

*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*  
JULIANA MAYUMI ONO

*Gerente de Conteúdo*  
MILISA CRISTINE ROMERA

*Editorial:* Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolína de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

*Gerente de Conteúdo Tax:* Vanessa Miranda de M. Pereira

*Direitos Autorais:* Viviane M. C. Carmezim

*Assistente de Conteúdo Editorial:* Juliana Menezes Drumond

*Analista de Projetos:* Camilla Dantara Ventura

*Estagiários:* Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

*Produção Editorial*  
Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Larissa Gonçalves de Moura

*Analistas de Operações Editoriais:* Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

*Analistas de Qualidade Editorial:* Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

*Designer Editorial:* Lucas Kfourí

*Estagiárias:* Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Adaptação de capa:* Linotec

*Equipe de Conteúdo Digital*  
Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

*Analistas:* Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

*Gerente de Operações e Produção Gráfica*  
MAURICIO ALVES MONTE

*Analistas de Produção Gráfica:* Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

*Estagiária de Produção Gráfica:* Ana Paula Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Paschoal, Thaís Amoroso

Coletivização da prova : técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual / Thaís Amoroso Paschoal. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-284-5

1. Processo civil 2. Prova (Direito) 3. Tutela 1. Título.

20-44185

CDU-347.94(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Prova : Processo civil 347.94

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

TERESA ARRUDA ALVIM  
EDUARDO TALAMINI  
COORDENADORES

ARRUDA ALVIM  
COORDENADOR CIENTÍFICO

# COLETIVIZAÇÃO DA PROVA

## TÉCNICAS DE PRODUÇÃO COLETIVA DA PROVA E SEUS REFLEXOS NA ESFERA INDIVIDUAL

### THAÍS AMOROSO PASCHOAL

EDUARDO TALAMINI  
PREFÁCIO

Coleção  
**Liebman**

PROPOSTA EDITORIAL  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS**

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

THAÍS AMOROSO PASCHOAL

TERESA ARRUDA ALVIM  
EDUARDO TALAMINI  
*Coordenadores*

ARRUDA ALVIM  
*Coordenador Científico*

© desta edição [2021]

**THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.**

JULIANA MAYUMI ONO  
*Diretora Responsável*

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia  
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

A autora goza da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhe a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seu trabalho.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS  
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

*e-mail* de atendimento ao consumidor: [sacrt@thomsonreuters.com](mailto:sacrt@thomsonreuters.com)

*e-mail* para submissão dos originais: [aval.livro@thomsonreuters.com](mailto:aval.livro@thomsonreuters.com)

Conheça mais sobre Thomson Reuters: [www.thomsonreuters.com.br](http://www.thomsonreuters.com.br)

Acesse o nosso *eComm*

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Impresso no Brasil [10-2020]

Profissional

Fechamento desta edição [03.09.2020]



ISBN 978-65-5614-284-5

*A Sylvio e Néia, ainda e sempre, pelas raízes e pelas asas.  
À tia Ana, in memoriam. Professora dedicada, mãe de coração,  
por impulsionar, de forma tão generosa, o bater das minhas asas.*

sobre o ônus da 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>137</sup>. Também aí aparece um importante reflexo da colaboração.

Ministra Nancy Andrighi, 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. Min. Nancy Andrighi; j. em 19/08/2010; DJe 07/02/2011).

135. “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” (DIDIÉ JR., Fredie et al. *Curso...* v. 2, p. 142).
136. 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 exauridas 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 do gravame, caso os demais sujeitos do processo não tragam a prova ao processo” (ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova...*, p. 6-7).
137. “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

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*. Esse 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 2019 indica, como já se viu, a existência de significativa quantidade de processos em trâmite em 1º grau de Jurisdição, o que 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.

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...*, p. 201).

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>138</sup>, havia 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>139</sup>. Sobre o mesmo tema, o IDEC propôs ação coletiva em 1998, julgada

138. Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL374034-5598,00-APOS+UMA+DECADA+BRIGA+JUDICIAL+POR+CAUSA+DAS+PILULAS+DE+FARINHA+CONTINUA.html>. Acesso 11.set.2020.

139. 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 suprarreferida; 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 reconhece a inexistência de comprovação do nexo causal e, por isso, a impossibilidade da reparação (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 reconhece 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

improcedente<sup>140</sup>, decisão confirmada pelo STJ<sup>141</sup>. Pesquisa realizada no endereço eletrônico dos Tribunais demonstrou a existência de centenas de processos individuais<sup>142</sup>. O problema gerou, à época, relevante discussão em torno da falsificação de medicamentos<sup>143</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>144</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

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).

140. Ação civil pública n. 583.00.1998.028338-1, da 34ª Vara Cível de São Paulo.

141. 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.

142. 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.

143. 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. *Falsificação 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 11.set.2020). 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.

144. 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).

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>145</sup>. Imagine-se, também, ações propostas em razão do *dieselgate*, problema decorrente da falsificação de testes de emissões de 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

145. 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. Após a produção de prova pericial, os autos estão conclusos para sentença desde 21.06.2019 (Autos n. 0017996-98.2014.4.01.3801; 2ª Vara de Juiz de Fora/MG).

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. 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 consequente 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>146</sup> ou incidental, neste último caso decorrendo

146. “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).

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.

Embora, como lembra Sergi Guasch Fernández, o ponto caracterize um dilema muito grave<sup>147</sup>, a diferenciação entre a natureza fática ou jurídica de uma questão assume especial importância<sup>148</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

147. FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El Hecho y el Derecho...*, 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” (FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El Hecho y el Derecho*, p. 183).

148. 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 11.set.2020). 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 11.set.2020).

juízo de recursos extraordinários<sup>149</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>150</sup>, justamente porque a qualificação jurídica dos fatos caracteriza questão de direito<sup>151</sup>.

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>152</sup>. Não

149. 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” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *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).

150. 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.

151. “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 n.º 649.711/BA; 3ª Turma; Rel. Min. Nancy Andrighi; j. 13.02.2007; DJ 05.03.2007, p. 278).

152. 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, apresentar 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

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>153</sup>.

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, o 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 11.set.2020). 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?" (SHARPLESS, Rebecca. *Fitting the formula for judicial review...*, p. 67).

153. 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 facto' e o 'puro direito' não

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 os elementos que integram o *suporte fático*<sup>154</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>155</sup> já carrega a qualificação jurídica indicada pelo autor e complementada

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, 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*, p. 435).

154. "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).

155. "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).

pelo réu (ou escolhida pelo juiz), que é o que direcionará a produção da prova, a depender dos elementos que o suporte fático da norma indicada exige. 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. Nesse caso, será imprescindível que os fatos que já foram objeto da prova (ou que justificam a 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>156</sup>.

156. 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

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 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>157</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>158</sup>. Uma prática reiterada que caracterize uma

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*, 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.

157. HINES, Laura J. *Codifying the Issue Class Action*. In *Nevada Law Journal*, vol. 16: Iss. 2, Article 6. 2016. In <https://scholars.law.unlv.edu/nlj/voll6/iss2/6/>. Acesso 11.set.2020.

158. 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 11.set.2020.

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 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 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>159</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>160</sup>. A reunião das causas é

159. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...* v. 1, p. 161.

160. 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” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni...*, 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” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni...*, 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 desse 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

consequência do reconhecimento da existência de conexão entre elas<sup>161</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>162</sup>, orientando uma das hipóteses que, no direito brasileiro,

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” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Conceito, identificação e conexão...*, 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 elementi 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 edição. 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” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 341).

161. DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, p. 74.

162. 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 conexão 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 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 245.

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, litispêndência ou coisa julgada”<sup>163</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>164</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>165</sup>, e não na fundamentação jurídica, reside o elemento mais importante dessa hipótese 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.

163. 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 litispêndência, enquanto que para a conexão, afastada a identidade, basta a existência de elementos comuns, como acertadamente dispõe o art. 103” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Conexão e “tríplice identidade...”*, 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 Tipografica Editrice, 1864, p. 168).

164. MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Conexão...*, p. 55.

165. 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” (PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a conexão...*, p. 153).

Para fins de conexão e conseqüente reunião de demandas, portanto, basta que um ou mais fatos, dentre aqueles que compõem a causa de pedir, sejam idênticos<sup>166</sup>. Em outras 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>167</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, insere 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>168</sup>. Veja-se que não se trata de co-

166. 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 (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).

167. 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.

168. 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, p. 275). Aplicável a essa hipótese

nexão, 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>169</sup>. Embora a conexão seja uma espécie de afinidade, a hipótese ora analisada é 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>170</sup>, autorizando a reunião de processos a partir de justificativa mais precária, decorrente da mera semelhança

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 giudizii con dispendio maggiore e con pericolo di giudicati contraddittorii, non biasimeremo 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...*, p. 174-175).

169. “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. Empresta-se então ao vocábulo questões, tal como aparece no texto em exame, o significado de fundamentos: afinidade de questões 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).

170. “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

entre pontos de fato ou de direito<sup>171</sup>. Está-se, nesse 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>172</sup>, mas não impõe, seu tratamento conjunto.

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, entre elas a *afinidade de questões de fato*. A medida, já se disse, tem justificativa na isonomia e na eficiência. Vale frisar que

de caracterizar a afinidade, considerando a amplitude de situações fáticas que podem estar abrangidas por uma disposição legal, e a conseqüente diversidade de fatos a impedir a reunião. Outra coisa é falar em afinidade por fundamento de direito. Nesse 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.

171. "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).

172. "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 litisconsórcios. 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).

afinidade, no caso, indica a existência de uma *ligação* entre as questões, que não precisam ser necessariamente idênticas<sup>173</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>174</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>175</sup> à sustentação de

173. 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).

174. "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, p. 279-280).

175. "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).

várias pretensões. A reunião em 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. Veja-se, portanto, que, mesmo nos casos em que viável a conexão – por se tratar de mesmo fato – nem sempre a reunião será conveniente, pela quantidade de envolvidos e conseqüente tumulto. Aplica-se, nesses casos, o mesmo que se afirmou no capítulo 01 para os casos em que, embora autorizado o litisconsórcio, sua formação não é conveniente, incentivando a instauração de um incidente que possibilite o tratamento coletivo da questão de fato.

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, é que se propõe a reunião de demandas para produção de prova comum<sup>176</sup>. 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*.

Essa previsão se coaduna com os novos papéis inevitavelmente assumidos pela Jurisdição, voltados à gestão do caso e dos casos, e à compreensão de que o processo, e o próprio Poder Judiciário, são um espaço de diálogo e deliberação. O CPC de 2015 cria, inclusive, ferramentas que viabilizam o desempenho dessas funções.

176. 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*, p. 161 e 163).

Por isso, a ideia de uma *atuação cooperativa* não deve ficar adstrita apenas ao âmbito interno do processo, enquanto orientadora da conduta das partes e do juiz na prática dos atos processuais. Não por outra razão, os arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil preveem regras que compõem o rol da chamada “cooperação nacional”, com a previsão de ferramentas para colaboração entre juízos de competências diversas, para a implementação de medidas voltadas à prática adequada dos atos processuais<sup>177</sup>. Segundo essas previsões, “os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual”<sup>178-179</sup>. Incentiva-se, nesse caso, como lembra Antonio do Passo Cabral, a “cooperação transjudicial”, proporcionando interações flexíveis e, em alguns casos, não formalizadas<sup>180</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

177. 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’” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; 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).

178. 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...*, p. 119).

179. Enunciado 5 FPPC: “O pedido de cooperação jurisdicional poderá ser realizado também entre o árbitro e o Poder Judiciário”.

180. 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, p. 530. São, como lembra o autor, “relações ‘face a face’ que representam maneiras de ‘deliberação coletiva informal’, com a vantagem de permitir uma ‘humanização’ do contato interjudicial, fomentando a fraternidade” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 530).

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>181</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>182</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)<sup>183</sup>.

Para viabilizar a prática desses atos, a normativa recomenda aos Tribunais a criação de órgãos de cooperação (juízes e Núcleos).

O Código de Processo Civil de 2015 reproduz boa parte do conteúdo da Recomendação do CNJ, elencando, em especial no art. 69, os atos que podem ser praticados nesse ambiente de cooperação nacional. São eles: auxílio direto; reunião ou pensamento de processos; prestação de informações e atos concertados entre juízes cooperantes. Admite-se a prática de atos cooperados de natureza jurisdicional ou administrativa<sup>184</sup>. É perfeitamente possível e até recomendado, portanto, que

181. 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-acoos/cooperacao-judiciaria>. Acesso 11.set.2020).

182. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao\\_gp\\_38\\_2011.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao_gp_38_2011.pdf). Acesso 11.set./2020.

183. Tem-se notícia de que, em breve, o CNJ, por seu Comitê Executivo Nacional da Rede Nacional de Cooperação Judiciária, editará Resolução visando a regulamentação dos atos de cooperação judiciária nacional, incentivando ainda mais a prática colaborativa de atos entre juízos. A resolução prevê, inclusive, anexos com modelos para a prática de atos cooperados: “modelo exemplificativo de pedido de cooperação por auxílio direto, modelo exemplificativo de despacho conjunto e modelo exemplificativo de ato concertado, ou seja, por meio de acordo entre os juízes” (Disponível em <https://www.cnj.jus.br/proposta-de-resolucao-define-diretrizes-para-cooperacao-judicial/>. Acesso 11.set.2020).

184. 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”.

a prática de atos de cooperação viabilize o diálogo interinstitucional, envolvendo Judiciário, e Administração Pública.

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. Imagina-se, de todo modo, que esses mecanismos tenham cada vez menos espaço de aplicação, considerando a maior facilitação ofertada pela prática dos atos cooperados. Tudo aquilo que pode ser praticado pela via das cartas pode, também, ser objeto de atos de cooperação, evidenciando a desnecessidade de se recorrer a ferramentas tão burocratizadas e ultrapassadas. Também não se descarta a possibilidade da 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 de uma perspectiva de eficiência e isonomia. 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>185</sup>. É essa, 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>186</sup>, como forma de viabilizar

185. 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; DIDIERJR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 273-275.

186. “[...] 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 otro – denominado requiriente o asistido – en relación con una actuación procesal concreta que há de desarrollarse en el territorio del primero

a prática de atos sem a necessidade de carta rogatória. Por meio dele é possível que qualquer juízo conte com o apoio de outro para viabilizar a prática de atos processuais, em especial fora de sua competência. Da mesma forma, a reunião ou apensamento de processos e a prestação de informações, independentemente de forma específica, que tem 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 pressupõe articulação ou associação para a prática de atos processuais comuns<sup>187</sup>. A escolha do termo adotado pelo legislador para nominar a técnica ajuda a compreender a finalidade do instituto. Afinal, “concertar” nada mais é do que “pôr em boa ordem; compor, ajustar”. Ou, ainda, “harmonizar, conciliar”<sup>188</sup>.

A concertação de atos, assim, consiste em uma conjugação de esforços de dois ou mais juízos visando à prática mais eficiente de um ou mais atos processuais comuns. Tem por finalidade a eficiência da prestação jurisdicional e a efetividade da tutela que dela é objeto, com grande potencial para contribuir com a gestão de casos pelo Judiciário.

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 predeterminadas 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.

para integrarse después en un procedimiento actual o futuro seguido ante los tribunales del 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” (PETRUS, Christian Herrera. *La obtención internacional de pruebas*, p. 28).

187. “[...] as interações cooperativas e dialogais entre juízes estruturam arranjos para o alcance de objetivos comuns pela constatação de que todos enfrentam problemas parecidos. A aproximação possibilitada pela colaboração insere os juízos em projetos compartilhados em torno da proteção eficiente dos direitos. Por meio dessas interações, cria-se uma “rede judiciária” para identificar caminhos para soluções combinadas e compromissórias” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 516).

188. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio*, 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 127.

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 predeterminadas, 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, no caso da prática compartilhada de atos, a prevenção não será o melhor critério para a definição do juízo competente. Em caso de reunião de causas para produção de provas, por exemplo, 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>189</sup>, em atenção ao princípio da competência adequada<sup>190</sup>.

Para além disso, a prática cooperativa de atos poderá auxiliar na superação das dificuldades geradas pelo sistema de divisão estática de competência brasileiro. Em muitos casos, é justamente a prática de atos concertados – em especial, a concertação de atos – que viabilizará a prática de atos comuns por juízos de competência diversa, sem que seja necessária uma alteração na competência jurisdicional para o julgamento da causa<sup>191</sup>.

189. Acerca do tema, amplamente: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*.

190. “O exercente do poder, mais do que abstratamente competente, deve ser concretamente competente, e, sobretudo, deve ser aquele que se revele adequado e apropriado para o desempenho de suas tarefas e atribuições constitucionais, por procedimento em que possa viabilizar participação direta ou indireta do indivíduo (ou comunidade) interessado em seus bons resultados. É o direito fundamental à competência adequada, manifestação do devido processo legal e seus muitos corolários tratados ao longo do texto. Um processo devido é aquele conduzido pela autoridade adequadamente competente para tanto” (BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. In Revista de Processo, n. 219, 2013, p. 13-42).

191. A questão foi suscitada em voto proferido por desembargador do TJMG, no âmbito de Agravo de Instrumento em que se discutia o juízo competente para as ações coletivas do caso Rio Doce. A decisão de primeiro grau declinou a competência para a Justiça Federal, após a União manifestar interesse na causa, em razão da existência de outra ação civil pública

Emerge dessas disposições uma clara opção por viabilizar a comunicação e a colaboração entre os diversos juízos que integram, dentro de suas competências,

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). A questão chegou ao STJ, que não conheceu do recurso (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. Sobre o tema, na perspectiva do transfederalismo e a necessidade de ações cooperativas para a solução de casos difíceis, como o caso Rio Doce, MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Tutela colectiva, cooperación y transfederalismo: compartiendo problemas y soluciones*. In *Constitucionalismo Transformador* (no prelo). Ainda sobre o transfederalismo, enquanto categoria que descreve situação em que o federalismo é reconfigurado por relações de poder transversais, MACEDO, José Arthur Castillo de. *Encruzilhadas do Federalismo: transfederalismo, cooperación, constitucionalismo e democracia*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018). Especificamente sobre o problema da competência no caso Rio Doce, explica Hermes Zaneti Jr.: “Um primeiro problema enfrentado foi a necessidade de conexão para evitar decisões conflitantes. As ações foram montadas por decisão em conflito de jurisdição, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça que determinou a competência da Justiça Federal de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais. A decisão diz respeito à ideia de concorrência adequada por duas razões, desloca a concorrência para um dos Estados em causa, evitando o Distrito Federal, e preserva ações que abordam impactos locais, ainda que coletivos, sobre as cidades afetadas. Assim, preserva a principal regra do processo coletivo ambiental brasileiro que é a concorrência do dano local (art. 2o, LACP)” (ZANETI JR., Hermes. *Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção?* In REICHELT, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth Editora, p. 268). Já na introdução de obra sobre o tema da cooperação judiciária nacional, Fredie Didier Jr. indica o caso Rio Doce como um dos casos emblemáticos para pensar a cooperação judicial, ressaltando que jamais poderá ser resolvido “de maneira eficiente, justa e com duração razoável sem cooperação judiciária” [DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional – esboço de uma teoria para o Direito brasileiro* (arts. 67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 9].

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, ou de um único ato citatório de um mesmo réu em várias demandas diferentes, 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 inseridas 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 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>192</sup>. Também se realizou consulta junto à

192. 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.

Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça, buscando verificar se a prática de atos cooperativos estava sendo implementada no âmbito daquela Corte. A resposta, recebida em agosto de 2018, na linha das demais, evidenciou um uso insignificante das ferramentas de cooperação<sup>193</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 empresa, com a realização de conciliações plúrimas<sup>194</sup>. O projeto

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”.

193. “Em atenção à manifestação encaminhada, informamos que a determinação da citada Recomendação foi tema da Meta Nacional n. 4/2012 que trazia como desafio constituir núcleo de cooperação judiciária e instituir a figura do juiz de cooperação para todos os seguimentos da justiça. Apesar de não possuir estrutura orgânica com tal missão em seu organograma, segundo o Regimento Interno do STJ, o Tribunal funciona com a Corte Especial, seis turmas e três seções especializadas como órgãos julgadores. Os presidentes desses órgãos coordenam o cumprimento dos atos judiciais e o processamento dos pedidos externos encaminhados ao STJ, quais sejam: prestação de informação em habeas corpus, expedição de cartas de ordem e de sentença, de citações, de intimações e de notificações, reunião e apensamento de processos, bem como execuções judiciais da competência deste Tribunal. Tanto o cumprimento dos atos quanto o processamento dos pedidos são acompanhados mediante a comunicação entre o Superior Tribunal de Justiça e os demais tribunais envolvidos. Tais argumentos se coadunam com o instituto do núcleo de cooperação judiciária, fator pelo qual o CNJ certificou o cumprimento da Meta 4/2012. Adicionalmente, houve indicação de juiz de cooperação e de unidade para desempenhar os fins estabelecidos na recomendação”.

194. 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 antiguidade”. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/62731-trt-sp-concilia-na-execu-ganha-pro-nacional>. Acesso 11.set.2020.

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 insertas 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 conseqüentemente 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 e, certamente, aquelas que integrarão a futura Resolução) 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 a 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>195</sup>. Ao lado dos já concretizados fatores legislativo e de recursos, resta apenas o fator cultural, que representará a abertura do sistema judiciário e dos seus operadores à aplicação dessas técnicas, como forma de viabilizar e aprimorar a gestão de casos judiciais e, via de consequência, a prestação adequada da tutela jurisdicional.

195. 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 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...*, p. 403).

### 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>196</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, entre 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>197</sup>, a exemplo do que ocorre no direito norte-americano com o *multidistrict litigation*<sup>198</sup>, de que já se tratou no capítulo 01<sup>199</sup>.

196. 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).

197. 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 judiciários 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 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

Essa agregação pode viabilizar a reunião de processos em trâmite perante o mesmo Juízo ou Juízos distintos para produção de prova de fato comum. Nesse caso, a concertação será determinada pelo(s) próprio(s) juízes em diálogo com as

outras que se mostrem pertinentes – aos outros processos?” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, 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, p. 132-133). Mais adiante, sobre 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” (DIDIER JR., Fredie. *Curso...* v. 1, 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”.

198. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, p. 73.

199. 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.); DOTI, 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).

partes e os demais juízes<sup>200</sup>. Recomenda-se a formalização dos atos de cooperação, por meio de protocolos institucionais ou atos conjuntos<sup>201</sup>.

A reunião física dos processos mostra-se absolutamente desnecessária. Em se tratando de poucos casos, 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. Havendo, porém, centenas ou milhares de processos em que o fato se repete (ainda que se trate de ações diversas), será necessária a instauração de um *incidente de coletivização da prova*.

Em qualquer desses casos, se estará diante de prejudicialidade<sup>202</sup>, aplicando-se por 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, presentes e futuros, 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

200. Para Fredie Didier Jr., trata-se de um negócio jurídico de direito público celebrado pelos juízes envolvidos, “indicado para disciplinar uma cooperação permanente ou duradoura entre os juízos cooperantes”, podendo ser celebrado por mais de dois juízes (DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional...*, p. 84-85). Já para Antonio do Passo Cabral não se trata de acordo processual, pois “os juízes além de não terem capacidade negocial (para dispor de interesses próprios), também não podem dispor dos interesses das partes envolvidas. O que a recomendação quer dizer é que o procedimento é consensual, e que dependerá das tratativas e de um ajuste entre os juízos. Este ajuste é formalizado através de um ato conjunto, não uma convenção processual” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 531, nota 437).

201. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 531.

202. 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).

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, entre 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>203</sup>

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 pelos órgãos de cooperação especificamente destinados 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

203. 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 ajuízem várias ações de reparação de danos, distribuídas para juízos diversos. Nesse 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 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...*, p. 60-61).

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 (individual) como prova emprestada<sup>204</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, nesse 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

204. 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.

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* insita 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, inclusive 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 âmbito de seus regimentos internos, o procedimento para a prática desses atos<sup>205</sup>. Veja-se que a atuação do CNJ e dos Tribunais estará ligada à definição de critérios procedimentais para a instauração e a tramitação do incidente<sup>206</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 caso 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. Aos juízes cooperantes e aos órgãos de cooperação 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

205. 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”.

206. 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, p. 74).

pelas partes<sup>207</sup>. A iniciativa, nesse 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 depois do 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 dialogar com todos os demais Juízos, em âmbito nacional, estadual ou local (a depender da extensão do fato) a fim de verificar a existência e a 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 determinação da medida<sup>208</sup>. A hipótese aqui é de *afinidade* entre questões de fato, a justificar a agregação de processos. Sendo inviável o diálogo com todos os juízes que poderão participar da produção coletiva, deverão ser acionados os órgãos da rede de cooperação, que cumprem, entre outros, justamente o papel de facilitação do diálogo entre juízes cooperantes.

A partir das informações obtidas com os demais Juízos, deverá haver a definição de questões procedimentais e a definição do Juízo competente para o processamento do incidente. Não havendo concordância quanto a essa questão, mais uma vez será o caso de acionar os órgãos que integram a rede de cooperação.

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

207. 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...*, p. 243).

208. 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, p. 74).

viabilizado por meio da atuação de um ente legitimado, entre aqueles previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, desde que represente adequadamente a coletividade interessada na produção da prova comum. Retome-se aqui tudo aquilo que já se afirmou acerca da representatividade adequada dos atores coletivos, no capítulo 01 deste trabalho.

Após a definição do Juízo competente para o procedimento, deverá ser designado o 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<sup>209</sup>, 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 dos limites da prova agregada, do meio de prova necessário, da nomeação de perito e assistentes técnicos, da 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.

Nesse 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>210</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

209. Enunciado 676 FPPC. (arts. 357, § 3º, e 6º, CPC) A audiência de saneamento compartilhado é momento adequado para que o juiz e as partes deliberem sobre as especificidades do litígio coletivo, as questões fáticas e jurídicas controvertidas, as provas necessárias e as medidas que incrementem a representação dos membros do grupo (Grupo: Processo Coletivo).

210. 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. 1.037, § 9º, CPC).

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. 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, com competência para realizar uma análise geral do sistema e com isso possibilitar a instauração do procedimento perante o órgão adequado, a partir das regras necessárias e igualmente preestabelecidas. Não nos parece algo de difícil alcance no sistema judicial brasileiro. Sequer é necessária a criação desse órgão.

É nos órgãos que integram a rede de cooperação, criada pelo 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 CNJ, 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 pelo 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, entre 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>211</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 caso do Justiça Aberta, o Relatório Justiça em Números e a Política Nacional de Atenção Prioritária em Primeiro grau, ou do Laboratório de

211. 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 a atuação do CNJ, Maria Tereza Sadek lembra que “o magistrado e o Poder Judiciário forjados pelo novo paradigma são constrangidos 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, p. 120-121).

Inovação e Inteligência no âmbito do Poder Judiciário. 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>212</sup>. Em 2015, novo relatório confirmou essa informação<sup>213</sup>. A pesquisa indica a criação do órgão inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, desde 2013.

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>214</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 art. 10 estabelece que os núcleos “poderão ser constituídos por comarcas, regiões, unidades de especialização ou Unidades da Federação”.

212. Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/01/Meta\\_4\\_de\\_2012\\_detalhamento.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/01/Meta_4_de_2012_detalhamento.pdf). Acesso 11.set.2020.

213. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/01/5468bb4d51d5bd5a-cbcb8ee41b06b327.pdf>. Acesso 11.set.2020.

214. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/nucleos-de-cooperacao-judiciaria>. Acesso 11.set.2020.

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>215</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>216</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 propostas, acompanhar atividades, propor convênios e organizar

215. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/juizes-de-cooperacao>. Acesso em 11.set.2020.

216. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/juizes-de-cooperacao>. Acesso em 11.set.2020. Como já se disse, pesquisa realizada junto ao CNJ e aos juízes indicados no endereço eletrônico do órgão revelou que os dados estão desatualizados.

reuniões e seminários relativos ao tema da cooperação judiciária<sup>217</sup>. A composição do Comitê foi instituída pela Portaria nº 158, de 22/10/2019. A portaria nº 75, de 07/05/2020, institui a nova composição do Comitê, que agora é integrado também por Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral. Há, também, Comitês estaduais, com atuação no âmbito de cada Estado da Federação.

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 deixa claro que a intenção é, de fato, criar uma rede voltada a 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. Os juízes de cooperação, em cada Estado, deverão intermediar e facilitar a comunicação entre os juízes cooperantes. 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 os limites territoriais do Estado, sendo necessário que as definições procedimentais sejam efetivadas por órgão com competência nacional para tanto.

Os órgãos que integram a Rede Nacional de Cooperação 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 à definição de seus critérios<sup>218</sup>. Assim, e uma vez realizada a solicitação de concertação de atos,

217. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cooperacao-judiciaria/comite-executivo-da-rede-nacional-de-cooperacao-judiciaria>. Acesso 11.set.2020.

218. 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

deverão atuar na: a) facilitação do diálogo entre os juízes cooperantes; b) verificação da viabilidade de instauração do procedimento, a partir da análise da existência de questão comum de fato; c) designação do juízo em que tramitará o incidente; d) 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 do 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 gerará impactos na distribuição da competência jurisdicional. Com efeito, a viabilização da prática de atos concertados poderá exigir mudanças de competência, em especial quando provocar a instauração de um incidente de coletivização, que deverá tramitar em um Juízo, entre aqueles possíveis para a prática do ato comum. Veja-se que, nesse caso, o deslocamento de competência ocorrerá apenas para a prática do ato concertado, sem que haja alteração na competência para julgamento da causa. A questão se coloca de modo um pouco mais complexo quando se pensa na concertação para centralização de casos repetitivos, com o objetivo de solução da questão comum de fato, defendida por parcela respeitável da doutrina<sup>219</sup>. No caso da concertação para produção de prova de fato comum, porém, não haverá mudança na competência para o julgamento da questão de fato, mas apenas a conjugação de esforços pelos juízos para a produção única da prova. Isso afetará apenas a fase instrutória (e, muitas vezes, apenas uma parte dela), sem qualquer ingerência do juízo que conduzirá o procedimento na fase decisória dos processos, à exceção daquele que porventura já seja de sua competência.

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).

219. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural de eficiência processual...*, p. 682-683; DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional...*, p. 93. No caso, segundo os autores, a concertação de atos poderia justificar a reunião de casos repetitivos, quando incabível o IRDR.

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 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>220</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>221</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>222</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

220. “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 centralização de processos ou unidade de julgamento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...* v. 2, p. 74).

221. “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, p. 204).

222. “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. I, p. 220-221).

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, impugná-lo em razão de fatos que possam afetar sua imparcialidade.

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>223</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, com um olhar sobre o princípio da competência adequada<sup>224</sup>, de modo a se definir, em cada caso, qual o juízo mais adequado para conduzir o procedimento de produção da prova.

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, 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

223. SPADONI, Joaquim Felipe. *Capítulo XI. Da audiência de instrução e julgamento*. In ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; 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.

224. “O órgão jurisdicional competente deve ser aquele que, no exame das capacidades institucionais (que envolvem variáveis estruturais e funcionais dos diferentes órgãos, aferidas por indicadores objetivos), seja o mais adequado para julgar o caso, a fim de que seja alcançado o melhor resultado jurisdicional – que resume a perspectiva qualitativa da eficiência” (DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional...*, p. 45).

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 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>225</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 a possibilitar modificações de “competência no curso do processo, maleabilidade na designação de juizes e na composição de colegiados e na derrogação das regras legais pela conformação pretendida pelas partes”<sup>226</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

225. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 716.

226. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, 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” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual...*, p. 423).

sistema, entre 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 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>227</sup>.

227. 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*, 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 juizes e dos 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 Rio Doce, 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 valadarense 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

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>228</sup>, prescindindo de qualquer alteração legislativa.

### 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

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. Sobre a questão, MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thais Amoroso. *Tutela colectiva, cooperación y transfederalismo: compartiendo problemas y soluciones*. In *Constitucionalismo Transformador* (no prelo).

228. 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...*, 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 (Nota n. 139).

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>229</sup>, igualmente inexistente no texto constitucional a exigência de que a participação no processo ocorra de forma direta<sup>230</sup>. Havendo a possibilidade de uma tutela coletiva igualmente efetiva, e da participação exercida por uma parte que adequadamente garante 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

229. 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 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...*, p. 57).

230. 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”.

da prova comum. Esse representante será escolhido pelos Juízos<sup>231</sup> dos processos em que a questão de fato comum se apresenta, ou, se necessário, decidida pelos órgãos que integram a Rede de Cooperação 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 a 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>232</sup>. É imperioso, em qualquer caso, que a coletividade veja nesse ente uma atuação legítima e adequada e participe da tomada de decisões afetas ao procedimento probatório. Desponta aí, como já se destacou, o caráter deliberativo da atuação do representante adequado na arena pública. 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 nesse 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 tutela de direitos individuais<sup>233</sup>, sem que com isso haja qualquer prejuízo à tutela efetiva e adequada dos direitos.

231. 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...*, p. 243).

232. “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” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, p. 243).

233. “[...] 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

Assim, tão logo definida a instauração do procedimento para produção da prova, 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>234</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>235</sup> assume especial relevância, não só por garantir o caráter democrá-

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...*, p. 41).

234. 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).

235. “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

tico do procedimento, como por viabilizar o acesso, pelo julgador, à mais variada gama de informações necessárias à adequada produção da prova<sup>236</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

de previsão legal expressa destas intervenções, ditas anômalas ou *sui generis*, porque não se encaixam nas figuras tradicionais de intervenção de terceiros” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Amicus curiae: afinal quem é ele?* In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 34, dez. 2006, p. 241-245). 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). Destacando que a atuação do *amicus curiae* deve ser “de contribuição e colaboração para o debate, e que, admitidas tais intervenções, deve o magistrado levar em consideração seus argumentos, TEMER, Sofia. *Participação no processo civil – repensando litisconsórcio, intervenção de terceiro e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 237.

236. 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).

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.

#### 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>237</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 pela limitação do encargo a 2%. A sentença, entre 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>238</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,

237. 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.

238. 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...*).

realizada por amostragem, apurou valor milionário, o que motivou, apenas em 2014, a celebração de acordo que colocou fim ao caso<sup>239</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 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 a 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 microsistema processual coletivo e do Código de Processo Civil, como também muito recomendada, à luz de todas as garantias

239. O acordo previu a destinação do valor pago ao Fundo previsto no art. 13 de LACP.

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>240</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>241</sup>, como, também aí, manifestação do direito autônomo à prova<sup>242</sup>.

240. “[...] 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*..., p. 76).

241. 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 verificaione, 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

Sob esse aspecto, a produção antecipada de provas<sup>243</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>244-245</sup>. No inciso I do art. 381, manteve-se o cabimento da produção antecipada em caso de

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*, p. 7).

242. “O destaque seriam as prerrogativas de busca e obtenção da prova e seu nexos 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).
243. “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 Buri; 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...*, p. 76).
244. 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, por exemplo, no caso em que o requerente pretenda pré-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, p. 371).
245. “Embora o direito à prova assumira 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...*, p. 77).

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 periclitamento da prova, que justifica a sua produção antecipada. Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha abolido as cautelares em espécie<sup>246</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>247</sup>. Em outras palavras, na hipótese do inciso I, a produção

246. 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).

247. Adotamos, nesse 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, nesse 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 (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*, p. 20). Para Alcides Munhoz da Cunha, “o fim da tutela cautelar, 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

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>248</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 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

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).

248. "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...*, v. 2, p. 320).

doutrina<sup>249</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 mais bem 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 conseqüentemente 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>250</sup>, com a diferença de que, ao contrário do que ocorre na fase do

249. Amplamente, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova...*, p. 13-45.

250. O sistema inglês possui procedimento semelhante. Em obra específica sobre vários aspectos desse 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 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...* 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

*pretrial* daquele sistema, aqui o juiz participa diretamente dos atos de produção antecipada da prova.

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>251</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>252</sup>.

in grado di valutare se proseguire o meno il processo” (BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, p. 111).

251. 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 inter-related: 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” (SUBRIN, Stephen. *Fishing Expeditions...*, p. 745).

252. “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

A finalidade da *discovery* é, portanto, munir as partes dos elementos necessários para afirmar ou defender seus direitos<sup>253</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>254</sup>, não sendo admitida em caso de mera curiosidade ou com caráter especulativo. Veda-se,

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 United States*. In CHASE, Oscar G. et al. (coord.). *Civil litigation in comparative context*. Thomson West, 2007, p. 27-28).

253. “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...*, 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” (BONE, Robert. *Civil Procedure...*, p. 209).

254. 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,

portanto, a *fishing expedition*<sup>255</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 de defesa não o exime do dever de apresentá-lo durante a *discovery*<sup>256</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

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...*, 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*, p. 120.

255. “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 11.set.2020). Sobre o ponto, à luz do sistema italiano (mais especificamente no que atine à exibição de documento), BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*, p. 183.

256. 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.

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>257</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>258</sup>. Ainda assim, por todos os motivos aqui elencados, a ampliação 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

257. TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...*, p. 95.

258. 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 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 “ênfata 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).

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 da 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>259</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>260</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 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

259. 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...*, p. 79).

260. “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).

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. Consequentemente, 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>261</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.

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>262</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

261. 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).

262. ZANETI JR., Hermes; CARDOSO, Juliana Provedel; LUCENA, Tamyres Tavares de. *Direito processual coletivo...* 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.

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>263</sup> por se tratar de procedimento administrativo com mero caráter investigativo<sup>264</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>265</sup>.

263. 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 diante dos elementos já trazidos aos autos pelas partes (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, p. 266). No mesmo sentido: MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública...* 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.

264. 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).

265. “[...] 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; DJe 03.02.2015; AgInt no AREsp 1155352/GO, 2ª T.; Rel. Min. Assusete Magalhães; j. 10.04.2018; DJe 17.04.2018).

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>266</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 a impossibilidade de, ao menos a princípio, utilizar-se o depoimento de testemunhas colhido nesse procedimento<sup>267</sup>.

266. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 416-417.

267. 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

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, nesse 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>268</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

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. Nesses casos, “a quantidade ou a dispersão das testemunhas, do ponto de vista da eficiência e da proporcional aplicação dos recursos judiciários, 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...*, p. 412-414).

268. “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...*, 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>269</sup>, tanto no âmbito individual quanto coletivo<sup>270</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

269. 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 perpetuam 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).

270. 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”.

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>271</sup>.

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

271. Em artigo publicado 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 prolação 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, Thais Amoroso Paschoal. *Decisões estruturais sobre políticas públicas: uma análise a partir da teoria das capacidades institucionais*. In DEMETRIO, Alexandre André et al (org.). *Coleção Desigualdade e a Reconstrução da Democracia*. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, v. 1 – Interações e tensões entre o Direito Constitucional e a Política. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 90-106).

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, entre 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 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>272</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>273</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

272. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...*, p. 371.

273. “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 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1158).

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>274</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 esse procedimento, com a possibilidade de limitação do número de participantes pelo juiz, pela aplicação analógica do art. 113, § 1º, do CPC. Segundo prevê o artigo 382, § 1º, do CPC, o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado. Trata-se, portanto, de interessados unicamente na produção da prova<sup>275</sup>, que, posteriormente, poderão dela utilizar-se para embasar qualquer pretensão fundada no fato que foi objeto do procedimento antecipatório<sup>276</sup>.

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, nesse caso, a possibilidade de utilização das formas de intervenção de terceiros<sup>277</sup>, a fim de se garantir a participação de todos na produção da prova

274. A questão será objeto de análise no capítulo 03.

275. Defendendo a existência desse específico interesse, TEMER, Sofia. *Participação no processo civil...*, p. 275.

276. A previsão é compatível com o art. 238 do CPC, que, diferentemente do CPC/73, prevê a citação como o ato que convoca o réu, o executado ou o interessado para “integrar a relação processual”. A relevância da alteração legislativa é destacada por Sofia Temer, que afirma que “a alteração permite vislumbrar a atuação processual para além do ataque e defesa, em, mais importante, para além da lide. A citação passa a ser compreendida como ato de efetiva comunicação a respeito do processo, para que o sujeito integre a relação processual e assuma a posição que lhe pareça mais adequada. Valoriza-se, também, a ideia de responsabilidade” (TEMER, Sofia. *Participação no processo civil...*, p. 202). Assim, uma vez intervindo neste procedimento, os sujeitos poderão intervir não apenas com o objetivo de participar da produção da prova, mas também para “poder utilizar o resultado da certificação fática para proteção ou defesa de seus interesses” (TEMER, Sofia. *Participação no processo civil...*, p. 275).

277. “Na produção antecipada, não cabem o chamamento ao processo e a denúncia da lide, pois não há julgamento da pretensão principal na produção antecipada. Por outro lado, se o requerente da medida pretende formular denúncia ou chamamento em posterior processo em que a prova vai ser usada, cabe-lhe desde logo incluir o futuro chamado ou

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, nesse caso, de hipótese de intervenção *iussu iudicis*, presente em alguns ordenamentos e já defendida por parcela respeitável da doutrina nacional<sup>278</sup>.

Também poderá a intervenção ser provocada pelo requerente da medida<sup>279</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

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...*, p. 85).

278. 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).

279. 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...*, p. 290).

processo, poderá ser instado a participar 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 a 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>280</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.

É imprescindível que o procedimento seja conduzido de forma colaborativa, propiciando o mais amplo aprofundamento nos fatos, em especial quando se estiver

280. Sobre a possibilidade de se admitir a intervenção de *amicus curiae* com caráter técnico, TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada...*, 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.

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>281</sup>, até mesmo porque a confissão é, também, meio de prova<sup>282</sup>.

281. Em sentido contrário, admitindo apenas a confissão espontânea, comparando-a, no que se refere aos efeitos, à confissão extrajudicial: NICOTINA, Giuseppe. *Istruzione preventiva nel Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 33.

282. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada...* p. 13-45. Para Eduardo Talamini, a confissão provocada é admitida na produção

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>283</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 de 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

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...* 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*, 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...*, p. 199).

283. 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 aplicá-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).

de possibilitar a formação do convencimento judicial e a consequente prestação da adequada tutela jurisdicional. Somente nesse 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, nesse 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>284</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 nesse 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>285</sup>.

284. “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, p. 141).

285. 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” (YARSHEL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...*, p. 362).

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 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 se volta 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>286</sup>.

286. 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

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

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 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 asseguaração 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 asseguaração 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 asseguaração 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...*, p. 95). Em sentido contrário: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas...*, p. 28).

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>287</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 aproveitada em processo futuro, pelo mecanismo da prova emprestada<sup>288</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, ai

287. 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...*

288. 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*, p. 132).

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 substanciada 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.

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 na 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>289</sup>. De fato, a reprodução da prova já realizada no

289. 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 acerto, 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

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 acerto. Afinal, garantido o contraditório, a prova produzida antecipadamente será considerada regular. Em outras palavras, o acerto dirá respeito à validade da prova, que se tornará estável<sup>290</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 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>291</sup>.

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...*, p. 90-94).

290. 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...*, p. 98-99).

291. Lembrando que a legitimidade para essa ação é exclusiva do confitente, podendo ser transferida a seus herdeiros se ele falecer após a propositura (ar. 393, parágrafo 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

De fato, se no próprio procedimento da produção antecipada ocorrerá o fenômeno da preclusão (endoprocessual, portanto)<sup>292</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>293</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 nesse 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, parágrafo único, do CPC.

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

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, 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., p. 197).

292. "[...] 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...*, 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...*, p. 105).

293. "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).

prática de atos que não se enquadram naqueles institutos tradicionais<sup>294</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>295</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>296</sup>, impedindo a rediscussão

294. 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).

295. 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).

296. 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

o conteúdo da decisão (objetivamente dentro dos limites traçados no art. 503 do CPC) em ulterior processo<sup>297</sup>, seja por sua eficácia negativa ou positiva.

Há, portanto, um caráter declaratório no processo formado para a produção antecipada da prova<sup>298</sup>. O acerto limita-se à prova realizada e, enquanto tal,

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*, p. 132). Digno de nota é a relevância concreta que 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 (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 141).

297. “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).

298. 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 com 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 preconstituzione 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

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 de lucro<sup>299</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>300</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>301</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.

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).

299. 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...* p. 236-237).

300. Ação civil pública n. 5436609.51.2017.8.09.0051, da 1ª Vara da Fazenda Pública de Goiânia.

301. Ação civil pública n. 2002.40.00.003632-7, 5ª Vara de Teresina/PI.

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>302</sup>.

Pense-se, ainda, em conflitos coletivos de terras<sup>303</sup>; ação rescisória tendo por objeto sentença proferida em ação coletiva (que inexoravelmente deverá incluir no polo passivo o 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>304</sup>.

302. 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 incorre 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 polo 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 polo 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).

303. Uma ressalva a esse 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 edital 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...*, p. 212).

304. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. citam os seguintes exemplos: litígios trabalhistas coletivos; demanda judicial proposta pelo Governo Federal contra a Federação Nacional

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>305</sup>. Parte-se da já mencionada ideia, que norteia o próprio sistema de tutela coletiva, de que a coletivização é comumente mais efetiva do que o tratamento individualizado das pretensões<sup>306</sup>.

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, 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 réus, 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).

305. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, p. 517. No mesmo sentido, admitindo a ação coletiva passiva no sistema brasileiro, já que “Entendimento contrário imporia 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.

306. 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*

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. Nesse 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<sup>307</sup>, não só para participar da produção da prova como

*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).

307. Com acerto, Sofia Temer destaca que no procedimento de produção antecipada da prova não é possível, de antemão, posicionar os interessados na produção precisamente como autores ou réus do processo futuro, já que essa definição dependerá do resultado da prova. Assim, “além de o interesse ou a finalidade de atuação serem distintos do tradicional

também, em sendo o caso, para pleitear a produção de prova de fatos correlatos que interessem à coletividade.

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.

Também aqui, a prova poderá ser utilizada em processo futuro por todos aqueles que participaram do procedimento, *pro et contra*. No caso da coletividade, tanto os representantes adequados poderão utilizá-la em ações coletivas futuras quanto cada membro do grupo poderá utilizá-la em ações individuais. Também o requerente – que iniciou o procedimento probatório – poderá utilizar a prova em qualquer ação proposta por ou contra qualquer membro da coletividade, ou, ainda, para se defender em eventual ação, individual ou coletiva, em que figure como réu.

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, por exemplo, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, que traz a previsão em seu artigo 35<sup>308</sup>.

‘interesse jurídico’, a própria arquitetura da relação processual em tal procedimento é diferenciada, sem polos rígidos ou pré-definidos, apesar de a doutrina continuar invocando o regramento clássico dos sujeitos tradicionais também para tal sede [...]” (TEMER, Sofia. *Participação no processo civil...*, p. 274). Mais uma razão para se admitir que a iniciativa na instauração do procedimento de produção antecipada coletiva da prova seja daquele que se coloca contra a coletividade, ainda que não se entenda inadmissível, no Brasil, a figura da ação coletiva passiva.

308. 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.

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>309</sup> – é o de que a coisa julgada se formará 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>310</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

309. 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 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

310. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* v. 4, p. 533.

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 coletizáveis 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.

Há, também para os direitos indisponíveis<sup>311</sup>, algum espaço de negociação, quando isso não implicar renúncia ao direito material<sup>312</sup>. Em outras palavras,

311. “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).

312. “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 11.set.2020). 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 monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015*. In Revista de Processo vol. 264, ano 42, p. 83-107, fev. 2017.

indisponibilidade não é sinônimo de inegociabilidade ou intransigibilidade<sup>313</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 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>314</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

313. “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*, p. 143.

314. 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.

Justiça e incorporada no Código de Processo Civil de 2015<sup>315</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>316</sup> os direitos coletivos e coletizáveis. Aliam-se nesse 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>317</sup> e coletivos<sup>318</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 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>319</sup>.

315. 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 11.set.2020.

316. 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*, p. 136).

317. 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).

318. 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*, p. 1082).

319. “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,

A própria Lei da Ação Civil Pública autoriza a realização de termo de ajustamento de conduta pelos órgãos públicos legitimados<sup>320</sup>, com possibilidade de aplicação de medidas coercitivas e formação de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º)<sup>321</sup>. O Código de Processo Civil também inclui entre os títulos executivos extrajudiciais o instrumento de transação referendado, entre 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>322</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>323</sup>.

Os limites à negociação, porém, são muito mais rigorosos<sup>324</sup>, não só em razão da natureza e da dimensão dos direitos (em especial quando se trata de direitos

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?* p. 410).

320. “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...*, 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).

321. 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).

322. Nesse sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, p. 147.

323. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*, p. 146.

324. “[...] 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

difusos ou coletivos *stricto sensu*), como pela ausência de sua titularidade pelo autor da demanda coletiva<sup>325</sup>. Em linhas gerais, tradicionalmente se considera que o TAC

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 inviabiliza que se pense no TAC), mas sim de instalar racionalidade proativa – para que o ajustamento se desenvolva de maneira a efetivar o direito 'na maior medida possível' (e não 'na maior medida imaginada' nem 'na maior medida impraticável')" (MOREIRA, Egon Bockmann *et al. Comentários...*, p. 380).

325. 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*, 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/531/](https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/531/). Acesso 11.set.2020. 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" (ERICHSON, Howard M. *The Problem of Settlement Class Actions...*, 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

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>326</sup>. Em outras palavras, não haveria

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).

326. MOREIRA, Egon Bockmann *et al. Comentários...*, 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 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

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>327</sup>.

Seja como for, o fato é que se admite a autocomposição com relação aos direitos transindividuais e individuais homogêneos<sup>328</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.

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

se sujeitar à homologação do mesmo juízo” (GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais...*, p. 165).

327. “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?* p. 406).

328. “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 experimentar 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” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC...*, p. 347).

do acordo realizado coletivamente<sup>329</sup>. Também se afirma que outros legitimados podem questionar os termos do acordo<sup>330</sup>, e até proporem ações coletivas buscando o estabelecimento de medidas diversas<sup>331</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>332</sup>,

329. 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 conseqüente 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).

330. MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Comentários...*, p. 381.

331. 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).

332. 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,

desde que voltadas à garantia da melhor proteção a 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.

A negociação de caráter coletivo poderia ter por objeto, por exemplo, acordo para a produção coletiva da prova em caráter antecipado, em âmbito judicial ou extrajudicial. Ou, ainda, a realização de negócio jurídico processual entre as partes de ações individuais para a produção coletivizada da prova de fato comum a todas as demandas, com a instauração negociada do incidente de coletivização da prova de que se tratou anteriormente.

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 <https://ssrn.com/abstract=1670722> Acesso 11.set.2020) 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.); 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; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Opapel 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.

### 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>333</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, 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>334</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>335</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.

333. 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).

334. 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, p. 110).

335. 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).

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>336</sup>. Para Eduardo Talamini, somente podem ser 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>337</sup>.

336. 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...*, p. 143).

337. "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. Ouseja, 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...*, 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.

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>338</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>339</sup>

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

338. 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 ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 575.

339. 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.

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>340</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, reitera-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 a 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 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.

340. "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.). *Negócios processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 95).

Assim, pode-se afirmar não ser vedada a realização de negócio processual no âmbito de ações coletivas<sup>341</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>342</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 anteriormente especificados, celebrar negócios processuais de cunho coletivo<sup>343</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.

341. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos...*, p. 50; CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta...*, p. 329.

342. 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...*, p. 329).

343. 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...*, 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>344</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>345</sup>.

344. 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” (DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios jurídicos processuais...*, 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.

345. 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*

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 a propositura da demanda adiante, nesse 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>346</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 nesse 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

*exclusão convencional da pretensão material*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 427).

346. 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...*

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 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 nesse 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 por que 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>347</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 esse respeito considerados: instaurado o inquérito civil, com a apuração de condutas possivelmente ilícitas, é possível que

347. 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.

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 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, nesse 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>348</sup>, muito comum na arbitragem<sup>349</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

348. Destacando a previsão desse meio de prova na Rule 702 das Federal Rules of Evidence do Direito norte-americano, 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...*, p. 128-129).

349. Com a ressalva de que a *witness expert* é comumente indicada pela parte. Vale considerar o que a esse 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 an certain risk have d much more time for eir 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).

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.

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 nesse 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>350</sup>. Veja-se que, nesse 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.

350. “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...*, p. 227).

A produção da prova nesse 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.

## O TRANSPORTE *IN UTILIBUS* DA PROVA PRODUZIDA COLETIVAMENTE

**SUMÁRIO:** 3.1. Colocação do problema: o aproveitamento da prova coletiva. 3.2. A convivência entre ações individuais e formas de tutela coletiva no microsistema processual coletivo brasileiro. 3.3. O aproveitamento da prova produzida coletivamente. 3.3.1. A prova emprestada. 3.3.2. Prova coletiva emprestada e contraditório. 3.4. O transporte da decisão coletiva sobre questão fundada na prova. 3.4.1. Colocação do problema. 3.4.2. Coisa julgada sobre questão: do *estoppel by record* à *collateral estoppel*. 3.4.3. O novo paradigma estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto aos limites objetivos da coisa julgada. 3.4.4. Segue. Os limites subjetivos da coisa julgada no CPC de 2015: *non mutual collateral estoppel*?. 3.4.5. A decisão sobre questão em ação coletiva e seus reflexos sobre demandas individuais. 3.4.6. O específico caso da falsidade documental. 3.4.7. A estabilidade da prova de repercussão coletiva: segurança jurídica e boa-fé para além da coisa julgada.

### 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, 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 ou coletivas.

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 a 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. Outra, é a que 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 conseqüente 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>1</sup>.

1. 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

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>2</sup>. A mesma fonte indica que o número de ações foi proposto por apenas 10% dos poupadores que têm direito à restituição das diferenças de correção monetária em razão dos planos<sup>3</sup>.

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 posteriormente ao encerramento das atividades das empresas Plumbum. Os bancos foram incluídos no polo passivo da demanda pois seriam responsáveis solidários

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 compatibilizá-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" (*sic*) (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. "Justiça em Pesquisa" ..., p. 191).

2. Fontes: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,poupadores-devem-ser-ressarcidos-por-perdas-nos-planos-economicos,70001957503>. Acesso 11.set.2020. <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/11/so-quem-acionou-a-justica-vai-recuperar-dinheiro-perdido-na-poupanca-1014109440.html>. Acesso 11.09.2020.
3. 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 11.set.2020.

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>4</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>5</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>6</sup>.

4. 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]” (sic).

5. 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. Posteriormente à interposição de Recurso Especial, determinou-se o sobrestamento pelo STJ.

6. “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 julgamento 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). O Recurso Especial foi julgado em 12 de dezembro de 2018, determinando a suspensão das ações individuais até o trânsito em julgado das ações coletivas: “RECURSO ESPECIAL

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, existem 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 têm 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

REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO POR SUPOSTO DANO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE ADRIANÓPOLIS. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EVENTO FACTUAL GERADOR COMUM. PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS MASSIFICADAS. EFEITOS DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À REPARAÇÃO DOS DANOS INDIVIDUAIS E AO AJUZAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. CONVENIÊNCIA DA SUSPENSÃO DOS FEITOS INDIVIDUAIS. EXISTÊNCIA. 1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: Até o trânsito em julgado das Ações Cíveis Públicas n. 5004891-93. 2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, atinentes à macrolide geradora de processos multitudinários em razão de suposta exposição à contaminação ambiental decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR, deverão ficar suspensas as ações individuais. 2. No caso concreto, recurso especial não provido” (REsp 1525327/PR; 2ª Seção; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 12.12.2018; DJe 01.03.2019). Sobre as consequências dessa decisão, em especial pela ausência, no polo passivo das ações coletivas, das instituições financeiras que figuram como réis nas ações individuais, PASCHOAL, Thaís Amoroso. *O caso da contaminação por chumbo no Vale do Ribeira/PR e a convivência entre ações individuais e coletivas: alguns parâmetros para um melhor aproveitamento dos atos processuais coletivos*. No prelo.

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>7</sup>.

7. 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” (*sic*). 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. I. 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 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 depois do 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

A previsão desvirtua o objetivo da tutela coletiva, vocacionada à universalidade da Jurisdição, garantia de isonomia, efetividade e eficiência<sup>8</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>9</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 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 compreendê-la. Já se viu que o sistema brasileiro não adota propriamente uma lógica coletiva, prevendo

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.

8. “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...*, p. 279-280).
9. 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, p. 182).

essa forma de tutela, mas com base nas 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, entre 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, contudo, 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>10</sup>, o que, por tudo o que já se

10. 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 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*, 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 microsistema processual coletivo brasileiro, espaço para a consideração de continência (litispendência parcial) entre ações coletivas e individuais. Daí por que optamos pela existência de, ao menos, conexão.

discorreu, poderia ensejar igualmente a suspensão das ações individuais propostas anteriormente à ação coletiva.

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>11</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 macrolide 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>12</sup>.

11. “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)” (DIDIÉ JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...*, v. 4, p. 188).

12. 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 incindível. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos 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*

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 objeto 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>13</sup>, seja pela necessidade de manejo da execução individual da sentença coletiva<sup>14</sup>.

A suspensão aqui sugerida, 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

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, p. 191-193).

13. “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...*, p. 55).

14. “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” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, p. 60).

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.

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>15</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 posteriormente à verificação de fato<sup>16</sup> ou a produção de prova em outro juízo<sup>17</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 se estender 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 depois dessa 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

15. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, p. 277.

16. 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).

17. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, p. 243.

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 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>18</sup> e na jurisprudência<sup>19</sup>, está agora prevista no

18. "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, 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...*, 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" (sic) (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).

19. "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

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 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>20</sup>. O empréstimo poderá decorrer de pedido das partes ou determinação de ofício do juiz<sup>21</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 depois de sua inclusão no processo, ainda que o contraditório tenha se formado no processo de origem.

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).

20. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...*, v. 2, p. 250.

21. 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 contraiu 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*, p. 46).

Admite-se o empréstimo de prova produzida no processo penal<sup>22</sup>, salvo em se tratando de interceptação telefônica. A vedação decorre de previsão constitucional (art. 5º, XII, CF), com 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>23</sup>.

A doutrina diverge sobre a admissão do empréstimo de prova realizada em processo administrativo, sobretudo, porque produzida perante órgão que não desempenha função jurisdicional<sup>24</sup>. Em especial, o empréstimo da prova não seria admitido pelas restrições que 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>25</sup>, tendo em vista o tratamento da arbitragem como equivalente jurisdicional<sup>26</sup>.

22. “[...] a verdade, relativamente a um fato, é a mesma no civil e no penal” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...*, v. I, p. 323).

23. Nesse sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...*, p. 115-118, admitindo, porém, o empréstimo em situações muito excepcionais, à luz da proporcionalidade (p. 118).

24. Nesse sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...*, p. 111; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...*, v. I, p. 321. O autor cita, porém, situação analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a Administração produziu prova contra si mesma, não havendo, neste caso, porque não se admitir o empréstimo da prova produzida no procedimento administrativo (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...*, p. 322). No sentido da admissibilidade da 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 Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Coleção novo CPC, doutrina selecionada*, v. 3. Processo de conhecimento – provas. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 393; MOREIRA, Egon Bockmann et al. *Comentários...*, 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.

25. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas...*, p. 114; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova emprestada...*, p. 394.

26. 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 11.set.2020). 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

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>27</sup>.

Com efeito, 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>28</sup>. De outro lado, garante a inserção

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, p. 108), não sendo, porém, idêntica a ela (TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória...*, 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’ (assoggettività) do árbitro e do resultado visado”, equivale à jurisdição (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...*, v. 1, p. 108).

27. “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 estimativa das provas” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...*, v. I, p. 309).

28. 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

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>29</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 a 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 adiante.

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).

29. CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova*, p. 120. Entre 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" (CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova*, 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" (CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova*, 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>30</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>31</sup>.

30. "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, p. 299).

31. 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

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 se beneficiar da prova tenha sido terceiro naquele processo<sup>32</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,

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 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. Cumpre ao juiz pesá-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. Merecerá, 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 obrigá-las, na prova de um processo debatido entre partes diversas' (Lessonna) 'máxime no caso de comunhão ou identidade de interesses' (Mortara)" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária...*, v. I, p. 312-313).

32. 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...*, p. 149; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso...*, v. 2, p. 250; GOÊS, Gisele. *Teoria geral...*, p. 62-63; DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso...*, v. 2, 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" (DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso...*, v. 2, 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*, p. 169).

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.

Os mesmos motivos que impedem a valoração coletiva da prova no incidente de coletivização e no procedimento de produção antecipada coletiva sustentam a conclusão de que não há possibilidade de se transportar para outras demandas a valoração da prova realizada em ações coletivas. Não obstante se admita, neste caso, o empréstimo da prova produzida coletivamente, a valoração deverá ser realizada à luz do conjunto probatório de cada uma das demandas, com um olhar sistêmico sobre a qualificação jurídica e a pretensão deduzidas em cada uma delas. Não há, portanto, como já se destacou no capítulo 2, possibilidade de se separar a valoração da decisão. Bem vistas as coisas, a valoração, em verdade, compõe uma parte (fundamental) do processo decisório<sup>33</sup>.

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 sempre será possível a observância do contraditório com relação a

33. O seguinte exemplo poderá deixar ainda mais clara essa possibilidade. Imagine-se ação coletiva para tutela de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito proposta por determinado ente legitimado. Nesta demanda, é proferida sentença que julga improcedente o pedido em razão da insuficiência da prova produzida pelo autor coletivo. Segundo a previsão dos incisos I e II do art. 103 do CDC, essa sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada material, havendo a possibilidade de ajuizamento de nova ação coletiva, desde que com base em nova prova. Imagine-se, porém, que determinados sujeitos, titulares de pretensões individuais fundadas no mesmo fato que integrou a causa de pedir da ação coletiva, decidam propor ações individuais e pedir o empréstimo, para essas demandas, da prova produzida naquela ação coletiva. O transporte da prova coletiva seria perfeitamente possível neste caso, assim como seria possível, também, que o juiz da ação individual valorasse a prova produzida coletivamente de modo a entendê-la como suficiente para fundamentar a procedência da pretensão individual, ou seja, embora a prova produzida na ação coletiva tenha sido insuficiente para sustentar a pretensão coletiva, foi suficiente para justificar a pretensão individual. Isso demonstra que, de fato, a valoração integra o processo decisório, que leva em conta a delimitação da demanda, de modo que a atividade de valoração é fundamental um olhar sobre a qualificação jurídica do fato e a pretensão. Não há, desse modo, possibilidade de se dissociar a valoração da decisão, o que impede o empréstimo da valoração realizada no processo em que produzida a prova, já que operada sobre bases diversas daquelas que levarão à valoração na ação posterior.

esse meio de prova<sup>34</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>35</sup>.

No mais, quando não for possível o exercício do contraditório, a prova emprestada não será, inicialmente, 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>36</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<sup>37</sup>.

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>38</sup>.

Essa participação na formação da prova, geralmente, deverá ser direta, ou seja, qualquer sujeito que possa ser prejudicado com a prova no processo futuro deverá ter participado de sua produção.

34. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, v. 2, p. 299.

35. 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 igualmente 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, p. 310).

36. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, v. 2, p. 299.

37. Especificamente com relação ao aproveitamento da prova coletiva no caso do Vale do Ribeira/PR, em que há mais de 2.000 ações individuais suspensas no aguardo do trânsito em julgado da sentença coletiva, em especial em razão do problema do contraditório: PASCHOAL, Thaís Amoroso. *O caso da contaminação por chumbo no Vale do Ribeira/PR e a convivência entre ações individuais e coletivas: alguns parâmetros para um melhor aproveitamento dos atos processuais coletivos*. No prelo.

38. 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 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 Andrighi; j. 04.06.2014; DJe 17.06.2014).

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. Da mesma forma, ocorre 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 microsistema 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 intermédio 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 a toda a coletividade de forma indistinta.

Retome-se o caso da ação coletiva proposta contra a Plumbum pelo dano ambiental causado na região do Vale do Ribeira, 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.

Na ação coletiva, há a produção de prova da prática, pela empresa, de atos que contribuíram para o dano ambiental, o que foi suficiente a fundamentar sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, podendo, também, 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) a 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 intermédio 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>39</sup>. Nada obsta que as provas utilizadas na ação coletiva

39. “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

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

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 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 ideia 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 descumpe 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).

coletivo ou individual, havendo de se indagar se será possível o transporte dessa decisão para outras demandas. E, além 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>40</sup>, ou seja, o dispositivo. Afinal,

40. "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 sociale, la situazione dele parti fissata dal giudice rispetto al bene dela vita (res) che fu oggetto di contestazione, non può più essere successivamente contestata, l'attore che há vinto non può più essere disturbato nel godimento di quel bene, l'attore che ha perduto non può ulteriormente reclamarne il godimento. L'efficacia o autorità della cosa giudicata è dunque per definizione destinata ad agire nel futuro, di fronte ai futuri processi

para Chiovenda, a coisa julgada nada mais é do que a *res in iudicium deducta* depois de *iudicata*<sup>41</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>42</sup>. Para essa teoria, estaria o Estado excedendo-se na sua função jurisdicional se assim não fosse. Daí por que sempre se entendeu que a autoridade da coisa julgada atinge o objeto do processo, expresso no pedido do autor, veiculado na demanda<sup>43</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>44</sup>.

La risoluzione invece data dal giudice alle singole questione logiche che si presentano nel processo, sai essa contenuta in sentenze interlocutoria o nella sentenza definitiva, riguardi questioni processuali 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).

41. "Ma cosa giudicata non vuol dire giudizio, vuol dire bene riconosciuto o negato. Se invece di cosa giudicata noi potessimo dire bene giudicato, noi renderemo nel modo più evidente la differenza tra cosa giudicata e questioni giudicate" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*, p. 238).
42. "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).
43. "Através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, consequentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128)" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro...*, p. 12).
44. "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).

Ao mesmo tempo, sempre prevaleceu a ideia de que os motivos não caracterizam propriamente o *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>45</sup>.

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>46</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>47</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>48</sup>. Tratava-se, até então, daquilo que se chamava

de *estoppel by record*<sup>49</sup>, conceito que evoluiu até a criação do *estoppel by judgment*<sup>50</sup>. O instituto, como destaca Luiz Guilherme Marinoni, “prosseguiu relacionado apenas com os fatos e, inclusive, influenciou a inserção da coisa julgada no espaço

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).

49. 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 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. *Loggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: CEDAM, 2007, p. 97).

50. “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...*, 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

45. “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 processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 56).

46. “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>).

47. 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 translação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano*. In *Revista de Processo Comparado* v. 7, p. 195-223, jan.-jun./2018.

48. “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*, entendiéndose por tal una presunción

teórico da ‘prova dos fatos’<sup>51</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>52</sup>. Afinal, “sem a coisa julgada não há como falar em discurso jurídico e, por consequência, em Estado Democrático de Direito”<sup>53</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, 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

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).

51. MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente...*, p. 27.

52. “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).

53. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184.

adequada poderia se caracterizar como uma “*virtual representation*”<sup>54</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>55</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 à 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 intermédio 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 subseqüente

54. 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 Law Review*, vol. 90, no 1, pp. 75-145 (March 30, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=261319.1> Acesso 11.set.2020].

55. 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...*, p. 29-30).

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, 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>56</sup>.

No entanto, 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>57</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>58</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, permitir-se-á que a parte possa novamente discuti-la, desta vez defendendo-se com afinco diante da maior relevância do segundo processo. O contraditório, portanto, tem que ser efetivamente exercido, não

56. CAVANAGH, Edward. *Issue preclusion...*, p. 869-871.

57. CAVANAGH, Edward. *Issue preclusion...*, p. 869-871.

58. CAVANAGH, Edward. *Issue preclusion...*, p. 869-871.

bastando que seja apenas possibilitado à parte<sup>59</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>60</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

59. “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” (*sic*). (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*”.

60. Carolina Uzeda 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” (*sic*). (UZEDA, Carolina. *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).

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>61</sup>, respeitando-se, assim, a cláusula do *due process of law*. A *adequacy of representation* é a mesma exigida para a aferição da legitimidade para as *class actions*, sendo vedada a *virtual representation*, 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>62</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>63</sup>.

61. “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...*, p. 192).

62. “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, p. 691).

63. 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

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>64</sup>, previsto nos arts. 5º e 325 do CPC/73, possibilitando a existência de efetiva “decisão” acerca da questão prejudicial e, com isso, o 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>65</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>66</sup>, sendo o juiz absolutamente competente para resolver a

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).

64. 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*, p. 90-91).

65. BRASIL. Código de Processo Civil e normas correlatas, 7. ed. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 34.

66. “Identificando o juiz a existência de questão prejudicial que entenda conveniente solucionar definitivamente desde logo, deve indicá-la às partes a fim de que todos os participantes do processo possam debatê-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, p. 634).

questão como principal e não havendo no procedimento limitações à cognição e a prova<sup>67</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>68</sup>.

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, a toda evidência, insuficiente à solução de todos os problemas constatados na sistemática anterior. Afinal, para além

67. “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” (MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, v. 2, p. 692).

68. “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).

das questões que efetivamente se caracterizem como prejudiciais (ou seja, aquelas que tenham por objeto relações ou situações jurídicas controvertidas<sup>69</sup>, que possam ser objeto de ação autônoma<sup>70</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>71</sup>

No entanto, 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

69. “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, p. 798).

70. “Embora a autonomia não seja elemento caracterizador das questões subordinantes processuais, pode-se afirmar que as questões prévias de mérito sempre serão autônomas. Justamente essa autonomia permitia o ajuizamento de ação declaratória incidental sob o CPC/1973. Acrescente-se que é também o caráter autônomo das questões prévias de mérito que autoriza sua separação em relação aos motivos e à 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. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 203).

71. 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 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...*, p. 97-116).

constituir premissa lógica para o julgamento do mérito, não se trata de prejudicial na sua acepção jurídica<sup>72</sup>.

Não é difícil compreender essa opção legislativa. É ela compatível com a impossibilidade de manejo de ação declaratória sobre mero fato<sup>73</sup>, em decorrência da previsão do art. 19 do CPC, que restringe o pedido declaratório às hipóteses de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica<sup>74</sup>, ou de autenticidade ou da falsidade de documento. Assim, não havendo a possibilidade de

72. 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" (*sic*) (BUZOID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 389-390).

73. 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. *Ação declaratória...*, p. 7). Mais adiante, voltava a afirmar que "o objeto da ação [declaratória] é a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica" (BUZOID, Alfredo. *Ação declaratória...*, 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" (BUZOID, Alfredo. *Ação declaratória...*, 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", aspirando 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).

74. 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" (*sic*).

propositura de ação autônoma com dedução de pedido declaratório sobre fato, não é possível, igualmente, atribuir à decisão incidental sobre fato efeito declaratório suficiente à incidência da coisa julgada<sup>75</sup>, ainda que se trate de premissa lógica para a decisão sobre o pedido<sup>76</sup>.

Não se pode, porém, concordar com essa opção. Razões ligadas à segurança jurídica, à 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 no sistema português<sup>77</sup>, ação declaratória sobre mero fato<sup>78</sup>. Com isso, a decisão

75. Interessante lembrar, pela afinidade com o tema, a 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 preferir, 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).

76. "O excesso de velocidade, o tráfego na contramão de direção, a embriaguez do condutor e a desobediência ao 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 jurídicas, já que lhes falta autonomia, sendo insuscetíveis de apreciação jurisdicional em processo específico. Há, nas hipóteses, apenas prejudicialidade lógica" (SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão...* p. 208). 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*, p. 43-54.

77. 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*, p. 467-468).

78. 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, tampouco é o fato que

sobre questão de fato 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

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 pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 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 (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, 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” (sic) (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración...*, 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 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 jurisdiccional*. 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 (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*, 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 (LGL19735), 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 importando 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).

de fato e questão de direito, no capítulo 02, em especial, na nota 424. Interessam aquelas questões fáticas que gerem efeitos jurídicos<sup>79</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>80</sup>.

No entanto, 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.

#### 3.4.4. *Segue. Os limites subjetivos da coisa julgada no CPC de 2015: non mutual collateral 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>81</sup>. A questão tem, portanto, como

79. 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 stregua 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 qual è 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...*, p. 136-137).

80. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, p. 586.

81. “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

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>82</sup>.

No Direito Moderno, o princípio de que a autoridade da coisa julgada se restringe 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>83</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 prejudicando terceiros”, previsão que decorria “de imperativos de natureza técnica e política, no que toca aos limites subjetivos”<sup>84</sup>.

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...*, p. 125/126).

82. Discorrendo acerca do tema no contexto da coletivização de demandas, Sérgio 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...*, 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” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva*, p. 345).

83. POTHIER, R. *Tratado das obrigações pessoais e reciprocas nos pactos, contractos, convenções*, t. 2. Trad. José Homem Correa Telles. Lisboa: Tip. Antônio José da Rocha, 1849, n. 51, p. 331 e ss.

84. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

A justificativa para essa previsão sempre foi a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa<sup>85</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>86</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

85. “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” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos...*, p. 42).

86. “[...] 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...*, p. 193/194).