

**DO PROCESSO COLETIVO DAS AÇÕES COLETIVAS AO PROCESSO
COLETIVO DOS CASOS REPETITIVOS: MODELOS DE TUTELA COLETIVA
NO ORDENAMENTO BRASILEIRO¹**

***FROM THE MULTI-PARTY PROCESS OF CLASS ACTIONS TO THE
COLLECTIVE PROCESS OF REPETITIVE CASES:
MODELS OF COLLECTIVE TUTELAGE IN BRAZILIAN LAW***

Graziela Argenta

Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Especialista (pós-graduação *lato sensu*) em Direito Urbano e Ambiental pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Promotora de Justiça no Espírito Santo.

Marcelo da Rocha Rosado

Mestrando em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Especialista (pós-graduação *lato sensu*) em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Juiz Federal no Espírito Santo. marcelor_vix@hotmail.com

RESUMO: O artigo trata dos modelos de tutela coletiva previstos no ordenamento brasileiro, considerando o modelo da ação coletiva e o modelo sistematizado pelo Código de Processo Civil de 2015 de julgamentos de casos repetitivos. Expõe a evolução, influências e consolidação da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, identifica o microsistema do processo coletivo e trata de sua relação com os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015, sob a perspectiva constitucional. Apresenta características do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial

¹ Artigo recebido em 10/03/2017 e aprovado em 18/04/2017.

repetitivos, com comparações com o modelo das ações coletivas. Discorre, numa perspectiva de direito comparado, acerca dos três grandes modelos de tutela coletiva (americano, europeu e brasileiro) em sua relação com os titulares dos direitos individuais. Por fim, traz considerações acerca do devido processo legal coletivo, apresentando visão doutrinária abalizada sobre a necessidade de avaliar a conflituosidade e a complexidade dos litígios para adequação das formas de resolução de conflitos coletivos.

PALAVRAS-CHAVE:Tutela coletiva no Brasil. Microsistema do Processo Coletivo. Código de Processo Civil e Constituição. Modelo de julgamento de casos repetitivos. Devido processo legal coletivo.

ABSTRACT: The article deals with the models of multi-party litigation established in Brazilian law, considering the class action model and the model systematized by the Civil Procedure Code of 2015 consisting of repetitive case judgments. It exposes the evolution, influences and consolidation of multi-party litigation in the Brazilian legal system, identifies the collective actions microsystem and deals with its relationship with the Civil Procedure Codes of 1973 and 2015, under a constitutional perspective. It presents characteristics of the incident of resolution of repetitive demands and the repetitive extraordinary and special appeals, with comparisons with the model of class actions. It discusses, from a comparative law perspective, the three great models of collective tutelage (American, European, and Brazilian) in their relationship with the holders of individual rights. Finally, it brings forward considerations about the due process of law, presenting a doctrinal vision based on the need to evaluate the conflict and the complexity of the litigation to adapt the forms of multi-party conflicts resolution.

KEYWORDS:Multi-party litigation in Brazil. Collective actions microsystem. Code of Civil Procedure and Constitution. Model of repetitive case judgment. Due process of law and multi-party litigation.

SUMÁRIO:1. Breve introdução. 2. Surgimento e consolidação da tutela coletiva no Brasil. 2.1 Histórico legislativo da tutela coletiva no Brasil até o CPC/2015. 2.2. Influência do modelo americano das *class actions* na formação da tutela coletiva no Brasil: pontos de

contato e de divergência. 3. O microsistema do processo coletivo e sua relação com a codificação processual: influência constitucional e mudança de paradigma na relação com CPC/1973 e o CPC/2015. 4. Conceito de processo coletivo e modelos de tutela coletiva atualmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro. 5. O modelo de julgamento de casos repetitivos do CPC/2015: incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos como técnica de julgamento de litígios agregados. 5.1 A problemática do objeto do IRDR: questão de fato x questão de direito. 5.2 O processo-piloto e o processo modelo na técnica de julgamento dos casos repetitivos. 5.3 Características dos procedimentos do IRDR e REER no CPC/2015. 5.4 A formação de coisa julgada sob a ótica da cisão cognitiva e da cisão decisória nos casos repetitivos. 6. Os três grandes modelos de processo coletivo e sua relação com os titulares dos direitos individuais: modelo americano das *class actions* (*pro et contrae right to opt out*), modelo europeu (*pro et contra eright to opt in*) e modelo brasileiro (extensão subjetiva *secundum eventum litis e in utilibus* da *res iudicata* coletiva). 7. O devido processo legal coletivo e a importância da análise dos litígios transindividuais para uma adequada tutela dos direitos. 8. Referências Bibliográficas.

1. Breve introdução.

Desde seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema da tutela coletiva passou por intensas modificações normativas, o que permite constatar que, de um modelo inicialmente tímido para tratamento das necessidades decorrentes das relações massificadas, o sistema processual coletivo evoluiu de forma a atualmente apresentar um arcabouço normativo rico, complexo e moderno para a tutela adequada dos direitos transindividuais, inclusive com a idealização de modelos distintos, cada qual com técnicas e peculiaridades próprias, para tratar processualmente de situações jurídicas coletivas.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 enseja oportunidade de estudo analítico sobre os atuais modelos de tutela coletiva previstos no ordenamento brasileiro, e as perspectivas normativas para tratamento dos litígios transindividuais, sobretudo pelo prisma constitucional, sendo este o propósito deste artigo.

No desenvolvimento do trabalho, e para a adequada compreensão da tutela coletiva no Brasil, não se dispensa uma visão da evolução histórica da disciplina normativa

e das influências recebidas para a consolidação da tutela coletiva no Brasil, do que resultou a formação do chamado microssistema do processo coletivo. Importa expor, também, a mudança de paradigma determinada especialmente pela Constituição Federal na relação de diálogo entre esse microssistema e a codificação processual, cujo reflexo culminante é possível observar na forma como foi moldado o novo CPC.

Com essas reflexões e observações iniciais, iremos explicar, com base em doutrina autorizada, as premissas conceituais do processo coletivo e, a partir dela, identificar os dois modelos atualmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, o modelo da ação coletiva e o modelo dos julgamentos de casos repetitivos. Apresentados os contornos dos dois modelos, passaremos a incursão mais detida no modelo sistematizado pelo CPC/2015, destacando, de maneira não exaustiva, características e questões peculiares a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, com pontuais comparações com o modelo das ações coletivas.

Apresentaremos, também, de que forma o sistema brasileiro de tutela coletiva repercute juridicamente na esfera dos titulares dos direitos individuais, com comparação com outros dois modelos de processo coletivo, a saber, o modelo americano e o modelo europeu.

Por fim, traremos algumas breves considerações a respeito do devido processo legal na perspectiva do processo coletivo, pontuando a necessidade de mudança de paradigma também na forma de se abordar os litígios transindividuais, considerando, com base em balizada perspectiva doutrinária, a conflituosidade e a complexidade dos litígios como elementos importantes para definição das formas de resolução de conflitos de tal natureza.

2. Surgimento e consolidação da tutela coletiva no Brasil.

Tratando do surgimento e consolidação da tutela coletiva no Brasil, é importante destacar, como antecedente histórico, que, num cenário mais amplo, o contexto socioeconômico pós-revolução industrial fez surgir novos conflitos interpessoais na sociedade contemporânea, os quais passaram a reclamar um arcabouço jurídico de reconhecimento e proteção de direitos materiais de dimensão coletiva.

Com efeito, o acelerado processo de industrialização, a crescente urbanização da sociedade, o aumento da produção e do consumo, o desenvolvimento dos meios de comunicação, a expansão dos transportes coletivos, dentre outros fatores, compuseram um ambiente para o surgimento da chamada “sociedade de massa”, em que as relações jurídicas se tornaram mais complexas, abrindo campo, por conseguinte, para conflitos de massa.

Passou-se a reconhecer, assim, em oposição aos direitos tipicamente individuais, direitos de dimensão coletiva, que repercutem na esfera jurídica de grupos, classes ou categorias de pessoas. Esse gênero de direitos substantivos impulsionou o desenvolvimento de novos instrumentos de tutela processual, regidos por princípios e regras próprias, dando origem ao direito processual coletivo, como ramo do direito processual.

Com análise mais detalhada, vejamos como se deu a evolução da tutela coletiva no Brasil a partir do cenário histórico legislativo.

2.1. Histórico legislativo da tutela coletiva no Brasil até o CPC/2015.

No Brasil, o modelo jurídico emergente da codificação civil de 1916 ecoou os motes do pensamento individualista prevalecente à época, calcados na propriedade individual e na autonomia da vontade, típicos do Estado liberal. O foco do ordenamento jurídico, em sua função de regulamentar as relações intersubjetivas, era a defesa do direito individual, de modo que, correlatamente, os instrumentos processuais disponíveis eram idealizados para dirimir conflitos envolvendo direitos dessa natureza.

Uma guinada inicial em desvio a esse modelo tradicional liberal pode ser identificada com a edição da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a qual, na linha histórica do direito processual coletivo no cenário nacional, avulta como marco legislativo inaugural da tutela processual coletiva, ao sistematizar e instrumentalizar a tutela coletiva do patrimônio público. Dentre diversas regras específicas, vale destacar duas modificações inovadoras que foram trazidas com a Lei de Ação Popular, a fim de tornar adequada e eficiente a defesa processual do patrimônio público: i) a legitimação extraordinária, permitindo-se, através da técnica chamada de substituição processual, que o cidadão defendesse, em nome próprio, os direitos pertencentes a toda a coletividade; ii) a coisa julgada *erga omnes e secundum eventum probationis*, conferindo-seà coisa julgada eficácia

contra todos, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, quando qualquer cidadão poderia intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova².

No entanto, a despeito da revolução que apresentou para o sistema processual como instrumento de tutela de interesses coletivos, “a ação popular padecia de problemas que pareciam ser insuperáveis à maioria da doutrina”, problemas estes que “recaem, notadamente, sobre a insuficiência processual à tutela desses direitos, já que a ação popular tinha e tem como legitimado o cidadão, que normalmente é uma parte hipossuficiente (técnica e economicamente) quando contrastado com seus adversários; o seu objeto era restrito à tutela do patrimônio público”, e ademais, “possuía ainda uma severa limitação quanto à sua legitimidade passiva”.³

Indubitavelmente, portanto, o ordenamento processual reclamava aperfeiçoamento e adequação para a tutela do coletivo. Contudo, nada obstante a Lei de Ação Popular já abrisse espaço, de maneira incipiente, para essa tutela processual, os fundamentos do liberalismo ainda preponderantes à época no país acabaram servindo de inspiração para o CPC/1973, idealizado sob uma concepção pouco social, notadamente quanto ao acesso à justiça⁴. Dessa forma, é forçoso reconhecer que o CPC/1973 ignorou completamente a existência de conflitos que transcendiam à esfera individual, prestigiando unicamente soluções em que o autor da ação fosse titular do direito material controvertido.

Evidentemente, esse modelo processual individualista prestigiado na codificação processual mostrou-se insuficiente para atender as demandas da nova realidade social, especialmente para a tutela de interesses coletivos. O CPC/1973, sendo um Código que nasceu com alma de código oitocentista, técnico, individualista e fechado, não resistiu ao tempo, como seus análogos europeus⁵. Assim, e na esteira do fenômeno da chamada “Era da Descodificação”⁶, caracterizado pela ruptura com o modelo jurídico centrado nos

² ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014. p. 13.

³ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 13.

⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, pp. 177-204, jul.-dez 2014, pp. 194-195.

⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.p. 48.

⁶ Tratando das constatações a que chegou Natalino Irti sobre o fenômeno batizado da “Era da Descodificação”: MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microsistemas e a*

Códigos, novas leis surgiram em paralelo ao CPC, uma vez que se fez necessária a previsão de instrumentos adequados à tutela coletiva, sobretudo com soluções normativas amplas que, em simetria às inovações já trazidas pela Lei de Ação Popular, superassem os principais óbices a esse tipo de tutela processual presentes no modelo instrumental clássico, quais sejam, a questão da legitimidade e a questão da coisa julgada.

Precisas as palavras do professor MARCELO ABELHA sobre a insuficiência da técnica processual individualista do CPC/1973:

Numa singela leitura do CPC/73, não teremos dúvidas de que a nossa regra fundamental de direito processual civil foi montada num ideal individualista. A própria estrutura do processo de execução, do tipo credor e devedor, mostra-se clara na terminologia empregada pelo legislador brasileiro (art. 588). A regra dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472) dá o sabor inconfundível do individualismo do Código. As técnicas processuais coletivas do CPC/73 apontam, no máximo, para o instituto do litisconsórcio, mas, ainda aqui, o próprio sistema encontra dificuldades para resolvê-lo, mormente quando se está diante da proteção de um bem indivisível, cuja solução dever ser uniforme para todos os titulares do direito, estando ou não presentes na demanda. Portanto, o sistema da coisa julgada e o da legitimidade para agir no CPC, inclusive da dicotômica regra da legitimidade ordinária e extraordinária, são voltados, repita-se, para a proteção de direitos individuais ou com dimensões individuais.⁷

Ora, os novos direitos que passaram a ser reconhecidos extrapolavam a titularidade individual, tangenciando, muitas vezes, número indeterminado de pessoas. Pela tradicional regra do art. 6º do CPC/1973, um indivíduo não poderia, por exemplo, pleitear isoladamente a tutela do meio ambiente, pois estaria buscando a tutela não apenas de direito próprio, mas também alheio. Por outro lado, por razões óbvias, seria inviável reunir no polo ativo do processo todos os titulares do direito coletivo. Da mesma forma, a regra quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, tal como previsto no art. 472 do

Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, v.1, pp 245-278, 2011.

⁷ ABELHA, Marcelo. *Op. cit.*, p. 12.

CPC/1973, também era fator de entrave para a tutela coletiva, pois exigia que todos os lesados ou ameaçados de lesão propusessem ações próprias.

Por isso a relevância de se promover, de maneira ampla, a superação do paradigma da legitimidade ativa, fundado na inseparabilidade entre a legitimidade processual e a titularidade do direito material, bem como a reformulação dos efeitos da coisa julgada, para que pudesse beneficiar mesmo aqueles que não integrassem o polo ativo da demanda, tal como já previsto de maneira restrita na Lei de Ação Popular.

Neste desiderato, no final da década de 70 e início da década de 80, em reverberação aos avanços científicos internacionais relacionados aos direitos difusos e coletivos, importantes inovações foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio. Como destaca João Batista de Almeida, “*a doutrina acerca dos interesses difusos e coletivos começou a se formar no Brasil em 1970, com Ada Pellegrini Grinover, e, desde então, foi reconhecida a falta de adequada defesa de tais interesses, preconizando-se, como correção dessa falha, a efetiva proteção mediante a criação de mecanismos processuais específicos e a atribuição de legitimidade a órgãos e entidades*”⁸.

Assim, meritório avanço na formação do processo coletivo brasileiro foi alcançado com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que, ao tratar da responsabilidade civil dos agentes poluidores do meio ambiente, atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para propositura da ação para reparação dos danos ambientais. Dessa forma, ainda que atacando de forma tímida um dos óbices à tutela processual coletiva, já que a legitimidade extraordinária ficou restrita ao Ministério Público, permitiu-se a defesa, num único processo, de direito pertencente a toda a coletividade.

Na sequência, os esforços em prol da efetividade da defesa coletiva de direitos encontraram resultados significativos com a edição da Lei nº 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública (LACP). Sem rebuços, trata-se de diploma da mais alta relevância para o direito processual coletivo, na medida em que “*incorporou ao ordenamento jurídico institutos processuais coletivos como a extensão da legitimidade ativa a vários órgãos, pessoas, entidades ou associações (art. 5º); previu a possibilidade de instauração do inquérito civil pelo Ministério Público, destinado à colheita de elementos para a propositura responsável*

⁸ ALMEIDA, João Batista. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

da ação civil pública, funcionando também como importante instrumento facilitador de conciliação extrajudicial”⁹. Inicialmente, a utilização da ACP ficou restrita à defesa do meio-ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Contudo, posteriores modificações legislativas ampliaram o rol da LACP, que passou a contemplar a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo¹⁰, a defesa da ordem econômica¹¹, da ordem urbanística¹², da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos¹³, e do patrimônio público e social¹⁴.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição Federal também refletiu os progressos legais e doutrinários na defesa de direitos coletivos *lato sensu*. Um primeiro ponto a ser destacado, neste pormenor, é a cláusula geral de inafastabilidade de jurisdição: em Constituições anteriores, previa-se que a lei não excluiria da apreciação jurisdicional qualquer lesão a direito individual; na Constituição Federal de 1988, o art. 5º, XXXV, dispõe que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito, sem qualificar o direito como individual¹⁵. Aliás, referida cláusula encontra-se inserta justamente em capítulo destinado a tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, o que reflete o propósito do constituinte de estender a garantia do acesso à tutela jurisdicional também aos direitos coletivos.

Podem-se destacar, ainda, outras previsões constitucionais de proeminência à tutela coletiva: i) a ampliação do objeto da tutela da ação popular, tornando-o instrumento hábil à tutela não apenas do patrimônio público (incluindo o patrimônio histórico e cultural), mas também da moralidade administrativa e do meio ambiente (art. 5º, LXXIII); ii) a previsão do mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por certas entidades na defesa de seus membros ou associados (art. 5º, LXX); iii) a previsão de legitimidade aos sindicatos para a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III); iv) a atribuição ao Ministério Público da função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa de direitos difusos e coletivos (art. 129,

⁹ ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰ Incluída pela Lei nº 8.078/90 (CDC).

¹¹ Incluída pela Lei nº 8.884/94.

¹² Incluída pela Medida Provisória nº 2.180/01.

¹³ Incluída pela Lei nº 12.966/14.

¹⁴ Incluída pela Lei nº 13.004/14.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 259-260.

III); v) a previsão de legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações para a defesa de direitos do grupo (art. 232); dentre outras.

Também por determinação constitucional (art. 5º, XXXII e art. 48 do ADCT), foi editado o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), que também trouxe disciplina normativa aperfeiçoada quanto aos processos coletivos. De maneira inovadora, e a fim de dirimir dúvidas quanto ao tema, o CDC trouxe a definição normativa dos conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Também disciplinou, com maior rigor técnico, os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, inclusive com relação a cada espécie de direito passível de tutela coletiva, e promoveu uma ligação intrínseca com a LACP, criando um microsistema de tutela coletiva, como será abordado de maneira mais detida à frente.

HERMES ZANETI JR e LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA destacam, ainda, as seguintes inovações introduzidas pelo CDC em matéria de tutela coletiva:

- a) a possibilidade de determinar a competência pelo domicílio do autor consumidor (art. 101, I);
- b) a vedação da denunciação à lide e um novo tipo de chamamento ao processo (art. 88 e 101, II);
- c) a possibilidade de o consumidor valer-se, na defesa dos seus direitos, de qualquer ação cabível (art. 83);
- d) a tutela específica em preferência à tutela do equivalente em dinheiro (art. 84), note-se que à época ainda não existia o art. 461 do CPC com a atual redação;
- e) a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais (art. 103);
- f) regras de legitimação (art. 82) e de dispensa de honorários advocatícios (art. 87) específicos para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação aos sistemas anteriores;
- g) regulamentação da litispêndência entre a ação coletiva e a ação individual (art. 104);

h) alteração e ampliação da tutela da Lei 7347/85 (LACP), harmonizando-a com o sistema do CDC (arts. 109 até 117), criando o microsistema do processo coletivo.¹⁶

Nesse escorço da evolução do processo coletivo na legislação brasileira, outros diplomas podem ser destacados: a Lei nº 7.853/89, que trata da tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que trata da defesa dos direitos da criança e do adolescente; a Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que permite a tutela coletiva quanto a danos decorrentes de infrações contra a ordem econômica; a Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que trata de direitos relacionados ao urbanismo; a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que dispõe sobre a tutela dos interesses dos idosos; dentre outros.

A partir desse cenário histórico legislativo de gradual evolução da tutela coletiva, a doutrina costuma identificar as fases evolutivas em três momentos principais, como lecionam os professores HERMES ZANETI e LEONARDO GARCIA¹⁷:

1. Primeira fase ou "fase da absoluta predominância individualista da tutela jurídica", inaugurada com o Código Civil de 1916, relegando o direito de ação apenas àqueles que possuíssem interesse próprio, deixando as questões atinentes aos interesses da coletividade ao direito penal e ao direito administrativo;

2. Segunda fase ou "fase da proteção fragmentária dos direitos transindividuais" ou "fase da proteção taxativa dos direitos massificados", na qual passaram a ser tuteladas algumas espécies de direitos coletivos, contexto em que se destaca a configuração inicial da ACP, manietada pela fragmentariedade e taxatividade;

3. Terceira fase ou "fase da tutela jurídica integral, irrestrita e ampla" ou "tutela jurídica coletiva holística", iniciada pela CF/88, que estendeu à tutela coletiva as garantias do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, ampliando a tutela coletiva para outros direitos difusos e, assim, superando a antiga taxatividade, ao mesmo tempo em que garantiu a legitimidade concorrente e pluralista.

¹⁶ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁷*Idem, ibidem*, pp. 13-15.

Em fechamento quanto à consolidação da tutela coletiva no Brasil, importa destacar o CPC/2015, que trouxe ingente impacto ao processo coletivo, na medida em que, diferentemente do CPC/1973, trata-se de codificação que pressupõe a existência do microsistema de tutela coletiva e busca com ele coordenar-se. Daí a afirmação de que a doutrina brasileira terá de “reconstruir o processo coletivo a partir do CPC-2015, e não a despeito dele”¹⁸. É possível reconhecer no atual Código, inclusive, a sistematização de um novo modelo de tutela coletiva, como será exposto oportunamente adiante.

2.2. Influência do modelo americano das *class actions* na formação da tutela coletiva no Brasil.

Ainda tratando da formação do sistema processual de tutela coletiva no Brasil, é inegável reconhecer certa influência do modelo americano da *class action*, como destaca MARCELO ABELHA¹⁹. Aliás, aponta-se que a própria exposição de motivos do projeto da lei de Ação Civil Pública fez referência expressa a tal influência, “*advertindo que o anteprojeto tomou em consideração a experiência do direito norte-americano, que na regra nº 23 da “Federal Rules of Civil Procedure” conferiu legitimação às associações com representatividade para defenderem, em juízo, os interesses difusos*”²⁰.

Outrossim, convém pôr em relevo que, tal como se colimou no modelo americano, a tutela coletiva no Brasil tem evidentes objetivos de prestigiar a economia processual, o acesso à Justiça e a efetivação do direito material, especialmente por se tratar de um “*instrumento extremamente poderoso contra o poder institucionalizado, seja ele político, social ou econômico*”²¹. A propósito, esclarece ANTONIO GIDI o seguinte sobre os benefícios da ação coletiva:

A ação coletiva viabiliza a tutela de um grande número de interesses individuais em uma única ação. Embora o procedimento coletivo tenha um

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁹ ABELHA, Marcelo. *Op. cit.*, p. 21.

²⁰ ZAVASCKI, Liane Tabarelli. *Influência do sistema das class actions norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1004-influencia-do-sistema-das-class-actions-norte-americanas-na-acao-civil-publica-e-acao-popular-brasileira-semelhanças-e-distinções-para-a-tutela-ambiental>. Acesso em: 11/12/2016.

²¹ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 65.

*custo apenas marginalmente superior ao de uma ação individual, a sentença coletiva tem um valor geometricamente potencializador, de acordo com o número de membros do grupo. A desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença faz com que mesmo uma ação com uma pequena possibilidade de vitória seja economicamente viável para o grupo, e extremamente perigosa para o réu. A situação de desigualdade entre as partes persiste, mas agora de forma invertida; a empresa ré passa a estar em situação de desvantagem: deixa de ser opressora para ser oprimida.*²²

ADA PELLEGRINI GRINOVER pontua que as ações civis públicas em defesa de direitos individuais homogêneos, conforme delineamento do CDC, encontram seu precedente nas *class actions for damages* do sistema norte-americano. No ponto, tratando de aspectos comuns, a autora sublinha que “*a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das class actions for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos*”²³.

Contudo, adverte a doutrinadora que a experiência do direito comparado, ao enfrentar problemas comuns, não deve ser desprezada, mas as soluções estrangeiras não podem ser importadas sem maiores cuidados, porquanto cada tradição jurídica tem suas próprias peculiaridades:

Quando o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, introduziu no ordenamento brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, inspirou-se sem dúvidas nas class actions for damages norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do opt out, pelo tratamento diverso à fluid recovery, pela adoção de uma coisa julgada erga omnes, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva.

²²Idem, *ibidem*, p. 28.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de admissibilidade*. Revista de Processo, vol. 101/2001, pp. 11-27, Jan-Mar/2001.

*Mas se a realidade fática é a mesma, se as questões práticas são semelhantes, se há princípios gerais comuns (acesso à justiça, efetividade do processo, justiça das decisões, devido processo legal), certamente a experiência estrangeira poderá oferecer parâmetros de inegável utilidade.*²⁴

Assim, além dos pontos em comum, é possível identificar pontos de divergência entre as *class actions* e ação civil pública brasileira, podendo-se destacar, sem caráter exaustivo, os seguintes: i) o sistema estadunidense reconhece a possibilidade de mutação de uma ação coletiva em individual, ou vice-versa, enquanto que no Brasil há impossibilidade de tal mutação²⁵ (inclusive foi vetada iniciativa nesse sentido no CPC/2015); ii) no sistema americano, há análise, pelo juiz, da representatividade adequada do candidato a representante da classe para atuar em juízo, enquanto que na ação civil pública brasileira o legislador presume a representatividade dos legitimados ativos para a tutela dos interesses difusos, cabendo ao juiz apenas controle da pertinência temática²⁶; iii) no Brasil, a coisa julgada nas ações civis públicas se dá *secundum eventum litis*, enquanto que no sistema das *class actions* a eficácia *erga omnes* da coisa julgada (*binding effect*) dá-se independentemente do resultado da demanda²⁷, pois se entende que a adequada atuação do representante produz resultado igual ao resultado que seria obtido se as partes ausentes tivessem participado do feito²⁸; iv) o Ministério Público nos Estados Unidos não tem legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos, enquanto no Brasil a legitimidade para a defesa desses direitos é função institucional do Ministério Público²⁹.

3. O microsistema do processo coletivo e sua relação com a codificação processual: influência constitucional e mudança de paradigma na relação com CPC/1973 e o CPC/2015.

A consolidação da tutela coletiva no Brasil fez surgir um verdadeiro microsistema do processo coletivo no ordenamento pátrio. Para a adequada compreensão

²⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵ ZAVASCKI, Liane Tabarelli. *Op. cit.*

²⁶ FRANÇA, Bruna Simões. *A class action americana. Influência exercida no ordenamento brasileiro. Comparação entre os dois sistemas.* Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9405. Acesso em: 11/12/2016.

²⁷ GIDI, Antônio. *Op. cit.*, p. 58.

²⁸ ZAVASCKI, Liane Tabarelli. *Op. cit.*

²⁹ FRANÇA, Bruna Simões. *Op. cit.*

dos mecanismos processuais da tutela coletiva, é importante procurar entender como se dá o diálogo entre esse microssistema e a codificação processual, ao abrigo da ordem constitucional. Nessa senda, será possível constatar a mudança de paradigma na relação entre o microssistema e os Códigos de 1973 e de 2015.

Para início da análise, convém tecer breves linhas sobre a noção de microssistemas. Para tanto, valemo-nos das lições de RODRIGO MAZZEI³⁰, que explica que, diante da multiplicidade de relações jurídicas desencadeadas pela nova estrutura mundial do pós-guerra, com a intensificação de movimentos sociais, a quantidade de leis especiais criadas pelo Estado cresceu vertiginosamente, no intuito de reequilibrar o quadro social e econômico e de assegurar os direitos de segunda e terceira geração, que não encontravam suporte na estrutura jurídica individualista espelhada nas codificações. A rápida evolução econômica e social, então, fez surgir diversos novos institutos e conflitos, que não podiam ficar à margem do direito, exigindo regulamentação imediata pelo Poder Público. Conforme expõe o professor:

Com o passar do tempo, a intensificação da atividade legislativa não foi detida, especialmente com a evolução das relações transindividuais, ultrassubjetivas, relações essas que não possuíam o mínimo espaço dentro da codificação civil existente, ainda baseada no individualismo da Era Liberal. Fez-se necessária, portanto, a edição de leis especiais que não se limitam apenas à complementação das regras gerais impostas no Código, mas, sim, regulam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação.³¹

Surgem, assim, leis especiais que disciplinam inteiramente matérias não tratadas pelos Códigos, e que não se resumem a disciplinar apenas alguns aspectos relevantes das relações que tratam, mas criam verdadeiros microssistemas paralelos aos sistemas codificados.

Portanto, a típica rigidez das codificações serviu de estímulo ao surgimento dos microssistemas, destinados a regular com maior dinamismo as diversas e novas relações jurídicas que surgiam à margem da disciplina codificada.

³⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua Interação com os Microssistemas e a Constituição Federal*. Op. cit., p. 259.

³¹ *Idem*, *ibidem*, p. 260.

É curial salientar que esses fenômenos da descodificação e da criação de microssistemas não se restringem ao direito civil, mas compreendem também outros ramos, como o direito administrativo, o direito penal, o direito processual penal, o direito processual civil e o próprio processo civil coletivo, conforme recordam DIDIERE ZANETI³².

Nessa ordem de ideias, é possível identificar o microssistema do processo coletivo, em paralelo à codificação processual, composto por um conjunto de leis especiais que tratam, com regras e princípios próprios, da tutela processual coletiva.

Ainda com apoio em Mazzei, observa-se que “*o microssistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência de normas gerais*”³³

Nesse panorama, reconhece-se o CDC como o agente unificador e harmonizador do microssistema coletivo, na medida em que esse diploma promoveu verdadeira integração e sistematização com a LACP, especialmente pela ligação entre o art. 90 do CDC e o art. 21 da LACP. É possível extrair-se de tais diplomas normativos um procedimento-padrão para as causas coletivas³⁴, inclusive para levar a cabo, em concreto, o princípio da atipicidade da demanda coletiva, encartado no art. 83 do CDC.

Contudo, o CDC e a LACP não esgotam todas as disposições referentes ao processo coletivo. Outras regras e procedimentos específicos para a tutela coletiva podem ser encontrados em outras leis especiais, que dialogam com aqueles diplomas.

Dessa forma, pode-se afirmar que compõem o microssistema jurídico coletivo não apenas o CDC e a LACP – que, de fato, apresentam caráter proeminente e nuclear no processo coletivo – mas também outras leis que, por estabelecerem variados tipos de ações coletivas ou regras processuais, também são pertinentes ao direito coletivo, tais como: a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do Habeas Data, a Lei do Mandado de Injunção, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade, o Estatuto do Idoso, dentre outras leis especiais que

³² *Op. cit.*, p. 48.

³³ MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. In: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006, pp. 408-410.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 57.

podem ser identificadas no ordenamento nacional³⁵. Todas essas leis se interpenetram e se relacionam para a conformação, atualização e organicidade do microsistema da tutela coletiva.

As considerações já alinhadas quanto ao surgimento dos microsistemas e da feição individualista do CPC/1973 prestam-se a denotar a superficial interação entre este Código e o microsistema do processo coletivo. De fato, o CPC/1973 não foi pensado nem para trabalhar com microsistemas, tampouco com processos coletivos. Nesse contexto, a função do CPC/1973 era restrita a servir de repositório de regras processuais genéricas que pudessem ser aproveitadas pelo microsistema da tutela coletiva, que surgiu, inclusive, como ruptura ao modelo codificado.

Tal paradigma restou substancialmente alterado com a Constituição Federal de 88 e, mais recentemente, também com o CPC/2015.

Ora, sendo a CF/88 o fundamento de validade de todas as normas, é inarredável reconhecer a convergência do microsistema coletivo em direção aos ideais constitucionais, especialmente pelo impulso que o ordenamento constitucional conferiu ao desenvolvimento da tutela coletiva.

Igualmente, a recodificação empreendida com o CPC/2015 partiu da premissa de que o novo texto processual deveria manter sintonia fina com as diretrizes constitucionais, na linha do moderno entendimento acerca da posição e da função da Constituição como diploma central e orientador do ordenamento jurídico. Assim, o CPC/2015 foi idealizado para a concretização, no plano processual, dos valores constitucionais, apresentando, sob essa perspectiva, função participativa com os microsistemas, mormente para permitir uma ligação mais eficiente entre as diversas leis processuais e as normas constitucionais.

Nesse novo paradigma, é estreme de dúvidas reconhecer que o microsistema coletivo deve ser articulado em um diálogo de fontes com a Constituição e o CPC/2015.

³⁵ Sobre proposta de inserção do processo coletivo em uma codificação, Valtair Lemos Loureiro registra o seguinte: “*Sob a influência do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, teve início no Brasil um movimento para elaboração de um Código de Processo Civil Coletivo, pautado em uma tentativa legislativa de reunião de todas as normas processuais de direito coletivo em um só diploma legal. No entanto, ocorreu uma desistência da ideia do novo Código de Processo coletivo, passando a ser proposta uma revisão substancial da Lei 7.347/1985, como diploma processual coletivo, conforme o projeto de Lei 5.139/2009, sendo que o referido projeto foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça, sendo interposto pelo relator, mas em 17 de março de 2010, o projeto restou rejeitado pela Câmara dos Deputados*”. (LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes como método integrativo do microsistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*. XXII Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 177-205).

O CPC/2015, ao pressupor a existência de microssistemas, inclusive o do processo coletivo, e ao apresentar-se no sistema com o propósito de servir de ponte entre a Constituição e as demais leis, adere à intertextualidade imanente ao microssistema da tutela coletiva, conferindo-lhe maior coesão e funcionalidade constitucional.

Portanto, se o CPC/1973 havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, o CPC/2015 não será um mero diploma residual e irá retomar, com bases diversas, a comunicação com o microssistema, mantendo com ele um diálogo de especialidade, coordenação e influência, colocando-o na trilha dos objetivos constitucionais³⁶.

Por fim, frise-se, ainda, como será tratado adiante de maneira mais detida, que o CPC/2015 também sistematizou um modelo próprio de tutela coletiva, baseado no julgamento de casos repetitivos, o que demonstra sua aderência à ideia de processo coletivo.

4. Conceito de processo coletivo e modelos de tutela coletiva atualmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Exposto o panorama histórico acerca da evolução da tutela coletiva no Brasil e o diálogo entre o microssistema, o sistema codificado e o ordenamento constitucional, abre-se oportunidade para cotejar quais são os modelos de tutela coletiva que podem ser identificados como consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com o advento do CPC/2015. Para tanto, imperioso, como premissa de trabalho, explanar qual o conceito de processo coletivo adotado para o desenvolvimento das posteriores reflexões.

Conforme explicam DIDIER e ZANETI, cuja orientação é adotada neste ensaio, o processo é dito coletivo se a relação jurídica conflituosa (objeto do processo) é coletiva. Por sua vez, pode-se afirmar ser coletiva a relação jurídica se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (grupo é gênero que abrange comunidade, categoria, classe, etc), e se no outro termo a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Em síntese, o processo será coletivo quando presentes o grupo e a situação jurídica coletiva. Os referidos autores pontuam o seguinte:

³⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 56.

*Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas.*³⁷

Note-se que a definição em exame abarca também um dos temas menos estudados sobre a tutela jurisdicional, que é o processo coletivo passivo, caracterizado quando um agrupamento for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na demanda.

Os citados professores, ao tratar do tema em enfoque, também expõem a proposta conceitual de ANTONIO GIDI, a seguir transcrita: “*Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada*”³⁸.

Contudo, a definição proposta por GIDI apresenta pontos que podem ser objeto de crítica, segundo razões a seguir sintetizadas: i) a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos, pois há casos de legitimação extraordinária individual nos ordenamentos jurídicos; além disso, pode-se cogitar, no direito brasileiro, ao menos de uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade (não por um representante), que é a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas (art. 37 da Lei n. 6.001/1973); ii) o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo, bastando lembrar que o julgamento de casos repetitivos é incidente que serve à tutela coletiva e não produz coisa julgada; nada obsta, ainda, que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade.³⁹

Portanto, segundo ZANETI e DIDIER, legitimidade e coisa julgada não compõem o conceito de processo coletivo. Podem até ser alteradas as regras sobre legitimidade e coisa

³⁷ *Idem, ibidem*, pp. 29-30.

³⁸ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16 (*apud*, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 30).

³⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, pp. 30-31.

julgada, que não se altera o conceito de processo coletivo, apenas sua estrutura dogmática em determinado ordenamento jurídico.⁴⁰

Com base no conceito proposto, e tendo em vista os mecanismos processuais para a tutela de situações coletivas trazidos no CPC/2015, é possível extrair dois modelos de tutela coletiva positivados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro: o modelo da ação coletiva e o modelo do julgamento de casos repetitivos, pois ambos têm por objeto precisamente a solução de uma situação jurídica coletiva.

Na ação coletiva, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo, ou seja, seu objeto litigioso. Assim, seu propósito é a prolação de uma decisão que tenha aptidão de formar uma coisa julgada coletiva (a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada). O julgamento de casos repetitivos, por sua vez, tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito que se repete em diversos processos pendentes. Essa repetição faz surgir o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete, do que se permite constatar a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva⁴¹.

Ambas as técnicas servem à tutela de direitos de grupo, cada qual com suas peculiaridades, de modo que o uso de uma ou outra dependerá, de um lado, das definições estratégicas dos litigantes, e, de outro, do princípio da adequação, pois há situações jurídicas coletivas suscetíveis de deslinde apenas por uma técnica específica⁴².

5. O modelo de julgamento de casos repetitivos do CPC/2015: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos como técnica de julgamento de litígios agregados.

Como visto, as situações jurídicas coletivas no Direito brasileiro podem ser tuteladas através de dois tipos de instrumentos, que juntos formam o sistema da tutela de

⁴⁰*Idem, ibidem*, pp. 31-32.

⁴¹ ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. *Repro*. São Paulo: RT, v. 256, 2016, p. 213.

⁴² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. *Op. cit.*, pp. 91-92.

direitos coletivos no Brasil: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC)⁴³.

Diferentemente da ação coletiva, em que a situação jurídica coletiva é a questão principal (objeto litigioso), no julgamento de casos repetitivos a situação jurídica coletiva consiste no direito à certificação da questão repetitiva.

O modelo de julgamento de casos repetitivos previsto no art. 928 do CPC prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR – art. 976 a 987) e os recursos extraordinário e especial repetitivos (REER - art. 1036 a 1.041). Este modelo consiste em técnica de julgamento e de gestão de questões repetitivas.

Os casos repetitivos são uma espécie de tutela *opt in*, pois somente serão beneficiados e prejudicados pela ação aqueles titulares de direito material que houverem proposto a demanda individual⁴⁴. O grupo se forma a partir daqueles que decidiram ajuizar as ações.⁴⁵

Isso não significa que a técnica de julgamento dos casos repetitivos limite-se à tutela dos direitos individuais homogêneos, já que a *tese jurídica* a ser discutida pode ser de direito processual, por exemplo, e isto significa que ela pode existir dentro de uma ação individual ou coletiva *lato sensu* (ação coletiva que veicule direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo). O que importa, portanto, é que haja um processo em trâmite no tribunal (art. 978, par. único) para que os titulares dos processos em que haja a mesma tese jurídica discutida no julgamento do IRDR ou do REER sejam atingidos no que tange àquela *tese jurídica geral* firmada (arts. 985, I; 987, II; 1036, §1º; 1037, II; 1040, I, II e III, CPC/2015), quer seja o processo individual ou coletivo (ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo etc.).

Assim, o IRDR e o REER formam, no novo código, uma técnica de julgamento de litígios agregados (*opt in*), conforme afere-se do art. 928.

⁴³ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR, Fredie. *Ações Coletivas e Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. Op. cit., pp. 212-217.

⁴⁴ ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1344.

⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. *Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro*. In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil. Avanços, Desafios e Perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 487/506.

A técnica de julgamento dos litígios agregados consubstancia-se numa técnica processual que reduz os custos da justiça brasileira⁴⁶, possibilita a maior isonomia entre os jurisdicionados e coerência no julgamento de casos com *igual questão*, evitando que o Poder Judiciário seja obrigado a examinar inúmeras vezes a *mesma questão*, apenas porque houve alteração da parte, ou seja, trata-se de uma técnica que poderá permitir maior eficiência na justiça.

Importante deixar claro que a técnica de julgamento das demandas repetitivas visa a solucionar *questões repetitivas*, e não, necessariamente *demandas repetitivas*⁴⁷ (casos repetitivos). Assim, o emprego do termo demanda ou caso não é técnico, pois traz a noção de que deveríamos ter pretensões homogêneas, com causa de pedir e pedidos similares, análogos. Refere SOFIA TEMER que as “demandas” repetitivas são processos que contêm questões jurídicas homogêneas, por isso o correto é perceber a diferença existente entre demanda (caso) e questão⁴⁸.

Nesse sentido, o IRDR⁴⁹, técnica de julgamento importada na busca de solucionar a não resolução do problema dos litígios repetitivos pelas ações coletivas, tem como objetivo a aplicação da *tese jurídica* nos processos individuais que estão tramitando. Nesse sentido, o art. 985 prevê que “julgado o incidente, a *tese jurídica* será aplicada:”, referindo, portanto, que o que será reaplicável nos demais processos será a *tese jurídica*⁵⁰ formada no julgamento dos litígios agregados. *Tese jurídica* aqui entendida como *aquilo que é replicável nos demais processos*⁵¹ - seria a *ratio decidendi*. Pode-se dizer, assim, que o IRDR é um procedimento para “solução de teses,” desde que compreendida a necessidade da existência de um caso no tribunal para permitir a ampla compreensão dos julgadores sobre o tema debatido (art. 976, par. único).

⁴⁶ GIDI, Antonio Carlos Oliveira; ZANETI JR., Hermes. *Brazilian Civil Procedure in the “Age of Austerity”? Effectiveness, Speed, and Legal Certainty: Small Claims, Uncontested Claims, and Simplification of Judicial Decisions and Proceedings.* *Erasmus L. Rev. Issue 4* of volume 8, 2015.

⁴⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 60-61.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, 63.

⁴⁹ Trata-se de técnica inspirada no novo procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) / austríaco (*Pilotverfahren*), conforme referido por: CABRAL, Antonio do Passo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1436.

⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. *Op. cit.*, p. 1346.

⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. *Op. cit.*, p. 1439-1440.

Portanto, diz-se que o modelo adotado nos casos repetitivos (IRDR e REER) serve para a fixação de uma tese jurídica, mas não torna os tribunais em “tribunais de teses”. Aos tribunais cabe julgar casos e o que distingue a função dos tribunais da função do legislativo é exatamente decidir de forma geral e concreta e não de forma geral e abstrata.

5.1 A problemática do objeto do IRDR: questão de fato x questão de direito.

O art. 976, I, do CPC/2015 traz como requisito para a instauração do IRDR a constatação de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão *unicamente de direito*.

Como explica HERMES ZANETI JR., não obstante a tese jurídica possa versar sobre questões de direito material ou de direito processual, o modelo dos litígios repetitivos (IRDR e REER) não admite questões de fato, mas estas podem ocorrer por serem repetitivas, até porque não há como diferenciá-las, por vezes. Basta pensar no paradoxo do juízo jurídico – espiral hermenêutica de GADAMER que assim afirma: “dos fatos às normas, das normas aos fatos”⁵².

Acrescenta ANTONIO DO PASSO CABRAL que a limitação do objeto do IRDR às questões “unicamente de direito” foi infeliz, sobretudo pela dificuldade, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, na definição de questão de fato ou de questão de direito⁵³. Aqui deveria o código ter optado pela admissão das pretensões isomórficas (questões de direito que possuem elementos de fato ou de direito comuns), tal como comumente adotado no direito comparado. Isso porque o texto não se confunde com a norma, e esta é o resultado da interpretação (os fatos contribuem para a reconstrução do ordenamento jurídico, quando da interpretação operativa).

Nesse sentido, a doutrina fala em *paradoxo do juízo jurídico*, uma vez que o fato, para ser relevante para o direito, implica referência à norma jurídica e a questão de direito se coloca apenas na perspectiva de determinados fatos. O afastamento da concepção de

⁵² ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. Op. cit., p. 1349.

⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Op. cit., p. 1439-1440.

prova como *argumentum* é que causou a fratura entre questões de fato e questões de direito⁵⁴.

Embora conste no texto legal que os casos repetitivos tratam apenas de questão de direito, quando se trata de aplicar, superar, distinguir um precedente, inevitável cotejar as circunstâncias de fato do caso-precedente e as circunstâncias de fato do caso-atual. Tais circunstâncias são fatos, mas por serem da essência da norma jurídica, tal juízo não será considerado de fato, mas de direito⁵⁵. Isto ocorre igualmente nas ações de controle de constitucionalidade concentrado.

Portanto, o objeto do modelo de julgamento de casos repetitivos é a definição sobre qual a solução será dada a uma questão de direito, quando houver repetição da questão em diversos processos, mesmo que para tanto tenha o tribunal que analisar as circunstâncias fáticas comuns (fatos relevantes para a solução jurídica)⁵⁶.

A questão de direito pode ser material ou processual, individual ou coletiva, não havendo restrição decorrentes do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85, ou seja, não há restrição ligada à interesse público primário.⁵⁷

Vale dizer, também, que os litígios agregados podem ser homogêneos (objeto litigioso = questão de direito semelhante) ou heterogêneos (objeto litigioso dessemelhante, mas com questão de direito comum, normalmente questão de direito processual)⁵⁸.

5.2 O processo-piloto e o processo modelo na técnica de julgamento dos casos repetitivos.

Para a compreensão da técnica de julgamento dos casos repetitivos IRDR (art. 976 a 987) + REER (art. 1036 a 1.041), é importante que se compreenda, antes de discorrer sobre os procedimentos, a diferença do que vem a ser um *processo-modelo* e o um *processo-piloto*.

⁵⁴ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. Op. cit., p. 1348.

⁵⁵*Idem, ibidem*, 1349.

⁵⁶*Idem, ibidem*, 1351.

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR, Fredie. *Ações Coletivas e Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. Op. cit., p. 213.

⁵⁸*Idem, loc. cit.*

A utilização da hipótese de *processo-modelo* no julgamento dos casos repetitivos significa dizer que haverá o julgamento pelo tribunal *somente* da *tese jurídica*, independentemente do julgamento do caso concreto existente no processo. É a hipótese que consta no art. 976, §1º, do CPC, o qual prevê que “*a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente*”.

De outro lado, a utilização da hipótese de *processo-piloto*⁵⁹ no julgamento dos casos repetitivos, importa afirmar que haverá o julgamento pelo tribunal da *tese jurídica*, além de *um ou mais casos concretos* afetados conjuntamente para julgamento. Nesta hipótese, haverá um processo tramitando obrigatoriamente, seja um recurso, um reexame necessário ou um processo originário. É o caso do previsto no art. 978, parágrafo único, ao referir que “*o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente*”.

Podemos sintetizar, esclarecendo que, no *processo-modelo* (também chamado de *causa-modelo*), há somente uma tese, não há nenhum caso a ser julgado; já, no *processo-piloto* (*causa-piloto*), temos, além da tese, o julgamento simultâneo de um caso concreto.

O Brasil adotou posição mista⁶⁰ no julgamento dos casos repetitivos, utilizando para isto o julgamento de um *processo-piloto* como regra, conforme afere-se no art. 978, par. único, somado ao art. 1040, III, e o julgamento de um *processo-modelo*, no caso de desistência do recurso afetado (art. 976, §1º). Nesta hipótese de desistência o tribunal poderá, ainda, afetar novos recursos para julgamento.⁶¹

5.3 Características dos procedimentos do IRDR e REER no CPC/2015.

Para visualização das características procedimentais do IRDR, do REER e das ações coletivas, utilizaremos um quadro explicativo, para fins didáticos⁶²:

⁵⁹A *causa-piloto* caracteriza-se por uma *unidade de processo e julgamento*, pelo qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também todas as demais questões, resolvendo o caso por completo (CABRAL, Antonio do Passo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. *Op. cit.*, p. 1436).

⁶⁰ Conforme afere-se em: CABRAL, Antonio do Passo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. *Op. cit.*, p. 1436-1438.

⁶¹ Este é o exemplo da *GLO – Group Litigation Order*, conforme disciplinado na CPR inglesa, art. 19.5. Cf. ZANETI JR., *Litigiosidade Repetitiva? Avanços, Desafios e Perspectivas de Futuro*, *op. cit.*

⁶² A tabela foi proposta com base nos dispositivos legais e com base na doutrina de: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. *Op. cit.*, *passim*; e ZANETI

	PROCESSO COLETIVO DOS CASOS REPETITIVOS		PROCESSO COLETIVO DAS AÇÕES COLETIVAS
	IRDR	REER	AÇÕES COLETIVAS
TÉCNICA DA TUTELA	<i>Opt in</i> (somente serão beneficiários e prejudicados aqueles que houverem proposto demanda individual ou coletiva ⁶³)	<i>Opt in</i> (somente serão beneficiários e prejudicados aqueles que houverem proposto demanda individual ou coletiva)	<i>Opt Out</i> (permite a autoexclusão do titular do direito individual); (Todos os membros do grupo são beneficiados , mesmo sem demanda individual)
PRESSUPOSTO POSITIVO	Repetição de processos com mesma questão de direito + risco de ofensa à isonomia e à segurança	Multiplicidade de RE ou REsp. com igual <i>tese jurídica</i> (art. 1036, “caput”)	Existência de uma situação jurídica coletiva

JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. Op. cit., p. 1342-1351.

⁶³ A coletiva segue o mesmo regime do processo das ações coletivas, tanto para fins da extensão subjetiva da coisa julgada, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, quanto para a coisa julgada *secundum eventum probationis*. Portanto, bem compreendida a questão, os titulares dos direitos individuais serão atingidos positivamente pela fixação da tese mesmo que não ajuízem a ação e não serão atingidos negativamente. Contudo, aplicada a tese, não poderá ser ajuizada nova ação coletiva, pois haverá coisa julgada *pro et contra*.

	jurídica (art. 976, I e II)		
PRESSUPOSTO NEGATIVO	<p>a) Existência de recurso afetado por Tribunal Superior para análise da mesma <i>tese jurídica</i> (art. 976, §4º)</p> <p>b) Já ter sido julgado e não ser caso de revisão</p>	<p>a) Existência de recurso afetado por Tribunal Superior para análise da mesma <i>tese jurídica</i> (1030, III);</p> <p>b) Já ter sido julgado e não ser caso de revisão</p>	Coisa julgada
NECESSIDADE DE CAUSA NO TRIBUNAL	<p>Sim.</p> <p>Como regra geral: sim = causa-piloto (art. 978, § único);</p> <p>Como exceção: não = causa-modelo (art. 976, §1º) (caso de desistência)</p>	<p>Sim</p> <p>Como regra geral: sim = Recursos afetados (art. 1036, §1º e 5º)</p> <p>Como exceção: não = causa-modelo (art. 998, § único) (caso de desistência)</p>	Não
ADMISSIBILIDADE	Órgão colegiado estabelecido	Relator do tribunal superior	Juiz

	pelo Regimento Interno (art. 981)		
SUSPENSÃO DOS PROCESSOS PENDENTES	Sim (art. 982, I)	Sim AFETAÇÃO implica SUSPENSÃO (art. 1037, §1º)	Sim, por prejudicialidade, conforme entendimento do STJ. IRDR e REER podem ocasionar a suspensão de uma ação coletiva
PRAZO DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS PENDENTES	1 ano, salvo decisão fundamentada do relator (art. 980, § único)	1 ano (prazo para julgamento dos recursos afetados) (art. 1037, §4º)	1 ano, caso tenha sido suspensa em face de IRDR ou REER (o ideal é a ação coletiva ser a <i>causa-piloto</i> no IRDR ou o processo afetado no REER)
LEGITIMADOS ATIVOS	Juiz, relator, partes, MP e DP	Presidente ou vice-presidente de TJ ou de TRF	Depende da legislação e ação específica, por exemplo: a) MP, DP, associações, entre outros (ACP); b) Qualquer cidadão (AP); c) sindicatos, associações, partidos políticos (MSC); d) MP, sindicatos,

			associações, partidos políticos, DP (art. 12, Lei 13.300/16) (Mandado de injunção coletivo)
LEGITIMADOS ATIVOS PARA SOLICITAR A SUSPENSÃO NACIONAL DOS PROCESSOS PENDENTES	Partes de qualquer lugar do território nacional que tenha a mesma <i>tese jurídica</i> discutida em seu processo, MP ou DP (art. 982, §3º)	Relator do Tribunal Superior (art. 1037, “caput” e II)	Não
ÓRGÃO JULGADOR	Colegiado indicado pelo Regimento Interno do Tribunal	Colegiado indicado pelo Regimento Interno do STJ e STF	Depende do tipo de ação e das partes envolvidas, geralmente em primeiro grau, mas pode comportar alterações como no MSC e no MIC.
EFEITO DA DESISTÊNCIA OU ABANDONO	Não impede o exame do mérito (<i>causa-modelo</i>) (art. 976, §1º) MP assumirá a titularidade (art. 976, §2º)	Não impede o exame do mérito - análise da questão (998, § único)	MP ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (art. 5º, §3º, LACP)

INTERVENÇÃO DO MP (como “custos legis”)	Sim (quando não for o suscitante) (art. 983)	Sim (art. 1038, III)	Sim (quando não for o autor)
AUDIÊNCIA PÚBLICA	Aconselhável (art. 983, §1º)	Aconselhável (art. 1038, II)	Aconselhável, a depender do direito tutelado, em especial nos direitos em que há conflituosidade interna no próprio grupo (litígios de difusão irradiada)
ABRANGÊNCIA DA TESE JURÍDICA FIRMADA	Na respectiva área de abrangência do TJ ou TRF	Nacional	Depende da situação jurídica tutelada ⁶⁴
AMICUS CURIE	Cabível (art. 983, §1º)	Cabível (art. 1038, II)	Cabível, em especial nos litígios complexos
EFICÁCIA DA DECISÃO PARA PROCESSOS SUSPENSOS	(Vinculante) <i>Tese jurídica</i> com aplicação obrigatória a	(Vinculante) <i>Tese jurídica</i> com aplicação obrigatória a	<i>Persuasiva, salvo se trate de precedente do rol do art. 927.</i>

⁶⁴ Recentemente o STJ afastou a aplicabilidade do art. 16 da ACP que estabelecia limite territorial para os efeitos e eficácia da sentença. Nesse sentido, refere o julgado: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. EFICÁCIA ERGA OMNES DA SENTENÇA. ART. 16 DA LEI 7.347/85. APRECIÇÃO DE ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) II. No que se refere à abrangência da sentença prolatada em ação civil pública relativa a direitos individuais homogêneos, a Corte Especial do STJ decidiu, em recurso repetitivo, que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)" (STJ, REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe de 12/12/2011). (...) VII. Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 825.163/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016).

(CASOS ATUAIS)	todos os processos suspensos (art. 985, I)	todos os processos suspensos (art. 1040, III)	
EFICÁCIA DO PRECEDENTE (CASOS FUTUROS)	<i>Tese jurídica</i> fixada como precedente vinculante para todos os casos que vierem a serem propostos (art. 985, II c/c 927, III) , desde que preservados os elementos substanciais dos precedentes.	<i>Tese jurídica</i> fixada como precedente vinculante para todos os casos que vierem a serem propostos (927, III), desde que preservados os elementos substanciais dos precedentes.	Poderá ter eficácia de precedente a depender do órgão prolator e dos elementos materiais da decisão (art. 927, 926, 489, § 1º, V e VI).
COISA JULGADA	<i>Tese jurídica</i> não forma coisa julgada Estabilidade decorre de outros mecanismos A coisa julgada ocorrerá (ou não) em cada processo	<i>Tese jurídica</i> não forma coisa julgada Estabilidade decorre de outros mecanismos A coisa julgada ocorrerá (ou não) em cada processo individual com a	Pro et contra em relação às demais ações coletivas Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i> (possibilidade de repositura da ação, caso haja prova nova capaz de, por si só, alterar o resultado do julgamento)

	individual com a aplicação da tese	aplicação da tese	E Coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> (extensão subjetiva apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais)
--	------------------------------------	-------------------	--

5.4 A formação de coisa julgada sob a ótica da cisão cognitiva e da cisão decisória nos casos repetitivos.

Temática instigante é a que diz respeito à coisa julgada no âmbito dos casos repetitivos. Nesse contexto, para fins de compreensão *do que* será acobertado pela coisa julgada, teremos que considerar a existência, dentro da técnica de decisão dos casos repetitivos, de uma *cisão cognitiva* e de uma *cisão decisória*.

A *cisão cognitiva* existente no IRDR, por exemplo, é a *cisão* que ocorre entre a decisão relativa à *tese jurídica* e a decisão relativa aos *casos concretos*. Portanto, não haverá *cisão cognitiva*, quando o tribunal julgar uma *causa-piloto*, porque nesta hipótese ele estará julgando o *caso-piloto* (caso concreto) mais a *tese jurídica*. Haverá, entretanto, *cisão cognitiva* em relação a todos os processos suspensos, já que o objeto de todos estes processos suspensos não precisa ser (e muitas vezes não é) totalmente igual ao *caso-piloto*.

De outro lado, a *cisão decisória* existente no IRDR considera haver *cisão* quanto às decisões que envolvem a *tese jurídica* objeto do IRDR. Nesse sentido, a *tese jurídica* será feita por quem tem que decidir sobre ela (tribunais) e será aplicada por quem tem que aplicar (juízes dos casos suspensos).

Em ambas *cisões*, verifica-se que, em relação à *tese jurídica*, não há falar-se em coisa julgada (sua estabilidade decorrerá de outros valores do ordenamento jurídico). No entanto, quando da retomada e julgamento de cada um dos processos suspensos pelo IRDR (sejam individuais, sejam coletivos), poderá ocorrer sim a coisa julgada, isto após a definição da *tese jurídica* advinda do julgamento ocorrido na *causa-piloto que deverá ser*

aplicada, no que couber (igual pertinência) aos casos suspensos. De modo semelhante, no julgamento do caso concreto existente na *causa-piloto*, haverá a formação da coisa julgada.

Portanto, dentro da *técnica de decisão* dos casos que estão *tramitando* (art. 985, I), uma coisa é pensar sobre o caso concreto trazido na *causa-piloto* ou no caso concreto dos processos em trâmite, mas suspensos. Nestes casos concretos (seja da *causa-piloto*, seja dos processos suspensos), poderá se falar na formação da coisa julgada, quando forem julgados, cada um deles, após a definição da *tese jurídica*. Outra coisa é pensar sobre a *tese jurídica* dos casos repetitivos. Nesta, não há se falar em coisa julgada, porque sua estabilidade decorre de outros mecanismos, podendo ser revisitada, pois, quanto a ela, há que se entender *tese jurídica* como *aptidão para formar precedentes* (em relação aos casos futuros – art. 985, II e 927, III).

6. Os três grandes modelos de processo coletivo e sua relação com os titulares dos direitos individuais: modelo americano das *class actions* (*pro et contraeright to opt out*), modelo europeu (*pro et contraeright to opt in*) e modelo brasileiro (extensão subjetiva *secundum eventum litis* e *in utilibus* da *res iudicata* coletiva).

Através da análise dos três grandes modelos de processo coletivo⁶⁵, podemos definir as peculiaridades existentes em cada um deles em relação com os titulares de direitos individuais, senão vejamos:

Do modelo das “ações associativas”: *Verbandsklage* (tradicional na Europa-Continental) e a emergência das ações ressarcitórias *opt-in* (litígios agregados) adota-se a etiqueta alemã das ações sobre normas gerais de contratação da Lei para o Regulamento de Cláusulas Gerais dos Negócios, também denominadas “ações associativas”, que tratou da tutela de interesses coletivos dos consumidores em 1976. Trata-se de uma tutela extremamente fragmentada em diversas leis e direitos subjetivos, que busca atender demandas materiais decorrentes de novos direitos do consumidor, do meio ambiente, mas em uma filosofia que tenha perspectiva coletiva, e não somente individual⁶⁶.

⁶⁵ A análise aqui realizada foi realizada com base na doutrina de: ZANETTI JR, Hermes. *Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Actions, Ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro. Processos Coletivos*, 2014, nº4 out-dez. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 14/12/2016.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 3.

As características principais⁶⁷ deste modelo são:

i) especial legitimação ativa das associações, com a escolha de um “sujeito supraindividual”, um “ente exponencial” para tutelar, em nome próprio, o direito que passa a ser considerado como direito próprio (tutela dos consumidores pelas associações, tutela do meio ambiente pelas associações ambientais);

ii) distanciamento da tutela dos direitos individuais de forma extremada e radical (não há possibilidade de tutela individual sobre meio ambiente na Itália, por exemplo);

iii) autorização burocrática pelo poder central para incluir o nome das associações em livros ou listas específicas para que elas possam representar interesses coletivos;

iv) duas formas de tutela são previstas para as associações: delegação para representar o indivíduo ou mediante autorização do titular da relação jurídica individual;

v) tutela predominantemente permitida é inibitória ou injuncional (obrigações de fazer ou não-fazer); Há uma tendência da inclusão de ações de ressarcimento.

Trata-se de um modelo de tutela *pro et contra* e *opt in*, isto é, evidencia-se nas ações ressarcitórias para tutela dos direitos individuais homogêneos, com tendência de uniformização de um procedimento entorno da tutela *opt in*, como espécie de litígio agregado (só se beneficiam ou prejudicam – *pro et contra* - aqueles titulares de direito próprio que ingressarem no litígio). Ao que tudo indica, este modelo será complementado por uma tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos como *group litigation order* ou processo-modelo do mercado de capitais alemão. Somente aqueles titulares dos direitos individuais que aderirem ao processo (*opt in*) ou que tiverem ajuizado ações individuais suspensas para o julgamento do processo-modelo. Neste modelo, a garantia de reparação integral do dano não faz parte das preocupações do legislador⁶⁸.

Este modelo tem dificuldade de aceitação da tutela coletiva em face do modelo constitucional por eles adotado, no qual há uma radical separação de poderes e a defesa de direitos individuais como elementos do paradigma da propriedade privada.

No modelo das *Class Actions*, de origem norte-americana, originária da Federal Rule nº 23 de 1938, a motivação da tutela coletiva está presente na necessidade de proteger os indivíduos ou grupo de indivíduos de lesões de massa, que ficariam sem proteção ou por falta de interesse individual ou por ausência de benefício claro diante de uma tutela muito

⁶⁷*Idem, ibidem*, p.3-5.

⁶⁸*Idem, ibidem*, p. 7.

custosa e complicada. Há a necessidade de identificar uma “comunhão de questões” ou “uma identidade fática ou de direito” que una os direitos do grupo ou classe. Percebe-se a necessidade de tutela dos direitos coletivos *lato sensu* e de forma integral⁶⁹.

As principais características⁷⁰ deste modelo são:

i) legitimidade do indivíduo ou de um grupo de indivíduos (adequada representação);

ii) vinculatividade da coisa julgada para toda classe, quer beneficiando-a, quer prejudicando-a (*pro et contra*);

iii) adequada notificação para aderir à iniciativa. Caso não queira, o indivíduo tem direito de auto-exclusão. Este direito é reconhecido como *right to opt out*, isto é, o direito de sair da demanda e ficar fora dos efeitos da coisa julgada, caso seja a demanda julgada improcedente.

iv) amplos poderes ao juiz;

Por fim, *no modelo brasileiro*⁷¹, houve o distanciamento do modelo das *Class Actions*, servindo de ponte entre os modelos de *civil law* e *common law*, especialmente por sua característica híbrida que permite o reconhecimento de situações jurídicas coletivas como direitos subjetivos fundamentais (situações ativas e passivas), adotando a substituição processual exclusiva e autônoma dos titulares de direito.

As situações jurídicas coletivas no Direito brasileiro podem ser tuteladas através de dois tipos de instrumentos, que juntos formam o sistema da tutela de direitos coletivos no Brasil: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC)⁷² como já referido no item 5.

Quanto às ações coletivas *lato sensu*, há a presença dos seguintes elementos⁷³:

i) interesse primário (*public law litigation*) nas ações coletivas *lato sensu*;

ii) definição do conceito de direitos coletivos *lato sensu* como direitos subjetivos coletivos

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 5.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 5.

⁷¹ Não podemos deixar de mencionar ainda que, com o advento do CPC/15, o modelo brasileiro das ações coletivas foi acrescido da técnica de julgamento de litígios agregados/repetitivos prevista no art. 928 do CPC, a qual abarca o IRDR e o REES e que tem como objetivo a definição de uma *tese jurídica*, em face de sua repetição em diversas ações, independentemente do tipo de ação.

⁷² ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR, Fredie. *Ações Coletivas e Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. *Op. cit.*, pp. 212-217.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 6.

ii) atipicidade da ação (tutela coletiva ampla com garantia do devido processo legal coletivo);

iii) não-taxatividade dos direitos (o Brasil desenvolveu um conceito de direitos coletivos *lato sensu* na legislação que permite abarcar novas situações jurídicas necessitadas de tutela);

iv) disciplina peculiar da legitimação por substituição processual ativa e passiva, *ope legis e ope judicis*;

v) extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais e *secundum eventum probationis*, salvo por insuficiência de provas;

Dessa forma, no modelo brasileiro, os direitos coletivos *lato sensu*, em relação aos titulares dos direitos individuais, possuem uma técnica de tutela *opt out*, isto é, uma técnica que permite a auto-exclusão do titular do direito individual. Além disso, todos os membros do grupo que não se auto-excluírem serão beneficiados pelo resultado positivo da ação coletiva (extensão subjetiva *secundum eventum litis* e *in utilibus* da *res iudicata* coletiva), mesmo que não possuam demanda individual.

Quanto ao julgamento dos casos repetitivos, por sua vez, por ser uma técnica de tutela *opt in*, somente serão beneficiados e prejudicados pela ação aqueles titulares de direito material que houverem proposto a demanda individual⁷⁴. Isso não significa que a técnica de julgamento dos casos repetitivos limite-se à tutela dos direitos individuais homogêneos, já que a *tese jurídica* a ser discutida pode ser de direito processual, por exemplo, e isto quer dizer que ela pode existir dentro de uma ação individual ou dentro de uma ação coletiva *lato sensu* (ação coletiva que veicule direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo). O que importa, portanto, é que haja um processo em trâmite para que os titulares dos processos em que haja a mesma tese jurídica discutida no julgamento do IRDR ou do REER sejam atingidos, no que tange àquela *tese jurídica geral* firmada (arts. 985, I; 987, II; 1036, §1º; 1037, II; 1040, I, II e III, CPC/2015).

Importante, assim, é não confundir a situação de tutela *opt in* relativa à questão repetitiva que será definida no IRDR ou no REER com a situação da tutela *opt out* que ocorre no caso de haver dentro de uma ação coletiva alguma questão que esteja sendo

⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. Op. cit., p. 1344.

objeto de um IRDR ou de um REER. Nesta hipótese, haverá tutela *opt in* apenas quanto à questão repetitiva e haverá tutela *opt out* quanto às demais questões objeto da ação coletiva, ou seja, quanto às demais questões como um todo (pois a ação coletiva normalmente abrange outras questões).

7. O devido processo legal coletivo e a importância da análise dos litígios transindividuais para uma adequada tutela dos direitos.

Por derradeiro, para se entender o atual estágio da tutela coletiva no Brasil, também é oportuno tratar do devido processo legal sob a ótica do processo coletivo, especialmente com incursão, ainda que breve, na tese desenvolvida por EDILSON VITORELLI sobre como devem ser tratados os litígios transindividuais, a fim de que se promova uma tutela mais adequada dos direitos.

Como visto ao tratar da consolidação da tutela coletiva no Brasil, a adequação dos institutos processuais à realidade dos direitos coletivos *lato sensu* é medida imperativa para a sistematização do sistema de tutela coletiva.

Indo mais além, é possível afirmar que, para que haja efetividade na prestação da justiça, também o devido processo legal necessita de adaptação e de releitura, com a assunção de sua vocação coletiva⁷⁵.

Para isso, o primeiro passo é compreender que o devido processo legal precisa ser adaptado ao processo coletivo, ou seja, é preciso perceber que há a necessidade de construção de um *devido processo legal coletivo*⁷⁶, pois a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* requer garantias mais amplas do ponto de vista processual do que aquelas existentes nas tutelas individuais.⁷⁸

De tal premissa decorre a ilação de que diversos institutos processuais demandam regramento próprio, distinto do aplicável ao processo individual, a fim de serem acomodados às peculiaridades dos direitos coletivos. Recorde-se, como já exposto, da

⁷⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

⁷⁶ VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, pp. 32-33.

⁷⁷ A construção de um devido processo legal coletivo teve grande contribuição do direito processual norte-americano das *class actions*, muito bem elucidado da obra de Antônio Gidi: GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. *Op. cit.*

⁷⁸ ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. *Op. cit.*, p. 1345.

incontornável necessidade de reformulação das regras acerca da legitimação e da coisa julgada para se superarem óbices à construção de um sistema de tutela processual coletiva. Além destes, institutos como a competência, intervenção de terceiros, execução, dentre outros, também reclamam adaptação à realidade dos direitos coletivos.

Além de possuir regramento próprio para diversos institutos, o devido processo coletivo também dá origem a verdadeiros princípios autônomos do direito processual coletivo, os quais são incorporados em nosso ordenamento através das cláusulas gerais e devem ser observados para uma adequada tutela dos direitos transindividuais. São eles o princípio da adequada representação, o princípio da competência adequada, o princípio da certificação adequada, o princípio da informação e publicidade adequadas, e o princípio da coisa julgada diferenciada, com a extensão *secundum eventum litis* da decisão favorável ao plano individual⁷⁹.

Outros princípios específicos do processo coletivo que podem ser citados são o da primazia do conhecimento do mérito – princípio antigo do microsistema coletivo, na verdade agora também previsto de maneira ampla no CPC/2015 –, da indisponibilidade da demanda coletiva, da atipicidade das ações para a tutela coletiva, e também o importante postulado hermenêutico da aplicação integrada das leis para a tutela coletiva (diálogo de fontes).

Em outro enfoque, o princípio do devido processo legal coletivo, conforme proposto por EDILSON VITORELLI, impõe que se idealize um processo adequado às peculiaridades do caso concreto, que se construa um devido processo legal coletivo a partir do tipo de conflito, e não a partir do tipo de direito. Isso significa dizer que a tutela efetiva e adequada dos direitos coletivos não se constrói com base apenas em procedimentos adequados somente do ponto de vista legislativo (abstrato), mas necessita considerar a realidade do caso levado a julgamento, ou seja, o tipo de conflito existente⁸⁰.

Nesta visão, a análise dos litígios transindividuais adquire grande importância. VITORELLI propõe um novo conceito de direitos transindividuais, tomando como ponto de partida o litígio concretamente verificado, em vez da classificação abstrata de direitos e pretensões. Com isso, procura reestruturar a relação entre representação e participação da

⁷⁹DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Op. cit., p. 97.

⁸⁰*Idem, ibidem*, 83-84.

sociedade titular do direito no processo coletivo e os seus eventuais conflitos internos, analisando a atividade processual representativa, suas hipóteses, limites e controles⁸¹. Isso porque o conceito de direitos transindividuais previsto no CDC ignora que os litígios coletivos possuem graus variados de complexidade e de conflituosidade que impedem que sejam tratados da mesma forma, sob pena de dedicação de recursos desnecessários a casos simples, e simplificação indevida de casos complexos, com supressão indevida das divergências sociais legítimas⁸².

Propõe o referido autor, portanto, uma tipologia⁸³ dos litígios coletivos que considere a *conflituosidade* (quanto menor a uniformidade dos membros do grupo diante do conflito, maior a conflituosidade) e a *complexidade* (quanto maior for a variedade de formas de resolução do conflito, maior a complexidade). Nesse sentido, apresenta a seguinte tipologia⁸⁴:

i) *Litígios transindividuais globais*: a lesão ou ameaça não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa, por isso a conflituosidade do grupo é muito baixa. Praticamente não há interesse pessoal no conflito, todos são atingidos de modo uniforme. A possibilidade de autocomposição é bem alta e o objeto é mais facilmente identificado. Ex: lesão ao meio ambiente consistente em um vazamento de óleo no meio do oceano;

ii) *Litígios coletivos de difusão local*: lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente grupo de indivíduos que compartilham de uma identidade própria comum e de uma mesma perspectiva social. Ex: lesão ambiental causada em um território indígena, ameaça à direito de igualdade de gênero das mulheres, lesão a direito de trabalhadores. A conflituosidade é média, pois há maior coesão do grupo, mas também pode haver divergências internas. Por ser local a difusão da lesão, é mais fácil identificar o juízo competente da solução da lide, há maior facilidade de identificação do legitimado adequado.

iii) *Litígios coletivos de difusão irradiada*: lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, sem que haja uma comunidade ou perspectiva social comum. Elas serão atingidas de modo diverso, o que faz

⁸¹ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 108-111.

⁸² VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In: Hermes Zaneti Jr. (coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivum, 2016, 105.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 89-107.

⁸⁴ Síntese elaborada a partir da referência à classificação de Vitorelli realizada por: DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. *Op. cit.*, p. 84-89.

com que as visões acerca do resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. O grupo é formado por pessoas que podem ser atingidas pela lesão, mas pode haver subgrupos com interesses heterogêneos, ou mesmo pode haver divergências dentro do próprio grupo (membros com perspectivas distintas do problema e que sofrem consequências em graus de intensidade distintos). Nestes litígios, há alta conflituosidade e complexidade. Há dificuldade de se identificar o legitimado adequado, tendo em vista a pluralidade de interesses existentes, muitas vezes contrapostos. A contraditório devido com a participação (maior representatividade possível) das diversas perspectivas sobre o conflito deve ser garantido de modo a não comprometer a efetividade da tutela coletiva⁸⁵. A definição da competência deve levar em consideração o epicentro do litígio. A autocomposição será mais difícil, podendo-se cogitar de autocomposições parciais. Ex. construção de uma hidroelétrica.

Dessa forma, impende concluir, de maneira sintética, que a adequada tutela dos direitos coletivos exige que consideremos o conflito coletivo em concreto, e não somente o direito em abstrato.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ALMEIDA, João Batista. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- FRANÇA, Bruna Simões. *A class action americana. Influência exercida no ordenamento brasileiro. Comparação entre os dois sistemas*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9405. Acesso em: 11/12/2016.

⁸⁵ Participação seja como co-legitimado (assistente litisconsorcial) ou como *amicus curie*.

- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
(*apud*, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 30).
- GIDI, Antonio Carlos Oliveira; ZANETI JR., Hermes. *Brazilian Civil Procedure in the “Age of Austerity”? Effectiveness, Speed, and Legal Certainty: Small Claims, Uncontested Claims, and Simplification of Judicial Decisions and Proceedings*. *Erasmus L. Rev.* Issue 4 of volume 8, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de admissibilidade*. *Revista de Processo*, vol. 101/2001, pp. 11-27, Jan-Mar/2001.
- LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes como método integrativo do microsistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*. XXII Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 177-205.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, pp. 177-204, jul.-dez 2014.
- _____. *O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microsistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. *Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito*. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, v.1, pp 245-278, 2011.
- _____. *A ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In: Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

- _____. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In: Hermes Zaneti Jr. (coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivum, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. *Processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais*. In: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. *Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro*. In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil. Avanços, Desafios e Perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 487/506.
- _____. *Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Actions, Ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro*. *Processos Coletivos*, 2014, nº4 out-dez. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 14/12/2016.
- ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014.
- ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. *Repro*. São Paulo: RT, v. 256, 2016.
- ZAVASCKI, Liane Tabarelli. *Influência do sistema das class actions norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental*. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1004-influencia-do-sistema-das-class-actions-norte-americanas-na-acao-civil-publica-e-acao-popular-brasileira-semelhancas-e-distincoes-para-a-tutela-ambiental>. Acesso em: 11/12/2016.