser pai em petição de herança. Um contrato nulo para a cobrança de determinada quantia poderia ser válido para outra, ainda que relativamente às mesmas partes. Para evitar esse tipo de contradição lógica, a parte interessada deveria manejar um pedido declaratório incidental<sup>670</sup>, previsto nos arts. 5º e 325 do CPC/73, possibilitando a existência de efetiva “decisão” acerca da questão prejudicial e, com isso, o

<sup>668</sup> “Questão prejudicial é aquela que condiciona o conteúdo do julgamento de outra questão, que nessa perspectiva passa a ser encarada como questão subordinada. Assim, não basta para caracterização da prejudicialidade a simples antecedência de uma questão em relação à outra” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 691).

<sup>669</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 110. No mesmo sentido, Paulo Roberto de Oliveira Lima: “Restringir a eficácia da coisa julgada ao dispositivo significa abandonar parte do resultado útil do processo, desprezar significativo trabalho produzido pelo Judiciário e multiplicar as possibilidades de decisões conflitantes, militando em desfavor da isonomia e ampliando as oportunidades de gerar perplexidades e desconfiança na atuação do Judiciário [...] Além de abandonar o produtivo trabalho jurisdicional já realizado, respeitante à apreciação e resolução das várias questões prévias, pode proporcionar questões conflitantes, politicamente desastrosas, psicologicamente danosas, ensejando a desconfiança do jurisdicionado na eficiência do Direito [...] Muito mais acertado seria o Direito Processual pátrio optar pela extensão dos efeitos da coisa julgada a todas as questões efetivamente decididas, desde que relativas a fatos jurídicos concretos e indissociáveis da conclusão última da sentença” (LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 133-135).

<sup>670</sup> Antonio do Passo Cabral lembra que “a ação declaratória incidental mantém-se fiel à proximidade entre estabilidade da decisão e a vontade dos litigantes, e até por isso foi lembrada como fator histórico que indicava a rejeição, pelo ordenamento positivo, da vinculatividade das razões da sentença” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, op. cit., p. 90-91).

alcance da coisa julgada sobre a paternidade ou a nulidade do contrato. Era como se, uma vez formulado o pedido declaratório incidental, a questão prejudicial, num passe de mágica, passasse de mero raciocínio lógico a efetiva decisão. Ou como se o juiz empregasse raciocínio ou atividade diversos em se tratando de questão deduzida como mero fundamento, ou como pedido declaratório incidental.

Buscando corrigir esse equívoco construído ao longo da história e possibilitar “que cada processo tenha maior rendimento possível”<sup>671</sup>, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, no art. 503, a extensão da coisa julgada a algumas das premissas utilizadas pelo juiz para a análise do pedido.

Assim, tratando-se de premissa para a solução do mérito, havendo contraditório prévio e efetivo<sup>672</sup>, sendo o juiz absolutamente competente para resolver a questão como principal e não havendo no procedimento limitações à cognição e à prova<sup>673</sup> (art. 503, §1º), a coisa julgada se estenderá à questão prejudicial decidida expressa e incidentemente no processo.

É clara a evolução da sistemática processual em busca da maior efetividade decorrente do alcance da coisa julgada às questões prejudiciais. Evita-se, assim, as contradições lógicas, valorizando-se o importante trabalho realizado pelo juiz na solução dessas questões. Trabalho, frise-se, que em nada difere daquele realizado na resolução do pedido. Na medida em que constituem premissas necessárias e fundamentais ao julgamento do mérito, mostra-se de todo equivocada a ideia de que os motivos caracterizariam “mero” raciocínio lógico sem caráter decisório, enquanto o julgamento do pedido representaria efetiva decisão. Tanto a análise dos fundamentos, quanto o julgamento do pedido, revestem-se da mesma natureza: trata-se de efetiva *decisão*, com o condão de formar, ambos, a coisa julgada material, não havendo aí qualquer diferença no que se refere ao grau de cognição empregado<sup>674</sup>.

---

<sup>671</sup> BRASIL. Código de Processo Civil e normas correlatas, 7. ed. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 34.

<sup>672</sup> “Identificando o juiz a existência de questão prejudicial que entenda conveniente solucionar definitivamente desde logo, deve indica-la às partes a fim de que todos os participantes do processo possam debate-la previamente, inclusive viabilizando o exercício do direito à prova a respeito. Contraditório prévio e efetivo abarca, em sendo o caso, direito à prova das alegações que a partir da indicação judicial poderão ser acobertadas pela coisa julgada” (MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 634).

<sup>673</sup> “A fim de que o direito à prova seja possível em toda a sua profundidade, não poderá ser objeto de coisa julgada a questão prejudicial decidida em processo de cognição sumária (‘limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão’) e em processo de cognição exauriente *secundum eventum probationis* (processos com ‘restrições probatórias’, como, por exemplo, o mandado de segurança). Nessas hipóteses, tendo em conta o ambiente desfavorável ao direito à prova das alegações em toda sua extensão, não poderá a resolução da questão prejudicial ser objeto de coisa julgada” (Ibid., p. 692).

<sup>674</sup> “Em relação ao objeto litigioso, todas as questões que possam influir em sua decisão, sejam prejudiciais ou não, constituem antecedente lógico e por isso devem ser objeto de cognição e resolução” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 107).

É difícil imaginar que, à luz do CPC de 1973, o juiz que se deparava com questão relativa à paternidade sem pedido declaratório incidental realizava sua análise de forma diversa daquela como a analisa à luz do CPC de 2015, apenas porque, agora, a questão tem o condão de se tornar imutável para demandas futuras. O raciocínio e a cognição empregados são os mesmos, e em ambas as legislações o trabalho do juiz resultava e resulta em efetivo julgamento acerca dessa questão, quando se tratar, é claro, de premissa fundamental ao julgamento do pedido e de fato tratar-se de uma questão (ou seja, de um ponto controvertido). A única diferença é que, no CPC de 1973, a solução dessa questão não constava do dispositivo, integrando a motivação e, por isso, não se tornando imune pela eficácia preclusiva da coisa julgada material.

Sob esse aspecto, portanto – e na medida em que corrige esse claro descompasso – a reforma merece aplausos. É, porém, à toda evidência insuficiente à solução de todos os problemas constatados na sistemática anterior. Afinal, para além das questões que efetivamente se caracterizam como prejudiciais (ou seja, aquelas que tenham por objeto relações ou situações jurídicas controvertidas<sup>675</sup>, que possam ser objeto de ação autônoma<sup>676</sup>) há inúmeras outras que igualmente caracterizam premissas fundamentais para o julgamento do mérito. São questões não apenas de direito, mas relativas a fatos, cuja solução decorre da valoração da prova no processo. Para todas elas, seria possível pensar na extensão da autoridade da coisa julgada, de forma a impossibilitar sua reiteração em processos posteriores e, mais do que isso, que sejam decididas de forma contrária à solução que lhes foi dada em processo anterior. Afinal, a culpa, quando suscitada em processo de cognição exauriente e adequadamente provada, poderá existir para fins de danos materiais, mas, em demanda futura, não estar configurada para fundamentar pedido de danos morais? A depreciação do imóvel, apta a justificar o despejo, poderá não estar caracterizada quando, em ação posterior, se pleiteia a devida indenização?<sup>677</sup>

---

<sup>675</sup> “Qualificam-se como prejudiciais as questões atinentes à existência, inexistência ou modo de ser de uma relação ou situação jurídica que, embora sem constituir propriamente o objeto da pretensão formulada (mérito da causa), são relevantes para a solução desse mérito (por exemplo, relação de filiação, na ação de alimentos ou petição de herança; validade do contrato na ação de cobrança de uma de suas parcelas)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 798).

<sup>676</sup> “Embora seja correto afirmar que nem sempre a autonomia se faz presente nas questões subordinantes processuais, pode-se afirmar que as questões prejudiciais de mérito sempre serão autônomas. É justamente essa autonomia que permitia sua declaração incidental sob o CPC/1.973. Acrescente-se que é também o caráter autônomo das questões prejudiciais de mérito que justifica separá-las dos motivos e da verdade dos fatos, elementos integrantes da parte lógica da sentença que, contrariamente às questões, não podem ser atingidos pela res judicata (CPC, art. 504, incs. I e II)” (SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais* (tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2016, p. 128).

<sup>677</sup> Luiz Guilherme Marinoni defende uma interpretação extensiva do conceito de questão prejudicial previsto no §1º do art. 503 “[...] todo fato que pode ser associado a um efeito jurídico – e não apenas os ‘fatos-direito’ – é capaz de dar origem a uma questão prejudicial. Assim, por exemplo, o fato atribuído ao réu que pode ser associado ao efeito jurídico culpa. No caso em que se pede indenização por danos emergentes afirmando-se a culpa do

Porém, no ordenamento brasileiro, apenas as questões prejudiciais, ou seja, aquelas que caracterizem situações jurídicas ou relações jurídicas controvertidas, serão atingidas pela coisa julgada, excluindo-se expressamente dessa definição os fatos (ou as questões de fato, não prejudiciais). Veja-se que não se trata aqui de prejudicialidade lógica, mas sim jurídica. Embora a questão fática possa constituir premissa lógica para o julgamento do mérito, não se trata de prejudicial na sua acepção jurídica<sup>678</sup>.

Não é difícil compreender essa opção legislativa. É ela compatível com a impossibilidade de manejo de ação declaratória sobre mero fato<sup>679</sup>, em decorrência da previsão do ar. 19 do CPC, que restringe o pedido declaratório às hipóteses de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica<sup>680</sup>, ou de autenticidade ou da falsidade de documento. Assim, não havendo a possibilidade de propositura de ação autônoma com dedução de pedido declaratório sobre fato, não é possível, igualmente, atribuir à decisão incidental sobre fato efeito

---

demandado diante de acidente automobilístico, determinado fato – como a velocidade acima do limite permitido em lei – é associado à culpa, de modo que a culpa é um pressuposto de que depende a resolução do pedido de indenização. A culpa, portanto, é aí uma questão prejudicial sobre a qual pode recair a coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão...* op.cit., p. 97-116).

<sup>678</sup> À luz do CPC de 1973, afirmava Alfredo Buzaid: “Lide prejudicial é, portanto, aquela que, podendo constituir objeto de processo autônomo e ensejar a coisa julgada, é ajuizada por qualquer das partes mediante ação declaratória incidental. Questão prejudicial, diversamente, é aquela que o juiz resolve incidenter tantum, valendo como fundamento da sentença e não se lhe estendendo a coisa julgada, que fica circunscrita à conclusão ou ao dispositivo. Estabelecida esta distinção, pode-se dizer que será questão, mas não lide prejudicial a que se refere a um simples fato jurídico. E a razão é que, como observa Chiovenda, só por si não pode constituir objeto principal de uma declaração. Por exceção a esta regra admite-se a declaração de falsidade de um documento. É que a lei quer, em qualquer caso, que sobre esta matéria se realize uma declaração definitiva que, transitada em julgado, adquira autoridade de coisa julgada” (BUZOID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 389-390).

<sup>679</sup> Já na introdução de obra clássica sobre o tema, Alfredo Buzaid afirmava ser o objeto da ação declaratória “ordinariamente uma relação jurídica”, ressaltando que “a lei exclui do seu escopo os fatos, ainda que juridicamente relevantes”, abrindo, porém, uma exceção, relativa à declaração de autenticidade ou falsidade de documento (BUZOID, Alfredo. *A ação declaratória...*, op. cit., p. 7). Mais adiante, voltava a afirmar que “o objeto da ação [declaratória] é a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica” (Ibid., p. 292). Não por outra razão, “a virtude do vocábulo ‘lide’ está, pois, em designar, numa construção dogmática, o objeto do processo civil. A missão do juiz é a de decidir a lide, que contém relação jurídica; não de decidir fatos. A este princípio geral abre a lei uma única exceção: a declaração de autenticidade ou de falsidade do documento” (Ibid., p. 388). Ada Pellegrini Grinover, sem desconsiderar que a ação declaratória tem por objeto “a declaração de uma relação”, entende que o fim da ação declaratória não se diferencia do escopo dos “três tipos de processo de conhecimento”, visando sempre “à atribuição de um bem, à composição de uma lide” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 49 e 76).

<sup>680</sup> Como destaca Lia Cintra Batista, “o objeto da ação declaratória na verdade não se restringe apenas à existência ou inexistência de relação jurídica. Ainda que isso não constitua uma categoria jurídica propriamente dita, fala-se em ‘modo de ser’ da relação jurídica, o que confere ao julgador certa margem de liberdade na interpretação do pedido, levando-se em consideração o interesse de agir, tal como se passa na Itália, onde não há previsão legal específica para o pedido declaratório” (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Relevância da vontade no processo, interpretação do ato postulatório e pedido “meramente” declaratório*. In Revista de Processo v. 239, p. 35-60, jan/ 2015). Não por outra razão, a súmula 181 do STJ admite “ação declaratória, visando a obter certeza quanto a exata interpretação de cláusula contratual”.

declaratório suficiente à incidência da coisa julgada<sup>681</sup>, ainda que se trate de premissa lógica para a decisão sobre o pedido<sup>682</sup>.

Não se pode, porém, concordar com essa opção. Razões ligadas à segurança jurídica, isonomia e à necessidade de coerência lógica nas decisões judiciais, justificariam alteração legislativa que permitisse a imutabilidade também da decisão sobre questões fático-jurídicas não prejudiciais.

Duas soluções podem ser vislumbradas para que se admita a imutabilidade da decisão sobre o fato. Em primeiro lugar, que se passe a admitir, como ocorre, por exemplo, no sistema português<sup>683</sup>, ação declaratória sobre mero fato<sup>684</sup>. Com isso, a decisão sobre questão de fato

---

<sup>681</sup> Interessante lembrar, pela afinidade com o tema, da polêmica que se estabeleceu entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva acerca da incidência da coisa julgada sobre o conteúdo declaratório, condenatório ou constitutivo da sentença (no caso de Barbosa Moreira) ou apenas sobre o conteúdo declaratório (segundo Ovídio Baptista da Silva). Para o primeiro, “Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In Temas de direito processual, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107). E ainda: “Os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração*. In Temas de direito processual. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 89).

<sup>682</sup> “O excesso de velocidade, o tráfego na contramão de direção, a embriaguez do condutor e o desatendimento do sinal vermelho, são elementos lógicos prejudiciais à verificação da culpa pelo sinistro. Nem por isso, contudo, serão cobertos pela coisa julgada, pois não podem ser considerados como questões prejudiciais, à medida que lhes falta autonomia, já que não podem ser submetidos à apreciação jurisdicional em processo específico. Há, na hipótese, prejudicialidade lógica, mas não jurídica” (SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos...* op. cit., p. 130-131). Sobre a diferença entre prejudicialidade lógica e prejudicialidade jurídica, e ressaltando que a primeira sempre precede a segunda, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, op. cit., p. 43-54.

<sup>683</sup> Segundo o art. 10 do Código de Processo Civil Português (Lei 41/2013), que praticamente reproduz o art. 4º do CPC de 1961: “2- As ações declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. 3 - As ações referidas no número anterior têm por fim: a) As de simples apreciação, obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto [...]”. Daniel Assumpção Neves lembra que a doutrina portuguesa dá interpretação restritiva ao dispositivo, apenas para admitir ação declaratória de fato jurídico. O mesmo autor lembra haver notícia de que no sistema escocês também se admite ação declaratória sobre mero fato (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*, op. cit., p. 467-468).

<sup>684</sup> Em clássico e fundamental trabalho sobre a ação declaratória, Adolf Wach, embora afirme que a “relação jurídica”, objeto da ação declaratória, não é um fato, tampoco é o fato que fundamenta o direito, pois o fim do processo é a finalidade de proteção do direito, não a finalidade da prova, nem a finalidade da declaração de fatos, ressalva que a afirmação do direito pode assumir a forma da afirmação de fatos, o que ocorre com bastante frequência. Por isso, está fora de dúvida que, o que alguns autores chamam de fato protegido pelo direito – referindo-se à posse – enquadra-se na noção de relação jurídica (WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1962, p. 94-95). Cita como exemplos: a ação que objetiva a declaração de que um ato jurídico é simulado; que uma hipoteca é nula; que a parte não é sócia de uma sociedade. De outro lado, não se admite ação para declaração de que entre as partes não existe coabitação (Ibid., p. 95, nota n. 8). Mais adiante, discorrendo sobre o interesse à declaração, que deve ser um interesse na *pronta* declaração, ou seja, de proteção do direito somente no momento dado, afirma que circunstâncias especiais podem motivar a necessidade de que se possa pedir a declaração, ainda que, segundo a natureza dos que fundamentam o interesse, poderia existir dúvidas sobre a necessidade de proteção estar propriamente no futuro, circunstância que se poderia verificar, por exemplo, no perigo de piora da situação referente à prova” (Ibid., p. 117). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira posiciona-se contra a possibilidade de ação declaratória sobre fato, pois “em tais hipóteses, não se verifica incidência concreta da norma jurídica sobre o suporte fático, o que compromete a garantia de ampla defesa do demandado, seja porque um mesmo fato pode ser relevante para inúmeros e diversos efeitos jurídicos, seja porque a norma geral e abstrata

trazida como fundamento em determinada ação possuiria o conteúdo declaratório necessário à incidência da coisa julgada. Relembre-se, neste ponto, tudo aquilo que se afirmou acerca da diferenciação entre questão de fato e questão de direito, no capítulo 02, em especial na nota 424. Interessam aquelas questões fáticas que gerem efeitos jurídicos<sup>685</sup>, já que, retomando a ideia de Castanheira Neves, “o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito”<sup>686</sup>.

Mas também é possível assumir a compreensão de que o sistema opera com outras formas de estabilidade, para além da coisa julgada e da preclusão. Assim, ainda que se entenda impossível a defesa de uma ação declaratória sobre fato e, portanto, a incidência da coisa julgada sobre a decisão da questão de fato, essa decisão se tornaria estável, impedindo sua rediscussão em processo futuro, o que se justifica a partir de uma análise principiológica voltada à concretização da segurança jurídica e da isonomia, que recomendam a existência de coerência lógica entre as decisões proferidas pelo Judiciário.

---

pode ser aplicada numa série indefinida de situações concretas. A norma de princípio da segurança impede, portanto, a declaração de um mero fato ou de norma jurídica abstrata, que ainda não tenha incidido sobre o suporte fático” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 157). É por isso que, para o autor, não podem ser objeto de pedido declaratório a afirmação da probidade e da capacidade intelectual do autor, a velocidade do veículo em acidente de trânsito, a dimensão dos danos sofridos, um dever de caráter geral (como o direito do devedor de não ter o bem de família penhorado), a possibilidade em tese de funcionários públicos receberem determinada vantagem, uma questão puramente científica ou econômica (Ibid., p. 156-157). João Batista Lopes, em sentença proferida em ação declaratória proposta por determinado sujeito contra um Município, pretendendo a declaração de seu estado mental, extinguiu o processo sem resolução de mérito, pois “conquanto admissível, em nosso ordenamento jurídico, o exercício da ação declaratória, ainda quando já ocorrida a violação do direito (CPC (LGL\1973\5), art. 4.º, parágrafo único) – e, neste passo, não podemos acolher a tese expendida pelo douto representante do Ministério Público – sempre será exigível que a pretensão meramente declaratória verse sobre relação jurídica perfeitamente individuada e concretizada”. Incabível, para o então magistrado, ação declaratória sobre fato, pouco importante tratar-se, ou não de fato “juridicamente relevante” (LOPES, João Batista. *Ação declaratória - impossibilidade jurídica do pedido. Face ao nosso sistema processual, não é possível a ação declaratória acerca de mero fato*. In Revista de Processo v. 5, p. 391-391, Jan-Mar/1977).

<sup>685</sup> Proto Pisani analisa a questão sob a perspectiva do fato histórico, ou seja, do puro fato, destituído, ainda, de relevância jurídica: “Oggetto della tutela di mero accertamento, alla stegua dell’oggetto di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale contenziosa, possono essere solo diritti, situazioni giuridiche concrete (anche se future) e non meri fatti (anche se giuridicamente rilevanti) o norme: i fatti e le norme sono elementi indispensabili che devono essere conosciuti dal giudice per potersi pronunciare sulla esistenza o inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma l’accertamento contenuto in ogni provvedimento giurisdizionale ha ad oggetto unicamente i diritti”. Isso porque, para o autor, “se fosse possibile l’accertamento giudiziale del fatto storico, oppure l’accertamento della norma giuridica, si avrebbe in concreto la limitazione del diritto di difesa del convenuto. Posto, infatti, che il fatto storico è fonte di una seria indefinida di fattispecie e come tale può essere rilevante ai fini di più e diversissimi effetti giuridici, se non viene precisato qualse sai la fattispecie con riferimento alla quale si agisce, il convenuto non saprebbe qual è il bene della vita su cui l’accertamento è destinato ad incidere” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni...* op. cit., p. 136-137).

<sup>686</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, op. cit., p. 586.

### 3.4.4. Segue. Os limites subjetivos da coisa julgada no CPC de 2015: *non mutual collaterall estoppel*?

Tradicionalmente, a coisa julgada é limitada às partes, compreendidas como sujeitos do contraditório e, por isso, diretamente alcançadas pela imunização do conteúdo da sentença proferida no processo<sup>687</sup>. A questão tem, portanto, como fundamento o princípio do devido processo legal. Afinal, não se poderá admitir que terceiros sofram prejuízos em decorrência de decisão proferida em demanda na qual não foram sujeitos do contraditório<sup>688</sup>.

No Direito Moderno, o princípio de que a autoridade da coisa julgada restringe-se às partes permaneceu, sendo reafirmado pela Escola da Exegese francesa. É de Pothier que se extrai a doutrina adotada à época, no sentido de que a coisa julgada “não tem lugar senão entre as mesmas partes entre as quais a sentença foi dada e não confere direitos a terceiros, nem contra terceiros estranhos”<sup>689</sup>.

No direito brasileiro, o artigo 472 do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem

---

<sup>687</sup> “Não está o terceiro, em caso algum, sujeito à coisa julgada, nem a nenhum efeito reflexo dela; e, então, quase todos, senão todos, os casos normalmente admitidos de intervenção voluntária se tornariam inadmissíveis por falta de interesse em intervir. A verdade, porém, é que também aqui se devem distinguir os efeitos da sentença da coisa julgada: se esta se limita às partes, o mesmo não se dá para aqueles que, ao contrário, se podem produzir e naturalmente se produzem também para os terceiros; e é por isso, precisamente em razão deles, que o terceiro pode ter interesse em intervir no processo pendente, para impedir que a sentença contenha uma decisão danosa para ele. Assim, a intervenção voluntária que, seguindo a tradição, também o direito italiano admite, é segura confirmação de que a sentença não limita os seus efeitos às partes, mas os estende também aos terceiros” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade...* op. cit., p. 125/126).

<sup>688</sup> Discorrendo acerca do tema no contexto da coletivização de demandas, Sergio Cruz Arenhart destaca que a garantia do contraditório, embora relevante, não pode ser analisada de forma isolada dentro do sistema processual, sendo necessário levar-se em conta também outras garantias relevantes do sistema, e que muitas vezes encontram-se em choque com o contraditório. Para o autor, “pode o contraditório (e o direito à defesa contra o ato judicial) ser protraído, como ocorre, aliás, na execução, nas liminares em procedimento cautelar e em outros tipos de processo, em que, eventualmente, não é recomendável aguardar a oportunidade de defesa para a efetivação do ato judicial. Deveras, apontar para a injustiça de certa decisão judicial, tomada à revelia do prejudicado (que não teve oportunidade para manifestar-se) é simples, fácil e corriqueiro; entretanto, a mesma injustiça pode ser detectada em casos nos quais – para dar cumprimento à garantia do contraditório e da ampla defesa – protela-se a outorga da tutela jurisdicional, mutilando-se ou se anulando os efeitos concretos da decisão judicial favorável ao requerente” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op.cit., p. 342-343). “Sinteticamente, a solução de tal conflito, na ótica da ponderação acima indicada, deve dar-se com observância, sempre, do cânone da proporcionalidade. A colisão eventualmente verificada entre a garantia do contraditório e outro direito fundamental, então, deverá ser sempre examinada diante do caso concreto. Não há prévia fixação de preponderância (de uma garantia sobre a outra) ou possibilidade de exclusão de um direito, pela incidência de outro. Deve haver, sempre, e apenas para o caso concreto, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, consistente em – tomando as características da situação a ser enfrentada – verificar as condições diante das quais um princípio deve sobrepor-se ao outro” (Ibid., p. 345).

<sup>689</sup> POTHIER, R. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, t. 2. Trad. José Homem Correa Telles. Lisboa: Tip. Antônio José da Rocha, 1849, n. 51, p. 331 e ss.

prejudicando terceiros”, previsão que decorria “de imperativos de natureza técnica e política, no que toca aos limites subjetivos”<sup>690</sup>.

A justificativa para essa previsão sempre foi a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa<sup>691</sup>, que seria violada se um terceiro, que não participou da relação processual, pudesse de alguma forma ser prejudicado pelo comando da sentença. Embora seja perfeitamente possível pensar no alcance a terceiros dos efeitos da sentença, não poderão ser prejudicados por uma condição de indiscutibilidade incidente sobre ela. Preserva-se, assim, o direito desses terceiros poderem discutir o resultado a que se chegou na demanda em outra oportunidade<sup>692</sup>.

O problema surge, portanto, quando se trata de decisão que possa prejudicar terceiros. Para o benefício não haveria, por evidente, afronta ao contraditório. Não por outra razão, o Código de Processo Civil alterou a redação do citado dispositivo para, no art. 506, em última análise, autorizar que terceiros sejam beneficiados pela coisa julgada incidente sobre a sentença proferida em processo no qual não foram partes. Na medida em que prevê apenas a impossibilidade de a coisa julgada *prejudicar* terceiros, é evidente que pretendeu o legislador possibilitar o alcance da eficácia da sentença e da autoridade da coisa julgada a terceiros quando possam ser por ela beneficiados<sup>693</sup>.

---

<sup>690</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

<sup>691</sup> “Nos quadrantes de uma ciência processual dominada por regramentos éticos e políticos, de tendência marcadamente democrática, repugna a ideia de que um sujeito de direitos, sem que se lhe seja assegurado ‘o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’, para que possa, na condição de parte, apresentar as suas próprias razões, venha a ser privado de seus bens por força de decisão judicial transitada em julgado. Quando nada, haveria inarredável afronta à letra dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal” (Ibid., p. 42).

<sup>692</sup> “[...] não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. Quando muito, o que se pode questionar é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto, ou que possam opor-se a esse comando, seja pessoalmente, seja pela defesa de um terceiro. Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada), sem que a situação jurídica deste tenha sido objeto de defesa ou de atenção no processo. Pode-se até ir além, e afirmar mais propriamente que essa possibilidade de reação para terceiros circunscreve-se, apenas, àqueles chamados de terceiros juridicamente interessados, ou seja, terceiros que mantêm com uma das partes relações jurídicas dependentes ou conexas com as que constituem o objeto do processo. Para os demais terceiros (juridicamente indiferentes, porque destituídos dessa relação jurídica especial) os efeitos da decisão serão sentidos de forma imutável e indiscutível, não por conta da coisa julgada, mas apenas pela falta de legitimidade para questionarem tais efeitos judicialmente. Desse modo, é possível concluir que nenhuma estranheza deve causar o fato de terceiros serem atingidos pelos efeitos de decisões judiciais. Obviamente, as partes, como sujeitos naturalmente envolvidos na relação jurídica discutida no processo, estão na linha de frente de tais efeitos, mas nada indica que apenas elas devam ou sejam apanhadas por tais consequências. O que não se admite é que aqueles terceiros juridicamente prejudicados pela decisão judicial possam ser atingidos de forma irreversível, sem que se dê oportunidade para que seus interesses também sejam defendidos e examinados em um processo: pela atuação específica e própria destes terceiros; ou em casos especiais, pela atuação de outra pessoa” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* op. cit., p. 193/194).

<sup>693</sup> Cassio Scarpinella Bueno afirma que o dispositivo “consagra, mesmo nos ‘processos individuais’, a possibilidade de transporte *in utilibus* da coisa julgada” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual...* op. cit., p. 366).

O art. 506 deve ser interpretado em conjunto com o art. 503 e seu §1º. Assim, a coisa julgada – produzida objetivamente de acordo com os limites estabelecidos no art. 503 – poderá alcançar terceiros, desde que para beneficiá-los. Em outras palavras, pode-se afirmar que, não sendo possível a formação da coisa julgada para as partes, em razão da ausência de requisitos previstos nesse dispositivo, não poderá, por óbvio, essa coisa julgada produzir-se sobre terceiros, mesmo que para beneficia-los.

Imagine-se, por exemplo, a seguinte situação: três pessoas celebram contrato de empréstimo. O credor, nesse caso, empresta determinada quantia a dois devedores. Inadimplida a obrigação em seu termo, proposta ação pelo credor contra apenas um dos devedores, é alegada a nulidade do contrato. Essa nulidade, se reconhecida, poderá beneficiar o devedor que não foi parte no processo. Caso, porém, seja reconhecida a validade do contrato, essa decisão não poderá prejudicar o devedor que não integrou a relação processual. Assim, em futura ação proposta pelo credor contra esse devedor, poderá ele voltar a discutir a nulidade do contrato, mesmo que a questão já tenha sido decidida na ação anterior<sup>694</sup>.

A regra aplica-se a qualquer procedimento em que não haja restrições probatórias ou limitações à cognição (art. 503, §2º, CPC), incluindo, é claro, as ações coletivas. Significa dizer que havendo em uma ação coletiva decisão que resolva questão prejudicial, haverá formação de coisa julgada e expansão dessa autoridade para terceiros, desde que em seu benefício.

### **3.4.5. A decisão sobre questão em ação coletiva e seus reflexos sobre demandas individuais**

O que se desenvolveu nos itens anteriores possibilita o estabelecimento de algumas premissas importantes: a) a questão prejudicial expressamente decidida e que atenda aos requisitos do §1º do art. 503 do CPC torna-se indiscutível para futuras demandas; b) a decisão sobre essa questão pode beneficiar terceiros, nos termos do art. 506 do CPC; c) questão prejudicial é toda questão necessária ao julgamento de outra (no caso, da pretensão), desde que relativa à existência ou inexistência de uma relação jurídica.

Não é diferente nas ações coletivas. Também nessas demandas a questão prejudicial receberá a autoridade da coisa julgada material, tornando-se indiscutível para processos futuros.

---

<sup>694</sup> Neste ponto, o art. 1.068 do Código de Processo Civil de 2015 alterou a redação do dispositivo do Código Civil que disciplinava a questão: “Art. 1068. O art. 274 e o caput do art. 2.027 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles”.

Por consequência, todos os titulares dos direitos representados adequadamente na demanda serão alcançados por essa indiscutibilidade.

Sequer seria necessária a aplicação do art. 506 do CPC nesse caso. Afinal, já se afirmou que, tendo em vista a adequada representação de todos os titulares pelo autor da demanda, esses titulares não estão ali na qualidade de terceiros. Muito diferente disso, e na medida em que estão adequadamente representados pelo autor, são partes em sentido material, recebendo, portanto, todos os efeitos das decisões e a autoridade da coisa julgada sobre elas formada.

Pelos mesmos motivos, sequer seria necessária a restrição do art. 103 do CDC. Afinal, havendo representação adequada e, via de consequência, estando os interesses individuais devidamente representados, não há motivos para não se prever a coisa julgada *pro et contra*.

O sistema brasileiro, infelizmente, não abre espaço para essa conclusão. Não obstante seja possível, por tudo o que já se afirmou anteriormente a respeito da função nuclear do microsistema de tutela coletiva, defender que a representatividade adequada é requisito exigido para a propositura de ações coletivas no Brasil, o texto do art. 103 do CDC é claro ao dispor que os titulares dos direitos individuais não poderão ser prejudicados pela decisão. Qualquer interpretação em sentido diverso seria *contra legem* e, portanto, inadmissível. Fica então, como proposta de *lege ferenda*, a defesa de que, num sistema de tutela coletiva adequado, que apenas possibilite a atuação de entidades sérias e que extraiam sua legitimidade da própria parcela da sociedade civil que representam, a coisa julgada deveria, em qualquer caso, ser *pro et contra*.

Ainda assim, de *lege lata*, é possível defender-se, até por decorrência lógica, ao menos que a autoridade da coisa julgada sobre questão prejudicial proferida em ação coletiva, desde que observados os requisitos do art. 503, §§1º a 3º, alcança os titulares de direitos individuais objeto da demanda para beneficiá-los, em razão da aplicação do art. 506 do CPC e do art. 103, III, do CDC.

O problema reside em saber quais questões poderão receber essa qualidade de imutável, beneficiando os titulares dos direitos individuais. Para além do conceito de questão prejudicial, parte significativa da doutrina defende que a extensão subjetiva da coisa julgada somente poderá beneficiar terceiros quando se tratar de ato único (por exemplo, a nulidade de um ato assemblear que atinge vários sócios)<sup>695</sup>, excepcionando essa extensão quando se tratar

---

<sup>695</sup> “Assim, se um dos vários legitimados para a impugnação de um ato único ou para a defesa de um direito comum obtém sucesso na ação que propôs, o resultado favorável também produz efeito em face dos demais legitimados (por exemplo, impugnação de deliberação assemblear por um dos vários sócios; art. 1º, §3º, da Lei 12.016/2009; arts. 260, 267, 1.314, 1.791, parágrafo único, do CC/2002 etc.). O efeito da improcedência (manutenção do ato impugnado; ausência de proteção jurisdicional do direito comum) também atinge os terceiros. Mas eles não estão

de atos semelhantes geradores de efeitos idênticos para pessoas diversas (que seria justamente uma das hipóteses para os direitos individuais homogêneos)<sup>696</sup>.

Não concordamos com essa última posição. Afinal, o art. 506 do CPC não faz qualquer diferenciação quanto ao fato que dá origem à questão prejudicial. De outro lado, e embora o art. 506 deva ser lido em conjunto com o art. 503, a decisão sobre a questão prejudicial, não obstante relativa às partes do processo, pode ter como base uma relação ou situação jurídica idêntica a tantas outras que se reproduzirão em inúmeras demandas.

A regra do art. 506 do CPC, assim, abrange tanto o ato único de alcance múltiplo, quanto atos idênticos, embora individualizáveis para uma multiplicidade de pessoas, desde que se trate de questão prejudicial.

Em última análise, portanto, pode-se afirmar que no atual sistema brasileiro, a decisão sobre a questão prejudicial, atendidos os requisitos do art. 503, §1º, do CPC recebe a autoridade da coisa julgada e pode beneficiar terceiros (art. 506 CPC). Embora os titulares de direitos individuais objeto de ação coletiva não possam ser considerados propriamente terceiros (pela presença de um representante adequado) essas normas reforçam a possibilidade de a eles se estender o alcance da coisa julgada sobre questão prejudicial que lhes seja benéfica.

---

impedidos, pela coisa julgada, de tornar a propor a mesma ação. Já na primeira hipótese, faltar-lhes-ia interesse de agir para pedir aquilo que já foi concedido na ação do outro legitimado [...] A situação ora examinada é completamente distinta daquela que se têm quando diversas pessoas possuem uma pretensão homogênea contra um mesmo sujeito (por exemplo: inúmeros contribuintes contra o Fisco; consumidores contra um fornecedor; pensionistas contra o órgão previdenciário etc.). Nesses casos, trata-se de direitos individuais homogêneos: são posições análogas, mas que não integram uma mesma relação jurídico-material unitária. Em tais casos, o sucesso de um dos titulares de pretensão homogênea em sua ação não se estende aos demais titulares da posição análoga” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 807-808). Nesse sentido, o enunciado 36 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, realizado em 2017: “O disposto no art. 506 do CPC não permite que se incluam, dentre os beneficiados pela coisa julgada, litigantes de outras demandas em que se discuta a mesma tese jurídica”.

<sup>696</sup> “Fala-se de questão idêntica, ou melhor, da solução da questão que diz respeito exatamente ao conflito concreto em que o terceiro está inserido. Portanto, está a se considerar a própria questão que o terceiro tem legitimidade para discutir em juízo para obter tutela do direito. Muito mais do que as relações substanciais unitárias, importam aqui as hipóteses de múltiplos danos, inadimplementos ou violações, em que pessoas situadas numa mesma posição diante de um mesmo caso conflitivo concreto podem pedir tutela dos seus direitos ou litigar de forma individualizada em face de um único adversário. Para exemplificar, é possível considerar o acidente de um ônibus com dezenas de passageiros. Tendo sido proposta ação por um grupo de três em face do proprietário do veículo que causou o acidente, o julgamento de procedência do pedido de indenização obviamente não pode beneficiar os demais acidentados ou mesmo as famílias de eventuais mortos. Contudo, a controvérsia que se formou a respeito da culpa, ao dar origem a uma questão adequadamente discutida e expressamente decidida, evidentemente é do interesse dos demais acidentados. Isso porque essa questão decidida nada mais é do que a questão de que depende a tutela dos direitos dos acidentados que não participaram do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão...* op. cit., p. 97-116).

### 3.4.6. O específico caso da falsidade documental

Já se viu que o Código de Processo Civil de 2015 inova quanto à sistemática dos limites objetivos da coisa julgada, possibilitando sua extensão às questões prejudiciais quando cumpridos os requisitos dos §§1º e 2º do art. 503.

Manteve-se, porém, a sistemática anterior – ou seja, da inaptidão automática para produção dos efeitos da coisa julgada – para uma específica questão prejudicial: a falsidade (ou autenticidade) documental. Assim, e de acordo com o art. 430, par. único, a falsidade documental<sup>697</sup>, quando arguida pela parte<sup>698</sup>, será decidida como questão incidental, sendo analisada como questão principal apenas se houver pedido expresso nesse sentido<sup>699</sup>. No primeiro caso, será mero incidente processual. No segundo, verdadeira ação incidental, cabível apenas nos casos de falsidade material ou, tratando-se de falso ideológico<sup>700</sup>, quando o incidente não tiver por objetivo a desconstituição de relação jurídica<sup>701</sup>, caso em que será necessário o

<sup>697</sup> À luz do Código de Processo Civil de 1973, afirmava Humberto Theodoro Junior: “Visando o incidente de falsidade a declarar a autenticidade ou não documento produzido nos autos, sua função é a de produzir, em caráter prejudicial, elemento de convicção útil ou necessário ao julgamento da causa principal. Trata-se, pois, de função processual equivalente à das medidas cautelares de coleta antecipada de prova” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ação declaratória e incidente de falsidade: falso ideológico e intervenção de terceiros*. In Revista de Processo vol. 51/1988, jul-set/1988, p. 40).

<sup>698</sup> Acerca da necessidade de arguição da falsidade e da formulação de expresso pedido para sua declaração, afirma Moacyr Amaral Santos: “Uma coisa é declarar falso o documento, outra considera-lo desmerecedor de fé. Para declarar falso um documento, há de necessariamente haver um pedido nesse sentido, sobre o qual cumpre que o juiz decida. O objeto aí é uma declaração de falsidade documental. Já na apreciação da fé que possa merecer o documento, o juiz é livre, como é livre na apreciação de toda e qualquer prova, atento aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte (Código, art. 118) [...] não poderá, porém, declara-lo falso, salvo se houver procoação nesse sentido. A faculdade de livre apreciação da prova não compreende a de decidir sobre o que não lhe foi pedido (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. v. IV, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 470/471).

<sup>699</sup> “A leitura dos dispositivos colocados no tratamento da chamada ‘arguição de falsidade’ dá a impressão de que o código escolheu sujeitar esse incidente ao regime quer da ação incidental, quer de simples incidente processual, a depender da intenção do sujeito que faz a alegação. Em havendo requerimento específico – equiparado, então, a verdadeiro pedido de tutela jurisdicional, nos moldes do art. 19, II – haverá uma cumulação de ações no processo, acarretando a necessidade de o magistrado decidir especificamente sobre o tema. Do contrário, a questão será resolvida incidentalmente, como qualquer outra alegação feita no curso do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 742).

<sup>700</sup> “A alteração da ideia fixada no documento importa, pois, a sua falsificação ideológica; já a alteração do suporte do documento (seja ou não a ideia falsa) implicará a sua falsidade material” (Ibid., p. 731).

<sup>701</sup> É este o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça: “A instauração de incidente de falsidade é possível mesmo quando se tratar de falsidade ideológica, mas desde que o documento seja narrativo, isto é, que não contenha declaração de vontade, de modo que o reconhecimento de sua falsidade não implique a desconstituição de relação jurídica, quando será necessário o ajuizamento de ação própria” (REsp 1637099/BA; 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; j. 26.09.2017; DJe 02.10.2017). Tratava-se, no caso, de notas fiscais apresentadas em ação de alimentos, buscando superdimensionar o valor das despesas do alimentando, sendo a alegação da falsidade fundada na numeração sequencial das notas, oriundas do mesmo talão. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, op. cit., p. 399; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ação declaratória e incidente de falsidade...* op. cit., p. 34-37.

manejo de ação de caráter constitutivo, para o que o incidente (de natureza meramente declaratória) é insuficiente.

Veja-se que, tratando-se de questão principal, a coisa julgada incidirá sobre a decisão da falsidade documental mesmo em caso de improcedência. Isso significa que o resultado da arguição de falso documental pode ser no sentido da autenticidade do documento<sup>702</sup>. Se analisada como questão principal, receberá a força da coisa julgada.

Essa previsão legal representa um apego desnecessário a tudo o que, acerca da coisa julgada, se afirmou no início deste subcapítulo<sup>703</sup>. Afinal, valoriza-se a solução que se dá à questão da falsidade se e quando a parte expressamente pedir que sobre ela haja efetiva “decisão”. Caso isso não ocorra, a mera ausência de pedido da parte nesse sentido fará com que o raciocínio judicial desenvolvido na análise da falsidade ou autenticidade de um documento não ultrapasse os limites de um mero “raciocínio lógico”, não tendo o condão de assumir caráter decisório e, por isso, de ser alcançado pela coisa julgada material<sup>704-705</sup>.

A opção do legislador, como se vê, não representa apenas um retrocesso sob o aspecto procedimental. É certo que haverá transtornos também nesse sentido, na medida em que a parte deverá se preocupar com a dedução correta da arguição de falsidade, sob pena de correr o risco de ver essa questão novamente discutida em outro processo. E o que é ainda pior: de ser a

<sup>702</sup> Nesse sentido: BONFIM, Daniela Santos. *Da arguição da falsidade*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1237.

<sup>703</sup> Para Egas Dirceu Moniz de Aragão, “o objeto da arguição de falsidade é a mera declaração do fato jurídico – falsidade ou autenticidade – para o que o juiz atua seu poder-dever e não age sob limitações de ordem subjetiva emanadas das partes, por ser ele próprio o interessado número um em expungir do processo fontes de prova cuja pureza não esteja assegurada” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil...* op. cit., p. 298). Não deixa, porém, de caracterizá-la como questão prejudicial, reconhecendo o incidente de falsidade documental como verdadeira ação declaratória incidental. Não obstante, a previsão do art. 395 do CPC/73 indicava tratar-se de decisão declaratória que, portanto, formará coisa julgada (Ibid., p. 315) mesmo nos casos em que o incidente for julgado improcedente por falta de provas suficientes da falsidade, caso em que estaria reconhecida a autenticidade do documento. Para o autor, essa solução não é a mais acertada. Deveria o sistema prever que a coisa julgada não incidiria, nessa situação, em caso de insuficiência de provas (Ibid., p. 316).

<sup>704</sup> “O grande problema dessa interpretação é o choque dela com o contido no art. 503, §1º. De fato, a leitura desse último dispositivo demonstra que o código expressamente estende a coisa julgada à decisão de questões prejudiciais – e não há dúvida de que aqui se está diante de questão prejudicial – independentemente de requerimento expresso da parte ou de quem quer que seja, desde que o tema seja pressuposto para o exame de mérito, que tenha havido contraditório e que o juiz tiver competência para examinar a matéria. Ora, assim, se aplicada essa regra, a decisão sobre a falsidade ou não de certo documento, mesmo quando examinada como questão prejudicial, também se sujeitará à coisa julgada, independentemente de qualquer requerimento da parte. Já se considerado apenas o teor do art. 430, parágrafo único, para que incida a coisa julgada é preciso que haja pedido expresso da parte, até para que a questão se transforme em ‘questão principal’” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 742).

<sup>705</sup> De outro lado, Daniela Santos Bonfim dá interessante interpretação ao art. 430, par. único, CPC, para demonstrar que também a questão da falsidade documental, mesmo quando incidental, se submete ao regime da coisa julgada, desde que atendidos os requisitos do §1º do art. 503, §1º. Para a autora, se o Código de Processo Civil autoriza a incidência da coisa julgada sobre questão incidental, desde que prejudicial – e não há dúvidas de que é este o caso da falsidade documental – incide também sobre essa questão a regra do citado dispositivo, com a consequente formação da coisa julgada (BONFIM, Daniela Santos. *Da arguição de falsidade...* op. cit., p. 1238).

questão decidida em sentido diverso daquele como foi solucionada no processo anterior. Mais do que isso, porém, a manutenção da regra do parágrafo único do art. 430 no CPC/2015 é contrária às premissas adotadas pelo Código. No específico caso da regra do art. 530, §§1º e 2º, a preocupação era voltada, como já se viu, ao “maior rendimento possível” de cada processo, evitando-se a reiteração de questões já solucionadas, e garantindo-se, conseqüentemente, a eficiência.

Não há, de outro lado, qualquer justificativa para tanto. Indubitavelmente, a questão do falso documental é prejudicial, no sentido tradicional da definição já analisada anteriormente, não se tratando de mero fato<sup>706</sup>. À conclusão de que a declaração de falso documental pode receber automaticamente a incidência coisa julgada, portanto, prescinde qualquer discussão acerca da aceitação, ou não, de ação declaratória sobre fato<sup>707</sup>.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, a regra do parágrafo único do art. 430 está em absoluto descompasso com a previsão do art. 503, §1º, e com as próprias premissas do Código. Ainda assim, havendo disposição expressa acerca da necessidade de pedido da parte para que a falsidade documental seja decidida como questão principal, não há espaço para, neste específico caso, aplicar-se a regra geral do art. 503, §1º<sup>708</sup>. Interpretação nesse sentido dependeria de uma (muito pertinente) alteração legislativa.

---

<sup>706</sup> Considerando o incidente de falsidade documental exemplo de ação declaratória sobre fato no direito brasileiro, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*, op. cit., p. 454-465.

<sup>707</sup> Criticando a doutrina que afirma que o accertamento sobre a falsidade ou a validade de um documento é um accertamento de fato jurídico e, portanto, se estaria diante de exceção ao princípio geral segundo o qual o objeto da sentença declaratória poderia ser apenas uma relação jurídica, Vittorio Denti lembra que o accertamento “non potrebbe avere ad oggetto la qualità del documento, a prescindere dal rilievo che la qualità di una cosa non potrebbe assurgere ad autonomo oggetto di accertamento giudiziale, costituendo un semplice elemento della fattispecie di situazioni giuridiche. E chiaro, dunque, come alla dottrina di ispirazione chiovendiana sia sfuggito l'aspetto essenziale del fenomeno, ossia la funzione di verificazione della prova propria dei giudizi qui considerati; e sia sfuggito che, se dal punto di vista logico il problema verte intorno alla verità o falsità della prova documentale, dal punto di vista giuridico la verificazione opera solo in funzione di quel vincolo probatorio che la legge designa come efficacia di ‘piena prova’” (DENTI, Vittorio. *La verificazione delle prove documentali*. Torino: Stamperia Artistica Nazionale, 1957, p. 87). Acerca da posição de Carnelutti, que considera tratar-se de um accertamento parcial acerca da existência da lide, e um accertamento ligado a um vínculo de prejudicialidade com a decisão sobre a relação jurídica que constitui o tema da prova, afirma não existir “una verità o falsità della prova al di fuori e prima del processo poichè solo nel processo la prova viene formulata, dando luogo al problema della sua verificazione. Se nel giudizio di verificazione è la prova che diviene oggetto del processo (o, se si vuole, dell'accertamento) e si dà quindi un processo sulla prova, la relativa controversia non può non appartenere totalmente al diritto processuale. E poichè le questioni del processo non sono le questioni della lite, resta esclusa la possibilità di considerare l'accertamento della verità o falsità del documento eome decisione parziale della lite: questo è, a mio avviso, il rilievo conclusivo che si impone sulla evoluzione del pensiero carneluttiano, rilievo che ha in sè implicita la posizione di problemi ai quali dovrà più oltre essere dato compiuto svolgimento” (Ibid., p. 89-90).

<sup>708</sup> Em sentido contrário: “Ao que parece, sujeitar a situação em exame a um regime diferente de qualquer outra questão prejudicial seria um absoluto contrassenso. De fato, nada justifica que a apreciação de qualquer questão prejudicial pudesse estar acobertada pela coisa julgada, nos termos do art. 503, §1º, do Código, à exceção, apenas, da matéria da falsidade ou da autenticidade de documento. Assim, parece que uma interpretação sistemática do código indica a conclusão de que a análise sobre a falsidade ou autenticidade de documento sempre se sujeitará à coisa julgada, independentemente de requerimento da parte, exceto quando não puderem ser observadas as

Ainda assim, é possível dar à questão um melhor aproveitamento, por meio da extensão do reconhecimento acerca da falsidade ou autenticidade documental a terceiros. Seja para se reconhecer a falsidade documental, seja para se afirmar que o documento é autêntico (ou seja, em caso de improcedência da arguição de falsidade), a decisão sobre essa questão poderá alcançar eventual terceiro que integre, ao lado das partes, as relações jurídicas materializadas no documento.

O Código de Processo Civil de 2015, já se disse, possibilita que terceiros sejam beneficiados pela coisa julgada produzida em determinada demanda, mantendo o regramento do Código anterior para impossibilitar que esses terceiros sejam prejudicados. A previsão tem como fundamento o princípio do devido processo legal. Afinal, não se poderá admitir que terceiros possam sofrer prejuízos em decorrência de decisão proferida em demanda na qual não foram sujeitos do contraditório.

Ao mesmo tempo, cogitar-se a possibilidade de reinstauração da discussão acerca da falsidade ou autenticidade de determinado documento – questão que, como regra, será decidida por meio de cognição exauriente e dependerá de exame pericial –, causa um certo desconforto. Afinal, em um momento em que cada vez mais se defende que o processo seja gerido à luz de um contexto global de processos, como parte de um sistema judicial que deve funcionar a partir dos paradigmas da efetividade e da eficiência, possibilitar-se a repetição de discussão já estabelecida e amplamente resolvida em demanda anterior é um verdadeiro contrassenso.

É imperioso, portanto, que se pense em medidas voltadas a solucionar esse problema, reduzindo o abismo entre as previsões do CPC voltadas ao procedimento e a efetividade do processo, o que pode ocorrer pela admissão, no incidente de falsidade, das formas de intervenção de terceiros<sup>709</sup>.

É claro que o problema será de mais fácil solução quando o terceiro voluntariamente pleitear sua intervenção no processo. Nos casos, portanto, de intervenção voluntária (como ocorre com a assistência simples ou litisconsorcial), a extensão da eficácia da sentença e da

---

condições do art. 503, §§ 1º e 2º. Por isso, a regra será a sujeição do ‘incidente’ de falsidade documental à coisa julgada, independentemente de qualquer pedido da parte, exceto quando o juiz não tiver competência para examinar a matéria, quando não for possível a realização de contraditório pelo sobre a questão (por exemplo, por restrições à cognição judicial) ou ainda quando o tema não constitua, efetivamente, questão prejudicial para o exame do mérito. Diante dessas exceções, o tema até poderá ser examinado incidentalmente, mas não haverá coisa julgada sobre essa decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...* op. cit., p. 742-743).

<sup>709</sup> “Quer se focalize o caráter de ação contenciosa declaratória de que se reveste o incidente de falsidade, quer se encare o seu objetivo de constituir prova necessária ao processo principal ad instar das ações cautelares, não há lugar para recusar, em seu curso, a intervenção de terceiro do litisdenuciado e do chamado ao processo” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ação declaratória e incidente de falsidade...* op. cit., p. 41).

coisa julgada a terceiro não causará maiores problemas<sup>710</sup>. A mesma solução será viabilizada no caso de intervenções provocadas, como ocorre, por exemplo, com o chamamento ao processo (arts. 130 a 132 do CPC). Essa seria, aliás, a solução para o problema da extensão da decisão maléfica a devedores que não são parte em ação proposta contra um deles. Chamados os demais devedores ao processo (com fundamento no inciso III do art. 130 do CPC), a extensão dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada a eles será automática<sup>711</sup>.

O maior problema, porém, reside nos casos em que essa intervenção – voluntária ou provocada pelas partes no processo – não ocorrer, aplicando-se, neste ponto, tudo o que se disse acerca da possibilidade de intervenção de terceiros, inclusive de forma provocada, na produção antecipada da prova.

Diferentemente do que ocorre no procedimento de produção antecipada, porém, aqui o ingresso e a participação do terceiro tem por objetivo também possibilitar sua inclusão na extensão subjetiva da coisa julgada, mesmo em caso de decisão que o prejudique<sup>712</sup>.

---

<sup>710</sup> Não se pode perder de vista que o assistente não se submete à autoridade da coisa julgada, mas sim à justiça da decisão, com exceção das hipóteses previstas no art. 123 do CPC, ou seja, salvo se alegar e provar que pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, ou que desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu”. A “justiça da decisão”, neste caso, apresenta objetivamente aspecto mais amplo do que a autoridade da coisa julgada, na medida em que poderá incluir todos os fundamentos da sentença. Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini afirmam: “Trata-se de instituto, em certo aspecto, mais rígido e, em outro, mais flexível do que a coisa julgada a que se submetem as próprias partes. É mais rigoroso na medida em que torna imutáveis, indiscutíveis para o assistente simples, inclusive os próprios fundamentos da sentença – e não apenas o comando sentencial (já a coisa julgada torna imutável apenas o comando da sentença, e não a fundamentação). É o que se extrai da proibição de que o assistente discuta, em processo posterior, a ‘justiça da decisão’. Essa proibição de o assistente simples rediscutir os fundamentos da sentença, ainda que em outra ação, com outro objeto, tem uma razão de ser. No mais das vezes, se a imutabilidade se restringisse ao objeto do decism, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente simples. Os aspectos pertinentes ao assistente que poderiam ensejar um subsequente processo entre o assistente e alguma das partes no primeiro processo normalmente estão veiculados na fundamentação [...] Por outro lado, o ‘resultado da intervenção’ é mais flexível que a coisa julgada, na medida em que se confere ao assistente a possibilidade de subtrair-se de tal autoridade quando demonstrar que sua adequada atuação no processo foi prejudicada por atos ou omissões do assistido” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 1, op. cit., p. 357-358).

<sup>711</sup> “Os terceiros intervenientes serão atingidos pela coisa julgada sempre que, mediante a intervenção, assumam a condição de partes [...] Em todos esses casos, o terceiro interveniente submete-se à coisa julgada, dentro dos limites objetivos pertinentes à sua posição de parte” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 118).

<sup>712</sup> Acerca da intervenção de terceiros por ordem do juiz utilizada com essa finalidade, Lia Carolina Batista Cintra afirma: “Por tudo o que se disse, a intervenção *iussu iudicis* não deve ser encarada exclusivamente como um mecanismo de proteção dos terceiros contra a eficácia da sentença, embora isso possa até ocorrer em alguns casos. Mas, para aqueles que acreditam na possibilidade de vincular terceiros à própria coisa julgada, com maior razão, se deve defender a necessidade de buscar meios de integração desses terceiros ao processo”. (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro...* op. cit., p. 75). A autora, que realiza uma brilhante análise acerca das possibilidades para a intervenção de terceiro por ordem do juiz no sistema brasileiro, destaca posição de Sergio Menchini no sentido da possibilidade de se provocar a intervenção do terceiro para que ele se submeta também à autoridade da coisa julgada. Ressalta, porém, a impossibilidade de se aplicar esse entendimento no direito brasileiro, que não prevê essa possibilidade de intervenção. Por sua relevância para o presente trabalho, vale o registro à posição do professor italiano, apresentada como uma das propostas para a conclusão de que “il provvedimento giurisdizionale non può non prevedere una regolamentazione unitaria della situazione sostanziale plurisoggettiva, la quale o è dichiarata esistente rispetto a tutti i cointeressati o è negata nei confronti di tutti”. Assim, para o autor, “evidente è il pericolo che incombe sul terzo, eventualmente convenuto da uno soltanto dei

Não há, assim, porque não se possibilitar a inclusão do terceiro no processo, possibilitando desse modo que a ele se estenda a eficácia e autoridade da decisão acerca da autenticidade do documento. Essa inclusão pode ser provocada pelo juiz por meio do cumprimento do dever de diálogo, decorrente da colaboração (art. 6º do CPC), seja para ofertar às partes a possibilidade de provocar a intervenção do terceiro, seja facultando ao terceiro a possibilidade de intervir no processo como assistente<sup>713</sup>. E mesmo para os casos em que essa provocação não se mostre efetiva e suficiente a possibilitar a intervenção do terceiro, é possível que o próprio juiz determine essa intervenção de ofício, o que se justifica, dentre outras coisas, à luz do princípio da eficiência.

Essa solução, porém, poderá nem sempre ser adequada. Afinal, é possível que sejam muitos os terceiros alcançados pela decisão e pela coisa julgada formada no processo, inviabilizando o chamamento de todos. Pense-se, por exemplo, nos casos de contratos coletivos de seguro ou de plano de saúde. Para situações como essas, tratando-se de ação coletiva em que se discuta a autenticidade do documento como questão principal, haverá a possibilidade de extensão da decisão acerca dessa questão a todos os titulares de direitos individuais fundados no documento, desde que presente a representatividade adequada do autor coletivo. À luz da sistemática processual coletiva brasileira, porém, essa solução apenas será viável quando a decisão sobre a falsidade documental beneficiar esses titulares.

De todo modo, e na esteira do que se afirmou com relação às questões prejudiciais resolvidas no âmbito de uma ação coletiva, fica aqui mais uma proposta de *lege ferenda*, a fim de que se possibilite a extensão da coisa julgada *pro et contra* quando a coletividade estiver adequadamente representada na demanda coletiva. Com efeito, a improcedência da arguição de falso pode significar, em alguns casos, que o documento é verdadeiro, atestando, portanto, sua

---

più contitolari: poiché la sentenza, che rigetta la domanda di quest'ultimo, non impedisce agli altri collegittimati di agire successivamente a tutela del diritto comune, la sua vittoria non è definitiva, giacché può essere travolta dall'accoglimento della domanda successivamente proposta da uno di questi. Tuttavia, il terzo convenuto ha a disposizione un'arma, che gli consente di vincere non soltanto la battaglia, bensì la guerra; egli, infatti, può chiamare in causa, ex art. 106 c.p.c., tutti gli altri contitolari, ponendo così le condizioni per l'emanazione di una statuizione che accerti, in modo vincolante rispetto a tutti gli interessati, il modo di essere del rapporto giuridicocontroverso. Identico potere potrà essere esercitato dal giudice, ex art. 107 c.p.c., quante volte ne ravvisi l'opportunità" (MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile*, op. cit., p. 532 e 537).

<sup>713</sup> "Assumindo que o processo civil brasileiro adotou um modelo cooperativo (CPC/2015, art. 6º), será possível que o juiz dialogue com as partes a respeito da possibilidade de elas manejarem intervenções coatas nos casos já previstos no Código. Para que isso seja efetivo, será necessário flexibilizar preclusões, o que é um mal muito menor diante da potencial maximização dos resultados do processo, caso as partes optem por requerer a intervenção [...] Ainda nessa linha, seria possível ao juiz, quando verificar essa situação a partir dos elementos dos autos, dar ciência da pendência do processo a terceiros que tenham interesse em intervir como assistente [...] Por fim, mesmo se o réu não alegar 'ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado (CPC/2015, art. 338), mas o juiz puder apurar isso com base nos elementos dos autos, deve instar o autor a se manifestar a respeito e facultar a substituição do réu ou mesmo a inclusão do terceiro em litisconsórcio passivo com o réu originário" (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro...* op. cit., p. 230).

autenticidade. Haverá nessas situações verdadeiro acerto quanto à validade do documento<sup>714</sup>, havendo, também aí, decisão com força de coisa julgada extensível a todos aqueles que estejam adequadamente representados na demanda coletiva.

### **3.4.7. A estabilidade da prova de repercussão coletiva: segurança jurídica e boa-fé para além da coisa julgada**

A princípio, ao menos à luz da atual sistemática processual e da exegese do instituto da prova emprestada, o transporte da prova coletiva para as demandas individuais carregará apenas o acerto acerca da regularidade da prova, mas não da valoração realizada na ação coletiva. A situação é diferente quando a prova serve de base à decisão sobre questão prejudicial (como ocorre, dentre outras, com a falsidade documental), caso em que, pela previsão do art. 503, §1º, do CPC, haverá coisa julgada sobre a decisão da questão.

Permanece, de todo modo, o problema relativo à solução de questão fática que não se caracterize como prejudicial, para o que, muito embora inexista coisa julgada, não parece aceitável cogitar-se a inexistência de alguma forma de estabilidade<sup>715</sup>, ao menos que incida sobre a prova produzida, evitando situações contraditórias. É esta *zona de penumbra*, não acobertada pela sistemática posta no Código de Processo Civil para a prova emprestada ou para a coisa julgada, que será foco de atenção nesse derradeiro espaço.

Se, de um lado, o sistema processual brasileiro não admite a incidência de coisa julgada sobre questão não prejudicial, de outro não há como eliminar o desconforto gerado pela possibilidade de conclusões diversas sobre um mesmo fato. Já se viu, a este respeito, que a afirmação no sentido de que o fato *A está provado* encontra-se no espaço da valoração da prova, não havendo impedimento a que este mesmo fato *A* seja considerado *não provado* em demanda

---

<sup>714</sup> “Mas, julgada improcedente a arguição, os efeitos em relação ao documento podem ser de duas ordens: ou ficou provado que o documento é verdadeiro ou não ficou suficientemente provado se o documento é falso ou verdadeiro. Neste caso, a apreciação do documento, na causa principal, exige rigores especiais, tanto maiores quanto mais frágeis os argumentos favoráveis à sua veracidade e sinceridade” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. IV, op. cit., p. 491).

<sup>715</sup> A existência de outras formas de estabilidade, ao lado da preclusão e da coisa julgada, já foi mencionada quando, no capítulo 02, defendeu-se a estabilidade do acerto sobre a regularidade da prova produzida antecipadamente. Naquela oportunidade, afirmou-se que a impossibilidade de discussão sobre ato estabilizado pela preclusão assume por vezes caráter extraprocessual, imunizando o ato para além dos limites da demanda. No específico caso da prova produzida antecipadamente, essa constatação resulta no impedimento à rediscussão da validade da prova, salvo nos casos de nulidade da confissão ou de falsidade documental. Em trabalho já citado, no qual propõe uma nova sistematização para os regimes das estabilidades, Antonio do Passo Cabral defende a adoção de um outro modelo de estabilidades, que não se exauram na preclusão e na coisa julgada. As estabilidades processuais, segundo afirma, “independem do direito positivo, mas remetem a uma principiologia processual que pode nem mesmo estar positivada” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...* op. cit., p. 41).

posterior. Assim, se um juiz valora a prova da embriaguez do motorista como suficiente à caracterização da culpa e consequente indenização, nada impede que outro juiz, em nova demanda com pedido diverso, ainda que com as mesmas partes, valora a mesma prova da embriaguez de forma diversa, concluindo pela ausência de culpa e dever de indenizar.

Aderindo ao que afirma Jordi Nieva-Fenoll em conhecido trabalho sobre a coisa julgada, pode-se afirmar que, muito embora seja essa a sistemática adotada pelo legislador brasileiro, “parece sumariamente irritante, em um primeiro exame, que as diversas decisões judiciais de um Estado possam discrepar acerca do que os diferentes Juízes consideram provado”<sup>716</sup>.

O autor cita alguns exemplos, como a sentença que declara, em ação de responsabilidade, a má atuação de Tício como administrador de uma sociedade anônima ao realizar uma negociação temerária em bolsa. Nesse caso, “uma sentença posterior não poderia negar que se realizou esse negócio, nem que foi temerária, porque do contrário o pronunciamento do Juiz ficaria vazio de conteúdo. Por isso, requer estabilidade”<sup>717</sup>.

Com base nesse entendimento, o autor defende que também a decisão sobre fatos receba a autoridade da coisa julgada<sup>718-719</sup>. Embora, de *lege ferenda*, a proposta seja interessantíssima, não há espaço para, no direito brasileiro, numa perspectiva de *lege lata*, aderir-se a esta tese.

Não se trata, portanto, de afirmar que a decisão sobre os fatos é atingida pela coisa julgada. Não é, e nem poderia mesmo ser, pela já exposta impossibilidade de incidência da

---

<sup>716</sup> E prossegue: “Aparentemente poderíamos pensar que, se um Juiz declara que o semáforo da Avenida Diagonal, à altura da Avenida Pedralbes, não funcionava bem às 17h do dia 5 de maio de 2005, não poderia vir depois outro Juiz e declarar justamente que aquele semáforo funcionava perfeitamente naquele dia e naquela hora [...] É óbvio que sobre os fatos provados o Juiz realizou um julgamento, pelo que o problema se centra somente no primeiro ponto, aquele de se a declaração de fatos provados requer essa estabilidade para que a decisão não se desvirtue. Ou mais precisamente, se a declaração desse fato concreto requer estabilidade” (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Trad. Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 199-201).

<sup>717</sup> Loc.cit.

<sup>718</sup> “O mesmo ocorreria, por exemplo, com a qualificação da concorrência desleal de uma conduta comercial. Indissoluvelmente unida ao fato que qualifica, influirá em futuros processos dado que os futuros Juízes não vão poder negar essa qualificação ou tomá-la por inexistente. A estabilidade do pronunciamento da sentença em questão requer que essa qualificação não se possa modificar nem seja jamais posta em dúvida” (Ibid., p. 204). E conclui: “[...] como se vê, nada diferente em relação aos pronunciamentos sobre os fatos, porque, insisto, em todo caso o problema é o mesmo. A decisão jurisdicional necessita de certos fundamentos para que o que dispõe tenha sentido. E esses fundamentos requerem uma estabilidade que os torne inquestionáveis. Os fundamentos que requeiram essa estabilidade, sem os quais a decisão perderia todo seu sentido, terão efeitos de coisa julgada” (Ibid., p. 205).

<sup>719</sup> “Quanto a esses fatos explicitamente declarados, existe vinculação para o segundo Juiz tanto quanto esse fato precise de estabilidade para garantir a integridade da sentença ditada em primeiro lugar [...] Portanto, não é que os fatos provados integrem ou não integrem a coisa julgada, mas que o pronunciamento sobre estes fatos deve ter essa eficácia dependendo do papel que tais fatos tiveram no primeiro processo, e do que terão no segundo, para os fins de preservar a integridade da sentença já pronunciada” (Loc. cit.).

autoridade da coisa julgada sobre declaração de fato, decorrente da igualmente vedada dedução de pedido declaratório autônomo sobre fato no direito brasileiro. Sob o prisma do direito positivo, essa impossibilidade decorre da conjugação do art. 503, §1º com o art. 19 do CPC. Também não se trata de considerar que o juiz da segunda demanda está vinculado à valoração da prova realizada pelo primeiro. Afinal, é ínsita ao conceito de prova emprestada a ideia de que o empréstimo é apenas da prova produzida, e não da sua valoração.

O que se defende para todas essas situações é a necessidade de *alguma estabilidade* sobre a prova (no que toca à sua produção, e não à valoração), que inviabilize ou ao menos dificulte conclusão em sentido diverso àquele manifestado anteriormente. O que se pretende defender, portanto, é algo que se compatibilize com a necessidade de segurança decorrente da estabilidade das decisões judiciais, mas que se adeque ao sistema brasileiro, sem que seja necessária qualquer reforma legislativa. Trata-se da vinculação da parte – com significativos reflexos sobre o juiz – às condutas adotadas no processo, em atenção à boa-fé que deve nortear o comportamento de todos os sujeitos processuais.

Retome-se aqui o que se afirmou em item anterior acerca da *estoppel by record*<sup>720</sup>, regra orientadora da estabilidade sobre os fatos tal como se desenrolaram em ação anterior, tendo relação com a boa-fé que impede que as partes se oponham às condutas adotadas e aos fatos reconhecidos como verdadeiros em outra oportunidade<sup>721</sup>. A questão tem relação direta com a vedação ao *venire contra factum proprium*<sup>722</sup>, diretamente decorrente da boa-fé que rege

---

<sup>720</sup> “‘Estoppel by record’—the closest analog to modern issue preclusion in actions at law—was grounded in a desire to protect the integrity of the initial proceeding as manifest in the written record. The preclusive effect that attached to that determination was such as was necessary to prevent an unsuccessful party from undermining the integrity of that record. Estoppel by record thus prohibited a second attempt to obtain the same form of relief that was once denied, which would constitute an affront to the verdict recorded in the first proceeding. It also prohibited a party’s disavowal of the sworn testimony and admissions that he offered in a prior proceeding, which would attack the integrity of the original testimonial record” (WOLFF, Tobias Barrington. *Preclusion in Class Action Litigation*. In *Columbia Law Review* vol. 105, mar.2005, p. 779).

<sup>721</sup> “A diferencia de lo ocurrido con la claim preclusion, la doctrina de la issue preclusion ingresó al sistema legal inglés desde el ordenamiento germánico. En el marco de este último los procesos eran antiguamente caracterizados por el hecho de poner un fuerte énfasis en los procedimientos, los cuales eran controlados mayormente por las partes involucradas en el conflicto. En general, los juicios no eran concluidos por medio de los fallos de las cortes sino por las públicas, solemnes e irrevocables declaraciones de los propios litigantes. De allí que originariamente el estoppel prohibía a una persona contradecir lo que había afirmado previamente y también connotaba que una parte se encontraba limitada por sus propias admisiones” (VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* op. cit., p. 193).

<sup>722</sup> Comentando a vedação, Antonio do Passo Cabral afirma sua ligação atual com a proteção da confiança e da boa-fé, além do *estoppel* do direito anglo-americano e a preclusão da *civil law*, podendo ser aplicado “também para as contradições observadas entre alegações processuais e comportamentos anteriores incompatíveis” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, op. cit., p. 131-132). Quanto aos pressupostos para sua aplicação, aponta: “(1) a existência de dois atos sucessivos no tempo (o *factum proprium* e um segundo comportamento) praticados com identidade subjetiva do agente; (2) a incompatibilidade da segunda conduta com o comportamento anterior; (3) a verificação de uma legítima confiança na conservação da primeira conduta; e (4) a quebra da confiança pela contradição comportamental” (Ibid., p. 132).

as condutas dos sujeitos processuais. Tem, também, ligação com as ideias da *autocontradicción* ou *intercadencia*<sup>723</sup>.

O ponto serve de norte, por exemplo, à estabilidade da eficácia atribuída a determinada prova emprestada, em especial quando fundada em conduta direta da parte, como ocorre na confissão ou mesmo nos casos em que a conduta processual da parte é utilizada como argumento de prova (de que se tratou no capítulo 02). Ora, tendo o juiz, em ação de reparação de danos materiais, concluído, a partir do depoimento pessoal da parte ou mesmo de sua confissão, que houve ultrapassagem realizada em local proibido, não parece lógico admitir-se que, em outra demanda, a parte altere a versão dos fatos tal como apresentados na ação anterior, salvo em caso de comprovado vício de consentimento. Assim, se a responsabilidade da parte foi aferida a partir do depoimento do motorista do ônibus que reconheceu ter realizado a ultrapassagem proibida, não parece (salvo nos restritos casos de invalidade da confissão) ser crível considerar que em posterior ação de reparação por danos morais seja possível desconsiderar a ultrapassagem realizada em local proibido. A hipótese aplica-se também às condutas da parte durante a produção de qualquer prova no processo, como, por exemplo, no caso de informações que, prestadas ao perito, foram fundamentais para a conclusão a que se chegou no laudo pericial.

Essa proposta, como se vê, não tem sustentação na teoria da coisa julgada, mas na estabilidade, em determinadas situações, da eficácia da prova produzida no processo, com fundamento na boa-fé. Em outras palavras, a conduta processual vincula a parte, não sendo admissível que fato reconhecido como verdadeiro em determinada ação seja impugnado pela própria parte em demanda posterior. É este o efeito da estabilidade aqui defendida.

---

<sup>723</sup> “Es sabido que la primera consiste en la posibilidad de aplicar la versión que le sea menos favorable a la parte que es inconstante en sus afirmaciones, es decir en los supuestos en que produce varias versiones distintas de un mismo hecho o manifiesta una determinada versión adjuntando instrumentos o documentos que señalan otra cosa. Obvio es que se debe tener en cuenta las partes trascendentes de la inconstancia, y no meras cuestiones de detalle. A su turno la teoría de los actos propios significa una contradicción del individuo con un obrar anterior, importando tal conducta una modificación de trascendencia que priva de sentido la continuidad de la relación trabada inicialmente. Es decir, el obrar del individuo, abandona la previsibilidad que debería tener si lo comparásemos con su conducta anterior, incumpliendo las expectativas creadas por dicho comportamiento y defraudando, por ende, la confianza depositada por terceros en nuestro comportamiento coherente. Cuando el individuo actúa en justicia, se declara inadmisibles dicha contradicción por vulnerar el criterio de la buena fe objetiva, que requiere que todo hombre sea coherente con las conductas asumidas y evidenciadas ante los demás” (HEÑIN, Fernando Adrián. *Valoración judicial de la conducta procesal*, op. cit., p. 59-93). À luz do direito privado, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo afirma que a teoria dos atos próprios “se caracteriza por impedir que un sujeto, en desarrollo de una actuación ulterior, con éxito, desconozca o desdibuje el camino transitado con antelación, em prejuízo de outro”. Destaca o fundamento na boa-fé, que rechaça comportamentos incoerentes e contraditórios que originam insegurança e dúvidas jurídicas, além da necessária preservação da confiança (JARAMILLO, Carlos Ignacio Jaramillo. *La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos – Perfiles y alcances generales de la regla latina – ‘venire contra factum proprium’*. In FRANCO, Alejandro Venegas; MEJÍA, Juan Pablo Cárdenas; ESPINOSA, Fabricio Mantilla (ed. académicos). *Estudios de Derecho Privado*, t. I. *Liber Amicorum* en homenaje a César Gómez Estrada. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 280).

Não significa que o juiz da segunda demanda estará vinculado à valoração realizada na primeira, mas que há certa estabilidade sobre o reconhecimento do fato na ação anterior. Assim, o reconhecimento da embriaguez pela parte torna-se estável para futuras demandas. O reconhecimento, pelo juiz, da culpa fundada nesse fato, porém, não. No primeiro caso, se está no âmbito da produção da prova; no segundo, da sua valoração. Lembre-se, mais uma vez, de que a análise ora realizada é feita numa perspectiva de *lege lata*. Já se disse, linhas atrás, que de *lege ferenda* seria interessantíssima a admissão da formação de coisa julgada (ou, ao menos de alguma estabilidade) sobre a decisão da questão fundada no fato (o que alcançaria, por exemplo, a culpa).

Essa estabilidade opera reflexamente sobre o juiz. Afinal, se pretender, em demanda posterior, não reconhecer a culpa mesmo com fundamento na já estabelecida embriaguez, do juiz se exigirá um ônus argumentativo muito forte para tanto. Neste caso, será a fundamentação que possibilitará o controle racional da valoração e da decisão diversas fundadas no mesmo fato já reconhecido pela parte. Levada à última consequência, essa conclusão possibilita a extensão dessa estabilidade para qualquer tipo de prova que tenha embasado decisão anterior, desde que produzida com efetiva participação das partes. Afinal, se determinada decisão foi fundamentada em prova pericial exaustivamente produzida com ampla participação das partes, a desconsideração dessa prova em futura demanda na qual se discutam as mesmas questões fáticas exige do juiz um forte ônus argumentativo. Essa última conclusão tem fundamento na segurança jurídica e na isonomia.

Com base nas lições de Moacyr Amaral Santos acerca da eficácia da prova emprestada, pode-se afirmar que “[...] se as mesmas partes, que discutiram uma ação em juízo, vieram pelo mesmo fato debater-se em outro processo, natural é que possam invocar e utilizar a prova produzida no antecedente, devendo tal prova, apesar de emprestada, ser tida com seu valor inicial”<sup>724</sup>. O entendimento é embasado na lição de Francesco Ricci, que destaca não ser possível compreender como aquilo que constitui verdade para as partes num processo não deva ser considerado como verdade em outro<sup>725</sup>.

O tema tem certa relação com interessante discussão instaurada por Piero Calamandrei acerca da sentença como meio de prova. O artigo que veiculou esse debate, publicado em 1938 à luz do ordenamento italiano (que não previa regra autorizativa do uso da sentença cível como meio de prova), firmava-se sobre a problemática credibilidade e transferibilidade, para outros processos, dos juízos de veracidade realizados pelo juiz sobre os fatos ou, em outras palavras,

---

<sup>724</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...* v. I, op. cit., p. 314.

<sup>725</sup> RICCI, Francesco. *Delle Prove*. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891, n. 16

a possibilidade de caracterização da sentença como prova documental de que os fatos nela reconhecidos ocorreram tal como considerados pelo juiz. Investiga-se, como decorrência, qual a repercussão jurídica da decisão de uma relação controvertida sobre outras relações que não foram objeto direto da decisão, mas que são conexas com aquela por razões de direito substancial<sup>726</sup>.

Retome-se o exemplo de Ivan Righi, já citado no item relativo à prova emprestada. A ex-esposa, que comprovou na primeira ação o fim da relação conjugal e, como decorrência, sua falta de responsabilidade quanto à dívida do ex-marido, não produziu essa prova na segunda demanda, o que levava o Tribunal à conclusão de que ela responderia pela segunda dívida, embora não tenha respondido pela primeira. Não havia, no caso, notícia sobre alguma singularidade relativa à segunda dívida. O ponto controvertido dizia respeito, apenas, à sua responsabilidade por ser casada com o devedor. Emprestando a prova da primeira ação, constatou-se o fim do casamento antes da dívida ser contraída, com o conseqüente afastamento de sua responsabilidade. Veja-se que, neste caso, o empréstimo teve por objeto prova de valor significativo para a constatação de que não seria a ré responsável pela dívida. Embora essa conclusão, obtida na primeira demanda, não tenha vinculado o Tribunal na segunda ação, sua força foi tal que não abriu espaço para conclusão em sentido contrário.

Uma importante distinção deve ser aqui realizada. Uma coisa é a eficácia da prova; outra, muito diversa, é sua valoração, assim como a eficácia da decisão e, mais ainda, da coisa julgada que sobre ela se forma. Exemplificando: a confissão da embriaguez é a prova do fato; tratar-se de fato suficiente, à luz do conjunto probatório, para a configuração da culpa é valoração; a decisão, a partir da culpa, reconhece a responsabilidade do motorista (ou da empresa) e o condena a reparar o dano, produzindo efeitos e tornando-se imutável pela autoridade da coisa julgada. Essa autoridade incide, no caso, apenas sobre o reconhecimento da responsabilidade e a conseqüente indenização.

A depender da prova que justificou seu reconhecimento, é possível considerar os fatos (=embriaguez) admitidos na sentença como fundamento para outra demanda da qual sejam objeto. Mas não é possível, à luz do sistema normativo, estender-se às partes em demanda posterior a valoração e a decisão sobre os fatos da primeira ação (salvo nos casos em que aptos à formação da coisa julgada, como já se discorreu nos itens anteriores). Há, nesse sentido, expressa vedação no art. 504, II, segundo o qual não faz coisa julgada “a verdade dos fatos,

---

<sup>726</sup> Amplamente, CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova*, op. cit.

estabelecida como fundamento da sentença”. A primeira hipótese se localiza no campo probatório; a segunda, no espaço da eficácia da decisão e da extensão da coisa julgada.

Os elementos fáticos reconhecidos na sentença, assim como aqueles reconhecidos pelas partes no processo, poderão compor o convencimento formado na segunda demanda, inclusive viabilizando um juízo presuntivo sobre aqueles fatos e a consequente modificação judicial do ônus da prova, sem prejuízo da indicação de elementos que sejam suficientes a justificar conclusão no sentido da (in)ocorrência dos fatos reconhecidos como verdadeiros pelo juiz da outra ação, de forma a cumprir com o já mencionado forte ônus argumentativo que o reconhecimento anterior dos fatos (pelas partes ou pelo juiz) lhe imputa.

Veja-se, porém, que é o conjunto probatório justificador do raciocínio judicial desenvolvido na primeira demanda que terá o condão de subsidiar a decisão posterior. A sentença, neste ponto, atua como importante vetor orientador dessa análise, mas não gera para o segundo juiz uma vinculação à valoração realizada. Mais uma vez, se está diante da força da prova produzida na ação anterior, e não do transporte da valoração realizada.

Tratando-se de fato comum a várias pessoas, a questão assume dimensão ainda maior. Afinal, se a responsabilidade da empresa foi reconhecida a partir do depoimento do motorista em ação proposta por um passageiro, não há sentido em se considerar que, em outra ação manejada por outro passageiro, o fato não exista. O exemplo é citado por Jordi Nieva-Fenoll, a partir de caso retirado da jurisprudência estadunidense, em que houve condenação de uma companhia de ônibus por negligência em um acidente que causou ferimentos a 50 pessoas. A propósito, afirma que “acionando somente uma delas, se posteriormente se ajuízem demandas dos demais, a existência do fato negligente deveria considerar-se definitivamente julgada nos processos posteriores”<sup>727</sup>. Situação parecida é retratada por Antonio Gidi em interessante estudo sobre as ações coletivas no Brasil<sup>728</sup>, muito embora com um olhar sobre a imutabilidade da decisão sobre a questão, que não é o que aqui se propõe (numa perspectiva de *lege lata*).

---

<sup>727</sup> E, por fim: “Se um Juiz declarou em um processo que Tício realizou uma construção defeituosa de um edifício, condenando-o ao pagamento de uma indenização, em um processo posterior outro juiz, ainda que possa afirmar que Tício é um profissional de conduta irrepreensível, terá que fazê-lo ao custo de reconhecer que em uma ocasião realizou uma construção defeituosa. Nesse sentido, está vinculado pela declaração do primeiro juiz. É evidente que o pronunciamento que Tício construiu de forma indevida não pode modificar-se em um processo posterior, sem subtrair toda base de sustentação à sentença pronunciada em primeiro lugar” (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*, op. cit., p. 201-202).

<sup>728</sup> “Después de un accidente de tráfico que involucró un autobús y resultó en cincuenta pasajeros lesionados, el pasajero A demanda a la compañía del autobús, alegando negligencia de parte del chofer. Si el tribunal encuentra negligencia en la compañía, entonces en otra acción posterior propuesta por el pasajero B, el tribunal puede considerar el problema de la negligencia como precluido contra la compañía del autobús que litigó previamente (asumiendo que esta cuestión fue realmente litigado y resuelto en el juicio anterior). Esta solución está justificada si no existe razón para sospechar que un resultado diferente surgiría, porque la compañía del autobús tuvo una oportunidad completa y justa de litigar la cuestión de la negligencia y no existe razón legítima para la compañía

Interessante exemplo é também apresentado por Calamandrei no citado trabalho. A viúva de um operário vitimado em acidente em uma mina de pedras propõe ação indenizatória contra a Caixa Nacional de Infortúnios, na medida em que a empresa A, gestora da mina, teria assegurado regularmente os seus operários junto a esse Instituto. Em sua defesa, o Instituto alega a nulidade do seguro, pois A não teria sido o empreendedor, mas apenas um testa-de-ferro do verdadeiro empreendedor, indicado alternativamente como sendo B ou C. A sentença rejeita a alegada nulidade e condena o Instituto. A Corte de Apelação cita para o processo B e C e, avaliando as várias circunstâncias já trazidas aos autos, conclui que o verdadeiro empreendedor da mina é B, declarando-o o único responsável perante os titulares do direito pela falta de seguro. Reconhece, porém, a prescrição. A sentença da Corte passa em julgado; e então a mesma viúva ingressa contra B, pleiteando o ressarcimento. Nesse novo processo, B (que no processo anterior não pôde defender-se adequadamente, porque chamado à causa pela primeira vez na apelação) pleiteia a produção de provas orais para demonstrar que não era o verdadeiro empreendedor, pedido indeferido em primeiro e segundo graus. Na sentença do Tribunal rejeita-se a produção de provas por B, com o entendimento de que teria havido no precedente processo uma declaração incidental com eficácia de coisa julgada a respeito da questão prejudicial da individualização do verdadeiro empreendedor. Já a Corte, mantendo a decisão, declara que os juízos de fato contidos na precedente sentença de apelação sobre as várias circunstâncias atinentes à exploração da mina devem ser considerados, sem necessidade de se recorrer à figura da declaração incidental<sup>729</sup>.

Transpondo-se este caso para a proposta aqui apresentada, à luz do direito brasileiro, poderiam ser extraídas as seguintes conclusões: 1. Como a intervenção de B somente em segundo grau inviabilizou ampla produção probatória, não houve a formação de coisa julgada

---

de volver a litigarla em el segundo caso. Sin embargo, si la compañía del autobús gana en el primer juicio iniciado por el pasajero A, el pasajero B no está obligado por esa sentencia, porque él no fue parte en esa acción y no tuvo la oportunidad de litigar su pretensión [...] La ‘preclusión unilateral’ (one-way preclusion) en el ejemplo anterior puede ser muy importante en casos que involucren responsabilidad por el uso de productos (product liability), particularmente en litigios que involucren productos defectuosos producidos en masa (mass torts). Por ejemplo, si se declara el defecto de un producto en un proceso, la sentencia puede operar estableciendo la responsabilidad sobre toda la línea de producción. En casos farmacéuticos, cuando una sentencia decide que un producto afecta la salud humana, los otros consumidores no necesitan volver a litigar la misma cuestión en los casos siguientes, colocando potencialmente al demandado en una difícil posición. Como resultado, muchos demandados se sentirán obligados a arreglar los casos para evitar un juicio que al final determine su responsabilidad en la línea entera del producto. Si esta regla puede aceptarse en el litigio individual en los Estados Unidos, donde no hay protección al grupo, como el control judicial de la representación adecuada, no existe una razón fundamental de justicia para excluir dicha regla del contexto de las acciones colectivas” (GIDI, Antonio. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica Núm. 151, 2004, p. 109-110).

<sup>729</sup> CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova...* op. cit., p. 116.

sobre o reconhecimento de ser ele o empreendedor, pelas limitações probatórias havidas no procedimento (aplicando-se, portanto, o art. 503, §2º, CPC); 2. Também os fatos reconhecidos como verdadeiros na primeira ação não poderiam ser imputados a B e considerados como prova na segunda demanda, já que não participou da produção de provas. De outro lado, se B integrasse a relação processual desde o início do processo, os fatos lá reconhecidos poderiam embasar o raciocínio probatório na segunda ação, recebendo, portanto, a devida valoração, sem prejuízo da produção de provas por B na segunda demanda, mas apenas em caráter complementar. Vale aqui tudo o que já se disse acerca do empréstimo da prova; 3. De outro lado, a configuração de B como empreendedor responsável pela mina e pela falta de seguro é questão prejudicial e, portanto, apta a receber a autoridade da coisa julgada.

Mas imagine-se que, como exemplifica o próprio Calamandrei, outro operário, ferido no mesmo acidente, propõe contra B ação de ressarcimento<sup>730</sup>. Neste caso, desde que B tenha participado da produção das provas na primeira ação, nada impede que o conjunto probatório que fundamentou aquela sentença seja utilizado como elemento a compor a formação do juízo de convicção na segunda. Nesse sentido, as provas produzidas na ação de A poderiam beneficiar o outro operário, assim como todos os demais que foram vítimas do acidente, sobressaindo o caráter coletivo da prova produzida na primeira ação. Tratando-se de questão prejudicial, é possível ir ainda mais além, para considerar, na ação do outro operário, que a caracterização de B como empreendedor responsável não pode ser rediscutida, pois se tornou imutável pela coisa julgada incidente na ação de A. Resta, apenas, aferir se o operário da segunda demanda, especificamente, tem direito ao recebimento do seguro.

A proposta – ou seja, a estabilidade sobre o fato reconhecido na ação anterior - considera o aproveitamento coletivo da prova apenas nos casos de benefício de terceiros, em atenção ao que prevê o art. 506 do CPC, assim como, especificamente no que toca às ações coletivas, ao art. 103 do CDC, já que a estabilidade de que aqui se trata produzirá o mesmo resultado da coisa julgada, o que justifica, neste caso, a unificação dos regimes. Afinal, tanto na formação da coisa julgada quanto no caso da estabilidade aqui defendida, se está diante de resultado que gera, para a parte, a consequência da imutabilidade. No primeiro caso, da decisão anterior. No segundo, do seu comportamento na ação antecedente. Situação diversa ocorre quando o que se transporta é apenas a prova *produzida*, sem qualquer carga ou força, a qual será atribuída apenas pelo juiz do processo que recebe o empréstimo, ao realizar sua valoração. Em alguns casos, porém, alguns elementos, fundados na conduta das partes durante a produção

---

<sup>730</sup> Ibid., p. 117.

da prova, merecem ser transportados para futuros processos com uma *carga de estabilidade* maior do que outros, tendo justificativa na vedação ao comportamento contraditório, orientado pela boa-fé.

Nada obsta que esse entendimento seja aplicável à prova produzida em ação coletiva com potencial de beneficiar todos os titulares de direitos individuais que possam fundar-se no fato reconhecido pela parte. Para além do empréstimo da prova, admite-se a estabilidade do reconhecimento do fato, nos casos em que a conduta da parte, nas ações individuais, se revele incompatível com aquela exercida no processo coletivo. A regra se adéqua à previsão do art. 103 do CDC, com a extensão da estabilidade a todos os titulares de direitos individuais, desde que para beneficiá-los. Pelos mesmos motivos, a conduta da parte em determinada ação individual também pode ser aproveitada para ações semelhantes propostas por terceiros com base no mesmo fato reconhecido, atribuindo-se caráter coletivo à prova. Afinal, se a embriaguez foi reconhecida pela parte em ação anterior, a alteração desse entendimento em outra demanda, sem que tenha havido vício de consentimento, caracteriza má-fé. O terceiro, neste caso, poderá se aproveitar do reconhecimento do fato realizado na primeira ação, e a eficácia desse transporte é tal que opera sobre o juiz de modo a dele exigir uma fundamentação forte o suficiente à desconsideração do fato.

A proposta se justifica a partir da boa-fé, mas não apenas isso. Em se tratando de prova produzida coletivamente (ou daquela que, produzida em ação individual, pode ter aproveitamento coletivo), motivos ligados à eficiência, efetividade, isonomia e universalização legitimam o melhor aproveitamento da prova, com a expansão de seus efeitos para todos os casos em que seu transporte seja útil e necessário à tutela dos direitos individuais.

## CONCLUSÃO

A primeira e mais geral premissa estabelecida neste trabalho considera que a Jurisdição tem como finalidade a prestação de uma tutela jurisdicional universal, adequada, efetiva e isonômica, com um importante acréscimo: todos esses fins devem ser concretizados com um olhar sobre a eficiência da prestação jurisdicional. A tutela coletiva – e mais especificamente, a produção coletiva da prova – contribuem para a concretização desses escopos, em especial por possibilitar a universalização da prova enquanto instrumento fundamental à boa prestação jurisdicional.

Essa primeira conclusão de caráter geral resulta em duas espécies distintas de proposições. Em primeiro lugar, possibilita uma compreensão do sistema já posto e seu máximo aproveitamento, a partir de propostas que partem das previsões normativas já existentes. São, portanto, propostas de *lege lata*. Mas, para além daquilo que já está previsto no ordenamento, abre-se também espaço para contribuições voltadas ao aperfeiçoamento do sistema, com a consequente apresentação de propostas de *lege ferenda*.

A opção metodológica para a conclusão deste trabalho foi a de separar as propostas de acordo com a necessidade, ou não, de alteração legislativa para sua implementação. Todas essas propostas voltam-se à construção de técnicas para produção coletiva da prova de fato comum repetitivo, e seu aproveitamento individual.

### *Propostas de lege lata*

1. A representatividade adequada é requisito para a tutela coletiva de interesses no ordenamento brasileiro, extraível do microssistema processual coletivo e sua função nuclear de garantir a tutela adequada aos direitos coletivos e coletivizáveis. Mais especificamente, a verificação de que o ente coletivo representa adequadamente os interesses da coletividade é ínsita à necessidade de verificação da pertinência temática entre seus fins institucionais e sua atuação jurisdicional coletiva. Além da idoneidade (inclusive financeira) da instituição, deve ser verificada sua atuação em ações coletivas anteriores, bem como junto à sociedade civil, na construção e democratização dos direitos afetos a determinada coletividade. Trata-se de requisito aferível em cada caso concreto. Uma entidade idônea pode defender adequadamente determinado direito da coletividade mas, em outra demanda com objeto diverso, não preencher o requisito, o que pode ser aferido a partir de sua atuação concreta na defesa de determinados e específicos direitos.

2. A conjugação dos incisos II e IV do art. 69, §2º, do CPC autoriza a concertação de atos para a produção de prova de fato comum a várias demandas. Havendo a impossibilidade de participação direta das partes nesse procedimento, a coletividade deverá ser adequadamente representada por uma entidade pública ou privada indicada pelo juiz e referendada pelo Núcleo de Cooperação do respectivo Tribunal e pelos Comitês Executivos da Rede Nacional de Cooperação criada pelo Conselho Nacional de Justiça. Ao lado dos juízes de cooperação designados pelos Tribunais, esses órgãos, responsáveis pela implementação da Política Nacional de Cooperação Judiciária, devem coordenar todas as atividades de concertação de atos, por meio de definições de caráter administrativo e solução de problemas verificados na concertação.

3. Admite-se a produção coletiva da prova nas hipóteses do art. 381 do Código de Processo Civil, conduzida por qualquer legitimado (art. 5º LACP e 82 CDC), não só para a produção de prova de caráter coletivo que interesse a inúmeras pessoas, mas também como forma de possibilitar a compreensão global do problema, conduzindo a uma mais adequada formação da demanda coletiva e adoção das medidas necessárias à solução do problema que afeta uma determinada coletividade. A medida tem caráter mais amplo do que o inquérito civil, pois possibilita a participação da coletividade via representante adequado, assim como do potencial causador do dano, o que, diferentemente do que ocorre com o inquérito, autoriza o aproveitamento da prova produzida, *pro et contra*.

4. Assim como se admite a autocomposição em conflitos coletivos, é permitida a realização de negócios jurídicos processuais coletivos, desde que tenham como pano de fundo a proteção aos direitos coletivos ou coletivizáveis. Autoriza-se a pactuação que determine a produção antecipada da prova como etapa prévia à propositura da ação coletiva, assim como a produção extrajudicial de prova de caráter coletivo.

5. O manejo de técnica coletiva para produção da prova (incidente de coletivização da prova via concertação de atos, e produção antecipada da prova) deve ensejar a suspensão de todas as ações individuais em que se discuta o fato objeto da prova, em atenção ao art. 313, V, do CPC. O mesmo ocorre com a produção de prova em ação coletiva, com potencial de aproveitamento em variadas ações individuais.

6. A prova produzida coletivamente poderá ser aproveitada por todos os interessados em ações individuais nas quais se discuta o fato provado. Isso ocorrerá por meio da técnica do empréstimo da prova. Trata-se de hipótese de transporte *in utilibus* da prova, que alcançará todos indistintamente, independentemente de seu resultado, em razão da representatividade adequada. Caberá aos titulares de direitos individuais fundados na prova demonstrar, se for o

caso, que não houve representação adequada dos interesses, o que permitirá nova produção da prova.

7. O transporte da prova produzida antecipadamente ou pela via do incidente de coletivização deve carregar, *a priori*, apenas a validade da prova. Na medida em que inexistem nesses procedimentos valoração da prova ou decisão sobre a questão fática, não haverá, logicamente, seu transporte para futuras demandas.

8. Tratando-se de decisão coletiva acerca de questão prejudicial fundada na prova e presentes os requisitos do §1º do art. 503 do CPC, incidirá sobre a decisão a autoridade da coisa julgada, com o aproveitamento dessa decisão a todos os titulares de direitos individuais fundados no fato provado, desde que para beneficiá-los, pela aplicação do art. 506 do CPC c/c art. 103 do CDC. O mesmo ocorre no caso de falsidade documental, desde que o ente legitimado tenha requerido sua apreciação como questão principal, nos termos do art. 430, par. único, do CPC.

9. Há certa estabilidade, em alguns casos, sobre o reconhecimento do fato pela parte, em decorrência da boa-fé que deve nortear todas as condutas manifestadas no processo. Admite-se a expansão dessa estabilidade para outras demandas em que se discuta o mesmo fato. Essa estabilidade atinge de forma reflexa o juiz, na medida em que lhe impõe um ônus argumentativo muito forte para, em demanda posterior, desconsiderar o reconhecimento do fato pela parte. Tratando-se de prova de fato afeto a vários sujeitos, a estabilidade se estenderá a todos os titulares de direitos individuais fundados nesse fato, desde que em seu benefício (art. 506 do CPC).

### *Propostas de lege ferenda*

1. Embora a representatividade adequada seja critério necessário ao manejo de técnicas coletivas, o que se extrai da função nuclear do microsistema processual coletivo (voltado à efetiva e adequada tutela aos direitos coletivos e coletivizáveis) e, mais especificamente, da exigência de pertinência temática, regulamentação nesse sentido possibilitaria não só a solução de qualquer dúvida a respeito de sua exigência no direito brasileiro, como também o estabelecimento de requisitos para sua configuração.

2. Verificada a representatividade adequada do ente coletivo, deve ser reconhecida a litispendência entre ações coletivas e individuais de mesmo objeto, com a consequente extinção das demandas individuais e vinculação de todos os titulares dos direitos ao resultado da demanda coletiva, *pro et contra*. A realização dessa proposta depende da revisitação e do

aprimoramento de vários institutos que integram o sistema processual coletivo, a fim de viabilizar o alcance da já citada função nuclear da Jurisdição Coletiva.

3. Pelas mesmas razões, a autoridade da decisão sobre a questão prejudicial em ações coletivas, cumpridos os requisitos do art. 503, §1º, do CPC, deve alcançar todos os beneficiários de direitos individuais, *pro et contra*. Como não poderia deixar de ser, o mesmo vale para a decisão sobre a falsidade ou autenticidade de documento.

4. Embora a solução indicada no item anterior já solucione muitas contradições e violações à isonomia e eficiência, a melhor concepção para esse ponto é aquela que possibilita a extensão da coisa julgada a qualquer questão que sirva de premissa para a decisão, ainda que não se trate de questão prejudicial. Alcança-se, assim, também a decisão sobre fato.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **A constitucionalização do direito civil e a função do intérprete na aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.** In Anais do IV Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da UEL - Repercussões da Hermenêutica do Novo Constitucionalismo para os Empreendimentos Econômicos. Londrina: UEL, 2013.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade**, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMES, Joseane; SOUZA, Daniele Zago. **Fasificação de medicamentos no Brasil.** In Revista de Saúde Pública v. 46 n.1. São Paulo, 2012. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102012000100019](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000100019) Acesso 14.07.2018.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**, 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Fundamentals of multi-party or collective litigation: reflections from the perspective of England.** In Revista de Processo n. 231. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Multi-Party Litigation in England.** In University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n. 39/2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2330329> Acesso 28.05.2018.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo – o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENDT, Hanna. **The Human Condition.** Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

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

\_\_\_\_\_. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão.** In GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, COSTA, Susana Henriques da (coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes.** In \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTE, Rogéria (org.). O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Breves observações sobre o procedimento arbitral.** In [https://www.academia.edu/214088/BREVES\\_OBSERVA%C3%87%C3%95ES\\_SOBRE\\_O\\_PROCEDIMENTO\\_ARBITRAL](https://www.academia.edu/214088/BREVES_OBSERVA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_O_PROCEDIMENTO_ARBITRAL) Acesso em 03/05/2016.

\_\_\_\_\_. **O regime da prescrição em ações coletivas.** In Processos Coletivos. Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 05 abr. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/20-volume-1-numero-3-trimestre-01-04-2010-a-30-06-2010/100-o-regime-da-prescricao-em-aco-es-coletivas> - Acesso em: 29-Apr-2018.

\_\_\_\_\_. **O ônus da prova e sua modificação no direito processual brasileiro.** Disponível em [https://www.academia.edu/305697/O\\_Onus\\_da\\_Prova\\_e\\_sua\\_Modificacao\\_no\\_Direito\\_Proce\\_sual\\_Civil\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Proce_sual_Civil_Brasileiro) Acesso 15.10.2016

AROCA, Juan Montero. **Prova e Verdade no Processo Civil – Contributo para o Esclarecimento da Base Ideológica de Certas Posições Pretensamente Técnicas.** In DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glaudo Gumerato (coord.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: JusPodivm, 2013.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. **Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - Sua evolução ao lado do direito material.** In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). As Garantias do Cidadão da Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

AURELLI, Arlete Inês. **Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015.** In JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). Direito probatório. Salvador: JusPodivm, 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil.** São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 1967.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**, 22<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **A conexão de causas como pressuposto da reconvenção.** São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_. **O futuro da Justiça: alguns mitos.** In Temas de Direito Processual Civil, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **A importação de modelos jurídicos.** In Temas de direito processual civil, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O neoprivatismo no processo civil.** In Revista de Processo, v. 30, n. 122, p. 9-21, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **A revolução processual inglesa.** In Temas de Direito Processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas.** In Temas de direito processual, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **O juiz e a prova.** In Revista de Processo v. 35, p. 178-184, jul/1984.

\_\_\_\_\_. **As bases do direito processual civil.** In Temas de direito processual civil, 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil.** In Revista Forense, v. 246, ano 70, abril/junho 1974.

\_\_\_\_\_. **A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”.** In Temas de Direito Processual – primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.** In Temas de direito processual, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e declaração.** In Temas de direito processual. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988.** In Revista de Processo, n. 61, ano 16, p. 187-200, janeiro-março/1991.

BAKOWITZ, Michael. **The german experience with group actions – the verbandsklage and the capital markets model case act (kapmug).** In HARSÁGI, V.; RHEE, C. H. van (ed.). Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice? Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2014.

BAUR, Fritz. **Da importância da dicção *iura novit curia*.** In Revista de Processo v. 3, pp. 169-177, 1976.

BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. **Navigating Discovery/Disclosure in Patent Litigation in Canada, the United States, and the United Kingdom.** In Canadian Intellectual Property Review vol. 31, 2016, p. 115. Disponível em <https://www.stradley.com/~media/Files/Publications/2016/Canadian%20Intellectual%20Property%20Review%20-%20Parker.pdf> Acesso em 04/06/2018.

BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz,** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo,** 5ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdade em el derecho**, 2ª ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**, v. I. E. Dumont (org.). Trad. C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825.

\_\_\_\_\_. **An introductory view of the rationale of evidence**. London: John Bowring (The Works of Jeremy Bentham, v. I), s.d.

BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giaooichelli Editore, 2000.

BISPHAM, George Tucker. **Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts in Chancery**. 8th ed. New York: Banks Law Pub, 1874.

BLOCH, Marc. **Apologia da história – ou o ofício do historiador**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONE, Robert G. **Civil Procedure. The Economics of Civil Procedure**. New York: Foundation Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion**. In 67 New York University Law Review v. 67, pp. 193-292, 1992. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr67&div=15&id=&page=> Acesso 11.06.2018.

\_\_\_\_\_. **The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions**. In The George Washington Law Review v. 79, pp. 577-627. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1844493> Acesso 06.05.2018.

BONFIM, Daniela Santos. **Da arguição da falsidade**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Conteúdo da causa de pedir**. In Revista dos Tribunais, 564/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Relatório – causas recorrentes que incham e atrasam a justiça**. Brasília, 2018.

\_\_\_\_\_. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional**. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf) Acesso 24.08.2016.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números 2013: ano-base 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**, 7. ed. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate**. In Revista Peruana de Derecho Procesal, v. 16, año XIV, p. 261-278, 2010.

\_\_\_\_\_. **As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta**. In ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **O Contraditório como dever e a boa fé processual objetiva**. In Revista de Processo, v. 126, p. 59-81, Ago/2005.

\_\_\_\_\_. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. In Revista de Processo v. 147, p. 123-146, 2007.

\_\_\_\_\_. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017.

\_\_\_\_\_. **As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC**. In DIDIER JR, Fredie; \_\_\_\_\_ (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CADIET, Loïc. **La qualification juridique des accords processuels**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

CADORE, Susana. **Ações pseudoindividuais e ações individuais com alcance coletivo diante do instituto da conversão da ação individual em ação coletiva** (dissertação de mestrado). Rio de Janeiro, 2015.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. **O gerenciamento de processos judiciais – em busca da efetividade da prestação jurisdicional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**, t. III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

\_\_\_\_\_. **La sentenza civile come mezzo di prova**. In Rivista di Diritto Processuale Civile, v. 15, n. 1, p. 108-129, 1938.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e teoria narrativista do Direito.** In Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html) Acesso em: 03 nov. 2017.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na Justiça Civil.** In Revista de Processo n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época.** In Revista de Processo, no. 61, Ano 16, p. 144-160, janeiro.março/1991.

\_\_\_\_\_. **Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil.** In Revista de Processo vol. 05, p. 128-159, jan-mar/1977.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Access to Justice, v. I – a World Survey. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – a general report.** Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo – as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos.** Salvador: JusPodivm, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**, v. 4. Padova: Cedam, 1986.

\_\_\_\_\_. **La prova civile**, seconda edizione. Roma: Edizione Dell'Ateneo, 1947.

CARPES, Arthur. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CASTORIADIS, Cornelius. **El mundo fragmentado.** La Plata: Terramar, 2008.

CASTRO, Alexandre Samy. **Indicadores básicos e desempenho da Justiça Estadual de primeiro grau no Brasil.** Brasília: IPEA, 2011.

\_\_\_\_\_. Alexandre Samy de. **Ensaio sobre o poder judiciário no Brasil**. Tese (doutorado). Fundação Getulio Vargas, 2012.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAVANAGH, Edward D. **Issue Preclusion in Complex Litigation**. Review of Litigation, Vol. 29, p. 859, 2010; St. John's Legal Studies Research Paper No. 12-0017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2151524> Acesso 10.12.2017.

CECIL, Joe S.; LEE, Emery G.; NAGAREDA, Richard A.; SCOTT, Kevin M.; WILLGING, Thomas E.; WILLIAMS, Margaret S. **The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation**. In [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443375](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375) Acesso 28.05.2018

CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual – sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Cosa giudicata e preclusione**. Saggi di Diritto Processuale Civile, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993.

CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada da prova**. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord). Processo em jornadas – XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Relevância da vontade no processo, interpretação do ato postulatório e pedido "meramente" declaratório**. In Revista de Processo v. 239, p. 35-60, jan/ 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Ferri e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª. ed. Bologna: Il Mulino, 1995.

COSTA, Susana Henriques da. **Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas**. In Revista de Processo v. 133, p. 85-120, mar.2006.

\_\_\_\_\_; FRANCISCO, João Eberhardt. **Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público na efetivação do contraditório nas demandas possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas**. In Revista de Processo vol. 250/2015, p. 315–337, dez/2015.

COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Um Desafio à Teoria Geral do Processo. Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito Litigioso. Ainda um Contributo para o Estudo da Substituição Processual**, 2ª ed. Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. **Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material.** In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus.** In Revista de Informação Legislativa n. 190, ano 40, abr.junho/2011, p. 137-149.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.** Rio de Janeiro: 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no Processo Civil**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil.** In DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). Normas fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALL'ALBA, Felipe Camillo. **A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz.** In KNIJNIK, Danilo (coord). Prova judiciária – estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

D'ÁVILA, Daniela Peretti. **A atuação da Comissão de Valores Mobiliários como *amicus curiae* nos processos judiciais que envolvem o mercado de capitais.** São Paulo: Almedina, 2015.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process.** Yale University Press, 1986.

DENTI, Vittorio. **La verificazione delle prove documentali.** Torino: Stamperia Artistica Nazionale, 1957.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita – um estudo comparado.** Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1, 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Produção antecipada da prova.** In MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Coleção novo CPC, doutrina selecionada, v. 3. Processo de conhecimento – provas. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** In \_\_\_\_\_, LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*.** In *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 8, n. 41, nov/2003.

\_\_\_\_\_. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015.** *Revista Brasileira da Advocacia*. v. 1, abr-jun 2016, p. 59-84.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos.** In ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas – mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **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 (coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**, v. 4, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais – dos procedimentos às técnicas.** Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. **Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais.** In DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno. **Carta psicografada como fonte de prova no processo civil.** In *Revista de Processo*, v. 39, n. 234. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ago-2014, p. 33-61.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação.** In *Revista de Processo* 218/2013, abr/2013, p. 13-45.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de processo civil**, v. 2, 12ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**, v. II, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Liticonsórcio**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOTTI, Rogeria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. **Evidência negociada e poderes instrutórios do juiz**. In JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coord.). Direito probatório. Salvador: JusPodivm, 2018.

DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière Et., 1895.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ERICHSON, Howard M. **The Problem of Settlement Class Actions**. In The George Washington Law Review v. 82, n. 3, pp. 951-989, may/2014. Disponível em [https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/](https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/) Acesso 11.06.2018.

ESTELLITA, Guilherme. **Do litisconsórcio no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955.

FABREGA, Jorge. **Influencias de Jeremias Bentham en el movimiento de reforma procesal**. In Revista de Processo v. 29/1983, p. 82-99.jan-mar/1983.

FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Do estoppel by record à issue preclusion: a transladação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano**. In Revista de Processo Comparado v. 7, p. 195-223, jan-jun/2018.

FALLON, Eldon E.; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. **Bellwether Trials in Multidistrict Litigation**. In Tulane Law Review v. 82, p. 2323-2367. Disponível em [http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Bellwether%20Trials%20in%20Multidistrict%20Litigation-Fallon\\_Grabill\\_Wynne-2008.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Bellwether%20Trials%20in%20Multidistrict%20Litigation-Fallon_Grabill_Wynne-2008.pdf) Acesso 07.09.2016

FALLON JR., Richard H. **A Theory of judicial candor**. In Columbia Law Review 117/2017.

FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**, 2ª. ed. Trad. SICA, Ana Paula Zomer et at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015.

FRASER, Nancy. **Transnacionalizando a esfera pública: sobre a legitimidade e eficácia da opinião pública num mundo pós-vestfalia**. In ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FISS, Owen M. **The Social and Political Foundations of Adjudication**. In Law and Human Behavior, v. 6, 1982.

\_\_\_\_\_. **The forms of Justice**. In Harvard Law Review n. 93, nov/1979.

\_\_\_\_\_. **The Allure of Individualism.** In *Iowa Law Review* v. 78, pp. 965-979, 1992/1993. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1332](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1332) Acesso 10.02.2018.

\_\_\_\_\_. **Against Settlement.** In *Yale Law Journal* v. 93, pp. 1073-1090, 1984.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais**, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GAIR, Harry A.; CUTLER, A.S. **Negligence cases winning strategy.** Prentice-Hall, Inc., Englewood-Cliffs, 1957.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **O princípio da adequação formal do direito processual civil português.** In *Revista de Processo* v. 164/2008, out/2008, p. 121-134.

\_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015.** São Paulo: Ed. Método, 2016.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas.** In ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo.* Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GENSLER, Steven S. **Judicial case management: caught in the crossfire.** *Duke Law Journal.* Dec/2010.

GERLIS, Stephen M.; LOUGHLIN, Paula. **Civil Procedure.** London: Cavendish Publishing Limited, 2001.

GIBBONS, Susan M.C. **Group Litigation, Class Actions and Lord Woolf 's Three Objectives - A Critical Analysis.** In *Civil Justice Quarterly* v. 27, p. 208-243, 2008.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil.** Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica Núm. 151, 2004.

\_\_\_\_\_. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GINSBURG, Carlo. **Relações de força – história, retórica, prova.** São Paulo: Companhia Das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário.** In \_\_\_\_\_. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história.* Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. **Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo**. Milano: Giuffrè, 2008.

GOÉS, Gisele. **Teoria geral da prova – apontamentos**. Salvador: JusPodivm, 2005.

GOHN, Maria da Glória. **Ações coletivas civis na atualidade: dos programas de responsabilidade/compromisso social às redes de movimentos sociais**. In Ciências Sociais Unisinos, São Leopoldo, Vol. 46, N. 1, p. 10-17, jan/abr 2010.

GOLDBERG, Perry; NEAL, Phil C. **The Electrical Equipment Antitrust Cases: Novel Judicial Administration**. In American Bar Association Journal v. 50, n. 7, pp. 621-628, July.1964.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide de (org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos**. In LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro**. In Revista de Processo, v. 172, p. 32-53, Jun/2009.

GRADI, Marco. **Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via**. In Rivista di Diritto Processuale, ano LXV, n. 4, p. 826-848, luglio-agosto 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas ilícitas na Constituição. Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada**. In Revista Forense, no 361, maio-junho/2002.

\_\_\_\_\_. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_ *et al.* **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

\_\_\_\_\_; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. **Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado**, 2ª. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HART, H. L. A. **Utilitarianism and Natural Rights**. In \_\_\_\_\_. Essays in Jurisprudence and Philosophy. New York: Clarendon Press – Oxford, 2001.

HELLER, Kevin Jon. **The cognitive psychology of circumstantial evidence**. In Michigan Law Review, v. 105, p. 241-305, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=891695> Acesso 10.07.2018

HEÑIN, Fernando Adrián. **Valoración judicial de la conducta procesal**. In Revista de Processo v. 170, p. 59-93, abr/2009.

HERSHKOFF, Helen. **Aggregation of Parties, Claims and Actions**. In CHASE, Oscar G. *et al.* (coord). Civil litigation in comparative context. Thomson West, 2007.

HEYBURN II, John G. **A View from the Panel: Part of the Solution**. In Tulane Law Review v. 82, p. 2225-2244 Disponível em [http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/A%20View%20from%20the%20Panel-Part%20of%20the%20Solution\\_Heyburn-2008.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/A%20View%20from%20the%20Panel-Part%20of%20the%20Solution_Heyburn-2008.pdf) Acesso 07.09.2016

HINES, Laura J. **Codifying the Issue Class Action**. In Nevada Law Journal, vol. 16: Iss. 2 , Article 6. 2016. In <http://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol16/iss2/6>

IDLEMAN, Scott C. **A Prudential Theory of Judicial Candor**. In Tex. L. Rev. 73/1995.

ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, Theodore. **The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation**. In Louisiana Law Review v. 74, pp. 397-431, 2013.

JARAMILLO, Carlos Ignacio Jaramillo. **La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos – Perfiles y alcances generales de la regla latina – ‘venire contra factum proprium’**. In FRANCO, Alejandro Venegas; MEJÍA, Juan Pablo Cárdenas; ESPINOSA, Fabricio Mantilla (ed. académicos). Estudios de Derecho Privado, t. I. Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

JOBIM, Marco Felix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Medidas estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. **Complex litigation – cases and materials on litigating for social change**. Durham: Carolina Academic Press, 2009.

JOLOWICZ, J. A. **On Civil Procedure**. Cambridge University Press, 2000.

KANAYAMA, Rodrigo Luís; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos**. In CONTI, José Maurício (coord.). Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2017.

KERLINGER, Fred Nichols. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual**. Trad. Helena Mendes Rotundo. São Paulo: EPU, 1910.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. In Revista Forense n. 353, janeiro e fevereiro de 2001, p. 15-52.

KOCHEM, Ronaldo. **Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)**. In Revista de Processo v. 251, p. 75-111, jan/2016.

LAHAV, Alexandra D. **Due Process and the Future of Class Actions**. In Loyola University Chicago Law Journal v. 44, 2012. Disponível em <http://lawcommons.luc.edu/luclj/vol44/iss2/82012> Acesso em 05/06/2018

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASERRA, Giorgio. **La Prova Civile**. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1957.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEVY, Stanley J. **Complex Multidistrict Litigation and the Federal Courts**. In Fordham Law Review v. 41, 1971. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=flr> Acesso 07.09.2016

LIBARDONI, Carolina Uzeda. **Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema Norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada**. In Revista de Processo v. 258, pp. 449-467, ago/2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pelegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alcides Mendonça. **A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil brasileiro**. In Revista de Processo n. 43, p. 138-141, jul/set-1986.

LIMA, Herotides da Silva. **Código de Processo Civil Brasileiro**, v. I. São Paulo: Saraiva, 1940.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória - impossibilidade jurídica do pedido. Face ao nosso sistema processual, não é possível a ação declaratória acerca de mero fato**. In Revista de Processo v. 5, p. 391-391, Jan-Mar/1977.

LORD WOOLF. **Access to Justice - Final Report**. Disponível em <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>  
Acesso em 07/09/2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ano novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro**. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **A *fluid recovery* no microsistema processual coletivo brasileiro: possibilidades para a execução coletiva de sentenças que tutelem direitos individuais homogêneos**. No prelo.

\_\_\_\_\_. **Decisões estruturais sobre políticas públicas: uma análise a partir da teoria das capacidades institucionais**. No prelo.

MAKIGUTI, Tsunessaburo. **Educação para uma vida criativa**, 2ª ed. Trad. Eliane Carpenter Fraga Lourenço. Rio de Janeiro: Record, 1994.

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

\_\_\_\_\_. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARCUS, Richard L. **Confronting the Consolidation Conundrum**. In JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex litigation – cases and materials on litigating for social change*. Durham: Carolina Academic Press, 2009.

\_\_\_\_\_; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. **Complex Litigation, Cases and Materials on Advanced Civil Procedure**. West, 2010.

\_\_\_\_\_; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. **Complex Litigation, Cases and Materials on Advanced Civil Procedure**. West, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro**. In *Revista de Processo* v. 259/2016, p. 97-116, set/2016.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas – decisão de questão idêntica x Precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Coisa Julgada Inconstitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **A questão do convencimento judicial.** Disponível em: [http://www.rabello.pro.br/wp-content/uploads/2009/08/marinoni\\_convencimento.pdf](http://www.rabello.pro.br/wp-content/uploads/2009/08/marinoni_convencimento.pdf). Acesso em 24.04.2015.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. VII – artigos 381 a 484. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. VI – artigos 369 ao 380. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Prova e convicção**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Processo cautelar**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**, v. 1 – teoria do processo civil, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**, v. 2 – tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**, v. 3 – tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 1998.

MCGINNIS, Kathleen M. **Revisiting Claim And Issue Preclusion In Washington.** In Washington Law Review, Vol. 90, No. 1, pp. 75-145, (March 30, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2613191> Acesso 10.12.2017.

MENCHINI, Sergio. **Il processo litisconsortile – struttura e pottere delle parti**, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. **La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive.** In MENCHINI, Sergio (a cura di). Le azioni seriali. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

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

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Conteúdo da causa de pedir.** In Revista dos Tribunais, 564/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 48.

MICHAEL, Jerome. **Elements of Legal Controversy**. Brooklyn: The Foundation Press, 1948.

MICHELI, Gian Antonio. **La prova a futura memoria**. Milano: Libreria Editrice Politecnica, 1937.

MICHELMAN, Frank. I. **Excerpts from Brennan and democracy**. Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Penguin Classics, 1985.

MILLAR, Robert Wyness. **The historical relation of estoppel by record to res judicata**. In *Illinois Law Review of Northwestern University*, vol. 35, 1940.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Associações Cíveis e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do Direito Vigente ao Direito Projetado**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e Coisa Julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)**. São Paulo: Aide, 1992.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, v. II: arts. 154-269, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Exegese do Código de Processo Civil**, v. IV, t. I. Rio de Janeiro: Aide, [ano].

\_\_\_\_\_. **As tendências do processo civil contemporâneo**. In *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, v. 11, jan-março/99, p. 154–161.

\_\_\_\_\_. **Estatística Judiciária**. In *Revista de Processo* n. 110, ano 28, abril/junho/2003, p. 9-18.

\_\_\_\_\_. **Conexão e “tríplice identidade”**. In *Revista de Processo* n. 29, pp. 50-56, jan.mar/1983.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à Lei de Ação civil Pública – revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems – a comparative perspective**. Portland: Hart Publishing, 2004.

MULLENIX, Linda. **The Counter-Reformation in Procedural Justice**. In *Minnesota Law Review*, v. 77:375, 2002.

\_\_\_\_\_. **Beyond Consolidation: Postaggregative Procedure in Asbestos Mass Tort Litigation.** In *William & Mary Law Review* 32 (1991), p. 475-585. Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol32/iss3/2> Acesso 20.04.2018.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova – análise econômica e jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A. **Comentários ao Código de Processo Civil. Do Processo Cautelar**, v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **A evolução das ações coletivas no Brasil.** In *Revista de Processo* v. 77, n. 9, p. 224-235, 1995.

NAGAREDA, Richard A., **The Litigation-Arbitration Dichotomy Meets the Class Action.** In *Notre Dame Law Review*, Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 10-34, 2010, p. 16. In <https://ssrn.com/abstract=1670722> Acesso em 11 jun. 2018

NALINI, Renato. **O que esperar do CNJ nos próximos dez anos?** In MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). *Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão.* São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade.** Coimbra: Almedina, 1967.

\_\_\_\_\_. **A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista.** In *Digesta*. v.1 - escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas.** São Paulo: Saraiva, 2008.

NICOTINA, Giuseppe. **L'istruzione preventiva nel Codice di Procedura Civile.** Milano: Giuffrè, 1979.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa Julgada.** Trad. Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NISHIHARA, Renato Mitsunori; POSSEBOM, Ana Carolina; BORGES, Luiza de Martino Cruvinel; SHWETZ, Ana Claudia Athanasio Shwetz; BETTES, Fernanda Francis Benevides. **Demanda judicial de medicamentos na Justiça Federal do Estado do Paraná.** In *Jornal Einstein* v. 15, n.1. São Paulo, 2017, pp. 85-91.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais.** In: Miranda, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

OBERHAMMER, P. **Evidence: Learning from Arbitration.** In RHEE, C.H. van; UZELAC, Alan (eds). *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective.* Cambridge: Intersentia, 2015.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **De volta à conexidade entre demandas (com especulações sobre o tema no futuro código de processo civil)**. In Revista de Processo v. 211, p. 209-238, set/2012.

\_\_\_\_\_. **Da modificação de competência**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

OLSON, Mancur. **The logic of collective action. Public goods and the theory of groups**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2002.

ORTEGA Y GASSET, José. **La rebelión de las masas**. México: La guillotina, 2010.

ORTIZ, Juan Carlos Guayacán. **Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos. **Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PACE, Nicholas M. **Group and Aggregate Litigation in the United States**. The Annals of the American Academy of Political and Social Science v. 622, The Globalization of Class Actions (Mar. 2009), pp. 32-40. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/40375848> Acesso 28.05.2018.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O Ônus da Prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PARÁ FILHO, Tomás. **Estudo sobre a conexão de causas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

PARISI, Pierpaolo; SANTANGELI, Fabio. **Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.** In Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, abril/2010, p. 8-9. Disponível em <http://www.judicium.it/il-nuovo-strumento-di-tutela-collettiva-risarcitorialazione-di-classe-dopo-le-recenti-modifiche-allart-140-bis-cod-cons/> Acesso 15.05.2018

PECK, Jeffrey J. **“Users United”: The Civil Justice Reform Act of 1990**. In Law and Contemporary Problems, v. 54, n. 3. Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4102&context=lcp> Acesso em 07/09/2016.

PEIXOTO, Ravi (coord.). **Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis organizados por assunto, anotados e comentados**. Salvador: JusPodivm, 2018.

PESCATORE, Matteo. **Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale**, v. I, parte I. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1864.

PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

PEYRANO, Jorge W. **Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas**. In PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PEYSNER, Johns; SENEVIRATNE, Mary. **The management of civil cases: a snapshot**. In *Civil Justice Quarterly* 2006, [http://irep.ntu.ac.uk/2891/1/187909\\_5541%20Seneviratne%20Publisher.pdf](http://irep.ntu.ac.uk/2891/1/187909_5541%20Seneviratne%20Publisher.pdf) Acesso em 07/09/2016.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova – estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundu allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual**. 2ª ed. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. **Los indicios en la prueba de la simulación contractual**. In *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, v. 3, 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3032010> Acesso 10.07.2018

PISANI, Andrea Proto. **Per un nuovo codice di procedura civile**. In *Foro Italiano*, 1987, gennaio 2009.

\_\_\_\_\_. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**, sexta edizione. Napoli: Jovene Editore, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, t. 5. Atualizado por Marcos Ehrhardt Jr., Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POTHIER, R. **Tratado das obrigações pessoas e recíprocas nos pactos, contractos, convenções**, t. 2. Trad. José Homem Correa Telles. Lisboa: Tip. Antônio José da Rocha, 1849.

RAGONE, Álvaro J. D. Pérez. **Retrato del revisionismo garantista en el proceso civil a través de Klein y Wach: algunas precisiones sobre eficiencia y derechos procesales**. In *Revista de Processo* v. 233, pp. 241-269, jul/2014.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil – do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017.

RESNIK, Judith. **From “Cases” to “Litigation”**. In *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1991. Paper 904, p. 22. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/904](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/904) Acesso em 12.01.2018.

RHODES, Blake M. **Judicial Panel on Multidistrict Litigation: Time for Rethinking**. In *University of Pennsylvania Law Review* v. 140, pp. 711-753, 1991.

RICCI, Edoardo. **Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas**. In LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

RICCI, Francesco. **Delle Prove**. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891.

RICHARDSON, Eli. J. **Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel**. *Mississippi Law Journal*, n. 35, p. 41-98, 1995.

RIGHI, Ivan. **Eficácia probatória do comportamento das partes**. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 20, 1981.

\_\_\_\_\_. *Os Poderes do Juiz*. In *Jurisprudência Brasileira* n. 169, p. 41-50, 1993.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

\_\_\_\_\_. **Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?** In ZANETTI JR., Hermes (coord). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito processual civil**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos**. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas**. In *Revista de Processo* n. 153, p. 311-336, nov.2007.

SADEK, Maria Tereza. **CNJ: O futuro na agenda**. In MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (coord.). *Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão*. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma**. In *Opinião Pública*, Campinas, v. X, n. 1, p. 01-62, maio/2004.

SALVANESCHI, Laura. **Dovere di collaborazione e contumácia**. In *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXIX, n. 3, maggio-giugno/2014.

SANCHES, Eduardo Walmory. **A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da Administração da Justiça**. In Revista Crítica de Ciências Sociais n. 21, pp. 11-44, nov/1986.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, v. I, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, [ano].

\_\_\_\_\_. **Prova judiciária no cível e no comercial**, v. IV, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.

SCHENK, Leonardo Faria. **Capítulo II. Da Cooperação Nacional**. In DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHWARTZMAN, Micah. **The Principle of Judicial Sincerity**. In Virginia Law Review, 94/2008.

SCHWARZER, William W. **The Elements of Case Management: a Pocket Guide for Judges**. Federal Judicial Center, 2006. Disponível em <http://www2.fjc.gov/sites/default/files/2012/elemen02.pdf> Acesso em 07/09/2016.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. **Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe**. In Fondazione Centro Internazionale su Diritto Società e Economia Courmayer. Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 1-2 ottobre 2010. Milano: Giuffrè, 2011.

SHARPLESS, Rebecca. **Fitting the formula for judicial review: the law-fact distinction in immigration law**. In Intercultural Human Law Review 58, 2010, p. 57-88 Disponível em [https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1481&context=fac\\_articles](https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1481&context=fac_articles) Acesso 14.07.2018

SHEN, Francis X. **The overlooked utility of the defendant class action**. In Denver University Law Review 88:1, 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 55, jan/mar. 2015.

SILBERMAN, Linda. **The common law system – The United States**. In CHASE, Oscar G. *et al.* (coord). Civil litigation in comparative context. Thomson West, 2007.

SILVA, Francisco Carlos de Moraes; MAZZEI, Rodrigo. **O microssistema (e autonomia) do direito portuário**. In Revista de Direito Privado. In Revista de Direito Privado v. 56/2013, p. 265-274, out-dez/2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**, v. 1, 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do processo cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Renan; GINZBURG, Carlo. **A conversation with Carlo Ginzburg.** Revista de estudios sociales n. 60. Bogotá, abril-junio.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais** (tese de doutorado). Curitiba: UFPR, 2016.

SILVER, Charles; MILLER, Geoffrey P. **The quasi-class action method of managing multi-district litigations: problems and a proposal.** In Vanderbilt Law Review, v. 63, n. 1, 2010.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **“Justiça em Pesquisa” Relatório Analítico Propositivo. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva.** Sociedade Brasileira de Direito Público, 2017.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil,** 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

\_\_\_\_\_. **Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?** In [https://www.academia.edu/10210886/M.\\_TEIXEIRA\\_DE\\_SOUSA\\_Omiss%C3%A3o\\_do\\_dever\\_de\\_coopera%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_tribunal\\_que\\_consequ%C3%A2ncias\\_01.2015\\_](https://www.academia.edu/10210886/M._TEIXEIRA_DE_SOUSA_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01.2015_) Acesso em 01.09.2015.

\_\_\_\_\_. SOUSA, Miguel Teixeira de. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português.** In Revista de Processo, v. 128, p. 79-108, out /2005.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Capítulo XI. Da audiência de instrução e julgamento.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRONG, S. I. **Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law.** In University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2012-35, 2013.

\_\_\_\_\_. **Mass and Collective Arbitration in National and International Law.** Oxford University Press, 2013.

SUBRIN, Stephen. **Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules.** In Boston College Law Review, vol. 39, no. 3, may/1998, pp. 691-745.

TALAMINI, Eduardo. **A prova emprestada no processo civil ou penal.** In Revista de Informação Legislativa n. 140, out/dez 1998.

\_\_\_\_\_. **Saneamento do processo.** In Revista de Processo, v. 86, p. 76-111, abril/1997.

\_\_\_\_\_. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015.** In Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015,** in Revista de Arbitragem e Mediação v. 46/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015.** In In ZANETI JR., Hermes (coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **A (in)disponibilidade do interesse público (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015.** In Revista de Processo vol. 264, ano 42, p. 83-107. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev.2017.

\_\_\_\_\_. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais.** Disponível em: [https://www.academia.edu/17136701/Um\\_processo\\_pra\\_chamar\\_de\\_seu\\_nota\\_sobre\\_os\\_neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_2015](https://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_2015) p. 5 Acesso em 23.06.2018

\_\_\_\_\_. **Capítulo X. Do julgamento conforme o estado do processo.** In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. “**Collateral estoppel**” e “**giudicato sulle questioni**”. In Rivista di Diritto Processuale, aprile-giugno 1972, anno XXVII, n. 2.

\_\_\_\_\_. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

\_\_\_\_\_. **Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation.** In CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (coords.). Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **A prova emprestada no CPC/2015.** In MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Coleção novo CPC, doutrina selecionada, v. 3. Processo de conhecimento – provas. Salvador: JusPodivm, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas,** 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Principles of the law – aggregate litigation.** St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil,** 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Processo cautelar**, 25ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ação declaratória e incidente de falsidade: falso ideológico e intervenção de terceiros**. In Revista de Processo vol. 51/1988, p. 32-41, jul-set/1988.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. **Complex litigation – Problems in Advanced Civil Procedure**. New York: Foundation Press, 2002.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Modern Complex Litigation**, 2ª ed. New York: Foundation Press, 2010.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil – presunções judiciais e regras de experiência**. Lisboa: Almedina, 2016.

TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil – estática e dinâmica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TUSHNET, Mark. **Revisión Judicial Dialógica**. In GARGARELLA, Roberto (comp.). Por una justicia dialógica – el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. **Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century**. In NUJS Law Review April-June/2011. Disponível em <http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/mark-tushnet.pdf> Acesso em 08.05.2018.

UNDERWOOD, James M. **Complex litigation – a contexto and practice casebook**. Durham: Carolina Academic Press, 2017.

UNITED NATIONS. **Civil and political rights, including the questions of independence of the judiciary, administration of justice, impunity**. New York: United Nations. 2005. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/Report-of-the-SR-on-the-independence-of-judges-and-lawyers-Mission-to-Brazil-2005.pdf> Acesso 10.07.2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Advisory Committee on Civil Rules. **Report on Mass Tort Litigation**. Washington: Federal Judicial Center, 1999 Disponível em [https://judicialstudies.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/mass\\_tort\\_litigation\\_report\\_1999.pdf](https://judicialstudies.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/mass_tort_litigation_report_1999.pdf) Acesso 28.05.2018.

UNITED STATES OF AMERICA. The Federal Courts Study Committee. **Report of the Federal Courts Study Committee**. Federal Courts Study Committee, 1990. Disponível em <https://www.fjc.gov/content/report-federal-courts-study-committee-0> Acesso 12.07.2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Judicial Center. **Manual for Complex Litigation. Fourth**. West, 2004.

\_\_\_\_\_. **Report of the Advisory Committee on Civil Rules and the Working Group on Mass Torts to the Chief Justice of the United States and to the Judicial Conference of the United States**. Judicial Conference of the United States. Washington: Federal Judicial Center, 1999 Disponível em

[https://judicialstudies.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/mass\\_tort\\_litigation\\_report\\_1999.pdf](https://judicialstudies.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/mass_tort_litigation_report_1999.pdf) Acesso em 28/05/2018

UZELAC, Alan. **Why no class actions in Europe? A view from the side of dysfunctional justice systems.** In HARSÁGI, V.; RHEE, C. H. van (ed.). *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2014.

VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual.** In DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glaudo Gumerato (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: JusPodivm, 2013.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Transação de Direitos Indisponíveis?** In *Revista de Processo*, vol. 251. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 391-426.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem para quem? Os desafios das arbitragens públicas, gratuitas e coletivas.** In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VERBIC, Francisco. **La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley general del ambiente de la república argentina.** In *Revista de Processo*, v. 167, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ejecución de sentencias en litígios de reforma estructural em la república argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones.** In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Processos estruturais.* Salvador: JusPodivm, 2017.

VERDE, Giovanni. Prova (dir. proc. civ.). In *Enciclopedia del diritto*, v. XXXVII. Milano: Giuffrè Editore, 1988.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

VIOLIN, Jordão. **O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da cooperação.** In ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo coletivo.* Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis.** Salvador: JusPodivm, 2008.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo – dos direitos aos litígios coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VOLPINO, Diego. **L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana.** Padova: CEDAM, 2007.

WACH, Adolf. **La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1962.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. 1 – teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Curso avançado de processo civil**, v. 2, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Curso avançado de Processo Civil – procedimentos especiais e Juizados Especiais**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Amicus curiae: afinal quem é ele?** In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 34, dez. 2006, p. 241-245.

\_\_\_\_\_. **Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial**. In Revista de Processo n. 92/1998. Out.dez/1998, p. 52-70.

\_\_\_\_\_; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**. In Revista de Processo no. 67, Ano 17, p. 15-25, julho.set/1992.

\_\_\_\_\_. **Relação entre demanda coletiva e demandas individuais**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; \_\_\_\_\_ (coord). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Da cognição no processo civil**, 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WELSCH, Gisele. **Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLFF, Tobias Barrington. **Preclusion in Class Action Litigation**. In Columbia Law Review vol. 105, mar.2005, p. 717-808.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: Discovery brasileira?** In \_\_\_\_\_; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. **Seção II. Da produção antecipada da prova**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes; CARDOSO, Juliana Provedel; LUCENA, Tamyres Tavares. **Direito processual coletivo**. In PEIXOTO, Ravi (coord.). Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZUCKERMAN, A.A.S. **A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure rather than Access to Justice**. In *Journal of Law and Society* v. 22, n. 2, pp. 155-188, June 1995.